



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



MARIANA DE SIQUEIRA

**INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: da
construção da moldura à composição da pintura**

Tese de Doutorado

Recife

2014



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**



MARIANA DE SIQUEIRA

**INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: da
construção da moldura à composição da pintura**

Tese de Doutorado

Recife

2014

MARIANA DE SIQUEIRA

**INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO: da
construção da moldura à composição da pintura**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do grau de Doutor.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito

Linha de pesquisa: Estado, regulação e tributação indutora

Orientador: Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior

Recife

2014

Catálogo na fonte
Bibliotecária Eliane Ferreira Ribas CRB/4-832

S619i

Siqueira, Mariana de

Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura. – Recife: O Autor, 2015.
280 f.

Orientador: Edilson Pereira Nobre Júnior.

Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.

Inclui bibliografia.

1. Interesse público - Direito administrativo - Brasil. 2. Direito administrativo - Brasil. 3. Direito público. 4. Direito privado. 5. Direito de interesse público. 6. Juízes - Decisões - Brasil. 7. Direito constitucional. 8. Hermenêutica (Direito). 9. Controle jurisdicional de atos administrativos - Brasil. 10. Estado de direito. 11. Brasil. [Constituição (1824)]. 12. Brasil. [Constituição (1891)]. 13. Brasil. [Constituição (1934)]. 14. Brasil. [Constituição (1937)]. 15. Brasil. [Constituição (1946)]. 16. Brasil. [Constituição (1967)]. 17. Brasil. [Constituição (1988)]. 18. Direito constitucional - Interpretação e construção. 19. Administração pública - Brasil. I. Nobre Júnior, Edilson Pereira (Orientador). II. Título.

342.81 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ2015-022)

Mariana de Siqueira

“INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

BRASILEIRO: da construção da moldura à composição da pintura”

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do grau de Doutora em Direito.

Área de concentração: Teoria e Dogmática do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu a candidata à defesa, em nível de Doutorado, e a julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL: APROVADO

Prof. Dr. **Edilson Nobre Pereira Júnior** (Presidente/UFPE)

Prof. Dr. **Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva** (1º Examinador externo/UFRJ)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. **Luiz Alberto Gurgel de Faria** (2º Examinador externo/UFRN)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. **Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti** (3º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. **Aurélio Agostinho da Bôaviagem** (4º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. Bruno César Machado Torres Galindo (5º Examinador interno/UFPE)

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Recife, 28 de novembro de 2014.

Coordenador do Curso: Prof. Dr. **Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão**.

A Morton, pelo apoio e carinho incondicionais, e a João, parceiro inseparável na redação da tese, que do ventre em breve se fará amor presente entre nós.

AGRADECIMENTOS

Passados pouco mais de três anos desde o meu ingresso no Programa de Pós Graduação em Direito da UFPE é chegada a hora de encerrar o ciclo de doutoramento com a defesa do texto que produzi. A tese, formalmente trabalho de um só autor, apesar de sua construção direta individual, é verdadeiro fruto de trabalho indireto coletivo. Neste sentido, como forma de demonstrar apreço aos que me auxiliaram nesta caminhada, formulo aqui os meus mais sinceros agradecimentos a todos aqueles que de algum modo colaboraram com o sucesso desta empreitada.

Inicialmente, gostaria de agradecer aos trabalhadores que compõem a equipe do PPGD. Sem o apoio e solicitude de cada um de vocês a minha jornada interestadual teria sido bem mais árdua.

Agradeço também a cada um dos professores do Programa pela dedicação, auxílio e inspiração dados a cada novo encontro, em especial aqueles que partilharam comigo os seus saberes e vivências nas disciplinas cursadas. Aos professores Bruno Galindo, Edilson Pereira Nobre Júnior, Francisco de Queiroz Bezerra Cavalcanti, Francisco Ivo Dantas Cavalcanti, Gustavo Ferreira Santos, Leonardo Carneiro da Cunha, e Marcos Antônio Rios da Nóbrega os meus agradecimentos repletos de admiração.

Aos amigos conquistados em terras pernambucanas e que me fizeram sentir em casa mesmo estando fora dela, dedico um enorme e afetuoso *obrigada*. Anna Pryscila Lima Prado, Ingrid Zanella, Pedro Brandão, Tíci Perdigão, Gina Gouveia, Luiz Henrique Diniz Araújo, e Marconiete Fernandes, muito obrigada por terem tornado tudo mais doce e afetivo. A cada café, almoço, jantar e cerveja no Bar Central a sensação de acolhimento se intensificava, assim como o *sentir pertencimento* aos novos espaços que conhecia na cidade.

Aqui abro espaço para agradecer de forma especial à amiga Anna Pryscilla, não apenas por ter me acolhido em casa, mas principalmente por ter me feito sentir parte de sua família pernambucana. À amiga Marconiete também direciono agradecimentos específicos, pois frequentemente partilhou comigo as angústias típicas de uma doutoranda na fase final de redação da tese. Obrigada, amiga! Só você para entender certas angústias nesta reta final.

Ao meu orientador, Prof. Dr Edilson Nobre Pereira Júnior, agradeço pela paciência, dedicação exemplar e empenho em sabiamente me conduzir ao longo da jornada de redação do trabalho. Professor, muito obrigada por cada sugestão, pela cuidadosa leitura do que redigi, pelos excelentes textos que me sugeriu ler. O seu exemplo, sem dúvidas, me faz desejar ser uma docente e orientadora melhor.

Aos meus familiares, agradeço imensamente pela compreensão e serenidade. À minha mãe pelo apoio e amor incondicionais desde sempre. À minha irmã Marina pelo carinho, horas seguidas de conversa e conselhos sempre sábios. À Bia e Filipe pela compreensão quanto à minha frequente ausência e afeto enorme que sempre me dedicaram.

Ao meu pai, agradeço pelos longos e inesquecíveis diálogos e por tão pacientemente ter suportado os momentos pontuais em que precisei me fazer distante para a redação da tese. Eu, diante da necessidade de cumprir com o meu prazo final, por vezes não pude encontrá-lo, mesmo sabendo que vivia a fase terminal de uma doença que implicaria em sua despedida da matéria.

Agradeço reiterada e amavelmente ao meu marido pela compreensão, paciência, carinho, suporte, amor e companheirismo inabaláveis. Sem você certamente tudo teria sido mais difícil. Muito obrigada pelo apoio incessante.

A João, que já em meu ventre partilhou dos sentimentos vividos nos últimos meses de redação do trabalho, direciono um misto de desculpas e gratidão. As desculpas vêm pelas horas em que não pude tê-lo como prioridade e a gratidão pela gravidez serena que me permitiu vivenciar.

Por fim, aos meus queridos alunos da UFRN, agradeço pelo afeto e constante torcida.

RESUMO

SIQUEIRA, Mariana de. *Interesse público no Direito Administrativo Brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura*. 2014. f.281. Tese de Doutorado – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

O interesse público no Direito Administrativo brasileiro corresponde ao objeto central de análise da presente tese. Considerando a permanência do termo no Direito de diferentes localidades e períodos históricos, a tese o estuda em uma perspectiva de origem, forma e conteúdo e também no que tange aos seus principais desdobramentos: supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público. Para o desenvolvimento do estudo, a tese recorreu a referenciais teóricos variados, focou-se na análise de textos normativos, bem como na leitura de decisões judiciais. Os embasamentos teóricos principais que ofereceram sustentação às conclusões formuladas originaram-se das teorias do Direito Constitucional e Administrativo, da Hermenêutica Jurídica e do pós-positivismo. Os resultados derivados das pesquisas feitas, no que tange à forma do interesse público, centraram-se na constatação da fluidez da expressão, em sua caracterização como conceito jurídico indeterminado, na sua autonomia e especificidade no campo do Direito Administrativo brasileiro e, ainda, na inexistência da ideia de um “interesse público” secundário legítimo. No que concerne ao aspecto do conteúdo, a expressão teve a sua compreensão formulada a partir das ideias de dicotomia público e privado, maioria e minoria, pluralismo e juridicidade. Por fim, a tese concluiu pela necessidade de uma *meta Atena* para a atuação da Administração Pública, a partir das características que qualificam a deusa grega: justiça, prudência e sabedoria.

Palavras-chave: interesse público; juridicidade; pedras de toque do Direito Administrativo.

RÉSUMÉ

SIQUEIRA, Mariana de. *Intérêt public dans le Droit Administratif Brésilien : de la construction du cadre à la composition de la peinture*. 2014. f.281. Phd – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

L'intérêt public dans le Droit Administratif brésilien correspond à l'objet central de l'analyse de la présente thèse. Tenant compte de la permanence du terme dans le Droit de différents lieux et périodes historiques, la thèse l'étudie sous une perspective ayant comme point de départ l'origine, la forme et contenu. Pour son développement, cette étude a fait usage de différents cadres théoriques, elle a mis l'accent sur l'analyse des textes normatifs actuellement en vigueur au Brésil, ainsi que sur la lecture de décisions juridiques nationales. Les fondements théoriques principaux ayant soutenu les conclusions formulées, ont été retirés des théories du Droit Constitutionnel, du Droit Administratif, de l'Herméneutique Juridique et du post-positivisme. Les résultats issus des recherches réalisées, concernant la forme de l'intérêt public, ont abouti à la constatation de la fluidité de l'expression, à sa caractérisation en tant que concept juridique indéterminé, à son autonomie et spécificité dans le Droit Administratif brésilien et, également, à l'inexistence d'une idée « d'intérêt public » secondaire légitime. En ce qui concerne l'aspect du contenu, le sens de cette expression repose sur les dichotomies public et privé, majorité et minorité, pluralisme et juridicité. En conclusion, cette étude a identifié le besoin d'une *méta Athéna* au niveau de l'Administration Publique, fondée sur les caractéristiques qui qualifient la déesse grecque : justice, prudence et sagesse.

Mots-clés : intérêt public ; juridicité ; pierre de touche du Droit Administratif.

ABSTRACT

SIQUEIRA, Mariana de. *Public interest in the Brazilian Administrative Law: from the construction of the frame to the composition of the painting*. 2014. f.281. Phd – Centro de Ciências Jurídicas / Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

Public interest in Brazilian Administrative Law is the central object of analysis of this thesis. Considering the permanence of the term in the Law of different geographical locations and historical periods, the thesis studies it in the perspective of origin, form and content. For its development, the study made use of various theoretical frameworks, both national and foreign, focused on the analysis of current normative texts in Brazil, as well as on the reading of national judicial decisions. The main theoretical grounds that offered support to the conclusions reached were removed from theories of Constitutional Law, Administrative Law, Legal Hermeneutics and post-positivism. The results derived from the research that was done, in regards to the form of public interest bias, centered on finding the fluidity of expression, in its characterization as undetermined juridical concept, in its autonomy and specificity within Brazilian Administrative Law, and also in the absence of the idea of a legitimate secondary "public interest". Regarding the aspect of content, the expression had its understanding formulated from the ideas of public and private, majority and minority, pluralism and legality dichotomies. Finally, having analyzed the supremacy and unavailability of public interest, the thesis identified the need for an *Athena performance goal* for Public Administration, from the characteristics that qualify the Greek goddess: justice, prudence and wisdom.

Keywords: public interest; legality; touchstones of Administrative Law.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS:

ADC – AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

ADCT – ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

ADI – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ag – AGRAVO

AI – ATO INSTITUCIONAL

CDC – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

IBAMA – INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA

MP – MINISTÉRIO PÚBLICO

RE – RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RE-AGR – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRF – TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL

Sumário

| | |
|---|-----|
| Introdução: das origens do interesse público junto à legalidade ao seu repensar através da juridicidade | 13 |
| 1. O interesse público e as suas fronteiras: uma análise de origem e forma | 24 |
| 1.1 Da ideia de interesse para o Direito | 24 |
| 1.1.1 O interesse jurídico em suas generalidades | 24 |
| 1.1.2 O interesse jurídico em desdobramentos específicos | 30 |
| 1.2 Interesse público: a edificação histórica de sua essência | 34 |
| 1.2.1 Teorizações sobre a tutela do coletivo na Antiguidade | 35 |
| 1.2.2 O bem comum na Idade Média | 38 |
| 1.2.3 O Estado Absolutista e a pessoalidade do bem público | 40 |
| 1.2.4 O interesse público e o Estado de Direito | 43 |
| 1.2.5 Interesse público e Estado Social | 55 |
| 1.2.6 Interesse público e Estado Pós-Social | 60 |
| 1.3 Do interesse do Estado ao interesse público: construindo a expressão nas constituições brasileiras desde o Império à redemocratização..... | 62 |
| 1.3.1 O interesse coletivamente considerado e a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824 | 63 |
| 1.3.2 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, e os interesses metaindividuais..... | 67 |
| 1.3.3 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, e a chegada do interesse público..... | 70 |
| 1.3.4 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, e o espaço para o uso arbitrário de termos abstratos..... | 75 |
| 1.3.5 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, e o interesse público na redemocratização | 80 |
| 1.3.6 A Carta de 1967 e o viés ditatorial da expressão | 81 |
| 1.4 Interesse público no texto de 88: a identidade | 85 |
| 1.5 Interesse público primário e “interesse público secundário”: uma atenta (re)leitura | 94 |
| 2. Interesse público: da moldura à pintura. (Re)Construindo alguns aspectos contedutísticos a partir de elementos do pós-positivismo | 104 |
| 2.1 O (Neo)administrativismo brasileiro: o Direito Administrativo no Brasil de hoje | 106 |
| 2.1.1 Neoconstitucionalismo: a origem..... | 106 |
| 2.1.2 Do Neoconstitucionalismo ao Neoadministrativismo | 115 |
| 2.2 Da legalidade à juridicidade: caminho para a compreensão do interesse público no Direito Administrativo contemporâneo | 120 |
| 2.3 O interesse público como expressão aberta e as fronteiras da juridicidade..... | 129 |

| | |
|--|------------|
| 2.4 Interesses públicos plurais: desconstruindo o mito do interesse público único | 141 |
| 2.5 Dicotomia público x privado: da distinção à interseção..... | 147 |
| 2.6 Interesse público e maioria..... | 153 |
| 3. O interesse público e seus desdobramentos: do conteúdo ao procedimento | 162 |
| 3.1 Supremacia do interesse público sobre o privado: do tradicional ao novo | 163 |
| 3.1.1 Da inadmissibilidade da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado | 165 |
| 3.1.2 Da necessidade de manutenção da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado em seu viés tradicional | 169 |
| 3.1.3 Da necessidade de direcionar um novo olhar para a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado..... | 172 |
| 3.2 Indisponibilidade do interesse público sobre o privado: por um repensar entre o concreto e o abstrato | 178 |
| 3.3 As pedras de toque do Direito Administrativo e a sua natureza normativa | 186 |
| 3.3.1 Pedras de toque como princípios na doutrina tradicional..... | 188 |
| 3.3.2 Pedras de toque como princípios no novo olhar administrativista | 190 |
| 3.3.3 Da inadmissibilidade de ser a supremacia princípio | 193 |
| 3.3.4 Da supremacia à proporcionalidade | 195 |
| 3.3.5 As pedras de toque do Direito Administrativo como regras | 197 |
| 3.4. Dos procedimentos de racionalidade e densificação de decisão da Administração quando da análise de interesses colidentes em concreto..... | 204 |
| 3.5 A democratização da Administração em sua tomada de decisão | 219 |
| 3.6 Das certezas da moldura às inseguranças da pintura: por uma Administração Pública Atena . | 230 |
| Conclusões..... | 248 |
| Referências..... | 255 |

Introdução: das origens do interesse público junto à legalidade ao seu repensar através da juridicidade

O Direito Administrativo é habitualmente definido como ciência jurídica atrelada a um conjunto de regras e princípios destinado a tratar da Administração Pública, tanto em via subjetiva (sujeitos da Administração), como também em via objetiva (função administrativa). Esse ramo do Direito, essencialmente conectado ao Estado, possui as suas especificidades, posto que destinado precipuamente a tratar não de todas as funções e fazeres estatais, mas sim de uma feição estatal peculiar: a Administração Pública no exercício de sua função administrativa.¹

Com nascimento remoto iniciado no Estado Liberal², compreendido como disciplina autônoma formada por sistema jurídico próprio, o Direito Administrativo vem sofrendo modificações, em especial no que diz respeito aos seus elementos normativos mais basilares, como é o caso da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado. Não são raros os estudos³ que hoje buscam oferecer um novo olhar teórico aos temas administrativistas a partir de uma vivência pós-positivista do Direito. É o que se costuma rotular de *Constitucionalização do Direito Administrativo*.

¹ Por Administração Pública devemos entender o complexo de órgãos, pessoas naturais e pessoas jurídicas responsáveis pela gestão cotidiana da função administrativa. O seu conceito não se confunde com o de Estado, pessoa jurídica de Direito Público e com atividades divididas em três funções basilares distintas: legislativa, executiva e jurisdicional. A Administração Pública se conecta ao Estado, porém com ele não se confunde; é, na verdade, parte que o integra. A sua essência cotidiana de funcionamento habita a função administrativa, função externada em hipóteses variadas de atuação, disciplinada pelo Direito Administrativo e precipuamente conectada ao Poder Executivo. A título acessório, é possível enxergar a função administrativa no âmbito do Judiciário e do Legislativo.

² É importante destacar desde já que rudimentos de normativas públicas existem desde tempos remotos da existência estatal, ocorre, porém, que a consubstanciação de um Direito Administrativo com viés mais científico apenas se viabilizou com maior densidade no contexto histórico posterior às revoluções liberais do século XVIII. Neste sentido, Edmir Araújo Netto expõe: “Costuma-se dizer que a função administrativa de qualquer Estado ou sociedade, por mais simples e primitivo que tenha sido seu ordenamento, sempre existiu, desde que o ser humano passou a viver em comunidades, mesmo com organizações rudimentares. Ou seja, a Administração seria *“de todos os tempos e de todas as sociedades”* com funções e órgãos delegados para o exercício dessa função. Como, então, conciliar-se essa noção com a afirmativa, geralmente aceita, de que o Direito Administrativo é de origem recente, cujo nascimento data do século XIX, na Europa ocidental, principalmente na França pós revolução? Como a História responde tal indagação? É que em todas as épocas existiram *instituições* administrativas, e *órgãos* administrativos sempre editaram regras destinadas a disciplinar e dirigir seus serviços e funcionários, mas o *Direito* Administrativo, como *ciência*, ainda não se estruturara no mundo civilizado até aquela ocasião[...]” ARAÚJO, Edmir Netto. O direito administrativo e sua história. **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo, v. 95, p. 147–166, 2000. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67460>>. Acesso em: 22 maio 2014.p. 147-148.

³ Neste sentido ver: BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

Foram muitas as etapas e conformações do Direito Administrativo e da Administração Pública ao longo da história e é nesse contexto de mudanças que se insere o trabalho aqui desenvolvido. A presente tese, ressalte-se desde já, não tem na generalidade do Direito Administrativo o seu ponto central de estudo, mas sim no interesse público que habita a sua teoria. Nesse trabalho, o interesse público, elemento tradicionalmente apontado como fundamento do Direito Administrativo e fim maior da atuação da Administração, será analisado a partir das fronteiras do texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de alguns dos elementos teóricos pós-positivistas e de teorizações do Direito Administrativo.

É sabido que o interesse público permeia os mais variados âmbitos de ação do Estado, os plurais desdobramentos das funções estatais Legislativa, Executiva e Jurisdicional. Todavia, por questões metodológicas e de delimitação de objeto da tese, o foco de análise não será o do interesse público em todo e qualquer ramo do Direito Público, mas sim no que diz respeito especificamente à Administração Pública e ao Direito Administrativo que a conforma. Em síntese, é possível dizer que será estudado o interesse público administrativista a partir de normativas constitucionais e ensinamentos jurídicos, especialmente os pós-positivistas e administrativistas.

Nada impede, todavia, que com as devidas ressalvas e proporções, as ideias aqui construídas sejam direcionadas a outras áreas do Direito que se utilizem do interesse público como fundamento, a exemplo do Direito Tributário. A justificativa para o recorte metodológico escolhido - análise do interesse público junto à Administração Pública - reside na conexão umbilical historicamente estabelecida entre ambos: o interesse público nasce e se estrutura atrelado ao Direito Administrativo e à ideia de Administração Pública, mais precisamente no âmbito do Estado de Direito.

O Estado de Direito ou Liberal, berço acolhedor do Direito Administrativo e do interesse público em seu nascedouro mais remoto, caracterizava-se pela regra da interferência mínima na seara privada, fazendo preponderar o absentismo do Estado em prol da liberdade dos indivíduos. Em seu âmbito, sobressaíam-se os direitos fundamentais de primeira dimensão, de liberdade ou igualdade meramente formal; o Código Civil era documento normativo de destaque e a lei compreendida como uma espécie de sinônimo do Direito. A Administração Pública, frente a essa conformação, apenas deveria direcionar interferências à vida privada dos sujeitos sob o manto da tutela do interesse público, nos exatos limites

legalmente determinados e na via da excepcionalidade. No Estado absenteísta, o interesse público apontava, para não mais deixar de assim se conformar, como critério limitador, legitimador e fundamentador do agir administrativo.

O modelo de Estado Liberal se manteve vigente por anos em inúmeros países. Contudo, com a complexidade das relações sociais e econômicas, especialmente a partir do advento da Revolução Industrial, tal modelo mostrou-se insuficiente em seus fins e na promoção da defesa da dignidade humana, acabando por iniciar um processo de declínio e modificação estrutural. Novas teorias surgiram, movimentos sociais se propagaram e os Estados alteraram a sua caracterização, passando a se apresentar preponderantemente como Estados Intervencionistas ou Sociais.

O antigo Estado Liberal foi gradualmente substituído pelo chamado Estado de Bem-Estar Social, cuja regra era a da intervenção direta na seara privada. O Estado não apenas atuava em prol da liberdade dos indivíduos, mas também visava promover o seu bem-estar social, a redução de desigualdades e o desenvolvimento. O Direito Administrativo e a ideia de interesse público, neste contexto, ampliaram significativamente as suas possibilidades de atuação e de interferência na vida dos cidadãos. Aos direitos individuais foram acrescidos, como elementos indispensáveis à dignidade humana, os direitos sociais ou de igualdade material.

Com o passar dos anos, hipertrofiado em suas atividades, agregador de deveres econômicos e sociais amplos, o Estado Intervencionista foi considerado ineficiente na consecução de seus fins e um espaço se abriu à estruturação de um novo modelo estatal, o denominado Estado Pós-Social, Neoliberal ou Regulador. Este Estado, no que tange à atuação econômica, não possui a regra da interferência direta na seara privada, mas sim da intervenção indireta, via regulação e normatização. Excepcionalmente, todavia, admite intervenções diretas em casos expressamente previstos em lei. A interferência estatal na seara privada, mais do que um ideal a ser seguido, passa a ser vista como necessidade imposta pela realidade.

O texto da Constituição Federal de 1988 consagra a caracterização estatal acima descrita na medida em que estabelece apenas ser possível a intervenção direta do Estado no domínio econômico em casos de imperativos de segurança nacional e de relevante interesse coletivo, assim definidos em lei. O Estado brasileiro, em regra, no que tange à seara

econômica, não é executor direto de atividades econômicas em sentido estrito, mas sim agente regulador, planejador, normatizador e prestador de serviços públicos.

Indispensável se faz dizer que, economicamente caracterizado como Estado Pós-Social, esse mesmo Estado se estrutura jurídica e politicamente como Estado Constitucional Democrático. É constitucional por ressaltar a relevância da Constituição enquanto documento jurídico, por conferir a ela posição central no Direito, e democrático por ter a marca da participação popular na vida política do país, tanto na via da democracia representativa, como também no formato da democracia participativa.

Das origens do interesse público junto ao Estado de Direito até a formação do atual Estado Constitucional Democrático alguns séculos se passaram. No momento de seu nascimento ocupava espaço amplo, como elemento gerador de dever ser, a ideia restrita de lei, a lei vista como produto do Legislativo e, em certa medida, como sinônimo de Direito. Atualmente, esse espaço vem sendo ocupado de modo especial pela ideia de norma, de um Direito mais amplo que vai além da lei e cujo centro reside na Constituição.

Naquele contexto preponderavam os direitos fundamentais de primeira dimensão, agora o conjunto de direitos fundamentais tutelado pela ordem jurídica constitucional é maior. O Direito Administrativo e a Administração, inicialmente mais simples e menos variados, complexificaram-se com o passar dos anos. O interesse público, por ser fundamento de ambos, sofreu reflexos deste processo.

Diante de modificações históricas profundas, frente às oscilações de tamanho nas tarefas da Administração, torna-se importante, hoje, encontrar o ponto de equilíbrio entre a necessidade de interferência e de abstenção da Administração em torno da vida privada dos sujeitos. Essa necessidade, inclusive, é reforçada ao serem considerados dois elementos basilares do atual Direito Administrativo, ambos desdobramentos específicos da ideia jurídica de interesse público: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público.

Em sua visão mais tradicional, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público externam a ideia de uma primazia absoluta do público sobre o privado. Na atual vivência pós-positivista do Direito, convém perguntar: faz sentido

ainda pensá-las assim, mesmo diante do amplo conjunto de direitos fundamentais tutelados pela Constituição e de sua posição hierárquica privilegiada dentro do ordenamento jurídico?

A análise científica dos limites da intervenção da Administração na vida privada dos indivíduos, de modo a restringir direitos e garantias em prol da consecução do interesse público, é peça chave no Direito Administrativo atual. O interesse público, fim, fundamento e limite do agir administrativo, precisa ser pensado de forma racional, científica e jurídica. Nesta seara, essenciais se revelam, aprioristicamente, os seguintes questionamentos:

- a) o que vem a ser esse interesse público tutelado pelo Direito e tradicionalmente apontado como fim, fundamento e limite do agir administrativo?
- b) ainda que de difícil compreensão, há a possibilidade de ver densificado o seu conteúdo?
- c) quais seriam os parâmetros para essa densificação?
- d) o interesse público, tradicionalmente apresentado como supremo e indisponível, assim se configura ainda que em rota de colisão com direito fundamental individual previsto constitucionalmente?

Considerando as premissas apresentadas e tomando por base os questionamentos formulados, o texto aqui desenvolvido se propõe a analisar o tema do interesse público de modo a abordá-lo em sua origem, forma, conteúdo, procedimento e desdobramentos. Seguindo os ensinamentos metodológicos de Giampaolo Rossi, a intenção ao redor do interesse público é a de buscar as raízes, os seus elementos essenciais e níveis de objetividade possíveis em determinados contextos postos.⁴

Importante se faz esclarecer neste momento introdutório que o estudo do interesse público será desenvolvido em viés jurídico e não no que diz respeito às teorizações políticas, sociológicas ou econômicas que o envolvem; justamente por isso os principais elementos balizadores da pesquisa são a Constituição, o Direito Administrativo e as teorias jurídicas pós-positivistas. Estudos de ordem econômica, política e sociológica serão utilizados apenas como

⁴ Sobre o tema da pesquisa em Direito expõe Rossi: “El método de investigación de los datos elementales, es por tanto válidamente utilizable por la ciencia jurídica. [...] La investigación de los elementos esenciales consiente individualizar las certidumbres, los niveles de objetividad posibles en el contexto dado.” ROSSI, Giampaolo. Método jurídico y derecho administrativo: la investigación de conceptos jurídicos elementales. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 27. Em tradução livre: “O método de investigação dos dados elementais é por tanto validamente utilizável pela ciência jurídica. A investigação dos elementos essenciais autoriza individualizar as certezas, os níveis de objetividade possíveis no contexto dado.” (Tradução nossa).

referenciais teóricos acessórios e não como viés apriorístico de fundamentação e argumentação.

Uma vez que as fronteiras limitadoras do presente estudo residem na realidade brasileira, a Constituição Federal de 1988 é entendida como diretriz de análise indispensável para a busca de respostas às dúvidas arguidas. Não apenas o texto constitucional é imprescindível ao tema, como também as teorias jurídicas pós-positivistas apresentadas pela doutrina nacional e inseridas nas decisões do Judiciário pátrio. Aqui, por suas reiteradas menções em textos e julgados, bem como por serem berços nascedouros de muitas das construções pós-positivistas, destacamos a supremacia e a normatividade constitucional.

A supremacia constitucional pode ser entendida como a posição privilegiada da Constituição dentro do ordenamento jurídico, de forma a exigir dos atos normativos abaixo dela posicionados adequação formal e material com o seu conteúdo. À supremacia da Constituição se conecta a ideia de filtragem constitucional de todo o Direito. A normatividade da Constituição, por sua vez, corresponde à força normativa que a permeia, à normatividade dela emanada, à vinculação de seus dizeres e ao dever ser atrelado ao seu conteúdo.

A legitimação do Direito Administrativo, a construção de suas normas e a sua aplicação aos casos concretos devem necessariamente levar em consideração as ideias de filtragem constitucional do Direito, supremacia da Constituição e normatividade de seu conteúdo. O Direito Administrativo contemporâneo e, por consequência óbvia, o interesse público que o permeia, não podem ficar alheios às transformações e inovações do novo constitucionalismo. É exatamente neste universo de modificações que se pretende discorrer sobre a ideia de interesse público. A esse novo olhar do Direito Administrativo será aqui dado o nome de *Neoadministrativismo*.

Direito Administrativo e Constitucional se mostram em alguma medida conectados desde os seus momentos históricos de nascimento, ambos se ocupam da disciplina das relações travadas entre o Poder Público e o indivíduo e são classificados como ramos do Direito Público. Assim sendo, nada mais razoável do que supor que as mudanças sofridas pelo Direito Constitucional venham a gerar reflexos intensos no Direito Administrativo, especialmente diante das ideias de supremacia constitucional, normatividade da Constituição e de filtragem constitucional do Direito. A incidência dos reflexos das transformações sofridas pelo Direito Constitucional nos últimos anos, no âmbito teórico, normativo e prático do

Direito Administrativo, se revela esperada e previsível, sendo relevante observar os seus limites e possibilidades. Nesse sentido, o trabalho, tomando por base a ideia de interesse público na Administração, procura apresentar a visão tradicional que a circunda, arguindo hipóteses e questionamentos ao seu redor, apontando caminhos pós-positivistas que se revelem capazes de aperfeiçoá-la e atualizá-la, bem como de resolver as questões e hipóteses arguidas.

Para o desenvolvimento do tema proposto foram utilizados métodos de pesquisa diversos em conjunto. Fez-se uso do método de abordagem hipotético-dedutivo, baseado na centralidade dos princípios, de onde é possível deduzir a compreensão dos fenômenos.⁵ Buscaram-se, ainda, os métodos de hermenêutica jurídica contemporânea, em especial aqueles atinentes à atual hermenêutica constitucional, por ser a Constituição a grande balizadora das conjecturas formuladas em torno da expressão *interesse público*. Ainda quanto ao viés metodológico, deve-se dizer que foram utilizadas as técnicas de pesquisa documental indireta, com foco na análise de material normativo e bibliográfico. A análise de precedentes judiciais foi realizada, porém a título acessório. Convém dizer que o uso das decisões judiciais é aqui qualificado como acessório por não ser objetivo central da presente tese a realização de estudo de caso ou de pesquisa empírica neste sentido.

O tema proposto foi desenvolvido em cincocapítulos principais, em que o primeiro se refere à introdução; o segundo se relaciona à origem da expressão interesse público e sua forma; o terceiro é responsável por tratar do seu preenchimento e conteúdo; o quarto expõe caminhos para o procedimento de aplicação do interesse público e discorre sobre os seus desdobramentos principais; e o quinto corresponde à conclusão.

De modo mais detalhado, pode se dizer que o capítulo segundo, denominado *Interesse público e suas fronteiras: uma análise de origem e forma*, é responsável por inaugurar os seus escritos discorrendo sobre a ideia de interesse jurídico em sua generalidade, e,

⁵Giampaolo Rossi, sobre o método, diz: “El debate entre los estudiosos ha registrado desde siempre dos distintas opciones metodológicas, ya individualizadas por la filosofía griega, entre método deductivo, basado en la centralidad del principio, del que se deduce la comprensión de los fenómenos, y método inductivo, basado en el fenómeno, del que se obtienen los principios.” ROSSI, Giampaolo. *Método jurídico y derecho administrativo: la investigación de conceptos jurídico elementales*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 21. Em tradução Livre: “O debate entre os estudiosos registrou desde sempre duas distintas opções metodológicas, já individualizadas pela filosofia grega, entre método dedutivo, baseado na centralidade do princípio, do que se deduz a compreensão dos fenômenos, e método indutivo, baseado no fenômeno, do que se obtém os princípios.” (Tradução nossa).

posteriormente, adentra na análise do interesse público em suas especificidades. A intenção é a de viabilizar uma compreensão a respeito do interesse público como espécie do gênero interesse jurídico.

Além disso, o texto do segundo capítulo apresenta os rudimentos históricos da ideia de tutela de um bem coletivamente considerado por parte do Estado. Neste trecho da tese não será feita narrativa histórica profunda e detalhada sobre o interesse público, mas apenas menção à presença da ideia de um bem coletivamente tutelado em períodos remotos da história. O foco principal dessa exposição, inclusive, reside na Europa, por ser considerada relevante nascedouro do Direito Administrativo.

Mesmo com a consciência de que as localidades geográficas possuem especificidades, que cada uma dessas peculiaridades é essencial na conformação de suas vivências e experiências ímpares, optou-se pela exposição da presença rudimentar do interesse público no passado europeu como forma de viabilizar uma melhor e maior compreensão do tema aqui proposto. O Direito Administrativo remoto europeu, com destaque para a produção francesa, em muito influenciou e influencia o Direito Administrativo nacional. Assim, em resumo, é possível dizer que a exposição do passado europeu dar-se-á com a intenção de permitir uma precisa contextualização do tema principal da tese: o interesse público incidente sobre o Direito Administrativo brasileiro no atual contexto pós-positivista.

Ainda em se tratando da parte segunda da tese, será mencionada a presença abstrata do interesse público ou de ideias primitivas que o representem no direito positivo constitucional brasileiro. Aqui se fala em presença abstrata por apenas haver menção à existência da palavra nos textos das constituições brasileiras, sem maiores análises a respeito da interpretação e concretização dessa expressão na prática de cada um dos Estados conformados por cada uma das constituições do país. Esse momento da tese é finalizado com exposições sobre as ideias de interesse público primário e de “interesse público secundário”, sua reprodução na doutrina brasileira e a oferta de um novo olhar sobre ele.

Passada a análise da origem e moldura da expressão, a tese realiza um estudo a respeito do preenchimento do conteúdo do termo interesse público. O seu capítulo terceiro, denominado *Interesse público: da moldura à pintura. (Re)Construindo alguns aspectos contedísticos a partir de elementos do pós-positivismo*, destina-se especificamente a tal

finalidade. A Constituição de 1988 e os elementos teóricos pós-positivistas são os grandes trilhos condutores do preenchimento proposto para a palavra.

O capítulo terceiro do estudo inaugura o seu texto com exposições sobre o neoconstitucionalismo, sua origem e características gerais e, ainda, com menção às suas mais relevantes influências no Direito Administrativo atual. Finalizado este ponto, é feita uma narrativa sobre a contemporânea ideia de juridicidade e os elementos normativos por ela abarcados. Entendida a juridicidade e os seus elementos integrantes, dá-se início à análise da textura aberta da expressão interesse público e dos legítimos caminhos de seu preenchimento. Realizada essa exposição, é evidenciada a pluralidade atinente ao interesse público, no sentido de desconstruir a ideia de que seu conteúdo é unívoco. A parte terceira da tese é ainda responsável por analisar a tradicional dicotomia *público x privado*, oferecendo em sequência nova proposta ao seu redor. Por fim, encerrando o conteúdo deste ponto, é estudada a relação existente entre o interesse público e a vontade coletiva majoritária.

Feitas as análises de origem, moldura e preenchimento da expressão interesse público, é realizado um estudo de seus desdobramentos principais (supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade do interesse público) e procedimento de aplicação. O capítulo quarto da tese, denominado *O interesse público e seus desdobramentos: do conteúdo ao procedimento*, concentra-se especificamente na exposição de tais elementos.

O texto da parte quarta é inaugurado com a apresentação do tema da supremacia do interesse público sobre o privado, de forma a demonstrar os tradicionais elementos teóricos que o circundam, as atuais propostas de sua superação plena, e é finalizado com a proposta de novo olhar ao leitor. Posteriormente, dá-se início às exposições sobre a indisponibilidade do interesse público, de modo a se demonstrar a sua visão tradicional e se apresentar uma sugestão de releitura. São apresentados, também, procedimentos de racionalidade, densificação de argumentação e decisão da Administração quando da análise de interesses colidentes em concreto, bem como a temática da democratização administrativa.

Ainda no capítulo quarto, caminhando rumo às conclusões do estudo, a tese apresenta a ideia de uma meta Atena para o agir da Administração. Denominado *Das certezas da moldura às inseguranças da pintura: por uma Administração Pública Atena*, o item 4.6 busca reforçar a necessidade de redução do espaço que hoje distancia o ser da atuação

administrativa e o dever ser que a direciona no âmbito da juridicidade. Discorre, inclusive, sobre o tema da busca da melhor resposta pela Administração diante de casos concretos.

Por fim, de modo a compilar as principais ideias densificadas ao longo de seu desenvolvimento, o trabalho apresenta as suas conclusões a respeito do tema que o conforma.

O tema do interesse público na Administração Pública, essencial e extremamente relevante para a sua atuação cotidiana, ainda carece, em sede nacional, de livros densos que o abordem em detalhamentos específicos. É possível notar, apesar disso, artigos e capítulos de livro que a ele se dedicam⁶, assim como alguns trabalhos de pós-graduação.⁷ No âmbito estrangeiro, diferentemente, é mais variada a literatura existente⁸, da qual se originam algumas obras utilizadas como referenciais teóricos, apesar de se destinarem à específica análise do interesse público no ordenamento jurídico de um país determinado. Não se pode deixar de mencionar aqui o estudo realizado pelo Conselho de Estado francês, em 1999, denominado *Reflexões sobre o interesse geral*.⁹

No Brasil contemporâneo começam a apontar obras¹⁰ a respeito da supremacia do interesse público sobre o privado, algumas propondo visões inovadoras do tema, porém sem a

⁶ São exemplos de trabalhos: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **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. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 1-244, abr./jun., 2011.

⁷ Neste sentido, pode ser feita menção exemplificativa às seguintes teses de doutorado: LOPES, Cleber da Silva Carneiro. **O controle da segurança privada no Brasil: um estudo das condições que geram controle de acordo com o interesse público**. 2012, Tese (Doutorado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, São Paulo, 2012. Disponível em: <www.teses.usp.br>. Acesso em: 10 out. 2014. MARCONDES, Roberto Rangel. **A importância da participação popular na definição do interesse público a ser tutelado pelo Ministério Público do Trabalho**, São Paulo, 2010, Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da USP. Disponível em: <www.teses.usp.br>. Acesso em: 10 out. 2014. PAIVA, Cecília de. **A comunicação da informação de interesse público no Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul**. 2011. Tese (Doutorado) - Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação do Programa de Pós-Graduação em Comunicação Midiática da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Bauru, 2011. Disponível em: <www.faac.unesp.br>. Acesso em: 10 out. 2014.

⁸ São exemplos de tais obras: ESCOLA, Hector Jorge. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma. 1989. HÄBERLE, Peter. **Öffentliches Interesse als juristisches Problem**. Berlin: BWV, 2006. RAGEON, François. **L'idéologie de l'intérêt general**. Paris: Economica, 1986. RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y estado del bienestar**. Madrid: Iustel, 2012.

⁹FRANCE, Conseil D'État. **Réflexions sur l'intérêt general**. Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Reflexions-sur-l-interet-general-Rapport-public-1999>. Acesso em: 10 set. 2014.

¹⁰ Pode ser feita aqui menção não exaustiva aos seguintes livros: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

realização detalhada de estudo sobre o interesse público propriamente.¹¹ A carência, no país, de livros destinados específica e detalhadamente à análise do interesse público na Administração Pública persiste.¹² Nesse sentido, autores como Andreas Joachim Krell ressaltam a relevância de serem empreendidos esforços acadêmicos rumo à reunião de informações que viabilizem a construção de uma teoria jurídica do interesse público para o Direito Administrativo nacional. Assim expõe o autor:

[...] é preciso o desenvolvimento de uma efetiva *dogmática* do interesse público que viabilize a tomada de decisões objetivas, previsíveis e aceitáveis para os integrantes da comunidade, por se basear na justificação através dos meios da metódica e argumentação jurídica em vez de orientar-se apenas para “resultados desejáveis”. É justamente essa dogmática do interesse público que ainda falta ou está mal desenvolvida em muitas áreas do Direito Público brasileiro [...]¹³

A tese, atenta a esse estado da arte, à relevância do tema e ao seu ineditismo, propõe-se a oferecer passos rudimentares rumo a um entendimento sistematizado do interesse público administrativista com foco no pós-positivismo brasileiro. Estudar os limites e possibilidades da expressão interesse público é ato de significativa relevância ao se considerar que, no plano do Direito Administrativo, há a presença do poder e da autoridade frente à liberdade. É exatamente isso o que nos ensina Agustín Gordillo.¹⁴

Por fim, concluindo a presente introdução, importante se faz esclarecer que não será aqui construída “a teoria jurídica do interesse público no Direito Administrativo do Brasil”, pois a consolidação de algo dessa magnitude demanda sólido caminhar histórico específico neste sentido, com a reunião de pensamentos sistematizados por décadas. A intenção, como antes dito, é a de colaborar com a junção sistemática e específica de elementos teóricos ligados ao interesse público no Direito Administrativo brasileiro, em especial na ótica pós-positivista, de forma a oferecer passos iniciais, ainda que rudimentares, no sentido de um estudo científico e racionalizado da temática.

¹¹ É exemplo: MENDONÇA, João Josué Walmor. **Fundamentos da supremacia do interesse público**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

¹² Aqui, a título de esclarecimento, importante se faz expor que existem obras plurais destinadas à análise dos interesses metaindividuais, porém com foco específico e majoritário na temática do processo coletivo. Neste viés, ver: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

¹³ KRELL, Andreas Joachim. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 157.

¹⁴ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009. Tomo 1. Parte general.p. I-2.

1. O interesse público e as suas fronteiras: uma análise de origem e forma

1.1 Da ideia de interesse para o Direito

A noção de interesse, essencial à compreensão do Direito em sua generalidade, se revela indispensável ao estudo do interesse público em suas especificidades. De seu conteúdo e uso cotidianos à sua exata inserção no mundo jurídico contemporâneo um longo caminho foi trilhado. O presente capítulo, se focando nas generalidades e especificidades que permeiam a expressão, se propõe a analisá-las.

1.1.1 O interesse jurídico em suas generalidades

O Direito Romano é comumente apontado¹⁵ como berço de nascedouro dos rudimentos originários do interesse jurídico. Após isso, coube aos trabalhos jusfilosóficos o empreendimento secular de aperfeiçoar as suas linhas delineadoras, até que restasse consubstanciada a roupagem atual de seu conteúdo.

Etimologicamente, em sua origem latina mais pretérita, a palavra interesse (*inter+esse*) significa fazer parte da natureza de uma coisa¹⁶, estar entre.¹⁷ Corroborando com esse entendimento, Antônio Gomes Ferreira, em seu Dicionário de latim-português, atribui às palavras *inter* e *esse* os significados abaixo transcritos:

Inter: I. *Circunstâncias de lugar*: Entre, no meio de, junto de, no número de.
Essentia, ae (esse) f. Essência, natureza duma coisa.¹⁸

Com o transcorrer dos tempos e com os usos a ela atribuídos, a palavra interesse caminhou rumo à substantivação de seu conteúdo, passando a corresponder ao que é considerado importante¹⁹, a um ato de vontade.²⁰

¹⁵ Neste sentido ver: IHERING, Rudolf Von. **L'Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement**. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1888. Tome Quatrième. Liv. II – IIº Part. – Titre I. – Théorie Générale. p. 437.

¹⁶ Neste sentido ver: BACHOF, Otto; STOBER, Rolf; WOLFF, Hans J. **Direito administrativo**: Volume I. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006. p. 425.

¹⁷ Em tal sentido ver: ESCOLA, Hector. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 237.

¹⁸ FERREIRA, Antônio Gomes. **Dicionário de latim-português**. Portugal: Porto, 1998. p. 62, 437.

No Brasil atual, em um viés de generalidade, o termo interesse costuma ser compreendido como palavra conectada às ideias de vantagem, cobiça e simpatia. É vocábulo usualmente marcado por aspecto volitivo e subjetivo, e se refere aos desejos de um sujeito, à vontade que possui de algo. Configura-se, desta maneira, como elemento inerente ao plano psicológico do indivíduo. O Dicionário Aurélio, consolidando em documento formal aquilo que do termo se faz na perspectiva usual, assim o define em seus dez primeiros itens:

1. Lucro material ou pecuniário; ganho. 2. Parte ou participação que alguém tem nalguma coisa. 3. Vantagem, proveito; benefício. 4. Aquilo que convém, que importa, seja em que domínio for. 5. Sentimento de cobiça; avidez. 6. Procura de vantagem pessoal, de proveito. 7. Sentimento de zelo, simpatia, preocupação ou curiosidade por alguém ou alguma coisa. 8. Empenho. 9. Curiosidade. 10. Qualidade de interessante. (2).²¹

Saindo do uso coloquial e adentrando no plano da cientificidade, no Direito a expressão interesse é marcada por especificidades, a começar por seu nome de batismo. Na ciência jurídica não é habitual falar em interesse apenas, mas sim em interesse jurídico ou interesse juridicamente tutelado. Se no universo cotidiano o uso da expressão é amplo, marcado pela subjetividade e valoração livre, no espaço jurídico vigora a busca pela racionalização de sua aplicação, por limites precisos para o seu conceito e a necessidade de seu ajuste ao Direito vigente.

José Cretella Junior, refletindo a realidade descrita, em seu Dicionário de Direito Administrativo diferencia o interesse em sua generalidade e a pretensão relevante para o Direito, aquela cujo fundamento habita uma norma jurídica prévia. Neste sentido expõe:

Interesse – pretensão do particular, desprotegida pela norma jurídica, diversamente do **direito**, que é pretensão fundamentada em prévia norma jurídica. Distingue-se o **direito** do **interesse**, como a **espécie** do **gênero**. Todo **direito** envolve **interesse** ou **pretensão** de seu titular, mas a recíproca não é verdadeira, porque inúmeros **interesses** não se elevam à categoria de **direitos**, porque destutelados da correspondente norma jurídica.²²

Extremamente relevante para a ciência jurídica, a busca pela formulação de um conceito de interesse jurídico não é novidade da contemporaneidade. Trabalhos datados do

¹⁹ ESCOLA, Hector. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 237.

²⁰ Em obra intitulada Fundamentação da metafísica dos costumes, Kant discorre sobre os interesses ligados à moralidade. Para saber mais ver: KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Seleção de textos de Marilena de Souza Chauí. Tradução de Tânia Maria Bernkopft, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1980. Volume II. (Os Pensadores).p. 103-162.

²¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988. p. 366.

²² CRETELLA JUNIOR, J. **Dicionário de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 307.

século XIX já abordavam o assunto, sendo comum na doutrina²³ responsável por estudá-lo a atribuição de destaque às obras de Rudolf von Ihering.

Ihering, em trabalhos variados, estudou o interesse jurídico em suas origens, formulou os seus limites conceituais mais basilares, estruturou a sua autonomia dentro da Ciência do Direito e o conectou com o conteúdo do próprio Direito. Josefa Dolores Ruiz Resa, em artigo específico que serve de referencial teórico ao presente ponto da tese, analisa detalhadamente a ideia de interesse nas obras de Ihering.²⁴

No quarto volume da obra denominada *L'Espirit du droit romain dans les diverses phases de son développement*²⁵, Ihering atribui ao Direito Privado romano o nascimento da ideia de interesse jurídico e, em uma de suas mais conhecidas construções teóricas, define o Direito a partir da ideia de interesse, expondo que os direitos correspondem a interesses juridicamente protegidos.²⁶ Desenvolvendo a ideia de interesse especificamente, Ihering a definiu, com a marca da subjetividade e da individualidade, como “o sentimento que se tem das condições da vida”. Em suas palavras:

Si me intereso por un persona, por un objeto, por una situación, es porque yo *siento* que dependo de ella, desde el punto de vista de mi existencia o mi bienestar, de mi satisfacción o de mi felicidad. Los intereses son, pues, las condiciones de la vida en su sentido lato. El sentido en el cual tomamos aquí la noción de la condición de la vida, es completamente relativo; lo que para uno constituye parte de la vida en su plenitud, es decir, el bienestar, está desproveído de todo valor para otro.²⁷

Analisando a ideia de interesse sob a ótica do Direito, é possível notar nas análises iniciais de Ihering as marcas teóricas do Direito Privado. Esta visão privada e individual do interesse deriva especialmente do momento histórico de sua formulação, onde o Direito Privado ocupava posição de destaque no universo jurídico. Mais à frente em seus escritos,

²³ Neste sentido ver: CALERA, Nicolas Lopez. El interés público: entre la ideología y el derecho. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 44, p. 123-148, 2010. p. 126. PICCARDI, Leopoldo. La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa. In: **Il Consiglio di Stato: studio in occasione del centenario**. Roma: Istituto Poligrafico dello Stato, 1932. Volume secondo. p. 120. RESA, Josefa Dolores Ruiz. El concepto de interés en Ihering. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, Granada, n. 3, p. 435-453, 2000.

²⁴ Para saber mais sobre a ideia de interesse nas obras de Ihering, ver o seguinte trabalho: RESA, Josefa Dolores Ruiz. El concepto de interés en Ihering. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, Granada, n. 3, p. 435-453, 2000.

²⁵ IHERING, Rudolf Von. **L'Espirit du droit romain dans les diverses phases de son développement**. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1888. Tome Quatrième. Liv. II – II^o Part. – Titre I. – Théorie Générale. p. 437.

²⁶ “*Les droits sont des intérêt juridiquement protégés.*” IHERING, Rudolf Von. **L'Espirit du droit romain dans les diverses phases de son développement**. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1888. Tome Quatrième. Liv. II – II^o Part. – Titre I. – Théorie Générale. p. 328. Em tradução livre: “os direitos são interesses juridicamente protegidos.” (Tradução nossa).

²⁷ IHERING, Rudolf Von. Apud. RESA, Josefa Dolores Ruiz. El concepto de interés en Ihering. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, Granada, n. 3, p. 435-453, 2000. p. 439.

Ihering não apenas analisa o interesse individual e os seus reflexos no Direito, como também o faz com relação ao interesse social.²⁸

Por conceber o indivíduo como sujeito direcionado ao egoísmo, Ihering credita ao Direito o papel de conectar e, em certa medida, de equilibrar a sanção, os deveres jurídicos e os interesses egoístas dos sujeitos.²⁹ Para o autor, a essência do Direito reside em dois elementos, um substancial (a utilidade, a vantagem, o ganho conseguido com o Direito) e outro formal (a proteção do Direito, a ação na justiça).³⁰

Nos dizeres de Ruiz Resa, para Ihering o conceito de interesse se conecta a uma noção finalista do ordenamento jurídico: o Direito é meio que serve à concretização de fins práticos.³¹ A ideia de interesse é, para o autor, dotada de viés empírico, e o Direito, por sua vez, é visto como um instrumento de finalidade não transcendental.³²

A inserção da ideia de interesse no conceito de Direito não cessou nos escritos de Ihering, podendo ser notada em textos e estudos posteriores, a exemplo daquele formulado por Jellinek, para quem o Direito seria o interesse protegido mediante poder de vontade ou poder de vontade concedido para a tutela de um interesse.³³

Diante da complexidade do ato de encontrar um conteúdo preciso para o termo *interesse jurídico*, há aproximadamente quatro séculos escritos se sucedem na tentativa de

²⁸ Neste sentido ver: RESA, Josefa Dolores Ruiz. El concepto de interés en Ihering. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, Granada, n. 3, p. 435-453, 2000.

²⁹ RESA, Josefa Dolores Ruiz. El concepto de interés en Ihering. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, Granada, n. 3, p. 435-453, 2000. p. 440-442.

³⁰ “Deux éléments constituant le principe du droit; l’un *substantiel*, dans lequel reside le but pratique du droit, et qui est l’utilité, l’avantage, le gain assuré par le droit; l’autre *formel*, qui se rapporte à ce but uniquement comme moyen, savoir: la *protection* du droit, l’*action en justice*. Celui-là est le fruit dont celui-ci est l’enveloppe protectrice.” IHERING, Rudolf Von. **L’Esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement**. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1888. Tome Quatrième. Liv. II – II^o Part. – Titre I. – Théorie Générale. p. 328. Em Tradução livre: “Dois elementos constituem o princípio do direito; um substancial, onde reside o objetivo prático do direito, e que é a utilidade, a vantagem, o ganho assumido pelo direito; outro formal, que se remete a esse objetivo unicamente como meio, a saber: a proteção do direito, a ação na justiça. Aquele é o fruto e esse o envelope protetor.” (Tradução nossa).

³¹ RESA, Josefa Dolores Ruiz. El concepto de interés en Ihering. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, Granada, n. 3, p. 435-453, 2000. p. 442.

³² “El interés lleva a Ihering a considerar el derecho como una herramienta al servicio de fines no trascendentales y con una concepción predominantemente empirista del interés.” CALERA, Nicolas Lopez. El interés público: entre la ideología y el derecho. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 44, p. 123-148, 2010. p. 126 - 127. Em tradução livre: “O interesse leva Ihering a considerar o direito como uma ferramenta a serviço de fins não transcendentais e com uma concepção predominantemente empirista do interesse.” (Tradução nossa).

³³ Neste sentido ver a análise de: PICCARDI, Leopoldo. La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa. In: **Il Consiglio di Stato: studio in occasione del centenario**. Roma: Istituto Poligrafico dello Stato, 1932. Volume secondo. p. 142.

bem fixar as suas fronteiras conceituais³⁴ e, em consequência, os parâmetros de distinção entre o *Direito (objetivo e subjetivo)*³⁵ e o *interesse jurídico* que o integra.

Francesco Carnelutti, analisando o tema em viés processual, ressalta que o termo *interesse*, para o Direito, não significa um juízo, mas sim uma posição; a partir daí, o define como “*laposición favorable a lasatisfacción de una necesidad.*”³⁶ O sujeito do interesse jurídico seria o Homem, individual ou coletivamente considerado, e o seu objeto o bem (meio, direto ou indireto, para satisfação das necessidades).³⁷ Discorrendo sobre a possibilidade de haver conflito de interesses e, ainda, sobre o interesse específico de solução pacífica das controvérsias, Carnelutti confere destaque ao papel do direito objetivo e expõe que na medida em que cresce o progresso da civilização decresce a necessidade do Direito enquanto instrumento de promoção da pacificação de conflitos.³⁸

Leopoldo Piccardi, em sua análise do interesse jurídico, expõe que, diante de tantos conflitos, é necessário assumir que o interesse, no âmbito da ciência jurídica, deve ser entendido como a relação entre aquele que sente a necessidade e o bem apto a satisfazê-la.³⁹ Como bem se nota com esta exposição, Piccardi, assim como Carnelutti, em sua análise

³⁴Neste sentido ver: CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de derecho procesal civil**: volumen I: introducción y función del proceso civil. Argentina: Union Tipografica Editorial Hispano Americana, 1944. PICCARDI, Leopoldo. La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa. In: **Il Consiglio di Stato**: studio in occasione del centenario. Roma: Istituto Poligrafico dello Stato, 1932. Volume secondo.

³⁵ São variadas as concepções de Direito hoje vigentes, tendo sido aqui em rodapé reunidas algumas para fins ilustrativos do tema. León Duguit, por exemplo, diferencia direito objetivo e direito subjetivo. “O direito objetivo ou regra de direito é a norma de conduta que se impõe aos indivíduos que vivem em sociedade, norma cujo respeito se considera, em dado momento, pela sociedade, como a garantia do interesse comum e cuja violação determina reação coletiva contra o autor de tal violação. O direito subjetivo é um poder do indivíduo que vive em sociedade. É um poder para o indivíduo obter o reconhecimento social do objeto que pretende, quando o motivo que determina o seu ato de vontade é um fim considerado legítimo pelo direito objetivo.” DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Campinas: Servanda, 2008. p. 7. Leopoldo Piccardi expõe que o Direito Subjetivo corresponde à condição do sujeito, ao qual é atribuído o poder de determinar, mediante uma manifestação de vontade, a aplicação da sanção cominada pelo direito objetivo, no caso de violação de uma obrigação ligada à tutela de um interesse seu. PICCARDI, Leopoldo. La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa. In: **Il Consiglio di Stato**: studio in occasione del centenario. Roma: Istituto Poligrafico dello Stato, 1932. Volume secondo. p. 145.

³⁶ Em tradução livre: “[...] a posição favorável à satisfação de uma necessidade.” (Tradução nossa). CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de derecho procesal civil**: volumen I: introducción y función del proceso civil. Argentina: Union Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1944. p. 11.

³⁷ CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de derecho procesal civil**: volumen I: introducción y función del proceso civil. Argentina: Union Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1944. p. 11.

³⁸ CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de derecho procesal civil**: volumen I: introducción y función del proceso civil. Argentina: Union Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1944. p. 18.

³⁹ Trecho derivado de tradução livre (tradução nossa). Em sua versão original expõe Piccardi: “*A me pare tuttavia che, attraverso tanti contrasti, si debba ormai ritenere acquisito che l'interesse va inteso, ai fini delle scienze giuridiche, come rapporto fra chi sente il bisogno e la cosa atta a soddisfare quest'ultimo...*”. PICCARDI, Leopoldo. La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa. In: **Il Consiglio di Stato**: studio in occasione del centenario. Roma: Istituto Poligrafico dello Stato, 1932. Volume secondo. p. 121.

do termo interesse, o conecta à satisfação de uma necessidade a partir de um bem. Especificando a sua ideia, expõe que o interesse relevante para o direito objetivo é aquele cuja necessidade a ser satisfeita não apenas é considerada a partir daquilo que deseja o sujeito que visa satisfazê-la, mas sim tomando por base a média das avaliações dos indivíduos da comunidade.⁴⁰ O autor, neste exato viés, dá um passo para além da simples subjetividade na definição do interesse jurídico, adentrando no plano de sua objetividade.

Ressaltando a relevância da objetividade para que um interesse passe a ser considerado em perspectiva jurídica, expõe Nicolás Lopes Calera que quando se trata de interesses, estamos referindo-nos a coisas, a situações sociais, a relações sociais que engendram um desejo forte, uma necessidade forte e inclusive uma paixão. Diz o autor que, por sua dependência com relação à subjetividade, ambos, interesses e valores, têm que suportar o peso da prova de sua objetividade se pretendem alcançar uma liderança moral ou jurídica ou uma ampla respeitabilidade. Narra o teórico que esta tarefa, apesar de árdua, tem sido historicamente empreendida por muitas correntes da filosofia prática.⁴¹

A doutrina brasileira responsável por estudar o tema do interesse jurídico não foge à tradição internacional europeia. No Brasil atual o interesse jurídico possui conceito preponderantemente construído a partir dos termos *bem* e *necessidade*, sendo comumente definido como relação travada entre a satisfação de uma necessidade a partir de um bem. Rodolfo de Camargo Mancuso, por exemplo, define interesse jurídico como interesse ligado à satisfação de uma necessidade através de um bem, cujo conteúdo valorativo é fixado previamente pela norma, sendo ela o seu referencial.⁴²

A presente tese, seguindo a linha de raciocínio secular aqui exposta, irá considerar como interesse jurídico a ligação existente entre a necessidade de um sujeito, a satisfação desta necessidade e o bem apto a satisfazê-la. O interesse jurídico legítimo será aqui

⁴⁰PICCARDI, Leopoldo. La distincione fra diritto e interesse nel campo dela giustizia amministrativa. In: **II Consiglio di Stato**: studio in occasione del centenario. Roma: Istituto Poligrafico dello Stato, 1932. Volume secondo.p. 121 - 122.

⁴¹ Trecho oriundo de tradução livre (tradução nossa). Emsuaverson integral original diz Calera: “En todo caso, cuando se trata de intereses, estamos refiriéndonos a cosas, a situaciones sociales, a relaciones sociales que engendran un deseo fuerte, una necesidad fuerte e incluso una pasión. Ahora bien, por su dependencia constituyente de la subjetividad, ambos, intereses y valores, tienen que soportar el peso de la prueba de su objetividad si pretenden alcanzar un liderazgo moral o jurídico o una amplia respetabilidad, lo cual es tarea más imposible que otra cosa, pero que históricamente se ha intentado por muchas corrientes de la filosofía práctica.” CALERA, Nicolás Lopez. El interés público: entre la ideología y el derecho. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 44, p. 123-148, 2010.p. 125.

⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 18.

entendido como possibilidade, objetivamente tutelada pelo Direito, de satisfação de uma necessidade a partir de um bem. Da tutela normativa do interesse, da entrega de status jurídico a ele, nascem direitos e deveres.⁴³ Desdobremos, pois, os elementos deste conceito em análises específicas e extremamente relevantes para a construção da ideia de interesse público.

1.1.2 O interesse jurídico em desdobramentos específicos

1.1.2.1 Da necessidade e do bem apto a satisfazê-la

O interesse jurídico, como dito, corresponde à possibilidade de satisfação de uma necessidade através de um bem. A necessidade que integra o interesse jurídico guarda conexão direta com a dignidade do sujeito que é seu titular, neste sentido é possível dizer que determinado elemento apenas é entendido como necessário a ponto de ser convertido em interesse juridicamente tutelado por ser indispensável à dignidade do sujeito com ele relacionado.

Assim, não é toda e qualquer necessidade subjetivamente avaliada elemento apto a receber a marca do interesse jurídico. A avaliação desta necessidade subjetiva a partir da ideia de dignidade é objetivamente orientada e preenchida pela juridicidade⁴⁴, ou seja, pelo complexo normativo plural que integra o Direito vigente.⁴⁵ Se não houver compatibilidade com a juridicidade, a necessidade restará atinente a um interesse do plano psicológico do indivíduo, não sendo habilitada a receber o status de necessidade integrante de um interesse jurídico. A necessidade, portanto, para integrar o interesse jurídico de modo legítimo deve ser objetivamente contemplada pelo Direito vigente; caso contrário, será uma necessidade comum, subjetiva e sem maiores desdobramentos no plano do Direito.

⁴³ No viés de interesse jurídico legítimo aqui formulado é possível notar a clara influência das teorizações apontadas de Ihering, Carnelutti, Piccardi e Calera.

⁴⁴ A ideia de juridicidade e sua influência na compreensão do Direito Administrativo contemporâneo serão explicitadas mais à frente, neste momento do trabalho é suficiente compreender tal elemento como adequação de algo ao Direito vigente.

⁴⁵ Nessa linha, a doutrina portuguesa de Botelho, Esteves e Pinho diz: “O interesse legítimo, numa primeira acepção, pode ser configurado como interesse material reflexo no direito objetivo.” BOTELHO, José Manuel da S. Santos; ESTEVES, Américo J. Pires; PINHO, José Cândido de. **Código do procedimento administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.p. 53. Neste sentido, Maria Helena Diniz define interesse legítimo: “Interesse legítimo – 1. Direito administrativo. Pretensão, assegurada legalmente, estabelecida em favor de todos os jurisdicionados; logo, qualquer um deles poderá pleitear o atendimento administrativo e, em sua falta a tutela judicial (OthnSidou).” DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. D-I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 965.

Ainda no que diz respeito à necessidade, importante se faz expor que a sua satisfação pelo bem pode se dar de forma direta ou de forma indireta. Se o bem apto a satisfazer a necessidade viabiliza tal satisfação de modo direto ou imediato, diz-se que o interesse que o abarca é igualmente direto. Se, todavia, o bem apto a tal finalidade apenas permite a satisfação na via indireta, diz-se que o interesse que o abarca é de ordem indireta ou mediato.

Francesco Carnelutti, seguindo esta linha de entendimento, expõe que determinadas situações servem diretamente à satisfação das necessidades e que outras o fazem indiretamente, neste último caso há uma situação intermediária que mais à frente ensejará a contemplação do que é necessário. Na satisfação direta residem os interesses jurídicos imediatos e na satisfação indireta os interesses jurídicos mediatos.⁴⁶ Leopoldo Piccardi, também discorrendo sobre este assunto, assim diz:

Qualifichiamo un interesse come *strumentale o mediato*, rispetto ad altri interessi della stessa persona, che si possono dire *immediati*, quando ha per oggetto un bene, il quale non è atto a soddisfare direttamente un bisogno, ma costituisce una *condizione necessaria o, almeno, favorevole* per la soddisfazione di esso.⁴⁷

Como bem se nota, as noções de interesse mediato e imediato se ligam às ideias de meios e fins na satisfação das necessidades. O caráter mediato ou imediato de determinado interesse, a clara noção de que esta definição é de meio e de fim, e o entendimento quanto à fluidez de ambas ideias são elementos úteis à compreensão do interesse público objeto da tese aqui desenvolvida, posto que este interesse igualmente pode ser atestado em via direta ou indireta, em viés concreto e em viés abstrato.⁴⁸

Analizados os desdobramentos da necessidade que integra o interesse jurídico, importante se faz dizer que o bem apto a satisfazê-la pode ser material ou imaterial, móvel ou imóvel, individual ou coletivo, não devendo se configurar como ilícito positivado no Direito vigente o seu uso, gozo ou fruição. Ressalte-se, aqui, que não apenas bens públicos são aptos à satisfação dos interesses públicos, mas também bens privados, bens pertencentes aos particulares; é o que se dá, por exemplo, na efetivação de desapropriação. Nestes últimos

⁴⁶ CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de derecho procesal civil**: volumen I: introducción y función del proceso civil. Argentina: Union Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1944. p. 11.

⁴⁷ Em tradução livre: “Qualificamos um interesse como instrumental ou mediato, o comparando com outro interesse da pessoa que se pode denominar imediato, quando tem por objeto um bem, o qual não é apto a satisfazer diretamente uma necessidade, mas se constitui em condição necessária ou ao menos favorável a essa satisfação.” (Tradução nossa). PICCARDI, Leopoldo. La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa. In: **Il Consiglio di Stato**: studio in occasione del centenario. Roma: Istituto Poligrafico dello Stato, 1932. Volume secondo.p. 123.

⁴⁸ Os temas do viés concreto e do perfil abstrato da ideia de interesse público serão abordados mais à frente na presente tese.

bens, nas interferências direcionadas a eles pela Administração, residem relevantes questões a respeito dos limites de inserção do público no privado.

1.1.2.2 Do sujeito do interesse jurídico

Saindo do plano da necessidade, do bem apto a satisfazê-la, e adentrando no universo de estudo do sujeito do interesse jurídico, há de se dizer que o indivíduo titular do interesse e responsável por viver a necessidade objetivamente delineada tanto pode ser um sujeito isoladamente considerado, como também um coletivo de seres. Neste último caso, o coletivo de sujeitos pode ser determinado ou indeterminado, quantitativamente majoritário ou minoritário. As diferenças existentes entre os destinatários da necessidade a ser satisfeita por meio de um bem geram a classificação do interesse jurídico em interesse individual e metaindividual.

Interesse jurídico individual, em apertada síntese, é aquele que envolve a satisfação da necessidade referente a um sujeito individualmente considerado. Interesse metaindividual, por sua vez, é aquele que envolve a satisfação de necessidades relacionadas a um grupo determinado ou indeterminado, majoritário ou minoritário de indivíduos. São variadas, como bem se verá, as subespécies de interesses metaindividuais hoje apontadas no Direito brasileiro, dentro delas se inserindo o interesse público objeto desta tese.

Rodolfo de Camargo Mancuso conceitua os interesses individuais e metaindividuais da seguinte maneira:

[...] é individual o interesse cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário. Se o interesse é bem exercido, só o indivíduo disso se beneficia; em caso contrário, só ele suporta os encargos [...]. Critério prático para se identificar um interesse como “individual” consiste em examiná-lo sob os ângulos do “prejuízo” e da “utilidade”.⁴⁹

[...] são interesses metaindividuais aqueles que “transcendem o indivíduo isoladamente considerado”.⁵⁰

Carnelutti, em posição semelhante, diz que interesses individuais são aqueles em que a situação favorável à satisfação de uma necessidade pode determinar-se em razão de apenas um indivíduo. Quanto aos interesses coletivos, diz o autor que se fazem presente quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade não pode determinar-se sem o respeito a

⁴⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 45.

⁵⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 23.

vários indivíduos de uma vez, em outros termos: quando a situação favorável a cada um, para a satisfação de uma necessidade sua, não pode determinar-se, salvo junto a outras idênticas situações favoráveis aos demais membros de um determinado grupo.⁵¹

A distinção habitualmente direcionada ao interesse jurídico individual e ao interesse jurídico metaindividual reflete diretamente na distinção concebida pela doutrina tradicional entre o *público* e o *privado*. A diferenciação em questão, como se verá mais à frente, gera impactos na ideia de interesse público, comumente vista como ideia alheia ao plano dos interesses privados.

O tradicional sujeito ativo legitimado à satisfação da necessidade que integra o conceito de interesse público aqui estudado reside na figura da Administração. Como as possibilidades a ela direcionadas mais do que poderes são deveres, não é a pretensão ou a faculdade individualmente considerada que norteia o seu agir, mas sim o dever poder de satisfação das necessidades que lhe são direcionadas pelo ordenamento jurídico vigente. Se o interesse jurídico em sua generalidade corresponde à possibilidade de satisfação de uma necessidade a partir de um bem, o interesse público em sua especificidade se refere ao dever poder de satisfação de uma necessidade a partir de um bem.

Tradicionalmente agente na defesa do interesse público, a Administração não detém a titularidade exclusiva para o exercício desta tutela, sendo ela também direcionada ao cidadão e às pessoas jurídicas privadas. É o que ocorre, por exemplo, com a possibilidade de uso da ação popular⁵² pelos cidadãos brasileiros para a defesa do interesse público e, ainda, com a legitimidade ativa conferida às associações para a propositura de ação civil pública.⁵³

⁵¹ Posição do autor mencionada a partir de tradução livre (tradução nossa). Em seus dizeres originais, expõe Carnelutti: “*cuando la situación favorable a la satisfacción de una necesidad no puede determinarse sino respecto a varios individuos a la vez, o en otros términos: cuando la situación favorable a cada uno, para la satisfacción de una necesidad suya, no puede determinarse sino junto a otras idénticas situaciones favorables de los demás miembros de un determinado grupo.*” CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de derecho procesal civil**: volumen I: introducción y función del proceso civil. Argentina: Union Tipografica Editorial Hispano Americana, 1944. p. 12.

⁵² A ação popular, instrumento peculiarmente brasileiro, viabiliza a tutela de elementos de ordem difusa, podendo ser proposta por qualquer cidadão. A sua disciplina expressa habita o texto constitucional e a Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965.

⁵³ Em posicionamento semelhante, Maurice Hauriou expõe que a administração pública não possui o monopólio do bem público e que é desejável que a administração pública e as empresas privadas de interesse público colaborem para a satisfação do bem público. Ressalta o autor que isso será possível caso as empresas se animem do mesmo espírito de paz social e do mesmo espírito nacional que a administração pública. Em seu trecho original e integral expõe o autor: “1º L’administration publique n’a pas le monopole du bien public; [...] 3º Il est désirable que l’administration publique et les entreprises privées d’intérêt public entrent en collaboration pour la plus grande satisfaction du bien public. Mais cela n’est évidemment possible que si ces entreprises sont animées

Ainda no contexto de análise do sujeito titular do interesse jurídico, importante se faz expor que é possível notar no ordenamento a atribuição de competência a certos entes e pessoas para a tutela prática e efetiva, em contexto específico, de determinado interesse alheio e juridicamente tutelado. Melhor explicando, as normativas vigentes, muitas vezes, atribuem a sujeitos específicos a competência para agir em nome da defesa de um interesse pertencente a outrem. É o que ocorre, por exemplo, com os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, sujeitos legitimados a agir em prol da defesa dos interesses coletivos e dos que se configuram como pobres na forma da lei, respectivamente.

O interesse público, nestemomento da tese apresentado como espécie do gênero interesse jurídico, será melhor detalhado nos pontos seguintes. Aqui, importante se faz finalizar com a menção de que os limites de sua satisfação, o sujeito responsável por promovê-la, os seus beneficiários, os bens que a permeiam e o regime jurídico de sua disciplina lhe conferem especificidades e autonomia no universo jurídico.

Identificado e com autonomia ressaltada, passemos à análise da edificação histórica de sua essência.

1.2 Interesse público: a edificação histórica de sua essência

O Direito Administrativo e o interesse público que a ele se conecta, tal qual hoje conhecidos e estudados, iniciaram os seus processos de mais intensa, direta e imediata construção após os movimentos revolucionários liberais do século XVIII, especialmente após a Revolução Francesa de 1789.⁵⁴ Anteriormente a isso, fica difícil conceber a existência de ambos em formatos idênticos aos que atualmente possuem, seja pela gestão pessoal da coisa pública, ausência de limites precisos ao agir estatal, fundamentação divina do poder, reunião das funções estatais junto a um único sujeito ou, ainda, pela inexistência de proteção especial à dignidade e liberdade de certos grupos de indivíduos.⁵⁵

du meme esprit de paix sociale et du même esprit national que l'administration publique." HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. Dixième édition. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1921. p. 21.

⁵⁴ Neste sentido ver: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública, legalidade e pós-positivismo. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco (Coord.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 203.

⁵⁵ Neste sentido ver: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 69. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e**

Esta constatação, todavia, não deve ensejar o entendimento de que anteriormente a isso não havia nas organizações sociais qualquer senso de defesa dos interesses de determinados seguimentos coletivos ou, ainda, que inexistia qualquer rudimento do que hoje se convencionou chamar Direito Administrativo. Fragmentos destes elementos podem ser notados em momentos históricos anteriores ao liberalismo do século XVIII, ainda que em formatos bem distantes daqueles atualmente concebidos.

Tomando por base o exposto, teceremos considerações breves sobre a presença rudimentar⁵⁶ do Direito Administrativo e do interesse público em momentos anteriores à formação do Estado Liberal. Tal fato se dará como forma de contextualizar a temática, sem, contudo, ter a intenção de esgotá-la ou de realizar uma exaustiva e profunda análise histórica de seu conteúdo. Neste viés, indispensável se faz expor que não se constata na história o uso linear da expressão *interesse público* para se referir à tutela da vontade coletiva ou metaindividual. As expressões que se sucederam no tempo com esta finalidade são variadas, a exemplo de vontade geral, vontade da nação, interesse geral, dentre outras. A palavra escolhida muda conforme o teórico que dela se utiliza, o contexto em que o faz e a normativa vigente.

Apesar do uso não linear, a relevância da exposição cronológica se mantém, posto que intencionada a revelar que desde tempos passados há referência teórica à tutela jurídica de uma vontade atinente ao coletivo, independentemente de sua denominação, ainda que não rotulada como interesse público.

1.2.1 Teorizações sobre a tutela do coletivo na Antiguidade

Na Antiguidade⁵⁷, a gestão impessoal do espaço público não era compreendida como dever, sendo marcante a dominação e subjugação de certos indivíduos por meio da violência.

outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.p. 86. GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010.p. 47.

⁵⁶ Por rudimentos deve se entender os traços originários do que hoje se chama Direito Administrativo, não havia em tal momento pretérito sistematização ou cientificidade profundas, mas elementos que mais demonstravam uma prática do que uma teoria jurídica administrativista.

⁵⁷ A Antiguidade corresponde ao período histórico compreendido entre o advento da escrita e a queda de Roma (Império Romano do Ocidente).

Estes fatos reunidos não nos permitem falar, durante este período, em uma defesa de interesses metaindividuais qual hoje estruturada.⁵⁸

É possível, todavia, na Antiguidade egípcia, grega e romana, constatar a presença de práticas e teorizações em torno de uma rudimentar concepção de tutela coletiva dos interesses e do que hoje se chama Direito Público. Ressalte-se, não ter existido em tal período uma sistematização de saberes em torno do Direito Administrativo; a Administração, mais do que teoria e ciência jurídica, era realidade fática, conjunto de fazeres imposto pelas necessidades.⁵⁹

No Egito, por exemplo, a necessidade de construção de grandes obras e a manutenção de corpo militar robusto deram origem a estruturas de funcionários que podem ser vistas como traços pretéritos rudimentares de elementos administrativistas contemporâneos.⁶⁰

Na Grécia, assim como no Egito, também é possível notar a presença de atribuições funcionais específicas a certos grupos de indivíduos, a exemplo dos magistrados especializados, dos funcionários responsáveis pela formação dos jovens guerreiros de Esparta e dos sujeitos competentes para o controle das contas públicas em Atenas. Tais elementos reunidos acabam por permitir a conclusão de que ali igualmente já apontavam linhas rústicas de pontos hoje inseridos no Direito Administrativo.⁶¹

Apesar de não se conceber na Grécia uma ideia de interesse público semelhante à contemporânea⁶², já se notava, em trabalhos desenvolvidos por Platão e Aristóteles, algumas de suas linhas iniciais.

Platão, por exemplo, falava em um interesse de ordem metaindividual partilhado por toda a cidade, ainda que não focado exatamente nos interesses comuns de seus membros. Nos

⁵⁸ Gustavo Ferreira Assed, discorrendo sobre a gestão pessoal do espaço público neste período, expõe: “a tomada de decisão atendia ao interesse individual do governante ou de sua oligarquia de poder.” FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 442.

⁵⁹ Neste sentido ver: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências. **Revista da AJUFE**, Distrito Federal, Ano 23, n. 83, 1º trim., p. 77-103, 2006.p. 83.

⁶⁰ Em tal sentido ver: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências. **Revista da AJUFE**, Distrito Federal, Ano 23, n. 83, 1º trim., p. 77-103, 2006.p. 78.

⁶¹ Neste mesmo sentido ver: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências. **Revista da AJUFE**, Distrito Federal, Ano 23, n. 83, 1º trim., p. 77-103, 2006.p. 79.

⁶² Neste sentido ver: FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 442.

dizeres de Inés D’Argenio, o filósofo apontava para um interesse da cidade que transcendia os interesses particulares, diverso daquele atinente aos sujeitos e a eles oposto, devendo a atividade política assegurar a subordinação absoluta dos interesses privados ao interesse da cidade.⁶³

Aristóteles, por sua vez, fazia menção ao sumo bem, uma espécie de bem coletivamente considerado.⁶⁴ Via o bem humano como fim do Estado e dos indivíduos, sendo este fim maior e mais abrangente no caso do Estado, posto que direcionado a toda a nação e Cidades-Estados.⁶⁵ Inés D’Argenio, analisando a obra de Aristóteles, expõe que o filósofo enxergava o interesse comum como plural, imanente e focado no equilíbrio, a cidade por ele concebida reconhecia as diferenças entre os sujeitos e possuía harmonia oriunda deste equilíbrio. O foco da atuação política deveria ser o de assegurar a harmonia das vontades individuais e não o de assegurar a supremacia do interesse público em detrimento destas vontades.⁶⁶

Nota-se, com as exposições feitas, visões distintas de Aristóteles e Platão, especialmente no que concerne à supremacia do interesse coletivamente considerado. Platão enxergava essa supremacia como fim da atuação do Estado e Aristóteles não, pois a concebia como fruto da harmonia das vontades.

Saindo da Grécia e adentrando em Roma, igualmente é possível constatar no plano fático rudimentos de institutos administrativistas atuais, a necessidade de construção de obras públicas, as atividades militares e cobrança de tributos se inserem neste contexto.⁶⁷ Quanto às

⁶³Emsuaspalavrasoriginaisdiz Inés: “La doctrina política de Platón insiste más sobre el interés de la ciudad toda entera que sobre los intereses comunes de sus miembros: apunta un interés público que *trasciendelos intereses particulares*, formulando el principio de la subordinación absoluta de los intereses privados al interés público...” D’ARGENIO, Inés. **La administración pública**: crisis del sistema autoritario. La Plata: Platense, 2012. p.61.

⁶⁴ “Se, pois, para as coisas que fazemos existe um fim que desejamos por ele mesmo e tudo o mais é desejado no interesse desse fim; e se é verdade que nem toda coisa desejamos com vistas em outra (porque, então, o processo se repetiria ao infinito, e inútil e vão seria o nosso desejar), e evidentemente tal fim será o bem, ou antes, o sumo bem.” ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradutores: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Volume II. p. 49.

⁶⁵ “Ora, como a política utiliza as demais ciências e, por outro lado, legisla sobre o que devemos e não devemos fazer, a finalidade dessa ciência deve abranger as das outras, de modo que essa finalidade será o bem humano. Com efeito, ainda que tal fim seja o mesmo tanto para o indivíduo como para o Estado, o deste último parece ser algo maior e mais completo, quer a atingir, quer a preservar. Embora valha bem a pena atingir esse fim para um indivíduo só, é mais belo e mais divino alcançá-lo para uma nação ou para as cidades-estados.” ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradutores: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Volume II. p. 49.

⁶⁶D’ARGENIO, Inés. **La administración pública**: crisis del sistema autoritario. La Plata: Platense, 2012. p. 61.

⁶⁷ Neste sentido ver: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências. **Revista da AJUFE**, Distrito Federal, Ano 23, n. 83, 1º trim., p. 77-103, 2006.p. 80.

decisões oriundas do Poder Público, estas igualmente se pautavam nos interesses das oligarquias dominantes, pois não havia linhas claras sobre o dever de gestão impessoal do espaço público, inexistia liberdade política para todos os sujeitos, sendo difícil conceber ali uma exata identidade com a contemporânea ideia de interesse público.⁶⁸ Apesar de não ser possível enxergar a atual ideia de interesse público no Direito Romano, variados⁶⁹ são os doutrinadores que lá constatarem os primeiros traços delineadores do hodierno Direito Público. Destacou-se, aí, o *Corpus Iuris*, por fazer a distinção entre o *quod ad statum rei romanae spectat* (viés público do direito) e o *quod ad singulorum utilitatem* (viés privado do direito).⁷⁰

A distinção romana entre Direito Público e Privado, ainda presente na ciência jurídica, apresenta na atualidade uma tendência de interpenetração de seus conteúdos, através do que se costuma denominar de publicização do Direito Privado. Roma chegou ao seu apogeu durante o Alto Império, as conquistas de terras e o incremento da produção escravista auxiliaram esse processo. Com o advento do cristianismo, a crise no sistema de produção escravista, a anarquia militar e as pausas nas conquistas territoriais, o Império Romano entrou em decadência, a população deixou as cidades e migrou para o campo, abrindo espaço para uma nova estruturação estatal, econômica e social, o chamado “feudalismo”.

1.2.2 O bem comum na Idade Média

A Idade Média corresponde ao período histórico iniciado com a queda do Império Romano do Ocidente, onde preponderava o feudalismo em substituição ao modo de produção escravista romano. Neste período, existia alguma ideia de desejo coletivo como fonte de legitimação do poder, correspondendo, porém, nos dizeres de Joana Faria Salomé, ao “interesse particular coletivamente partilhado pela aristocracia que se reunia em torno de um

⁶⁸ FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 442. SALOMÉ, Joana Faria. O processo na história: entre interesse público e interesse privado. **Direito público**: Revista Jurídica da Advocacia-geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 1/2, p. 101-112, jan./dez., 2010. p. 118.

⁶⁹ Neste sentido ver: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Supremacia do interesse público e Estado de direito. **Revista do Ministério público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 41, jul./set., 2011. p. 88-89. FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 68.

⁷⁰ José dos Santos, discorrendo sobre o tema expõe: “*Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singularum utilitatem.*” “*Direito público é o que tange ao estado das coisas romanas, (ao passo que o) privado (pertine) à utilidade dos indivíduos.*” CARVALHO FILHO, José dos Santos. Supremacia do interesse público e Estado de direito. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 41, jul./set., 2011. p.89.

monarca”. Em termos de interesse individual, destacava-se a salvação divina administrada pela Igreja.⁷¹

Edilson Pereira Nobre Júnior aponta, como peculiaridade em tal âmbito, a crença predominante no domínio do senhor feudal sobre todos os bens dos sujeitos. Neste sentido, expõe:

Singularidade nos tempos medievos foi a prevalência do entendimento de que a expropriação se fundava em domínio eminente que o Rei, ou senhor feudal, possuía sobre todos os bens dos indivíduos, resultando-se no reconhecimento de um poder absoluto e incondicional, onde o direito à indenização do proprietário era incerto.⁷²

É possível notar através da análise das exposições feitas um predomínio da ideia de decisões orientadas pelos interesses privados de um dirigente (senhor feudal)⁷³, fato que se manteve dominante durante toda a Alta Idade Média. Na Baixa Idade Média, com a influência de pensamentos como o de São Tomás de Aquino⁷⁴, dá-se início a um ainda lento, porém mais nítido, caminhar rumo a ruptura de tal modelo, através da estruturação de uma discussão mais profunda em torno da ideia de *bem comum* (“tudo aquilo que o homem deseja”) e de *bom governo*.⁷⁵

Maria Sylvia, analisando o discurso tomista, expõe que São Tomás de Aquino, em sua *Suma Teológica*, tratou do bem comum como elemento residente nos desejos do homem enquanto membro do grupo a que pertence. Para ele, “Cada grupo tem seu próprio bem

⁷¹ SALOMÉ, Joana Faria. O processo na história: entre interesse público e interesse privado. **Direito público**: Revista Jurídica da Advocacia-geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 1/2, p. 101-112, jan./dez., 2010, p. 119.

⁷² NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências. **Revista da AJUFE**, Distrito Federal, Ano 23, n. 83, 1º trim., p. 77-103, 2006, p. 84.

⁷³ “Il est possible qu’à certaines époques, à l’époque féodale notamment, on n’ait pas toujours nettement distingué l’intérêt privé du souverain ou du seigneur – qui était alors une personne physique – des intérêts publics dont il assumait la gestion.” WALINE, M. **Droit administratif**. 9. ed. Paris: Éditions Sirey, 1963. p. 663. Em tradução livre: “É possível que em certas épocas, na época feudal notadamente, não se tenha distinguido nitidamente o interesse privado do soberano ou do senhor – que é um indivíduo – dos interesses públicos que direcionam a gestão.” (Tradução nossa).

⁷⁴ Neste sentido ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 87.

⁷⁵ Neste sentido ver: FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 443.

comum.” A ideia tomista é a de que os homens se unem em prol do bem comum e que este conceito varia conforme o grupo, local e tempo em que é formulado.⁷⁶

Inés D’Argenio, analisando a teorização de São Tomás, expõe que para ele o bem comum é noção racional e desprovida de conteúdo fixo, não é um dogma, mas sim uma direção evolutiva objeto de uma aproximação racional renovável sem cessar.⁷⁷

Posteriormente ao período de São Tomás, há quem constate a presença de um movimento estatizante em torno da ideia de bem comum. A expressão abandona o seu significado original e caminha rumo ao Estado, passando a corresponder ao próprio interesse do Estado.⁷⁸ Nos dizeres de Rangeon, o bem comum, antes pertencente a todos, passa a pertencer ao poder público.⁷⁹

Jean Bodin, seguindo essa linha, em sua obra *Os Seis Livros da República* expõe o seguinte: “República é um reto governo de vários lares e do que lhes é comum, com poder soberano. Colocamos essa definição em primeiro lugar porque é preciso buscar em todas as coisas o fim principal e depois os meios de a ele chegar”.⁸⁰

Com a ascensão da burguesia, o renascimento comercial e desenvolvimento da vida urbana, o sistema feudal inicia o seu processo de declínio e abre espaço para o nascimento do Estado Absolutista caracterizado, dentre outros elementos, pela concentração de poder nas mãos do soberano.

1.2.3 O Estado Absolutista e a personalidade do bem público

No Estado Absolutista o monarca concentrava junto de si poderes absolutos, sendo o bem comum confundido com os seus desejos pessoais.⁸¹ Neste período, por não haver uma

⁷⁶ AQUINO, São Tomás de. Apud. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 87.

⁷⁷ D’ARGENIO, Inés. **La administración pública: crisis del sistema autoritario**. La Plata: Platense, 2012. p. 62.

⁷⁸ Neste sentido ver: D’ARGENIO, Inés. **La administración pública: crisis del sistema autoritario**. La Plata: Platense, 2012. p.62.

⁷⁹ RANGEON, François. **L’idéologie de l’intérêt général**. Paris: Economica, 1986. p. 87-88.

⁸⁰ BODIN, Jean. **Os seis livros da república**. Tradutor José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011. Livro primeiro. p. 71.

⁸¹ Discorrendo sobre o tema, Inés D’Argenio relata o seguinte: “Identificado con el interés del Estado del que el rey se declara su único depositario, el bien público deviene en el siglo XVII, un arma al servicio del absolutismo real.” D’ARGENIO, Inés. **La administración pública: crisis del sistema autoritario**. La Plata: Platense, 2012. p. 64. Em tradução livre: “Identificado com o interesse do Estado do qual o rei se declara seu único depositário, o bem público se torna no século XVII uma arma a serviço do absolutismo real.” (Tradução nossa).

clara divisão das funções estatais legislativa, executiva e jurisdicional, o poder era exercido de forma concentrada e o rei era habitualmente o sujeito responsável por colocá-lo em prática, ressalvadas as hipóteses em que fossem efetuadas delegações. Estes elementos somados acabavam por viabilizar o exercício de arbitrariedades, especialmente através de interferências públicas constantes e desarrazoadas na vida privada dos sujeitos.⁸²

Enterría, analisando o Direito Público no Antigo Regime, expõe que seu conteúdo consistia em romper com o Direito comum, justificar exorbitâncias, derrogar leis estabelecidas, tudo com base em uma superioridade do Rei enquanto representante de Deus para o governo humano.⁸³

Edilson Pereira Nobre Júnior, analisando este período histórico, expõe que não apenas a concentração de poder nas mãos do monarca foi sua marca incontestada, mas também a “[...] dominação social, intervindo, através de sua burocracia, em todas as manifestações da coletividade. A economia, a educação, a cultura e a religião passaram a ser alvo de regulamentação real”.⁸⁴

O *Leviatã*⁸⁵, de Thomas Hobbes, permite bem entender a ideia de bem comum vigente neste período histórico.⁸⁶ Hobbes acreditava no Estado enquanto ficção criada pelo Homem, como elemento racional e artificial; por ser fruto da razão humana, o poder exercido pelo

⁸² “São dessa época as expressões que tornaram célebre o absolutismo da realeza europeia: é ao Rei Luís XIV (1638 – 1715), o Rei Sol, a quem se atribui a famosa “L’Étatc’est moi”. Esse período também se identifica com os brocardos “The King can do no wrong” e “Princeps legibussolutus est”, ambos a representar a imunidade da realeza diante das leis: o Estado era o rei que jamais errava; logo estava imune às leis e eventual responsabilização.” MOREIRA, EgonBockmann. O princípio da legalidade, a lei e o direito. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p 47.

⁸³ Trecho proveniente de tradução livre (tradução nossa). GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos**. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. 3. ed. Navarra: Aranzadi AS, 2009. p. 116-117. Emsuaversão literal e original, Enterría expõe: “Quebrantar el Derecho común, justificar las exorbitancias, las derogaciones a las Leyes establecidas, todo sobre la base de una superioridad substantiva del Rey, como comisionado de Dios para el gobierno humano, tal es el contenido de este nuevo Derecho.”

⁸⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências. **Revista da AJUFE**, Distrito Federal, Ano 23, n. 83, 1º trim., p. 77-103, 2006.p. 85.

⁸⁵ “O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita.” HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria**: forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Segunda Parte. O Estado. Capítulo XVII. Das causas, geração e definição de um Estado. (Os Pensadores).p. 104.

⁸⁶ “Do ponto de vista das ideias políticas, o surgimento do Estado se relaciona com análises político-filosóficas do século XVII em reação à estratificação e fragmentação medieval do poder político. Trata-se, em suma, do Estado ‘Leviatã’ teoricamente desenvolvido e político-filosoficamente fundamentado na obra de Thomas Hobbes.” DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2012. p. 22.

Estado absoluto não seria de ordem arbitrária.⁸⁷ Dizia Hobbes que era preciso instituir um poder comum apto a defender os homens dos perigos que os circundavam, lhes oferecendo segurança. Toda força e poder deveriam ser entregues “[...] a um homem, ou a uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade”.⁸⁸ Continuando, expunha Hobbes:

O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembleia de homens, como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns; todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão.⁸⁹

Nota-se, com o trecho acima, a teorização de um caráter absoluto para a vontade do representante estatal. Agustín Gordillo, discorrendo sobre o tema, expõe que neste âmbito o Direito Administrativo se esgota em um único preceito: um Direito ilimitado para administrar; não se reconhecem direitos do indivíduo frente ao soberano, o particular é um objeto do poder estatal, não um sujeito que se relaciona com ele.⁹⁰ Gordillo e Edilson Pereira Nobre Júnior destacam que frases como *l'Étatc'est moi*, *the king can do no wrong*, *leRoi ne peut mal faire*, todas marcantes em tal período, se constituem em reflexo deste contexto de poder absoluto.⁹¹

Apesar do distanciamento existente entre a ideia de bem comum em tal vivência remota e a atual concepção de interesse público, é possível conceber que as primeiras linhas delineadoras de outra ideia administrativista nasceram aí, as linhas da futura ideia de contencioso administrativo. O edito de Saint Germain de 1641 vedava a Corte do Parlamento de Paris, e todas as outras cortes, a intervir nos casos envolvendo Estado, Administração e Governo. Segundo D'Argenio, a monarquia absoluta criava condições para uma

⁸⁷D'ARGENIO, Inés. **La administración pública**: crisis del sistema autoritario. La Plata: Platense, 2012. p. 65.

⁸⁸HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria**: forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Segunda Parte. O Estado. Capítulo XVII. Das causas, geração e definição de um Estado. (Os Pensadores).p. 105.

⁸⁹HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria**: forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Segunda Parte. O Estado. Capítulo XVII. Das causas, geração e definição de um Estado. (Os Pensadores).p. 105.

⁹⁰ Trecho oriundo de tradução livre (tradução nossa). GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009. Tomo 1. Parte general. p. II-1. Em seu trecho literal e original diz o autor: “En esos momentos el derecho administrativo se agota en un único precepto: Underecho ilimitado para administrar; no se reconocen derechos del individuo frente al soberano; el particular es un objeto del poder estatal, no un sujeto que se relaciona con él.”

⁹¹ Em tal sentido ver: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências. **Revista da AJUFE**, Distrito Federal, Ano 23, n. 83, 1º trim., p. 77-103, 2006.p. 86.

especificidade do contencioso administrativo na medida em que investia os intendentess da prerrogativa de resolver as dificuldades nascidas na gestão dos negócios públicos.⁹²

O modelo de Estado Absolutista se manteve vigente por longos anos, iniciando o seu processo de ruptura e substituição por um novo protótipo especialmente a partir do fortalecimento da burguesia, dos entraves por ela encontrados em tal estruturação estatal e das arbitrariedades cometidas pelo monarca. Mudanças na forma absolutista foram reclamadas, teorias políticas, econômicas, jurídicas e filosóficas construídas no sentido de extingui-la, movimentos sociais aconteceram e o modelo estatal do Antigo Regime foi gradualmente substituído pelo que se convencionou chamar de Estado de Liberal ou Estado de Direito.

1.2.4 O interesse público e o Estado de Direito

Com a decadência do Estado Absolutista, foi aberto o espaço ideal para o desenvolvimento de teorias contratualistas e liberais que mais à frente acabaram por resultar na efetivação do modelo de Estado de Direito, a Revolução Francesa de 1789 foi o movimento de gatilho para este feito. É importante que se note, desde já, que logo após a efetivação do movimento revolucionário francês não houve a imediata e generalizada concretude dos ideais teóricos que o fundamentaram, a teoria demorou para restar majoritariamente concreta na prática, alguns vestígios do antigo Estado de Polícia subsistiram, de modo que o Estado imediatamente pós-revolucionário não comportava dentro de si os elementares hoje direcionados à plena caracterização do Estado de Direito; a construção desta feição, como costuma ocorrer nos acontecimentos históricos, foi gradual e paulatina, ao invés de instantânea e repentina.⁹³

Ainda assim, é possível entender que a Revolução Francesa de 1789 foi o movimento histórico responsável por viabilizar a transformação do Antigo Regime rumo ao Estado Liberal, especialmente por ter disseminado de forma universal as ideias de liberdade dos homens, felicidade geral e de necessidade de limitação do poder de governar.⁹⁴ Ainda que não

⁹²D'ARGENIO, Inés. **La administración pública**: crisis del sistema autoritario. La Plata: Platense, 2012. p. 37. ESCOLA, Hector. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 43.

⁹³ Raimundo Marcio Ribeiro Lima, tratando do tema, expõe que, na França, a consolidação do Estado de Direito apenas se confirmou propriamente no século XX. LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração pública dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 33.

⁹⁴ Em tal sentido ver: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO,

imediate na concretização de seus dizeres teóricos, a sua relevância histórica para a transformação da realidade social a ela anterior não pode ser desconsiderada.

Enterría, em obra destinada à análise das transformações provocadas pela Revolução no Direito Público, expõe que com tal movimento histórico pela primeira vez na história das revoluções humanas não se tratava, simplesmente, de substituir um regime político ou uma simples orientação ou direção determinadas em sua atuação. Para ele, se pretendia, nada mais e nada menos, retificar a história inteira da humanidade, fundar uma ordem política e social completamente nova, capaz de estabelecer uma outra etapa da trágica evolução humana e de assegurar para o futuro uma felicidade segura e duradoura.⁹⁵

É com a Revolução Francesa que o individualismo e o liberalismo⁹⁶ teorizados caminham rumo ao seu ápice e mais intensa possibilidade de aplicação prática.⁹⁷ É a partir deste movimento que a Administração pode ser considerada preparada para produzir os seus atos de maneira autônoma, independentemente da vontade do Judiciário, ainda que atrelada ao poder monárquico.⁹⁸ Neste momento, a atividade legislativa primária sai da atuação do Monarca que apenas a exerce de forma subordinada, o Executivo se foca aprioristicamente na atuação administrativa e aos sujeitos são reconhecidos direitos fundamentais de liberdade, igualdade, propriedade, os hoje rotulados direitos fundamentais de primeira dimensão.⁹⁹

Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 24.

⁹⁵ Trecho proveniente de tradução livre do autor (tradução nossa). GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos**. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. 3. ed. Navarra: Aranzadi AS, 2009. p. 28. Emsuaversão literal e original expõe o autor: “Por primera vez en la historia de las revoluciones humanas no se trataba, simplemente [...] de cambiar un régimen político o una simple orientación o dirección determinadas en su actuación. Se pretendía, nada más y nada menos, rectificar la historia entera de la humanidad, fundar un orden político y social completamente nuevo, capaz de establecer una nueva etapa de la trágica evolución humana y de asegurar para el futuro una felicidad segura e inmarchitable.”

⁹⁶ Sobre as ideias de liberdade e liberalismo ver: BERBERIS, Mauro. **Libertad y liberalismo**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/libertad-y-liberalismo-0/>>. Acesso em: 05 out. 2014.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 88.

⁹⁸ Inés D’Argenio, sobre o ato de administrar a partir de então, expõe: “[...] administrar es autorizar a la administración a resolver las dificultades que los particulares oponen a su marcha”. D’ARGENIO, Inés. **La administración pública: crisis del sistema autoritario**. La Plata: Platense, 2012. p. 37. ESCOLA, Hector. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 42. Em tradução livre: “[...] administrar é autorizar a administração a resolver as dificuldades que os particulares opõem a sua marcha”. (Tradução nossa).

⁹⁹ Em tal sentido ver: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências. **Revista da AJUFE**, Distrito Federal, Ano 23, n. 83, 1º trim., p. 77-103, 2006.p. 88.

Na França pós-revolucionária foi fundamental o papel do Conselho de Estado na conformação das primeiras balizas do que hoje se chama Direito Administrativo. É com o advento do movimento revolucionário francês que o conceito de contencioso administrativo se complementa, aperfeiçoa e desenvolve, especialmente a partir da Lei 28 pluviôse do ano VIII, formalmente responsável por separar Judiciário e Administração.¹⁰⁰ O Conselho de Estado, neste âmbito, tornar-se-ia o responsável por precipuamente exercer o contencioso administrativo e, em consequência, por dar contorno ao Direito Administrativo rudimentar.¹⁰¹

Embrionário na Revolução Francesa, o Direito Administrativo se fortaleceu durante o Império, ainda que em viés autoritário¹⁰²; Napoleão, em certa medida, deu continuidade à aplicação dos ideais revolucionários e a atividade do Conselho de Estado neste período se consolidou como instrumento da atuação napoleônica.¹⁰³ Conforme ensina Edmir Araújo Netto, não apenas a atuação do Conselho de Estado foi relevante para a conformação inicial do Direito Administrativo, doutrina e cátedras acadêmicas também colaboraram com isso. Neste sentido, diz:

*Charles Jean Bonin publicou, em 1808, a obra *Principes d'Administration Publique*, na qual, pela primeira vez, se diferenciou o Direito Administrativo do Direito Constitucional. Mas o impulso doutrinário mais relevante na França se deu com a criação, por Luís XVIII, na época da restauração da Monarquia (1819), da cátedra de Direito Administrativo da Universidade de Paris, para cuja regência foi designado o Barão de Gerando, cuja obra "*Institutes du Droit Administratif Français*" foi publicada em 1829. Tratava-se mais de uma laboriosa compilação de textos de leis, cuidadosamente cotejados, selecionados e sistematizados. Com sua morte, a cátedra passou a ser regida, a partir de 1852, pelo Conselheiro de Estado Maçarei,*

¹⁰⁰ Sobre o tema ver: D'ARGENIO, Inés. **La administración pública: crisis del sistema autoritario**. La Plata: Platense, 2012. p. 37.

¹⁰¹ Em tal sentido ver: ARAÚJO, Edmir Netto. O direito administrativo e sua história. **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo, v. 95, p. 147–166, 2000. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67460>>. Acesso em: 22 maio 2014. p. 152.

¹⁰² “En la primera matriz napoleónica – a principios del siglo XIX –, la autoridad del gobierno se difunde en actos que cumple a su servicio la Administración revestidos con un privilegio de jurisdicción, en tanto la Justicia ordinaria constituye un obstáculo a la voluntad que traducen esos actos. Y bajo el Segundo Imperio, se desarrolla la teoría de la exorbitancia que excluye definitivamente a la Administración del ámbito de la Justicia ordinaria e inscribe al Derecho Administrativo en una relación de dominación o sujeción sustentada en el predominio de un interés superior.” D'ARGENIO, Inés. **La administración pública: crisis del sistema autoritario**. La Plata: Platense, 2012. p. 41. Em tradução livre: “Na primeira matriz napoleônica – nos princípios do século XIX –, a autoridade do governo se difunde em atos que cumpre a seu serviço a Administração revestidos com um privilégio de jurisdição, nessa medida a Justiça ordinária constitui um obstáculo à vontade traduzida nestes atos. No Segundo Império se desenvolve a teoria da exorbitância que exclui definitivamente a Administração do âmbito da Justiça ordinária e inscreve o Direito Administrativo em uma relação de dominação ou sujeição sustentada no predomínio de um interesse superior” (tradução nossa). Também neste sentido ver: ESCOLA, Hector. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 37. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências. **Revista da AJUFE**, Distrito Federal, Ano 23, n. 83, 1º trim., p. 77-103, 2006. p. 91.

¹⁰³ Neste mesmo sentido ver: D'ARGENIO, Inés. **La administración pública: crisis del sistema autoritario**. La Plata: Platense, 2012. p. 44 – 45.

que já havia publicado, em 1842, a 1ª edição do "*Cours de Administration et de Droit Administratif*" também mais voltada ao direito positivo, espírito esse claramente definido e em suas primeiras "*Preleções*" bem agostoso do "*critério legalista*" do Direito Administrativo francês da época.¹⁰⁴

Não só a teoria do Direito Administrativo evoluiu e se consolidou com o passar dos anos, o Conselho de Estado, órgão inicialmente opinativo, sofreu modificações em seus fazeres, vindo a se fortalecer momentos mais tarde em 1872, através da possibilidade de emitir decisões soberanas. Neste contexto, aproximadamente oitenta anos após a instauração formal da dualidade da jurisdição, o Conselho de Estado passa a exercer papel efetivamente jurisdicional, promovendo a compilação dos elementos jurídicos administrativistas, de forma a viabilizar a eles a força necessária para continuarem seguindo rumo a sua efetiva autonomia como ramo do Direito.¹⁰⁵

Expõe Edilson Nobre Pereira Júnior que com o advento da Lei de 24 de maio de 1872 o Conselho de Estado “[...] saiu do regime de justiça reservada (*justice retenue*), exercida sob o consentimento do soberano, para o de justiça delegada (*justice déléguée*), em que a função de decidir lhe é transferida a título próprio”.¹⁰⁶

Garcia de Enterría, analisando os feitos do contencioso administrativo, narra ter havido por parte do Conselho de Estado decisões no sentido de determinar a anulação de atos praticados com vícios de competência da autoridade que os havia proferido e de excesso de poder, conceito inicialmente aplicado à invasão pelas autoridades administrativas da função dos juízes e Tribunais ordinários. Continua o autor mencionando que pouco a pouco estes motivos de “abertura de recurso”, como são chamados, se ampliaram. Diz que o excesso de poder se pronunciou sobre os vícios de forma ou violação de regras de procedimento, mais tarde incidindo sobre o “desvio de poder” (ou utilização de competência administrativa concreta para fins distintos daqueles considerados pela Lei para reconhecer a competência; por exemplo, fins pessoais do titular do órgão) e sobre à infração da lei em sua generalidade

¹⁰⁴ ARAÚJO, Edmir Netto. O direito administrativo e sua história. **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo, v. 95, p. 147–166, 2000. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67460>>. Acesso em: 22 maio 2014, p. 152.

¹⁰⁵ “Embora se possam pensar que o direito administrativo, como ramo autônomo do direito, surgiu junto com a jurisdição administração e a criação do Conselho de estado francês, na realidade, ele somente começou a formar-se cerca de 80 anos após a Lei de agosto de 1790 que, na França, deu origem ao sistema de dualidade de jurisdição.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Introdução: do direito privado na Administração Pública**. In: **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1.

¹⁰⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências. **Revista da AJUFE**, Distrito Federal, Ano 23, n. 83, 1º trim., p. 77-103, 2006, p. 92-93.

mais à frente. Com a migração da justiça reservada para a justiça delegada, diz Enterría que restou definitivamente assegurada a tutela jurisdiccional plena do Direito Administrativo.¹⁰⁷

Conclui-se, assim, que os institutos e elementos teóricos mais básicos do Direito Administrativo se firmaram não só através de teorias doutrinárias e da atuação do Legislativo, mas também, especial e principalmente com a jurisprudência do Conselho de Estado.¹⁰⁸ É com a atuação e entendimentos do Conselho de Estado francês¹⁰⁹ que se solidificam ideias como as de supremacia do interesse público sobre o privado e de indisponibilidade do interesse público.¹¹⁰ O fato de existir jurisdição especificamente administrativa e separada da atuação do Judiciário comum deu ao Direito Administrativo francês força, autonomia e estabilidade.¹¹¹

Ensina Raimundo Márcio Ribeiro Lima, em uma visão crítica da atuação deste ente, que o Conselho de Estado francês, “na sua origem, sem maior independência, se prestou a construir os mecanismos autoritários para a manutenção da ordem”, posteriormente, “com a necessidade de aperfeiçoamento do próprio sistema de jurisdição dúplice e dos institutos próprios ou afins do Direito Administrativo”, alargou a sua jurisprudência, e, mais à frente, diante da efetiva estruturação do que hoje se convencionou chamar Estado de Direito, acabou por adotar postura “criativa, mas conservadora, nas decisões tomadas.”¹¹²

¹⁰⁷ Trecho oriundo de tradução livre do autor (tradução nossa). GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos**. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. 3. ed. Navarra: Aranzadi AS, 2009. p. 222-223. Em sua versão literal e original, diz o autor: “Comienza el Consejo de Estado a anular actos por los gruesos vicios de incompetencia de la autoridad que había dictado el acto y de “exceso de poder”, concepto que inicialmente se aplica a la invasión por las autoridades administrativas de la función de jueces y Tribunales ordinarios. Poco a poco esos motivos de “apertura del recurso”, como se les llama, se extienden; el exceso de poder se pronuncia sobre los vicios de forma o infracción de las reglas del procedimiento, más tarde la “desviación de poder” (o utilización de la competencia; por ejemplo, fines personales del titular del órgano), a la infracción de la Ley, genéricamente, más tarde. Más adelante (ya 1872) la jurisdicción dejará de ser “retenida” para delegarse en el propio Consejo de Estado, que dicta ya directamente las sentencias, sin perjuicio de que continúe – aunque en una formación distinta y separada – en su función de órgano consultivo del Gobierno. La garantía jurisdiccional plena del Derecho Administrativo queda así definitivamente asegurada.”

¹⁰⁸ Analisando criticamente o Conselho de Estado em sua atuação inicial, expõe Raimundo Márcio Ribeiro Lima: “Aqui, por certo, ressoa um claro paradoxo do direito Administrativo francês. Com efeito, o Conselho de Estado longe de expressar o sentido de um Estado de direito, fazia com que a administração pública francesa fosse juíza das causas de seu interesse; logo, isso fazia ruir todo o ideário da separação dos poderes.” LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração pública dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 39.

¹⁰⁹ Para uma visão etnográfica da atuação do Conselho ao longo dos seus anos de existência ver: LATOUR, Bruno. **La frabrique du droit: une ethnographie du Conseil d’État**. 3. ed. Paris: La Découverte, 2013.

¹¹⁰ Neste mesmo sentido ver: ARAÚJO, Edmir Netto. O direito administrativo e sua história. **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo, v. 95, p. 147–166, 2000. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67460>>. Acesso em: 22 maio 2014. p. 153.

¹¹¹ Neste mesmo sentido ver: BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 47.

¹¹² LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração pública dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 41-21

Dentro de tão plural construção normativa, destacou-se, enquanto elemento teórico do Direito Administrativo no Estado de Direito, a legalidade administrativa.¹¹³ Se a intenção era a de limitar a atuação do Poder Público, nada se fazia mais razoável e coerente do que submetê-la ao crivo da lei.¹¹⁴ Note-se, que o Estado consolidado após a Revolução Francesa, apesar de apregoar a relevância da legalidade, à sua visão mais restrita não se limitava com exclusividade, pois também seguia as determinações do Conselho de Estado.

Diogo Freitas do Amaral, analisando a legalidade no contexto pós-revolucionário, expõe que a ideia inicial prevalecente foi a de monarquia limitada, a Administração Pública dependia do rei, porém, era “[...] limitada negativamente pela lei no interesse dos particulares: pode fazer tudo o que o rei ordenar, contanto que não ofenda direitos dos particulares senão com base numa lei anterior”.¹¹⁵

Com a evolução gradual do Estado de Direito, foi possível consolidar o entendimento de que o Estado que criava o Direito deveria ser limitado pelo Direito por ele criado, a sua atuação deveria ser conformada pela lei, com intervenção mínima na seara privada e pequena complexidade e variação nas prestações oferecidas aos cidadãos.¹¹⁶ Amaro Cavalcanti, analisando a limitação normativa na atuação do Estado moderno, narra:

[...] muito embora o Estado seja o árbitro supremo na determinação da própria competência, cumpre, desde logo, advertir que essa sua faculdade não pode ser praticada de maneira incondicional ou arbitrária; ao menos, pelo que respeita ao

¹¹³García de Enterría, sobre a legalidade no contexto pós-revolução, diz: “La primera de estas ideas, el principio de legalidad, constituye, desde luego, un instrumento directamente lanzado contra la estructura política del Estado absoluto: frente al poder personal y arbitrario, el ideal del gobierno por y en virtud de la leyes. Pero su simple condición de arbitrio político no bastaría a explicar su formidable eficacia dialéctica, así como su increíble dinamicidad histórica que se desenvuelve a lo largo de todo el constitucionalismo moderno y que se plasma en la concepción (en cierto modo independiente ya del sentido inicial de ese constitucionalismo) que se llamará más tarde Estado de Derecho”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Revolución francesa y administración contemporánea**. Madrid: Thomson. Civitas, 1998. p. 21-22. Em tradução livre: “A primeira destas ideias, o princípio da legalidade, constitui, desde logo, um instrumento diretamente lançado contra a estrutura política do Estado Absoluto: frente ao poder pessoal e arbitrário, o ideal do governo por e em virtude das leis. Mas sua simples condição de arbítrio político não bastaria para explicar a sua formidável eficácia dialética, assim como sua incrível dinamicidade histórica que se desenvolve ao longo de todo constitucionalismo moderno e se concretiza na concepção (em certo modo independente já do sentido inicial desse constitucionalismo) que se chamará mais tarde Estado de Direito.” (Tradução nossa).

¹¹⁴ “O direito da administração pública converteu-se, porém, com o desenvolvimento do Estado Liberal, em *direito positivo do estado*.” CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 123.

¹¹⁵ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Volume II. Coimbra: Almedina, 2007. p. 45.

¹¹⁶ “Em termos relativos ao que hoje se dá, esperava-se pouco do Estado-Administração. Os seus deveres eram de pequena dimensão, modulados por um só vetor: o da limitação objetiva do ato administrativo por meio da aplicação formal da lei.” MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da legalidade, a lei e o direito. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 50.

Estado constitucional moderno, a sua competência não deve exorbitar os limites e fins, que são reconhecidos ao Estado, como *instituição de direito (Rechts-staat)*.¹¹⁷

Como bem se pode notar a partir de todo o exposto, é com o Estado de Direito que nascem¹¹⁸ os primeiros traços mais sólidos do Direito Administrativo enquanto sistema, na qualidade de disciplina autônoma dotada de elementos normativos próprios.¹¹⁹ É neste espaço que o Direito Administrativo deixa de ser simples fato cotidiano e passa a se converter em ciência sistematizada¹²⁰, com o objetivo de limitar a atuação administrativa do Poder Público, em prol de uma esfera mínima de liberdade e dignidade dos cidadãos.¹²¹ O Estado de Direito, no que diz respeito ao Direito Administrativo e ao interesse público que o fundamenta, foi o grande responsável por abrir as portas para o ingresso permanente de ambos na história.¹²²

Por se estruturar em oposição ao Antigo Regime, com o seu nascimento o Direito Administrativo inaugura o espaço ideal para a consolidação paulatina de uma ideia interesse público mais próxima da atualmente vigente, mais semelhante exatamente por habitar um Estado limitado pelo Direito e reconhecedor de dignidade aos seus indivíduos.¹²³

Com os caminhos abertos pela Revolução, o Estado de Direito vai aos poucos se moldando, não apenas a legalidade conferiu a ele face própria, mas também algumas outras ideias, a exemplo da soberania popular¹²⁴, da concepção de funções estatais distintas,

¹¹⁷ CAVALCANTI, Amaro. **Regime federativo e República brasileira**. Brasília: Universidade de Brasília, 1983. p. 14.

¹¹⁸ Esta é a visão preponderante na doutrina, em sentido contrário ver: BINEBONJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 24 jan. 2013.

¹¹⁹ Neste sentido ver: KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 126.

¹²⁰ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências. **Revista da AJUFE**, Distrito Federal, Ano 23, n. 83, 1º trim., p. 77-103, 2006.p. 89.

¹²¹ Aqui se faz importante ressaltar que os direitos fundamentais foram conquistados historicamente aos poucos, em blocos denominados dimensões. Os movimentos liberais do século XVIII foram importantes passos dessa conquista, mas outros se sucederam na história rumo a esse mesmo fim. Para saber sobre o tema, ver: DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

¹²² Neste contexto, importante se faz expor que o nascimento de ambos não se deu imediata, definitiva e unicamente após a implementação do Estado de Direito, em momento histórico único, a construção de ambos na verdade ainda ocorre, como ato típico da história.

¹²³ D'ARGENIO, Inés. **La administración pública: crisis del sistema autoritario**. La Plata: Platense, 2012. p. 37. ESCOLA, Hector. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 16.

¹²⁴ Rousseau, em sua obra o *Contrato Social*, ofereceu as linhas teóricas para a construção da ideia de soberania popular, ao expor que o poder deveria ser exercido diretamente pelo povo, pois era o povo o seu titular. A ideia de Rousseau, bastante ligada aos dizeres do movimento revolucionário francês, ao ser aplicada, foi adaptada às dimensões geográficas e ao número populacional francês. Não houve a consagração da democracia direta, ao invés disso, a Constituição de 1791 viabilizou a participação popular no direcionamento político do país especialmente através da democracia representativa.

independentes e harmônicas entre si, e do reconhecimento de direitos fundamentais aos cidadãos. O Direito Administrativo aida um passo significativo rumo ao abandono de seus resquícios autoritários e da aproximação da ideia de tutela das liberdades.

Neste contexto de gradual recompor das estruturas, é possível dizer que a Revolução Francesa rompeu com as ideias remotas de interesses metaindividuais, inaugurando visão própria.¹²⁵ O interesse público, a partir de então, passou a ser visto com mais robustez como elemento responsável por fundamentar, limitar e legitimar o agir do poder público, em prol da defesa de uma esfera mínima de liberdade e dignidade dos indivíduos.¹²⁶

Em se tratando especificamente da construção de uma ideia de vontade coletivamente protegida, destacaram-se os estudos de Locke, Montesquieu, Rousseau, Adam Smith, Sieyès e Hegel, pois as suas teorizações colaboraram diretamente com a construção da ideia de interesse público do período liberal. Passemos à descrição breve de cada uma delas.

Locke concebia o poder político como direito de elaborar leis, estabelecer penalidades e fazer uso da força em prol do bem público. A defesa da propriedade privada, elemento típico do liberalismo, era finalidade do poder político e o bem público com ela se conectava.¹²⁷

Garcia de Enterría, analisando a contribuição de Locke para a estruturação do Estado de Direito, expõe que o seu grande diferencial teórico e novidade estão no fato de o autor estabelecer que o fim do pacto social é, precisamente, “a mútua preservação das vidas, liberdades e propriedades”. Esta finalidade essencial por Locke arguida, diz Enterría, se consegue edificando um poder que deva governar mediante um Direito que tenha precisamente este objetivo e que seja fruto do consentimento renovado de todos. O pacto não

¹²⁵ “A Revolução Francesa rompeu com as antigas noções helênicas e romanas de interesses coletivos e interesses do Estado.” RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 113.

¹²⁶ O Direito Administrativo pós Revolução Francesa se pauta na “vontade geral de proteção dos direitos individuais, cristalizada na lei, figurando a Administração Pública como executora dessa vontade geral e intérprete do interesse público, responsável por concretizá-lo em atos e medidas.” GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 32.

¹²⁷ “Considero, portanto, poder político o direito de fazer leis com pena de morte e, conseqüentemente, todas as penalidades menores para regular e preservar a propriedade, e de empregar a força da comunidade na execução de tais leis e na defesa da comunidade de dano exterior; e tudo isso tão só em prol do bem público.” LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de AnoarAiex e. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os Pensadores).

destrói, mas mantém a liberdade através da submissão a um Direito que deve ser obra sucessiva do consentimento comum.¹²⁸ Para Enterría, o contrato social de Locke não é contrato de governo entre o Rei e o povo, mas sim acordo entre indivíduos para formar uma sociedade civil e submetê-la à determinação da maioria, que a exerce através de pessoas singulares mediante mandatos renováveis.¹²⁹

Rousseau, tratando especificamente da vontade geral, a interpreta como o reflexo da vontade racional dos homens e da soma de suas vontades individuais¹³⁰, enxerga uma conexão entre interesse comum e interesses particulares, mas também a diferença entre ambos. Em suas palavras:

Há comumente muita diferença entre a vontade de todos e a vontade geral. Esta se prende somente ao interesse comum; a outra, ao interesse privado e não passa de uma soma das vontades particulares. Quando se retiram, porém, dessas mesmas vontades, os a-mais e os a-menos que nela se destroem mutuamente, resta, como soma das diferenças, a vontade geral.¹³¹

Importante se faz expor que Rousseau foi teórico do exercício do poder, de forma direta, pelo povo e não em via representativa pelo monarca. Abriu espaço, com tais dizeres, à instauração da democracia liberal, ainda que em um viés de representatividade.¹³² Nos dizeres de Inés D'Argenio, Rousseau era partidário de uma sociedade unânime, cuja unanimidade seria resultante do caráter absoluto da vontade geral que a institui.¹³³

Montesquieu, por sua vez, em obra denominada *Do Espírito das Leis*, teorizou a respeito da divisão das funções estatais, acreditando que a existência de liberdade política em

¹²⁸ Trecho proveniente de tradução livre (tradução nossa). GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos**. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. 3. ed. Navarra: Aranzadi AS, 2009. p. 73-74. O autor, em sua redação literal e original, expõe: “La gran novedad de LOCKE es haber concretado que el fin del pacto social es, precisamente, “la mutua preservación de las vidas, libertades y propiedades” de quienes lo conciertan. Esta finalidad esencial se consigue edificando un poder que ha de gobernar mediante un derecho que tenga precisamente ese objetivo, para lo cual debe ser fruto del consentimiento renovado de todos. El pacto no destruye, sino que mantiene la libertad por el instrumento de someterse a un derecho que ha de ser obra sucesiva del consentimiento común.”

¹²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lengua de los derechos**. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. 3. ed. Navarra: Aranzadi AS, 2009. p. 75.

¹³⁰ FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 74-75.

¹³¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Tradução de Lourdes Santos Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Livro segundo. (Os Pensadores). p. 46-47.

¹³² “A originalidade da reflexão rousseauiana repousa na apresentação da ação política como algo que não distingue classes sociais e resulta por se amalgamar na vontade geral. É o povo, e não mais o monarca, que passa a exercer a soberania.” Neste sentido ver: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 25-27.

¹³³ D'ARGENIO, Inés. **La administración pública: crisis del sistema autoritario**. La Plata: Platense, 2012. p. 66.

dado Estado é elemento que se conecta diretamente à distribuição dos poderes de legislar, executar e julgar.¹³⁴ Para ele:

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.¹³⁵

Com a teorização da tripartição das funções estatais, restou fortalecida a ideia de autonomia da Administração, a ser exteriorizada especialmente através da possibilidade de interferência na esfera individual dos cidadãos por atos justificados pela utilidade pública.

Adam Smith, diferentemente dos três teóricos apontados, estruturou com viés mais econômico do que político ou filosófico a sua teoria. A teoria econômica de Smith versa pela intervenção mínima do Estado na vida privada dos sujeitos; a regra é a da abstenção, e a crença teórica reside em uma natural regulação do mercado.¹³⁶

No que diz respeito ao específico viés de interesse do coletivo adotado na Revolução, inspirando-se em teorizações de Sieyès¹³⁷, ocupou espaço central no pensamento revolucionário a ideia de nação como um ser moral superior aos indivíduos que a integram.

Sobre a vontade da nação, diz D'Argenio que enquanto a vontade geral é do povo e se manifesta em um processo dinâmico do qual todos participam, expressando o caráter imanente do interesse comum, a vontade nacional expressa o seu caráter transcendente como

¹³⁴ “Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado. A liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Introdução e notas de GonzagueTruc. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).p. 148-149.

¹³⁵ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Introdução e notas de GonzagueTruc. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).p. 149.

¹³⁶ SMITH, Adam. **Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Tradução de Conceição Jardim Maria do Carmo Cary, Eduardo Lúcio Nogueira, RofKuntz. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

¹³⁷ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Que é o terceiro Estado?** 2. ed. Rio de Janeiro: Líber juris, 1988.

pertencente ao corpo do povo concebido como uma realidade diferente aos indivíduos que o compõem.¹³⁸

Sieyès, especificando a sua teorização em torno da vontade da nação, expunha que o interesse da minoria (clero e nobreza) era menos geral que o da maioria, ou seja, do Terceiro Estado. Este último seria aglutinador dos verdadeiros depositários da vontade nacional, posto que seus integrantes podiam falar em nome da nação inteira.¹³⁹ A vontade da nação, nesta via, se ligava aos desejos da maioria.

Nota-se, a partir das breves exposições teóricas feitas, que preponderavam, no século XVIII, teorizações liberais em torno do bem comum ou vontade geral. A base da sociedade residia nas necessidades individuais e as interferências estatais na vida privada dos sujeitos deveriam ser mínimas.

Hegel, analisando o Estado e a liberdade dos indivíduos, desenvolveu hipótese que acabou por se tornar relevante na construção da ideia de interesse geral do Estado Liberal. Para Hegel, o Estado Moderno consegue viabilizar ao sujeito tutela de sua autonomia individual simultaneamente ao fato de inseri-lo em uma perspectiva de unidade geral.¹⁴⁰ Em seus dizeres:

É o Estado a realidade da liberdade concreta. A liberdade concreta consiste em a individualidade pessoal, com os seus particulares, de tal modo possuir o seu pleno desenvolvimento e o reconhecimento dos seus próprios direitos (nos sistemas da família e da sociedade civil) que, em parte, se integram por si mesmos no interesse universal e, em parte, consciente e voluntariamente como seu particular espírito substancial, agindo para ele como seu fim último.¹⁴¹

¹³⁸ Trecho oriundo de tradução livre da autora (tradução nossa). D'ARGENIO, Inés. **La administración pública**: crisis del sistema autoritario. La Plata: Platense, 2012. p. 66. Emsuaversão literal original expõe Inés D'Argenio: “Mientras la *voluntad general* es del Pueblo y se manifiesta en un proceso dinámico del que todos participan, expresando el carácter *inmanente* del interés común, la *voluntad nacional* expresa su carácter *transcendente* en tanto pertenece *al cuerpo del pueblo concebido como una realidad diferente de los individuos que lo componen.*”

¹³⁹D'ARGENIO, Inés. **La administración pública**: crisis del sistema autoritario. La Plata: Platense, 2012.p. 67.

¹⁴⁰ “Disto provém que nem o universal tem valor e é realizado sem o interesse, a consciência e a vontade particulares, nem os indivíduos vivem como pessoas privadas unicamente orientadas pelo seu interesse e sem relação com a vontade universal; deste fim são conscientes em sua atividade individual. O princípio dos Estados modernos tem esta imensa força e profundidade: permite que o sujeito da subjetividade alcance a extrema autonomia da particularidade pessoal ao mesmo tempo que o reconduz à unidade substancial, mantendo assim esta unidade no seu próprio princípio.”. HEGEL, G. W. F. **Princípios de filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1997. p. 212.

¹⁴¹HEGEL, G. W. F. **Princípios de filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1997. p. 212.

Inés D'Argenio, analisando a obra hegeliana, expõe que para este autor o Estado seria instrumento racional de realização real do interesse geral da sociedade, seria estrutura político-administrativa de função unificadora da sociedade.¹⁴²

É possível dizer que a ideia de interesse público no âmbito do Estado liberal focava-se de modo bastante direto na liberdade do indivíduo, o individualismo preponderava, o Direito Administrativo servia à defesa das liberdades dos sujeitos e era na defesa individual da liberdade que residia o interesse público ou bem comum.¹⁴³

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, revelando a sua preocupação com o bem-estar da coletividade, fez uso explícito da expressão *felicidade geral*¹⁴⁴ em seu preâmbulo¹⁴⁵, trouxe em seu texto a previsão de direitos fundamentais dos cidadãos como caminho de proteção de sua dignidade e de limitação dos fazeres estatais. Inseriu, como bem se pode notar, a felicidade geral e o bem comum como elementos centrais do Direito Público. De lá até os dias atuais, esta perspectiva se mantém presente na mentalidade ocidental.¹⁴⁶

¹⁴² Trecho traduzido livremente da obra a seguir: D'ARGENIO, Inés. **La administración pública: crisis del sistema autoritario**. La Plata: Platense, 2012. p. 71

¹⁴³ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 29.

¹⁴⁴ A expressão “felicidade” também se fez presente na Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776. Dois foram os dispositivos responsáveis por abordá-la: “I- Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança. [...]; III- Que o governo é instituído, ou deveria sê-lo, para proveito comum, proteção e segurança do povo, nação ou comunidade; que de todas as formas e modos de governo esta é a melhor, a mais capaz de produzir maior felicidade e segurança, e a que está mais eficazmente assegurada contra o perigo de um mau governo; e que se um governo se mostra inadequado ou é contrário a tais princípios, a maioria da comunidade tem o direito indiscutível, inalienável e irrevogável de reformá-lo, alterá-lo ou aboli-lo da maneira considerada mais condizente com o bem público.” VIRGÍNIA. **Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776**. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 01 jul. 2014.

¹⁴⁵ “Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, tendo em vista que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos Governos, resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que esta declaração, sempre presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre permanentemente seus direitos e seus deveres; a fim de que os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser a qualquer momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral.” FRANÇA. **Preâmbulo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 01 jul. 2014.

¹⁴⁶ Neste mesmo sentido ver: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI

Além disso, o dever de respeito à lei pela Administração também era visto como forma de consagração do interesse público. A limitação do agir da Administração pela lei era tida como diretamente ligada ao respeito à vontade geral (visão inicial da ideia de interesse público hoje consolidada). O poder, cuja titularidade era atribuída ao povo (soberania popular), deveria ser exercido nos limites da lei, da normativa elaborada por representantes deste mesmo povo e tida como refletora da vontade geral. A legalidade limitava a Administração, disciplinava a sua estruturação e protegia o cidadão.¹⁴⁷

O liberalismo clássico do século XVIII, apesar de seus avanços, produziu efeitos econômicos e sociais negativos, intensificados com a Revolução Industrial¹⁴⁸, de forma a motivar o nascimento de novas teorias e a consolidação de um novo modelo de Estado, o hoje chamado Estado Social.¹⁴⁹

1.2.5 Interesse público e Estado Social

Com o advento da Revolução Industrial e as suas consequências socioeconômicas, a atuação Estatal e a tutela de direitos fundamentais foram repensadas e, juntamente com elas, a ideia de interesse geral.¹⁵⁰ As péssimas condições de trabalho existentes à época, o nascimento de uma grande massa de trabalhadores oprimidos, as riquezas geradas pela implantação da livre iniciativa concentradas nas mãos de uma minoria e a ampliação das condições de miserabilidade de certos sujeitos podem ser apontados como fomentadores do repensar

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 20.

¹⁴⁷ “[...] a vontade geral expressava o interesse público ao criar a lei. De tal sorte, era mediante o respeito à legalidade – expressão do interesse público – que a proteção das liberdades individuais estaria garantida.” GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 27.

¹⁴⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 90.

¹⁴⁹ “Sabe-se que a noção de um Estado intervencionista não pode ser vista somente como produto de uma revolução socialista, que reflexamente forçou o capitalismo a fazer concessões, mas é analisada da perspectiva de pressuposto de manutenção do próprio capitalismo, a partir do momento em que se percebeu, por exemplo, que sem a distribuição de oportunidades não haveria a formação de significativo mercado consumidor para dar vazão à produção e criar crescimento econômico.” NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 123.

¹⁵⁰ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 36-37.

mencionado.¹⁵¹ Duas correntes de pensamento se destacaram neste contexto, sendo uma de viés social e capitalista e outra de viés social e socialista.

Uma das correntes de pensamento de tal período desejava modificar o contexto de crise instaurado através da conciliação dos interesses dos empresários, operários e do próprio Estado. Destacou-se aí a atuação da doutrina social da Igreja com a encíclica *Rerum Novarum*, datada de 1891, e proferida pelo Papa Leão XIII. A outra linha, diferentemente, desejando modificações mais substanciais, orientando-se pelos dizeres de Marx e Engels, defendia a consagração da igualdade material no âmbito social, pois considerava insuficiente a tutela precípua de liberdades individuais, já que grande parte dos sujeitos não possuía condições econômicas mínimas para o seu exercício. O indivíduo, antes encarado como abstração, para este grupo passava a ser visto como membro pertencente a uma coletividade e dotado de necessidades básicas indispensáveis à sua dignidade.

François Rangeón¹⁵² e Inés D'Argenio¹⁵³, analisando algumas das obras de Marx, expõem ter sido ele o responsável, em tal contexto, por apontar três linhas de pensamento dominantes ao redor da ideia de interesse geral: a visão hegeliana, a visão consubstanciada na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e, por fim, o viés econômico teorizado por Smith e Ricardo. Conforme expõem ambos os autores¹⁵⁴, na ótica de Marx, o interesse geral atrelado ao Estado Moderno era o interesse da burguesia, a visão liberal do

¹⁵¹ “O triste capítulo da primeira fase da Revolução Industrial, de que foi palco o Ocidente, evidencia, com a liberdade do contrato, a desumana espoliação do trabalho, o doloroso emprego de métodos brutais de exploração econômica, a que nem a servidão medieval se poderia, com justiça, equiparar.” BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004. p.59.

¹⁵² “Marx cible trois conceptions qui lui paraissent, à cette époque, dominantes. La première est la conception hégélienne de l'intérêt general, que Marx dénonce en 1843 dans sa *Critique du droit politique hégélien*. La deuxième est la conception de l'intérêt général telle qu'elle apparaît dans les Déclarations de droits de l'homme et du citoyen de 1789 et 1793; Marx la dénonce dans *La question juive* de 1843. La troisième est la conception économique de l'intérêt général, telle que Smith et Ricardo l'ont exposé; Marx la dénonce dans les “*Manuscrits de 1844*”. RANGEON, François. **L'idéologie de l'intérêt général**. Paris: Economica, 1986. p. 180. Em tradução livre: “Marx se concentra em três conceitos que parecem, a sua época, dominantes. O primeiro é a concepção hegeliana de interesse geral, que Marx denunciou em 1843 como a Crítica do direito político hegeliano. A segunda é a concepção de interesse geral que aparece nas Declarações de Direito do Homem e do Cidadão de 1789 e de 1793; Marx as denunciou como A questão judaica de 1843. A terceira é a concepção econômica de interesse geral, aquela que Smith e Ricardo expuseram, Marx a denunciou como os Manuscritos de 1844.” (Tradução nossa).

¹⁵³ É importante expor que Inés D'Argenio discorre sobre Marx fazendo referência aos escritos de Rangeón, logo, busca inspiração direta e imediata na doutrina francesa de tal autor para tecer considerações sobre a análise de Marx a respeito das concepções de interesse geral. Para saber mais ver: D'ARGENIO, Inés. **La administración pública: crisis del sistema autoritario**. La Plata: Platense, 2012. p. 71-74.

¹⁵⁴ D'ARGENIO, Inés. **La administración pública: crisis del sistema autoritario**. La Plata: Platense, 2012. p. 71-74. RANGEON, François. **L'idéologie de l'intérêt général**. Paris: Economica, 1986. p. 180-189.

interesse geral mantinha a divisão de classes, a legitimava, era ideológica e reduzia este interesse ao querer do Estado que, por sua vez, era o querer da burguesia.

Em sua obra *Sobre a questão judaica*, através da análise do pleito de libertação do povo judeu com relação ao Estado alemão, Marx aborda o tema do conflito de interesses existente entre indivíduo e coletivo, propondo a sua superação; ressalta as limitações da primazia da tutela dos direitos individuais, expondo que o Homem, através desta tutela, é visto mais em sua individualidade do que em sua generalidade. Marx, discorrendo sobre o conteúdo da Declaração de 1789, a critica por considerar que “[...] a sua práxis revolucionária se encontra em flagrante contradição com a sua teoria”.¹⁵⁵ Para Marx, apenas o proletariado poderia reverter esta situação, transformando a realidade dos homens, os emancipando, permitindo o reencontro com a sua identidade, viabilizando ao indivíduo em concreto retomar o seu lugar em abstrato.

A partir das correntes de pensamento expostas, o Estado, antes visto como ente que deveria abster-se de atuar na seara econômico-social, passava a ser encarado como agente que necessitava agir de modo interventivo, com o fim maior de concretizar a igualdade material e a dignidade de seus cidadãos. Os direitos fundamentais, antes concebidos preponderantemente em sua perspectiva individual, passavam a ser considerados também nas óticas social e econômica. O interesse geral, outrora percebido em viés eminentemente liberal, era repensado. Nos dizeres de Paulo Bonavides: “Do princípio liberal chega-se ao princípio democrático. Do governo de uma classe ao governo de todas as classes”.¹⁵⁶

Frutos de tal realidade, nasceram os modelos de Estado social e socialista. A partir daí, o Estado, antes devedor de abstenções, passou a ser também e especialmente devedor de prestações positivas para os cidadãos com vistas a promover igualdade isonômica. Documentos de direitos mais complexos foram produzidos, pois a preocupação não mais residia exclusivamente em proferir a igualdade formal, mas também em proporcionar aos indivíduos igualdade substancial, material. Destacaram-se, em tal seara, a Declaração Russa de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919.¹⁵⁷

¹⁵⁵ MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. Tradutor Nélio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.p. 51.

¹⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2004. p.43.

¹⁵⁷ Aqui importante se faz tecer explicações sobre a escolha metodológica feita no sentido de primeiro discorrer sobre a realidade russa para apenas posteriormente falar sobre o acontecido no México e Alemanha. A escolha

Pautando-se nos ideais socialistas aqui narrados, como consequência da Revolução Socialista de 1917, surge na República dos Sovietes dos Deputados Operários, Soldados e Camponeses, a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de janeiro de 1918. A referida declaração, rompendo com o capitalismo, previa em seu corpo princípios de ordem econômica e social, buscava o fim da exploração do homem pelo homem, extinguir a sociedade de classes, destruir os opressores e fazer prosperar o socialismo.¹⁵⁸ Os direitos de ordem econômica e social nela inseridos recebiam destaque enquanto elementos capazes de possibilitar a concretização da igualdade material entre os homens. O interesse geral passava a ser entendido como interesse socialista.

Diogo Freitas do Amaral, discorrendo sobre este aspecto, diz ter sido aí construída a ideia de legalidade socialista e, sobre tal legalidade, narra:

[...] não consistia necessariamente na legalidade que resultaria de uma interpretação puramente jurídica das leis em vigor, mas era a legalidade que resultava da interpretação vivificada e norteada pelo objectivo da construção do socialismo, tal como era entendido e aplicado pelo Partido Comunista. Nessa óptica, o princípio da legalidade socialista não era mais um limite, quer absoluto, quer relativo, à acção da Administração: era, sim, um instrumento dessa acção administrativa, ou melhor, um instrumento do poder administrativo ao serviço dos fins de natureza política consagrados na Constituição do respectivo país e definidos, em cada momento, pelo partido único.¹⁵⁹

Como reflexo do nascer do Estado socialista, maior quantitativamente em termos de proliferação no globo terrestre, também se estruturou neste período o modelo de Estado Social, intervencionista, com viés capitalista e protetor de direitos sociais. Merece ser feita consideração, neste âmbito, às constituições mexicana e alemã.

em questão não seguiu o viés cronológico de ocorrência dos fatos na história, pois primeiro deu-se o ocorrido no México, posteriormente veio o fato soviético, para só depois acontecer o feito de Weimar. A forma de descrição dos fatos e de seus produtos jurídicos foi feita tal qual consubstanciada no texto da tese em decorrência de afinidade temática e diante da intensidade de influência e reflexos de alguns dos fenômenos descritos no globo terrestre.

¹⁵⁸ “Visando principalmente a suprimir toda exploração do homem pelo homem, a abolir completamente a divisão da sociedade em classes, a esmagar implacavelmente todos os exploradores, a instalar a organização socialista da sociedade e a fazer triunfar o socialismo em todos os países, o III Congresso Pan-Russo dos Sovietes dos Deputados Operários, Soldados e Camponeses decide o seguinte: 1.º A fim de se realizar a socialização do solo, fica extinta a propriedade privada da terra; todas as terras passam a ser patrimônio nacional e são confiadas aos trabalhadores sem nenhuma espécie de reembolso, na base de uma repartição igualitária em usufruto. [...]” RÚSSIA. **Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado**, de 4 de janeiro de 1918. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-do-povo-trabalhador-e-explorado-1918.html>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

¹⁵⁹ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Volume II. Coimbra: Almedina, 2007. p. 47.

A Constituição Mexicana de 1917, mantendo o capitalismo, inseriu em seu corpo direitos sociais dos homens; apresentou, em caráter inovador, as temáticas da reforma agrária e dos direitos dos trabalhadores. Fabio Konder Comparato, sobre o seu pioneirismo, diz:

A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123). A importância desse precedente histórico deve ser salientada, pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se firmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o “longo século XIX”.¹⁶⁰

A Alemanha, após a Primeira Guerra Mundial em situação econômica, política e social por demais gravosa, reuniu a sua Constituinte em Weimar para fins de elaboração de uma constituição republicana para o país. O modelo consubstanciado em tal documento legal foi seguido por inúmeros outros países, inclusive pelo Brasil, especialmente no que tange ao reconhecimento de uma nova espécie de direito: os direitos sociais e econômicos. A Constituição Alemã de 1919, se assemelhando em conteúdo à Constituição Mexicana, continha previsões de caráter nitidamente social, como a função social da propriedade, a proteção ao trabalho, a previdência social, dentre outras.

Com o advento do Estado Social, a consequente modificação nos seus fins e modos de agir, a ideia de interesse público se transformou, passando a assumir viés mais intervencionista.¹⁶¹ Se a regra do liberalismo era a abstenção do Estado, agora ela passava a ser a intervenção. O interesse público, assim, perdia a sua conotação eminentemente liberal e utilitária e adquiria feição mais ligada ao intervencionismo e satisfação dos interesses coletivos.¹⁶² A interferência estatal na seara privada, mais que um ideal a ser seguido, passava a ser vista como necessidade imposta pela realidade.¹⁶³

¹⁶⁰COMPARATO, Fábio Konder. **A Constituição Mexicana de 1917**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

¹⁶¹ Neste sentido ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 93. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 103.

¹⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 90.

¹⁶³ Neste sentido ver: ESCOLA, Hector. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 26.

Hipertrofiado em suas atividades, com deveres econômicos e sociais amplos, o Estado Intervencionista foi visto como ineficiente na consecução de seus fins e um espaço foi aberto à estruturação de um novo modelo de Estado, ainda hoje vigente, e denominado de Estado Pós-Social, Neoliberal ou Regulador.¹⁶⁴

1.2.6 Interesse público e Estado Pós-Social

O Estado Pós-Social, no que tange à atuação econômica, não possui a regra da interferência direta na seara privada, mas sim da intervenção indireta, via regulação e normatização. Pode se dizer que aparenta ser um misto de ambos os modelos de Estado antes vigentes, pois busca conciliar interferências diretas (a título de exceção) e indiretas (a título de regra) na vida privada em busca do desenvolvimento e bem-estar social.¹⁶⁵

Economicamente caracterizado como Estado Pós-Social, este mesmo Estado se estrutura jurídica e politicamente como Estado Constitucional Democrático ou Estado Democrático de Direito. É constitucional por ter ressaltada a relevância da Constituição enquanto documento jurídico, e democrático por ter a marca da participação popular na vida política do país, tanto na via da democracia representativa, como também no formato da democracia participativa.¹⁶⁶

O conceito atual de interesse público não pode desconsiderar tais elementos, deve equilibrar interesses públicos e privados, intervenções e abstenções estatais, respeitar o conteúdo constitucional, e a normativa infraconstitucional que o aborda especificamente. A complexidade na construção do conceito do interesse público, a dificuldade em atingir dentro desta definição o equilíbrio de elementos aparentemente opostos, faz com que a ideia do

¹⁶⁴ Marcos Antônio Rios da Nóbrega, discorrendo sobre o tema da reforma administrativa, especialmente no que diz respeito à América Latina, expõe: “As reformas do aparelho administrativo do Estado representam uma preocupação quase geral nos países da América Latina na década de 80 e, sobretudo, na década de 90. Essas mudanças do Estado ocorrem em razão da inoperância e impossibilidade de alcançar seus fins com os recursos disponíveis. Nesse sentido, as grandes modificações ocorridas foram o enxugamento da máquina estatal, a introdução de métodos gerenciais mais modernos na administração pública, a implementação de programas de contabilidade e auditoria mais modernos (privilegiando a participação popular) e a divulgação de informações.” NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: QuartierLatin, 2011. p. 30.

¹⁶⁵ A Constituição Federal de 1988 consagra essa caracterização na medida em que estabelece apenas ser possível a intervenção direta do Estado no domínio econômico em casos de imperativos de segurança nacional e de relevante interesse coletivo.

¹⁶⁶ Reconhecendo o atual modelo dessa mesma forma ver: ALCALÁ, Alberto del Real. Un sistema jurídico más sofisticado en el neoconstitucionalismo. **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**, Espanha, n. 23, p. 160-180, 2011. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?querysDismax.DOCUMENT_AL_TODO=un+sistema+juridico+m%C3%A1s+sofisticado>. Acesso em: 07 out. 2014. p. 162.

interesse público seja, nos dizeres de José Eduardo Faria, verdadeiro “dilema normativo de transição democrática”.¹⁶⁷

No Estado de Direito ocupava espaço amplo, enquanto elemento gerador de dever ser, a ideia restrita de lei, a lei vista como produto do Legislativo e, em certa medida, como sinônimo de Direito. Atualmente, este espaço vem sendo ocupado de modo especial pela ideia de norma, pela noção de um Direito mais amplo que vai além da lei, cujo centro reside na Constituição. Naquele contexto preponderavam os direitos fundamentais de primeira dimensão, agora o conjunto de direitos fundamentais tutelado pela ordem jurídica constitucional é bem mais amplo. O Direito Administrativo e a Administração, inicialmente mais simples e menos variados, se complexificaram com o passar dos anos.

Hoje, importante se faz questionar até onde a Administração deve e pode interferir na vida privada dos sujeitos, restringindo direitos e garantias, em prol da consecução do interesse público. Igualmente relevante é o questionar em torno do que vem a ser o interesse público tutelado pelo Direito e apto a embasar o agir da Administração.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988, responsável por consolidar economicamente o modelo de Estado Regulador, e social, jurídica e politicamente o modelo de Estado Constitucional Democrático, se apresenta como uma diretriz para a busca de tão delicadas respostas. Não apenas o texto constitucional é diretriz útil ao tema, mas também as teorias jurídicas Pós-Positivistas. O processo mais recente de constitucionalização do Direito ocorrido após a Segunda Guerra Mundial, nomeado por alguns¹⁶⁸ como *Pós-Positivismo* e por outros¹⁶⁹ como *Neoconstitucionalismo*, gerou e ainda gera reflexos amplos no Direito. O Direito Administrativo não deve se furtar a essa realidade.¹⁷⁰

¹⁶⁷ FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67.

¹⁶⁸ Realizando análise crítica da expressão ver: ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência.” **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador: Instituto de Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

¹⁶⁹ Neste sentido ver: BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica de Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

¹⁷⁰ “A pós-modernidade não é uma realidade pronta e acabada. Trata-se, em verdade, de uma construção teórica, com variadas vertentes, com vistas a dar respostas a uma nova situação de mundo na qual conceitos como soberania (no sentido de poder) do Estado nacional ou a cisão entre Estado e sociedade civil são rediscutidos em face da globalização e da incapacidade de o Estado nacional domesticar politicamente um capitalismo desenfreado que, quase sempre, opõe obstáculos à efetivação de um projeto de democracia material.” NOHARA, Irene Patrícia. **Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do**

Das origens do interesse público junto ao Estado de Direito até a formação do atual Estado Constitucional Democrático alguns séculos se passaram. Nota-se, com isso, por sua permanência na história, a sua ampla capacidade de adaptar-se às transformações e aos diferentes modelos de Estado. A textura aberta da expressão é uma das explicações para a sua perpetuação no tempo.

A palavra permanece, a sua essência básica de tutela do metaindividual se mantém, o que muda é o foco de sua compreensão, sua extensão e os seus limites.¹⁷¹ Sobre o significado e desdobramentos do caráter aberto da expressão, teceremos considerações mais à frente. No ponto seguinte dar-se-á a análise da construção do interesse público no Direito Constitucional positivo brasileiro.

1.3 Do interesse do Estado ao interesse público: construindo a expressão nas constituições brasileiras desde o Império à redemocratização

Paulo Bonavides, analisando a história constitucional do Brasil, a divide em três momentos distintos com relação aos valores políticos, jurídicos e ideológicos predominantes; são eles: momento de preponderância do modelo constitucional francês do século XIX; fase de conexão com o modelo estadunidense e atual vivência de proximidade com o constitucionalismo alemão.¹⁷²

Em se tratando especificamente do Direito Administrativo na história jurídica nacional, também é possível notar influências estrangeiras diversas, com destaque para a francesa, italiana e alemã, como será demonstrado em pontos plurais da presente tese.¹⁷³

interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 143.

¹⁷¹“Suivant les époques et les pays, le critère quantitatif et surtout le critère qualitatif s’appliquent différemment. Aussi la notion d’intérêt public n’est-elle pas invariable dans le temps et dans l’espace.” DEVOLVÉ, Pierre. VEDEL, Georges. **Droit administratif.** I. Paris: Presses Universitaires de France, 1958. p. 517. Em tradução livre: “Conforme as épocas e os países, o critério quantitativo e especialmente o critério qualitativo se aplicam diferentemente. Portanto, a noção de interesse público não é invariável no tempo e no espaço.”(Tradução nossa).

¹⁷² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 361.

¹⁷³ Neste momento, de modo simples e breve, é possível explicar a escolha dos três países mencionados a partir dos seguintes elementos: a) a influência francesa se destaca por ter sido o direito administrativo francês o tradicional inspirador da disciplina da Administração Pública no Brasil; b) a influência italiana também merece destaque por se fazer presente em momentos diversos do Direito Administrativo brasileiro e, em especial, por abarcar o tema central de análise da tese: o interesse público. Renato Alessi, doutrinador italiano, é frequentemente apresentado pela doutrina nacional como teórico de referência no tema do interesse público; por fim, c) convém ressaltar a influência alemã no contexto pós-positivista atual, especialmente em decorrência do acolhimento de inúmeras teorizações desse país no âmbito da temática dos direitos fundamentais.

Observar o histórico constitucional nacional, com foco nas ideias de interesse público e de Administração Pública, é conduta viabilizadora de um mais completo entendimento da realidade hoje posta ao redor da Constituição de 1988 e da disciplina por ela direcionada a ambos os elementos.

Por ser o atual texto constitucional uma das balizas principais adotadas na presente tese para o estudo do interesse público na Administração, considerando a necessidade de enxergar o passado para bem entender o presente, o atual ponto se destina a discorrer sobre a presença, ainda que embrionária e com rótulo diverso, da ideia de interesse público nas constituições brasileiras pretéritas.

A intenção não é a de realizar profunda e detalhada análise da história constitucional nacional, mas apenas a de observar em que momento nasceu o assento constitucional do interesse público no país, em que formato e possibilidades, e como as Constituições o apresentaram a título de fim, fundamento e limite do agir administrativo.

1.3.1 O interesse coletivamente considerado e a Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824

A história constitucional do Brasil foi iniciada com a proclamação da independência em 1822, se estendendo esta fase inicial até 1889 com a chegada da República e consequente inauguração de um diferente modelo constitucional. Como documento norteador do constitucionalismo pátrio neste nascedouro, apontou a Constituição de 1824, vigente por 65 anos, até hoje a mais duradoura das constituições nacionais.¹⁷⁴

Apesar da convocação e posterior instalação de Assembleia Constituinte em 3 de maio de 1823, a Constituição de 1824 foi outorgada, fruto de um golpe, posto que destituída a Constituinte pelo próprio Imperador que outrora a convocara.¹⁷⁵ Como resultado da outorga, instituiu-se Estado centralizador do Poder e diverso do modelo inicialmente consubstanciado no projeto da Constituinte.

Relata Paulo Bonavides que o projeto constituinte inicial possuía clara inspiração francesa, na medida em que consagrava a tripartição das funções do Estado de Montesquieu, a

¹⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 363.

¹⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 363.

limitação do exercício do poder pelo Estado e a garantia de direitos liberais, inclusive do direito de resistência.¹⁷⁶ Com a outorga, algumas mudanças puderam se fazer sentir em seu conteúdo original, a exemplo da quatripartição das funções do Estado. Ao Legislativo, Judiciário e Executivo foi acrescido o Poder Moderador. Apelidado de “poder dos poderes”, o Poder Moderador, nas palavras de Bonavides, ficava a cargo do Imperador e era o centro da organização do Império.¹⁷⁷

Em se tratando especificamente da Administração Pública, a sua presença no texto constitucional era ainda tímida. Na verdade, o texto falava em *publica Administração* em apenas duas passagens, sendo uma direcionada à competência do Imperador para “[...] decretar a aplicação dos rendimentos destinados pela Assembléa aos varios ramos da publica Administração”¹⁷⁸ e outra sobre a necessidade de oitiva dos conselheiros de Estado quando da realização de “negocios graves” e “medidas geraes da publica Administração”.¹⁷⁹

Não havia um capítulo específico para a Administração Pública, com seus princípios norteadores e estruturação basilar, mas sim um título expresso sobre a Administração e economia das províncias, com capítulo sobre a Administração composto por dois artigos apenas, focados no tema do Presidente de cada Província escolhido pelo Imperador. Como se pode notar, o capítulo possuía essência e abrangência temática bem distintas se comparadas às que atualmente são direcionadas ao assunto pela Constituição de 1988.¹⁸⁰

Ensina Francisco Cavalcanti que sob a vigência da Constituição imperial foram publicados os primeiros livros de Direito Administrativo no Brasil, sendo um de autoria de Vicente Pereira do Rego e outro de Veiga Cabral, ambos se focando na descrição acrítica do modelo francês.¹⁸¹

¹⁷⁶ Importante se faz mencionar que Bonavides também ressalta a influência inglesa na aplicação do texto constitucional, através de um parlamentarismo “híbrido e primitivo”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 363

¹⁷⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 363.

¹⁷⁸ Art. 102, XIII. BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

¹⁷⁹ Art. 142. BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

¹⁸⁰ Ver Título 7º, Capítulo I, art. 165 e 166. BRASIL, **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

¹⁸¹ CAVALCANTI, Francisco. História das ideias jurídicas da Administração Pública brasileira. In: BRANDÃO, Cláudio. FREITAS, Ricardo. SALDANHA, Nelson (Org.). **História do Direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 303-304.

Não só os textos doutrinários buscaram inspiração na França, o Direito Constitucional positivo também o fez, posto que havia no texto constitucional a previsão de um Conselho de Estado, formalmente qualificado como tribunal administrativo de última instância, apesar de se limitar a oferecer consultoria ao Imperador.¹⁸²

No que diz respeito ao interesse público, inexistia a sua exata presença nos escritos constitucionais, sendo notadas outras expressões que em alguma medida e guardadas as devidas proporções a ela se conectam. No contexto do processo legislativo, por exemplo, a Constituição falava em *interesses do Império* como interesses vigiados pelo Imperador.¹⁸³ Os Conselhos Geraes de Provincia, órgãos gestores dos interesses locais, recebiam vedação expressa para deliberações focadas nos *interesses geraes da Nação*.¹⁸⁴

No âmbito das relações internacionais de competência do Imperador enquanto chefe do Executivo se falava em *interesse do Estado*. Dizia a Constituição de 1824 competir ao Imperador fazer tratados ofensivos, defensivos e de comércio que, uma vez concluídos, se o interesse e segurança do Estado permitissem, deveriam ser remetidos à Assembleia Geral.

Narrava o texto constitucional, ainda, competir ao Imperador a declaração de guerra e celebração de paz, participando a Assembleia quando compatível com o interesse e segurança do Estado.¹⁸⁵ Também aparecia a expressão interesse do Estado na hipótese de responsabilização dos conselheiros do Conselho de Estado pelas manifestações dolosas emitidas em contrariedade à lei e a este interesse estatal.¹⁸⁶ Havia menção, também, ao

¹⁸² Neste mesmo sentido ver: LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração pública dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 51.

¹⁸³ “Art. 56. Se não puder adoptar a proposição, participará ao Imperador por uma Deputação de sete Membros da maneira seguinte - A Câmara dos Deputados testemunha ao Imperador o seu reconhecimento pelo zelo, que mostra, em vigiar os interesses do Império: e lhe suplica respeitosamente, digne-se tomar em ulterior consideração a Proposta do Governo.” BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

¹⁸⁴ “Art. 83. Não se podem propôr, nem deliberar nestes Conselhos Projectos. (Vide Lei nº 16, de 1834) I. Sobre interesses geraes da Nação. [...]” BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

¹⁸⁵ Art. 102, VIII e IX, BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

¹⁸⁶ “Art. 143. São responsaveis os Conselheiros de Estado pelos conselhos, que derem, oppostos às Leis, e ao interesse do Estado, manifestamente dolosos. (Vide Lei de 12.10. 1834)” BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

interesse da Casa Imperial, como interesse em alguma medida ligado ao Estado, no âmbito da dotação, alimentos e dotes que a mantinham.¹⁸⁷

Por fim, se faz importante mencionar a expressão *bem geral*, variadas vezes presente na Constituição do Império, em alguns momentos atrelada à província, em outros à Nação e, ainda, ao país.

O *bem geral do Brazil* aparecia expressamente no artigo 103 da Constituição imperial dentro do juramento a ser firmado pelo Imperador quando de sua aclamação. O juramento deveria conter os seguintes dizeres:

Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber.¹⁸⁸

O *bem geral da Nação*, por sua vez, aparecia no texto constitucional como atribuição da Assembléa Geral, a ela cabendo zelar pela guarda da Constituição e promover o bem geral da nação.¹⁸⁹ Dizia a Constituição, ainda, que em nome do *bem-estar geral da província* poderia o Imperador mandar executar provisoriamente as decisões de seus conselhos, quando não reunida a Assembleia.¹⁹⁰

Como bem se pode notar, expressões variadas, de caráter aberto, plurissignificativas, foram utilizadas pelo texto constitucional imperial como limitadoras e legitimadoras do agir estatal em diversas condutas, umas de ordem legislativa e outras de viés mais executivo. A

¹⁸⁷ “Art. 114. A Dotação, Alimentos, e Dotes, de que fallam os Artigos antecedentes, serão pagos pelo Thesouro Publico, entregues a um Mordomo, nomeado pelo Imperador, com quem se poderão tratar as Acções activas e passivas, concernentes aos interesses da Casa Imperial.” BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

¹⁸⁸“ Art. 103. O Imperador antes do ser aclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber.” BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

¹⁸⁹ Art. 15, IX. BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

¹⁹⁰“Art. 86. Não se achando a esse tempo reunida a Assembléa, o Imperador as mandará provisoriamente executar, se julgar que ellas são dignas de prompta providencia, pela utilidade, que de sua observancia resultará ao bem geral da Provincia. (Vide Lei nº 16, de 1834) (Vide Lei de 12.10. 1834)” BRASIL. **Constituição Política do Império do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

Constituição distinguia interesses mais e menos abrangentes, ao diferenciar, por exemplo, interesses da Província e interesses gerais da Nação.

Conclui-se, com isso, pela presença de rudimentos no texto constitucional do Império daquilo que futuramente se convencionaria chamar *interesse público*, a identidade definitivamente não é plena, mas parcial em alguma dosagem, ainda que mínima. A Administração Pública demasiado centralizada, a ausência de um regime democrático, a ínfima tutela das liberdades individuais e a pessoalidade na gestão do espaço público são alguns dos elementos que atestam esta inviável plenitude de identificação.

1.3.2 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, e os interesses metaindividuais

O Império, conformado pela Constituição de 1824 por algumas décadas, veio a sucumbir no país com o advento da República. Aliomar Baleeiro, analisando os pródromos da República, expõe que o povo brasileiro, apesar de estar cansado da monarquia e de buscar um novo modelo de gestão pública, ficou “atônito” e “bestificado” com a rápida queda do trono.¹⁹¹

Mesmo divididos e em minoria, os republicanos conquistaram vitória em 15 de novembro, sendo assinado decreto de governo provisório por Rui Barbosa. Com o advento desta normativa, a laicidade foi instituída formalmente no país, bem como inovações jurídicas e políticas diversas. O Decreto n.º 01, de 15 de novembro de 1889, institucionalizou formalmente a República, criou símbolos nacionais, manteve a família imperial e ampliou o eleitorado nacional para os alfabetizados cidadãos.¹⁹² Inúmeros outros decretos se sucederam em tal período, até que em 15.11.1890 foi instalado o Congresso Constituinte e em 24 de fevereiro de 1891 publicada a Constituição republicana.

A República trouxe ao Brasil um momento constitucional de inspiração estadunidense, substituía-se o absolutismo por um modelo representativo, chegava ao fim a previsão formal

¹⁹¹ BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras**. Volume II. 1891. Brasília: Senado Federal, Ministério da Ciência e da Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 14-15.

¹⁹² BALEEIRO, Aliomar. **Constituições Brasileiras**. Volume II. 1891. Brasília: Senado Federal, Ministério da Ciência e da Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001. p. 16.

do Conselho de Estado, órgão que remetia à dúplice jurisdição, se institucionalizava a jurisdição una, aos particulares era reconhecida a proteção da legalidade, e a tripartição das funções do Estado restava consolidada, especialmente com o fim do Poder Moderador e a previsão do Legislativo, Executivo e Judiciário como poderes independentes e harmônicos entre si.

Expõe Raul Machado Horta que “o liberalismo constitucional impregnou a Declaração de Direitos da Constituição de 1891”, de forma a assegurar direitos fundamentais individuais plurais, como é o caso da liberdade de culto, da inviolabilidade de domicílio, dentre outros.¹⁹³

Relativizando a centralização administrativa vigente por todo o Império, a República instituiu nacionalmente o modelo de Estado federativo, as antigas províncias foram convertidas em Estados, nasceu o controle difuso de constitucionalidade e houve a instituição de instrumentos habilitados à defesa de direitos e liberdades fundamentais, a exemplo do habeas corpus.¹⁹⁴

No que tange especificamente à Administração Pública, o texto constitucional ainda carecia de espaço próprio e detalhado a abarcando, vindo a sua disciplina e conformação em momentos distintos e pontuais, especialmente para designar a ideia de Administração Pública federal.

O dever de probidade na Administração era expressamente mencionado, bem como a possibilidade de se caracterizar crime de responsabilidade do Presidente o seu desrespeito. Ressalte-se que com a previsão da jurisdição una se consubstanciava constitucionalmente a possibilidade mais efetiva de controle da Administração pelo Judiciário. Formalmente independente, o Judiciário esbarrou em problemáticas fáticas e institucionais quando do exercício de tal controle. Francisco Cavalcanti, analisando o tema, aponta algumas delas: ausência de autonomia financeira, ingerência política e inexistência de garantias reais e efetivas para o exercício da magistratura.¹⁹⁵

¹⁹³ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 26.

¹⁹⁴ CAVALCANTI, Francisco. História das ideias jurídicas da Administração Pública brasileira. In: BRANDÃO, Cláudio. FREITAS, Ricardo. SALDANHA, Nelson (Org.). **História do Direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.p. 313-315.

¹⁹⁵ CAVALCANTI, Francisco. História das ideias jurídicas da Administração Pública brasileira. In: BRANDÃO, Cláudio. FREITAS, Ricardo. SALDANHA, Nelson (Org.). **História do Direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.p. 316-317.

Em se tratando dos elementos remotos da ideia de interesse público, estes apareciam no âmbito do discurso de posse do chefe do Executivo. O presidente empossado, assim como o Imperador outrora, recebia a missão constitucional de realizar juramento positivado no texto constitucional, onde aparecia a expressão *bem geral da República*. Assim expunha o art. 44 do texto de 1891:

Art. 44 - Ao empossar-se no cargo, o Presidente pronunciará, em sessão do Congresso, ou se este não estiver reunido, ante o Supremo Tribunal Federal esta afirmação: "Prometo manter e cumprir com perfeita lealdade a Constituição federal, promover o bem geral da República, observar as suas leis, sustentar-lhe a união, a integridade e a independência."

Reproduzindo a linha imperial de distinção entre interesses de ordem pública mais e menos abrangentes, a Constituição falava em peculiar interesse¹⁹⁶, versão pretérita do hoje conhecido interesse local municipal, e em interesse geral, como interesse tutelado pela União.¹⁹⁷

No âmbito legislativo, a Constituição discorria sobre *interesses nacionais*¹⁹⁸ como critério legitimador de eventual veto presidencial e, ainda, a respeito de *interesses da República* na hipótese de expulsão de estrangeiros que os contrariassem.¹⁹⁹

O texto constitucional republicano, apesar da inexistência de previsão expressa do *interesse público*, possui papel histórico demasiado relevante na construção contemporânea do termo, especialmente por ter aberto os caminhos formais à estruturação de um Estado de

¹⁹⁶ “Art. 68 - Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse.” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

¹⁹⁷ “Art. 9. § 4º - Fica salvo aos Estados o direito de estabelecerem linhas telegráficas entre os diversos pontos de seus territórios, entre estes e os de outros Estados, que se não acharem servidos por linhas federais, podendo a União desapropriá-las quando for de interesse geral.” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

¹⁹⁸ “Art. 37. § 1º Quando o Presidente da Republica julgar um projecto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrario aos interesses nacionaes, o vetará, total ou parcialmente, dentro de dez dias uteis, a contar daquelle em que o recebeu, devolvendo, nesse prazo e com os motivos do veto , o projetcto, ou a parte vetada, àCamara onde elle se houver iniciado. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

¹⁹⁹ “Art. 72. § 33. É permitido ao Poder Executivo expulsar do território nacional os súditos estrangeiros perigosos à ordem pública ou nocivos aos interesses da Republica. (Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

Direito no país, contemplando as ideias de democracia, tripartição das funções do Estado, legalidade e mais efetiva proteção dos direitos fundamentais.

Formalmente liberal, em sua concretude e materialidade o Estado conformado pela Constituição de 1891 viabilizou, nos dizeres de Horta, “o falseamento das instituições republicanas, especialmente nas formas eleitorais de captação e de apuração da vontade popular”, ensejando o “desmoronamento do belo edifício constitucional, em outubro de 1930”.²⁰⁰ Com a queda do modelo consolidado até então, foi aberto espaço à chegada de uma nova Constituição.

1.3.3 A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934, e a chegada do interesse público

Considerada ineficiente na consecução de suas propostas libertárias, a República passou a se tornar alvo de críticas. Ronaldo Poletti, sobre o tema, expõe: “Falava-se, na época, em República Velha e República Nova. Para que a República Nova se efetivasse, era preciso uma Constituição fiel aos novos tempos, capaz de ser a síntese das aspirações nacionais”.²⁰¹

O desejo pelo novo não aparentava vir de motivações exclusivamente nacionais, na seara internacional o mundo se transformava, o paradigma estatal caminhava rumo à sua transmutação, a Primeira Guerra já havia ocorrido e a Constituição de Weimar, reconhedora de direitos sociais, habitava o universo jurídico alemão. As influências alemãs foram extremamente fortes no âmbito do texto constitucional de 1934²⁰², neste sentido diz Bonavides:

Em 1934 a inspiração do constitucionalismo alemão weimariano é decisiva para a formulação precoce da forma de Estado social que o constituinte brasileiro estabeleceu em bases formais, num passo criativo dos mais importantes, capaz de

²⁰⁰ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 27.

²⁰¹ Ensina Ronaldo Poletti que as revoluções de 1930 e 1932 fomentaram o nascer da Constituição de 1934. Segundo ele: “A primeira tinha um ideário liberal em política, embora os acontecimentos posteriores a transformassem num projeto socialdemocrático e, em seguida, na causa eficiente de uma ditadura bajuladora do fascismo europeu. Já o heroísmo paulista de 1932 pode ter tido causas econômicas não identificadas na época (reação política dos fazendeiros do café contra a ameaça de sua hegemonia pelas novas forças da economia, situadas na cidade e na indústria), ou motivos políticos sediados no regionalismo (a política do café-com-leite) desalojado do poder pela revolução vitoriosa, mas, inobstante isso, o movimento de São Paulo foi cunhado de revolução constitucionalista e as multidões, que nas ruas carregavam entusiasmadas as suas bandeiras, não sabiam as discutíveis conclusões, fornecidas pelas futuras análises históricas.” POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras**. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos – CEE/MCT, Escola de Administração Fazendária – ESAF/MF, 2003/2004. Volume III: 1934.p. 16.

²⁰² Para saber mais sobre o processo de elaboração da Constituição de 1934 e suas nuances inspiradoras ver: AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. **Elaborando a Constituição Nacional**: atas da subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933. Brasília: Senado federal, 2004.

autenticar a significação e a autonomia doutrinária do terceiro ciclo ou época constitucional, em cujos espaços o regime ainda se move em busca de consistência, legitimidade e consolidação definitiva das instituições fundamentais.²⁰³

Como fruto da inspiração buscada no exterior, inicia-se o fortalecimento do Direito Público em sede nacional. Ensina Ronaldo Poletti que na República Velha predominava o Direito Civil, e o Direito Público, “não tendo o prestígio das academias jurídicas, também não merecia o respeito devido pelos governantes”.²⁰⁴ É com a Constituição de 1934 que essa realidade sofre alterações de modo a ser gradualmente inserido o Direito Público em local de maior destaque.

Nascida a partir de duas revoluções²⁰⁵, a Constituição de 1934 foi a primeira a expressamente tratar do termo *interesse público* em seu texto, sem se abster de outras palavras aptas a se conectarem com o seu conteúdo. A presença da exata expressão no texto da Constituição pode ser explicada por ter sido a racionalização no exercício do poder pensamento jurídico prevalecente à época.²⁰⁶

Mantido o presidencialismo, o texto constitucional reproduzia o já tradicional dever de juramento do Presidente empossado, nele inserindo a expressão *bem geral do Brasil*. Neste sentido expunha o art. 53 da Constituição de 1934:

Art. 53 - Ao empossar-se, o Presidente da República pronunciará em sessão conjunta com a Câmara dos Deputados, com o Senado Federal, ou se não estiverem reunidos, perante a Corte Suprema, este compromisso: "Prometo manter e cumprir com a lealdade a Constituição Federal, promover a bem geral do Brasil, observar as suas leis, sustentar-lhe a união, a integridade e a independência.

²⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 368.

²⁰⁴ POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras**. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos – CEE/MCT, Escola de Administração Fazendária – ESAF/MF, 2003/2004. Volume III: 1934.p. 16-17.

²⁰⁵ Ensina Ronaldo Poletti que as revoluções de 1930 e 1932 fomentaram o nascer da Constituição de 1934. Segundo ele: “A primeira tinha um ideário liberal em política, embora os acontecimentos posteriores a transformassem num projeto socialdemocrático e, em seguida, na causa eficiente de uma ditadura bajuladora do fascismo europeu. Já o heroísmo paulista de 1932 pode ter tido causas econômicas não identificadas na época (reação política dos fazendeiros do café contra a ameaça de sua hegemonia pelas novas forças da economia, situadas na cidade e na indústria), ou motivos políticos sediados no regionalismo (a política do café-com-leite) desalojado do poder pela revolução vitoriosa, mas, inobstante isso, o movimento de São Paulo foi cunhado de revolução constitucionalista e as multidões, que nas ruas carregavam entusiasmadas as suas bandeiras, não sabiam as discutíveis conclusões, fornecidas pelas futuras análises históricas.” POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras**. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos – CEE/MCT, Escola de Administração Fazendária – ESAF/MF, 2003/2004. Volume III: 1934.p. 13.

²⁰⁶ POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras**. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos – CEE/MCT, Escola de Administração Fazendária – ESAF/MF, 2003/2004. Volume III: 1934.p. 19.

A Administração Pública ainda não possuía espaço específico e detalhado no âmbito constitucional, mas já se mostrava objeto de disposições expressas mais variadas, sendo disciplinada em viés estadual, municipal e federal.

O dever expresso de respeito à probidade em seu âmbito foi mantido, assim como a possibilidade de restar caracterizado crime de responsabilidade do Presidente da República o seu desrespeito.²⁰⁷

No contexto do federalismo, mantinha-se a ideia de peculiar interesse municipal como norteadora da autonomia de tais entes federados²⁰⁸, se falando também expressamente em *interesses da União* para fundamentar a competência da Justiça Federal.

A expressão *interesse coletivo* era inaugurada na seara constitucional, se referindo a situações variadas. O interesse coletivo apontava, por exemplo, como expressão apta a designar a competência legislativa da União.²⁰⁹ A laicidade estatal era reforçada no texto da Constituição, assim como o distanciamento entre Estado e religião, ressalvada a colaboração recíproca de *interesse coletivo*.²¹⁰ O direito de propriedade era assegurado constitucionalmente, sendo vedado o seu exercício em contrariedade ao *interesse coletivo*, na forma da lei.²¹¹ A expressão também aparecia no âmbito da revisão de tarifas dos serviços explorados via concessão ou delegação, no seguinte contexto:

²⁰⁷ Art. 57. BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

²⁰⁸ “Art. 13 - Os Municípios serão organizados de forma que lhes fique assegurada a autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse; e especialmente: ...” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

²⁰⁹ “Art. 5º. Compete privativamente à União: XIX. Legislar sobre: c) normas fundamentais do direito rural, do regime penitenciário, da arbitragem comercial, da assistência social, da assistência judiciária e das estatísticas de interesse coletivo; ...” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

²¹⁰ “Art. 17 - É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: III - ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto, ou igreja sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo; ...” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

²¹¹ “Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

Art. 137 - A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços.

Ainda no que tange às expressões passíveis de se conectarem ao interesse público, tem-se em tal Constituição a ideia de *interesse nacional*. No âmbito legislativo, a violação de interesses nacionais fundamentava a possibilidade de veto do Presidente da República.²¹² No que diz respeito ao estrangeiro, o interesse nacional violado embasava a possibilidade de perda da nacionalidade adquirida.²¹³

Em se tratando especificamente do *interesse público*, a sua aparição se conectava a condutas variadas do poder público, a começar pela fundamentação para a efetivação de exceção à inamovibilidade dos magistrados; assim narrava o art. 64 do texto constitucional:

Art.64 - Salvas as restrições expressas na Constituição, os Juízes gozarão das garantias seguintes: b) a inamovibilidade, salvo remoção a pedido, por promoção aceita, ou pelo voto de dois terços dos Juízes efetivos do tribunal superior competente, em virtude de interesse público.

Nota-se, no dispositivo mencionado, o uso da expressão para fundamentar agir proferido no âmbito do Judiciário e diretamente conectado à função administrativa que o permeia a título acessório. Até hoje formalmente reproduzida para este mesmo fim na Constituição de 1988, a ideia inaugurada expressamente em 1934 aparentemente se coadunava com a visão contemporânea do interesse público.

O art. 113 do texto constitucional, tratando de direitos fundamentais, mencionou a expressão *interesse público* para se referir à exceção à publicidade baseada em razão de

²¹² “Art. 45 - Quando o Presidente da República julgar um projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, o vetará, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, a contar daquele em que o receber, devolvendo nesse prazo, e com os motivos do veto, o projeto, ou a parte vetada, à Câmara dos Deputados. [...] § 3º - No intervalo das sessões legislativas, o veto será comunicado à Seção Permanente do Senado Federal, e esta o publicará, convocando extraordinariamente a Câmara dos Deputados para sobre ele deliberar, sempre que assim considerar necessário aos interesses nacionais.” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

²¹³ “Art. 107 - Perde a nacionalidade o brasileiro: a) que tiver cancelada a sua naturalização, por exercer atividade social ou política nociva ao interesse nacional, provado o fato por via judiciária, com todas as garantias de defesa.” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

interesse público. O dispositivo em questão tratou também do interesse do país violado como critério legitimador de expulsão do estrangeiro do território nacional.²¹⁴

O art. 116 do texto de 1934 expressamente falou de interesse público para tratar da possibilidade de ser estabelecido monopólio da União sobre certa atividade por razão de *interesse público*.²¹⁵

No âmbito de atuação eminentemente administrativa, o interesse público apontou como critério legitimador de destituição de funcionários públicos com menos de dez anos de serviço efetivo.²¹⁶

Por fim, deve se dizer que o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias mencionava a expressão a título de embasamento da atividade normativa.²¹⁷

Incorporada de valores sociais, limitadora do agir estatal, nos dizeres de Pontes de Miranda “a mais completa, no momento, das Constituições americanas”²¹⁸, a Constituição democrática de 1934 rapidamente perdeu a sua vigência, diante do advento do golpe de 1937.

²¹⁴ “Art. 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 15) A União poderá expulsar do território nacional os estrangeiros perigosos à ordem pública ou nocivos aos interesses do País. [...] 35) A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva.” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

²¹⁵ “Art. 116 - Por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações, devidas, conforme o art. 112, nº 17, e ressalvados os serviços municipalizados ou de competência dos Poderes locais.” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

²¹⁶ “Art. 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa. Parágrafo único - Os funcionários que contarem menos de dez anos de serviço efetivo não poderão ser destituídos dos seus cargos, senão por justa causa ou motivo de interesse público.” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

²¹⁷ “Art. 2º - Empossado o Presidente da República, a Assembleia Nacional Constituinte se transformará em Câmara dos Deputados e exercerá cumulativamente as funções do Senado Federal, até que ambos se organizem nos termos do art. 3º, § 1º. Nesse intervalo elaborará as leis mencionadas na mensagem do Chefe do Governo Provisório, de 10 de abril de 1934, e outras porventura reclamadas pelo interesse público.” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

²¹⁸ MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição da República dos E.U. do Brasil. Rio de Janeiro: Guanabara, 1934. Apud. POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras**. Brasília: Senado Federal, Centro de

1.3.4 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, e o espaço para o uso arbitrário de termos abstratos

A Carta de 1937, outorgada sob a alegação de que o mundo vivia intensa crise, da existência de infiltração comunista no país e necessidade de manter a paz e harmonia social, consubstanciou em seus escritos, segundo ensina Walter Costa Porto, “[...] a extensão de duas personalidades – a de Francisco Campos, que lhe redigiu o texto, e a de Getúlio Vargas, que dele usufruiu para o exercício de seu mando”.²¹⁹

A Carta em questão manteve a República, reconheceu formalmente a soberania popular e em seu artigo inaugural trouxe a ideia de interesse do bem-estar do povo. A exata redação do artigo primeiro pode ser vista a seguir: “Art. 1º - O Brasil é uma República. O poder político emana do povo e é exercido em nome dele e no interesse do seu bem-estar, da sua honra, da sua independência e da sua prosperidade”.

Em contrapartida à aparente e formal adoção da democracia e de ideias liberais, o texto de 1937 fortaleceu o Executivo, qualificando o Presidente como autoridade suprema da República. O Chefe do Executivo interferia substancialmente na produção normativa e na estruturação das demais funções estatais de forma a enfraquecê-las.

O Poder Judiciário, atado em seus fazeres, sofria interferências inclusive em sede de controle de constitucionalidade. O parágrafo único do art. 96 do texto de 1937, em sua redação original, permitia ao Presidente da República, quando declarada inconstitucional uma lei que ele entendesse ser necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, submetê-la ao exame do Parlamento. Sendo a lei confirmada por 2/3 dos votos em cada uma das câmaras, ficaria sem efeito a decisão do tribunal.²²⁰

A outorga da Carta, a não realização do plebiscito que deveria confirmá-la e o fortalecimento fático do Poder Executivo promoveram distanciamento considerável entre

Estudos Estratégicos – CEE/MCT, Escola de Administração Fazendária – ESAF/MF, 2003/2004. Volume III: 1934.p. 54.

²¹⁹ PORTO, Walter Costa. **Constituições Brasileiras**. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos – CEE/MCT, Escola de Administração Fazendária – ESAF/MF. Volume IV: 1937.p. 22.

²²⁰ Analisando o tema, Edilson Nobre expõe: “o então Presidente da República, além de legislador e constituinte exclusivo, chamou para si o monopólio de interpretar a carta constitucional que outorgou para dar sustentação ao regime que instituiu, solapando a nascente ideia de jurisdição constitucional no Brasil.” NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O poente do constitucionalismo brasileiro: a Constituição de 1937. In: BRANDÃO, Cláudio; FREITAS, Ricardo; SALDANHA, Nelson (Org.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.p. 405.

alguns dos dizeres de seu texto e a realidade posta. Raul Machado Horta, nessa linha de pensamento, expõe:

A *Carta outorgada de 10 de novembro de 1937* corresponde, no Direito Constitucional Brasileiro, ao tipo da *Constituição Semântica*, conforme denominação de *Karl Loewenstein*, para designar o texto constitucional colocado a serviço do detentor do poder para seu uso pessoal. É a máscara do poder. A Constituição perde normatividade, salvo nas passagens em que ela confere atribuições ao titular do poder.²²¹

Seguindo a linha dos textos constitucionais anteriores, houve a manutenção formal da organização estatal em modelo federativo. A Constituição tratou de falar do *interesse peculiar* dos Estados²²², do *peculiar interesse* dos Municípios²²³ e da União como gestora cotidiana do *interesse nacional*²²⁴. O federalismo inscrito nos textos iniciais da Carta de 1937 recebeu forte golpe em sua estruturação, especialmente ao se considerar os dizeres do art. 137, responsável por estabelecer que os governadores apenas permaneceriam em seus cargos caso fossem confirmados pela chefia do Executivo Federal.²²⁵

²²¹ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 28.

²²² “Art. 8º - A cada Estado caberá organizar os serviços do seu peculiar interesse e custeá-los com seus próprios recursos.” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

²²³ “Art. 26 - Os Municípios serão organizados de forma a ser-lhes assegurada autonomia em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse, e, especialmente:[...]” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

²²⁴ “Art. 6º - A União poderá criar, no interesse da defesa nacional, com partes desmembradas dos Estados, territórios federais, cuja administração será regulada em lei especial. [...] Art. 17 - Nas matérias de competência exclusiva da União, a lei poderá delegar aos Estados a faculdade de legislar, seja para regular a matéria, seja para suprir as lacunas da legislação federal, quando se trate de questão que interesse, de maneira predominante, a um ou alguns Estados. Nesse caso, a lei votada pela Assembleia estadual só entrará em vigor mediante aprovação do Governo Federal.” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

²²⁵ Em redação original o art. 176 expunha: “O mandato dos atuais Governadores dos Estados, uma vez confirmado pelo Presidente da República dentro de trinta dias da data desta Constituição, se entende prorrogado para o primeiro período de governo a ser fixado nas Constituições estaduais. Esse período se contará da data desta Constituição, não podendo em caso algum exceder o aqui fixado pelo Presidente da República. Parágrafo Único. O Presidente da República, decretará a intervenção nos Estados cujos Governadores não tiverem o seu mandato confirmado. A intervenção durará até a posse dos Governadores eleitos, que terminarão o primeiro período de governo, fixado nas Constituições estaduais.” Posteriormente modificado pela emenda constitucional n.º 9 de 1945 passou a adotar a seguinte redação: “Art. 176 - O mandato dos Governadores eleitos dos Estados, que tenha sido confirmado pelo Presidente da República, será exercido até o início do primeiro período de governo, a ser fixado nas Constituições estaduais.” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

Edilson Nobre, discorrendo sobre o tema, expõe ter sido o federalismo “[...] exclusivamente nominal, vivenciando o Brasil mais uma fase de sua história como verdadeiro Estado unitário”.²²⁶

No que tange especificamente às expressões ligadas ao termo *interesse público*, aparecia, na disciplina dos serviços públicos, o termo *interesse comum*. Os serviços públicos poderiam ser objeto de isenção tributária, desde que fundamentada no interesse comum disciplinado em lei especial.²²⁷ Ainda na temática dos serviços públicos, dizia a Constituição caber à lei federal tratar das tarifas dos serviços públicos com foco no *interesse coletivo*.²²⁸

Assim como nas constituições anteriores, a expressão *interesse nacional* se fez presente no texto constitucional, tanto no que dizia respeito ao veto²²⁹ do Presidente da República em sede de processo legislativo, como no que tangia à generalidade de sua atuação legislativa.²³⁰

Edilson Nobre, analisando a atuação legislativa em tal período, expõe que “[...] é possível dizer que a Carta de 1937 procurou moldagem de Estado de Direito à luz do totalitarismo que grassava no continente europeu”. Diz mais, narra que a ideia de “[...]”

²²⁶ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O poente do constitucionalismo brasileiro: a Constituição de 1937. In: BRANDÃO, Cláudio; FREITAS, Ricardo; SALDANHA, Nelson (Org.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.p. 403.

²²⁷ “Art. 32. Parágrafo único - Os serviços públicos concedidos não gozam de isenção tributária, salvo a que lhes for outorgada, no interesse comum, por lei especial BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>_ Acesso em: 13 maio 2014.

²²⁸ “Art. 147 - A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços.” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>_ Acesso em: 13 maio 2014.

²²⁹ “Art. 66 - O projeto de lei, adotado numa das Câmaras, será submetido à outra; e esta, se o aprovar, enviá-lo-á ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará e o promulgará. § 1º - Quando o Presidente da República julgar um projeto de lei, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário aos interesses nacionais, vetá-lo-á total ou parcialmente, dentro de trinta dias úteis, a contar daquele em que o houver recebido, devolvendo, nesse prazo e com os motivos do veto, o projeto ou a parte vetada à Câmara onde ele se houver iniciado.” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>_ Acesso em: 13 maio 2014.

²³⁰ “Art. 73 - O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional e superintende a Administração do País. (Redação dada pela Lei Constitucional nº 9, de 1945)” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>_ Acesso em: 13 maio 2014.

governo das leis, reputadas estas como uma manifestação da vontade dos representantes eleitos pelos cidadãos, desapareceu”.²³¹

Os tratados e convenções internacionais, de acordo com o texto de 1937, poderiam ser provisoriamente executados por determinação presidencial, desde que assim determinassem os *interesses do país*.²³² Reproduzindo textos anteriores, a expressão também apareceu como legitimadora da perda de nacionalidade de brasileiro que a violasse em essência.²³³ Ainda no que tange ao interesse nacional, a Constituição de 1937 a apresentou como fundamento do agir econômico estatal.²³⁴

Diante de sua outorga e suposta ameaça de perturbação da ordem, a Constituição trouxe o termo interesses materiais ou morais do Estado e de seus nacionais para tratar do estado de emergência.²³⁵

²³¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O poente do constitucionalismo brasileiro: a Constituição de 1937. In: BRANDÃO, Cláudio; FREITAS, Ricardo; SALDANHA, Nelson (Org.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.p. 403.

²³² “Art. 74 - Compete privativamente ao Presidente da República: r) determinar que entrem provisoriamente em execução, antes de aprovados pelo Parlamento, os tratados ou convenções internacionais, se a isso o aconselharem os interesses do País.” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

²³³ “Art. 116 - Perde a nacionalidade o brasileiro: c) que, mediante processo adequado tiver revogada a sua naturalização por exercer atividade política ou social nociva ao interesse nacional.” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

²³⁴ “Art. 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

²³⁵ “Art. 166 - Em caso de ameaça externa ou iminência de perturbações internas, ou existência de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos, poderá o Presidente da República declarar em todo o território do País, ou na porção do território particularmente ameaçada, o estado de emergência.§ 2º - Declarado o estado de emergência em todo o país, poderá o Presidente da República, no intuito de salvaguardar os interesses materiais e morais do Estado ou de seus nacionais, decretar, com prévia aquiescência do Poder Legislativo, a suspensão das garantias constitucionais atribuídas à propriedade e à liberdade de pessoas físicas ou jurídicas, súditos de Estado estrangeiro, que, por qualquer forma, tenham praticado atos de agressão de que resultem prejuízos para os bens e direitos do Estado brasileiro, ou para a vida, os bens e os direitos das pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, domiciliadas ou residentes no País. (Incluído pela Lei Constitucional nº 5, de 1938)” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

O *interesse público*, por sua vez, expressamente se manteve como fundamento de relativização da inamovibilidade dos magistrados²³⁶, apontando, ainda, como critério legitimador de afastamento de funcionário público²³⁷ e de elaboração de textos legais.²³⁸

O *interesse geral*, em viés formalmente muito semelhante ao que hoje se atribui ao interesse público, apareceu como fundamento de exercício do direito de petição junto às autoridades.²³⁹ O termo bem geral, diferentemente das constituições anteriores, não apareceu no texto constitucional.

Importante se faz expor que as semelhanças existentes entre o interesse geral neste período e expressões que a ele se assemelham hoje são mais formais do que substanciais, mais de texto do que de conteúdo. O período de vigência da Carta de 1937 foi extremamente autoritário, com interferências constantes do Executivo em outras esferas de poder, fatos que impedem a sua afinidade material e contedística com o interesse público atual.

Em verdade, sequer é possível denominar o texto de 1937 de Constituição, posto que extremamente desviante dos elementos caracterizadores de uma. Os abusos do poder, a primazia exacerbada do Executivo e a castração aos direitos fundamentais são elementos que reforçam esta tese.

²³⁶“Art. 91 - Salvo as restrições expressas na Constituição, os Juízes gozam das garantias seguintes: [...] b) inamovibilidade, salvo por promoção aceita, remoção a pedido, ou pelo voto de dois terços dos Juízes efetivos do Tribunal Superior competente, em virtude de interesse público; [...]”. “Art. 113 - A inamovibilidade assegurada aos Juízes militares não os exime da obrigação de acompanhar as forças junto às quais tenham de servir. Parágrafo único - Cabe ao Supremo Tribunal Militar determinar a remoção dos Juízes militares, quando o interesse público o exigir.” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

²³⁷ “Art. 157 - Poderá ser posto em disponibilidade, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, desde que não caiba no caso a pena de exoneração, o funcionário civil que estiver no gozo das garantias de estabilidade, se, a juízo de uma comissão disciplinar nomeada pelo Ministro ou chefe de serviço, o seu afastamento do exercício for considerado de conveniência ou de interesse público.” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

²³⁸ “A lei pode prescrever: c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

²³⁹ “Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 7º) o direito de representação ou petição perante as autoridades, em defesa de direitos ou do interesse geral; [...]” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

O Estado Novo consubstanciado pelo texto de 1937, diante das ressalvas geradas junto à população, teve a sua durabilidade cessada no início dos anos quarenta, permitindo a reinauguração da democracia e do constitucionalismo em sede nacional.

1.3.5 A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, e o interesse público na redemocratização

A Constituição de 1946, responsável por redemocratizar o país, nos ensinamentos de Aliomar Baleeiro e Barbosa Lima Sobrinho, “tão bem redigida quanto a de 1891”, possuiu constituinte predominantemente composta por “conservadores com tendências liberais”, fato que acabaria por influenciar o seu conteúdo.²⁴⁰

A Constituição manteve, através do texto do art. 28, o modelo federativo de organização do Estado e a menção ao termo *peculiar interesse dos municípios*. Trouxe, ainda na linha de seguir a tradição das constituições anteriores, o *interesse público* como fundamento do veto presidencial em processo legislativo.²⁴¹

O termo *interesse público* apontou expressamente em outras duas passagens constitucionais, sendo uma destinada a fundamentar, excepcionalmente, a possibilidade de não expedição de certidões pela necessidade de sigilo pautado em interesse público²⁴² e outra referente à intervenção da União no domínio econômico por razão de interesse público²⁴³.

²⁴⁰ BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Constituições Brasileiras**. Volume V. 1946. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos – CEE/MCT, Escola de Administração Fazendária – ESAF/MF, 2003/2004. p. 16.

²⁴¹ “Art. 70 - Nos casos do art. 65, a Câmara onde se concluir a votação de um projeto enviá-lo-á ao Presidente da República, que, aquiescendo, a sancionará. § 1º Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, contados daquele em que o receber, e comunicará, no mesmo prazo, ao Presidente do Senado Federal, os motivos do veto. Se a sanção fôr negada quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o veto. O veto parcial deve abranger o texto de artigo, parágrafo, inciso, item, número ou alínea. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 17, de 1965)” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

²⁴² “Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes. § 36. A lei assegurará: IV - a expedição das certidões requeridas para esclarecimento de negócios administrativos, salvo se o interesse público impuser sigilo.” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

²⁴³ “Art. 146 - A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição.” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

Há de se mencionar, por fim, a presença da expressão *interesse geral* para designar hipóteses de atuação da União com vistas a auxiliar os Estados em estudos referentes às águas termominerais de aplicação medicinal e no aparelhamento das estâncias destinadas ao seu uso.²⁴⁴

Analisando os reflexos do texto constitucional na sociedade brasileira, Aliomar Baleeiro e Barbosa Sobrinho expõem que o populismo promovido pela aplicação da Constituição com o tempo se transmutou em demagogia, atingindo o seu ápice e rejeição com a temática da reforma agrária. Os juristas atribuem a esse fato o caráter de essencialidade para o golpe que estaria por vir em 1964. De toda sorte, em termos de República, expõem que a Constituição, com durabilidade de aproximadamente 20 anos, conseguiu gerar reflexos positivos.²⁴⁵

1.3.6 A Carta de 1967²⁴⁶ e o viés ditatorial da expressão

²⁴⁴ “Art. 153 - O aproveitamento dos recursos minerais e de energia hidráulica depende de autorização ou concessão federal na forma da lei. § 4º - A União, nos casos de interesse geral indicados em lei, auxiliará os Estados nos estudos referentes às águas termominerais de aplicação medicinal e no aparelhamento das estâncias destinadas ao uso delas.” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

²⁴⁵ BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Constituições Brasileiras**. Volume V. 1946. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos – CEE/MCT, Escola de Administração Fazendária – ESAF/MF, 2003/2004. p. 23.

²⁴⁶ O presente ponto da tese se limitará a tecer considerações sobre o texto da carta vigente em tal período da história, não formulando análises a respeito dos conteúdos dos atos institucionais que foram publicados em tal período, ainda que dotados de alta relevância e essencialidade para a conformação do Estado autoritário aí vigente. O Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1969, apesar de não abordado no presente ponto da tese, é extremamente relevante na conformação normativa de tal período histórico. Apesar de sua importância, a opção foi a de não abordá-lo por não tratar o seu texto do termo “interesse público” expressamente e por não ser tal normativa, em sentido técnico e formal, uma constituição. Apenas dois dos dispositivos do AIT - 5 tratavam do termo “interesse”, o art. 3º viabilizava intervenção nos Estados e Municípios por decreto do Presidente da República com fundamento no interesse nacional; e, ainda, o art. 4º, relatando um suposto “interesse de preservar a revolução”, permitia ao Presidente, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações do texto constitucional, “suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.” A seguir os textos exatos de ambos os dispositivos: “Art. 3º - O Presidente da República, no interesse nacional, poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição. Parágrafo único - Os interventores nos Estados e Municípios serão nomeados pelo Presidente da República e exercerão todas as funções e atribuições que caibam, respectivamente, aos Governadores ou Prefeitos, e gozarão das prerrogativas, vencimentos e vantagens fixados em lei. Art. 4º - No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais. Parágrafo único - Aos membros dos Legislativos federal, estaduais e municipais, que tiverem seus mandatos cassados, não serão dados substitutos, determinando-se o quórum parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidos.” BRASIL. **Ato Institucional n.º 5**, de 13 de dezembro de 1969. Mantém a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; permite ao Presidente da República decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

Em primeiro de abril de 1964, o Brasil foi vitimizado por golpe de Estado responsável por retirar o presidente João Goulart do poder e por iniciar regime militar. A partir daí variados atos institucionais foram produzidos, bem como emendas constitucionais, fatos que caracterizavam a normativa constitucional até então vigente como fragmentária. Como consequência disto, visando consolidar tal fragmentação, em 1967 foi outorgada Carta responsável por estabelecer e disciplinar décadas de ditadura no país.²⁴⁷

Themístocles Brandão Cavalcanti, analisando a carta outorgada, ressaltou a sua caracterização conservadora, o seu papel de mantenedora dos *fatores reais de poder*²⁴⁸, expondo:

[...] esta consciência conservadora encontra-se perfeitamente delineada na distribuição e integração do poder entre vários grupos político-territoriais que enformam o Estado; em outras palavras, no sistema federativo vários mecanismos institucionais de controle garantem a composição política existente. Mas, eles sobretudo revelam as contradições de uma sociedade em crise de desenvolvimento.²⁴⁹

Em 17 de outubro de 1969, a Carta em questão sofre a incidência de sua primeira emenda, fato que para alguns caracteriza o advento de uma “nova Constituição”, em decorrência de sua amplitude reformadora. É o que ensina José Afonso da Silva ao dizer:

Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil. [...] Se convocava a Constituinte para elaborar Constituição nova que substituiria a que estava em vigor, por certo não tem a natureza de emenda constitucional, pois tem precisamente sentido de manter a Constituição emendada. Se visava destruir esta, não pode ser tida como emenda, mas como ato político.²⁵⁰

A emenda mencionada, imposta pelos Ministros da Marinha, Exército e Aeronáutica, reforçou o já fortalecido poder do Executivo, especialmente por mitigar atribuições do Legislativo.²⁵¹

²⁴⁷ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 32.

²⁴⁸ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002. p. 42-51.

²⁴⁹ BALEEIRO, Aliomar. LIMA BRITO, Luiz Navarro de. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Constituições Brasileiras**. Volume VI. 1967. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos – CEE/MCT, Escola de Administração Fazendária – ESAF/MF, 2003/2004. p. 40.

²⁵⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 89.

²⁵¹ Ivo Dantas, em análise crítica de tal período histórico, expõe que os textos de 1967 e de 1969 não devem receber o *status* de constituições posto que demasiado arbitrários, outorgados e carentes de amparo democrático. Reforça o seu posicionamento narrando que tal período foi “um daqueles em que mais se desprezou o conteúdo

No que tange especificamente ao *interesse público*, o documento outorgado trouxe em exatas cinco passagens textuais distintas. Em seu artigo 9º, a Carta tratava da laicidade estatal, excepcionalmente viabilizando colaborações de *interesse público* entre os entes federados e os cultos e igrejas, com foco especial nas temáticas da educação, assistência e hospitais.²⁵²

O *interesse público*, expressão plurissignificativa, apontava, perigosamente, como critério legitimador da expedição de decretos pelo Presidente da República em um regime já concentrador de poderes junto ao Executivo.²⁵³ Seguindo a tendência formalmente já constatada nos textos constitucionais anteriores, a expressão também aparecia como legitimadora de vetos presidenciais em sede de processo legislativo, fato que também tem a sua peculiaridade ressaltada ao ser considerado o período ditatorial instaurado em tal contexto histórico.²⁵⁴

Na Carta de 1967, assim como em outras pretéritas já demonstradas, o *interesse público* apontou como elemento legitimador de exceções à inamovibilidade dos magistrados.

255

Pontes de Miranda, realizando análise crítica de tal documento, narra:

dos Direitos Individuais e das Garantias Constitucionais.” DANTAS, Ivo. **O valor da constituição**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 107.

²⁵² “Art. 9º - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: II - estabelecer cultos religiosos ou igrejas; subvencioná-los; embaraçar-lhes o exercício; ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de Interesse público, notadamente nos setores educacional, assistencial e hospitalar; [...]” BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

²⁵³ “Art. 58 - O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias: [...]” BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

²⁵⁴ “Art. 62 - Nos casos do art. 46, a Câmara na qual se concluiu a votação enviará o projeto ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República julgar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á, total ou parcialmente, dentro de dez dias úteis, contados, daquele em que o receber, e comunicará dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal, os motivos do veto. Se a sanção for negada quando estiver finda a sessão legislativa, o Presidente da República publicará o veto. O veto parcial deve abranger o texto de artigo, parágrafo, inciso, item, número ou alínea.” BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

²⁵⁵ “Art. 108 - Salvo as restrições expressas nesta Constituição, gozarão os Juizes das garantias seguintes: [...]II - inamovibilidade, exceto por motivo de interesse público, na forma do § 2º; [...] § 2º - O Tribunal competente poderá, por motivo de interesse público, em escrutínio secreto, pelo voto de dois terços de seus Juizes efetivos, determinar a remoção ou a disponibilidade do Juiz de categoria inferior, assegurando-lhe defesa. Os Tribunais poderão proceder da mesma forma, em relação a seus Juizes.” BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

Na Constituição de 1967 há mais subversividade do que revolucionariedade. Não se avança para o futuro, como seria de mister, sàbiamente. O Congresso nacional, a despeito das pressões – que nunca existiram, antes, na história do Brasil – conseguiu atenuar o despotismo que se queria estabelecer e impor.²⁵⁶

O regime autoritário inaugurado com a Carta de 1967 vigorou no país por aproximadamente vinte anos, caminhando rumo ao seu fim em 1985. Com a certeza de sua finalização, deu-se a convocação de Assembleia Nacional Constituinte, de forma a inaugurar um novo caminho rumo à redemocratização nacional.

No dia 05 de outubro de 1988 foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil, documento conformador da atual feição estatal nacional e, em consequência, da Administração Pública gestora cotidiana da função administrativa atinente a este Estado.

De todo o aqui exposto foi possível notar que a história constitucional do país sempre se fez marcada por expressões de ordem plurissignificativas aptas a legitimarem o agir do Estado em suas mais variadas vertentes e não apenas no que hoje se convencionou reconhecer como função administrativa. Do *interesse do Império* à conformação atual do *interesse público* administrativo um longo caminho normativo foi trilhado.

Uma vez inserida exata e expressamente no universo constitucional pátrio, mais precisamente em 1934, a expressão interesse público dele não mais saiu, sempre se fazendo presente na história das constituições brasileiras, tenham sido os Estados por elas conformados democráticos ou ditatoriais. O termo foi atrelado ao longo dos anos a fazeres estatais dos mais diversos, legislativos, executivos e jurisdicionais.

Aqui não foi possível analisar os desdobramentos práticos e cotidianos da presença da expressão nas constituições brasileiras ou, ainda, as especificidades de sua aplicação e interpretação em regimes ditatoriais e democráticos nacionais. Esta tarefa, árdua e por demais complexa, demandaria tese específica neste sentido para ser desenvolvida em plenitude.

A intenção do presente ponto, repita-se, foi a de demonstrar a evolução da presença da palavra interesse público no plano textual abstrato constitucional brasileiro. A interpretação e aplicação que a circunda serão analisadas com foco no Estado hoje conformado pela Constituição vigente, por ser este o objeto central de estudo da presente tese, e mais precisamente no que tange à atuação da Administração Pública brasileira.

²⁵⁶ MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 1967. Tomo I. p. 17.

A permanência da expressão na história constitucional do Brasil, a sua enorme aptidão para se conformar às mudanças e modelos de Estado, podem ser explicadas, dentre outros elementos, por sua textura fluida e plurissignificativa. A palavra fica, o que se modifica é a sua compreensão.

A sua característica de ser dilema normativo de transição democrática se mantém e hoje, para bem compreendê-la em sede nacional, aponta a necessidade de análise detalhada do texto constitucional de 1988. Justamente por isso, a presença da palavra interesse público na atual Constituição não foi tratada no ponto aqui consubstanciado, a título desubtópico, mas sim no item a seguir, de modo mais detalhado e em espaço próprio.

1.4 Interesse público no texto de 88: a identidade

Passada a análise histórica da construção constitucional-positiva da expressão interesse público, importante se faz discorrer sobre a sua atual identidade e caráter singular dentro do Direito contemporâneo e à luz da Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988, fruto do trabalho da Assembleia Constituinte instituída anteriormente, redemocratizou o país, consubstanciando em seu texto inúmeros dos reflexos do novo constitucionalismo europeu. Reconheceu a soberania popular e junto a ela consagrou a democracia mista, ofereceu tutela aos mais plurais tipos de direitos fundamentais dos cidadãos, previu expressamente o princípio da legalidade para a Administração Pública, instituiu a tripartição das funções do Estado, inclusive a título de cláusula pétreia, tendo sido ainda pioneira em oferecer à Administração Pública brasileira um capítulo próprio, dotado de dispositivos específicos e detalhados.

Extremamente relevantes e complexos, os desdobramentos neoconstitucionais do texto de 1988, as suas conformações teóricas, bem como as respectivas influências por ele geradas no agir administrativo contemporâneo, serão mais à frente detalhados e analisados, havendo espaço textual próprio destinado a estas finalidades. O presente ponto, por hora, seguindo a linha dos imediatamente anteriores, se ocupará especificamente da análise da presença e identidade da expressão interesse público no texto constitucional hoje vigente.

Comumente associada a variados termos, há quem exponha que a palavra interesse público possui identidade plena com outras utilizadas pelo Direito, não carregando consigo peculiaridades próprias. As expressões interesse público, bem comum, interesse social, interesse coletivo e interesse difuso são hoje utilizadas pelos teóricos que as estudam de maneiras variadas, havendo quem as mencione como sinônimas sem maiores explicações a respeito²⁵⁷ e quem as diferencie²⁵⁸, neste último caso apresentando as razões de distinção que julgam pertinentes, sejam elas de ordem normativa ou de essência.

Por ser o Direito elemento externado através da linguagem, é temeroso o ato de não refletir sobre os conteúdos de seus termos técnicos, a possível existência de semelhanças e distinções entre eles ou, ainda, sobre a sua identidade plena. O uso indiscriminado e não racionalizado das palavras jurídicas pode ensejar prejuízos práticos substanciais, equívocos, especialmente ao se considerar interferências na seara privada pelo Poder Público através de tal utilização.

Nessa linha, o tópico aqui desenvolvido objetiva analisar os termos comumente associados ao interesse público, eventuais identidades ou distanciamentos entre eles, tomando como norte principal para isto o trato dado pela Constituição Federal de 1988 a essas palavras. A metodologia adotada para a tarefa aqui desenvolvida justifica-se por ser a Constituição a norma principal do Direito atual e elemento supremo limitador do agir administrativo.

O interesse público, desde as suas origens liberais, é termo identificado com as ideias de bem comum, felicidade geral e vontade geral. É expressão conectada às aspirações de uma coletividade que quer para si o bem, a felicidade, a harmonia. A análise do histórico de sua existência em plano internacional e internamente nos textos constitucionais nacionais permite construir esta constatação. A partir destas considerações, parece carecer de grande sentido a tentativa de promover diferenças contedísticas e substanciais entre interesse público, vontade geral e bem comum.²⁵⁹

José dos Santos Carvalho Filho, em tal sentido, assim relata:

²⁵⁷DEVOLVÉ, Pierre. VEDEL, Georges. **Droit administratif**. I. Paris: Presses Universitaires de France, 1958. p. 515. RIVERO, Jean. **Droit administratif**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1962. p. 10.

²⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 22 – 32.

²⁵⁹ Leonardo Carneiro da Cunha, sobre a identidade entre interesse público e bem comum, diz: “O *interesse público* identifica-se com a ideia de *bem comum* e reveste-se de aspectos axiológicos, na medida em que se preocupa com a dignidade humana.” CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 31.

[...] distinguir interesse público e bem comum, além de traduzir distinção inócua, não retrata a realidade natural dos pensadores. É claro que o sentido de interesse público tem por lastro o interesse da coletividade e o grande interesse desta é seu próprio bem, portanto o bem comum.²⁶⁰

Andreas Joachim Krell²⁶¹, seguindo a tendência de identificar os termos, diz:

Na verdade, bem comum é expressão de uma “imparcialidade idealizada”, tornando-se ponto final de um discurso público civilizado que pretenda ter aceitação geral. Ele forma uma “ideia regulativa de moral pública” que jamais pode ser plenamente alcançada, mas é indispensável como fio de prumo para a formação da opinião pública sobre assuntos de interesse comum.

As conclusões da doutrina mencionada são compatíveis com o trato constitucional hoje dado ao tema. Uma análise cuidadosa do texto da Constituição de 1988 permite constatar que o constituinte parece não ter se ocupado de estabelecer, expressa e cuidadosamente, em via formal e material, diferença entre as palavras bem comum, vontade geral e interesse público. Na verdade, sequer há a inserção explícita na Constituição dos termos vontade geral e bem comum.

Se houvesse que ser estabelecida alguma diferença entre as expressões, esta seria mais ligada à instrumentalidade e finalidade. Melhor explicando, a vontade geral, por tradicionalmente ser ligada à atuação do Legislativo, poderia ser vista como instrumento que a fundamenta e instrumentaliza; o bem comum, por ser fim buscado pelo Poder Público em seu cotidiano, apontaria como objetivo final desta atuação normativa. De toda sorte, deve se ressaltar não haver na Constituição diretrizes que apontem em tal sentido, emanando tais constatações mais de análises linguísticas e doutrinárias do que do Direito positivo hoje vigente no país.

O art. 218, § 1º, do texto constitucional, aproximando-se da ideia de bem comum, versa sobre bem público.²⁶² Neste sentido, exterioriza que a ciência é entendida como indispensável ao bem público, ao coletivo, ou seja, ao bem comum, devendo por isso receber tratamento prioritário do Estado. Vê-se que o destinatário da tutela da ciência em nome do

²⁶⁰CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 76.

²⁶¹KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 127.

²⁶² “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. § 1º - A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.” BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

bem comum é sujeito bastante amplo: a coletividade como um todo. Por haver conexão entre a expressão bem comum e a coletividade, há zona de interseção entre ela e o interesse público, o interesse público é interesse em alguma medida amparado nos anseios sociais.

A existência de zona de interseção com a ideia de interesse público não é exclusividade do termo bem comum, o interesse social igualmente é acometido por essa realidade, aparecendo na Constituição de 1988 em passagens diversas.

Em alguns momentos é possível notar o uso genérico do interesse social pelo constituinte, como espécie de sinônimo da ideia de bem comum, daquilo que promove o bem para o coletivo, neste âmbito ele assume a feição de fim genérico a ser buscado. É o que ocorre no dispositivo que protege os autores de inventos industriais, as criações intelectuais, nomes e marcas como forma de tutelar o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico nacional. Nestes casos, o dever de promoção desta tutela é direcionado ao legislador, posto que ela deve vir consubstanciada em lei (art. 5º, XXIX, CF/88).²⁶³

Em outras passagens, diferentemente, se constata a atribuição de uma especificidade procedimental ao interesse social, é o que se dá nos dispositivos constitucionais que cuidam da desapropriação por interesse social. Em tais casos, o interesse passa a ter uma especificidade procedimental que o distingue de seus demais usos e fins, deixa de ser simples fim genérico buscado pelo Poder Público, para também assumir a consequência de gerar procedimento administrativo específico, desdobramento mais exato. A desapropriação por interesse social tanto é direcionada como dever ao legislativo no sentido de discipliná-la em abstrato²⁶⁴, como também à Administração, mais precisamente à figura da União, no sentido de promovê-la em concreto.²⁶⁵

No que diz respeito ao sujeito diretamente protegido com a tutela do interesse social, nota-se que o constituinte caminhou majoritariamente no sentido de elegê-lo como sendo a sociedade civil.²⁶⁶ É o que ocorre, por exemplo, na tutela da excepcional possibilidade de

²⁶³ Neste sentido ver também o art. 5º, LX; art. 79, caput (ADCT) da Constituição Federal de 1988. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

²⁶⁴ Art. 5º, XXIV, BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

²⁶⁵ Art. 184, caput, §2º, BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

²⁶⁶ Há uso mais restrito do termo interesse social no sentido de corresponder ao interesse de uma entidade, de uma pessoa jurídica, de uma sociedade civil ou comercial no sentido que lhe confere o Direito Empresarial. Para

restrição da publicidade dos atos processuais em razão de interesse social. No dispositivo em questão o sujeito mais diretamente conectado ao termo parece ser a sociedade (art. 5º, LX, CF/88), o mesmo acontecendo na desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária; a União, executora do procedimento, o põe em prática sob o manto da tutela do interesse social de ver promovida internamente a reforma agrária (art. 184, *caput*, CF/88).

Além de se conectar às ideias de bem comum e interesse social²⁶⁷, o interesse público é comumente unido aos termos interesse difuso e interesse coletivo. A expressão interesse coletivo²⁶⁸, tradicionalmente utilizada para se referir a uma síntese de interesses individuais, a interesses externados por grupos dotados de coesão²⁶⁹, aparece poucas vezes no texto constitucional, sendo exatas três as passagens que a abarcam.

No art. 5º, XXXIII, a expressão aponta como um dos fundamentos para o exercício do direito de acesso à informação pelos cidadãos. Este direito pode ser exercido quando ligado a informação de interesse de quem o exerce ou a informação de interesse coletivo ou geral, os seus beneficiários diretos no caso, como bem se nota, são os indivíduos, sendo a Administração o sujeito passivo do exercício do direito.

No art. 173, da Constituição de 1988, a palavra interesse coletivo aparece como legitimadora do exercício direto de atividade econômica pelo Estado, sendo marcada pelo qualificador *relevante*. É preciso haver relevante interesse coletivo para que o Estado possa ser agente direto da economia. O sujeito protegido com o dispositivo em questão continua a ser a coletividade, sendo o Estado o responsável, através do Legislativo, por averiguar as hipóteses onde caberá tal proteção mais excepcional, posto que qualificada pela expressão *relevante*. Não é qualquer interesse coletivo o legitimado a viabilizar o exercício de atividade

saber mais ver: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 24-26.

²⁶⁷ Considerando verdadeiros sinônimos os termos interesse público e interesse social expõe Andreas Krell: “Apesar de certas “nuances ou conotações peculiares”, as expressões interesse *público*, *social*, ou *geral* não possuem entre si uma efetiva autonomia conceitual, porquanto seu núcleo comum se refere a interesses metaindividuais. Os referidos termos apresentam, em muitos casos, um conteúdo tão próximo que não cabe uma distinção mais rigorosa entre eles, a qual também em nada contribuiria para a solução dos problemas práticos; além disso, trata-los como *sinônimos* evita “os inconvenientes de um excesso terminológico”. KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.133.

²⁶⁸ “Interesses coletivos. São os afetos a vários sujeitos considerados em sua qualidade de membros de comunidades menores, em razão de *affectiosocietatis*, situados entre eles e o Estado (Celso Bastos).” DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. D-I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 965.

²⁶⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p.53.

econômica em sentido restrito pelo Estado, mas sim aquele normativamente definido como relevante.²⁷⁰

Por fim, no art. 8º, III, do texto constitucional, a expressão aponta como objeto de atuação dos sindicatos. Na ótica constitucional, cabe aos sindicatos atuar de forma a defender direitos e interesses coletivos das categorias por eles representadas. O foco de específico de proteção no caso deste dispositivo habita uma parcela mais restrita da sociedade, uma determinada categoria profissional. O destinatário do dever de tutela desta coletividade sai da figura do Estado e reside em sujeito com personalidade privada.

A expressão *interesse coletivo*, sutilmente apresentada na Constituição de 1988, aponta de modo bastante intenso na normativa infraconstitucional, especialmente nas leis diretamente ligadas ao processo coletivo.²⁷¹ O Código de Defesa do Consumidor (CDC), nessa linha, chega a definir o interesse coletivo, para seus efeitos, como interesse de “[...] natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.²⁷² Este conceito, bastante técnico e específico, atribui à expressão consequências práticas, processuais e finalísticas que a diferem, nestas medidas, do interesse público objeto da presente tese.

Quanto ao termo *interesses difusos*²⁷³, este apenas aparece uma vez no texto constitucional e a título de função institucional do Ministério Público (MP). Diz a Constituição caber ao MP a defesa de tais interesses. Assim como ocorre com os interesses coletivos, os interesses difusos repercutem em inúmeros desdobramentos infraconstitucionais, recebendo do CDC conceito que os qualifica como interesses “[...] transindividuais, de

²⁷⁰ Para saber mais sobre o tema da atuação econômica do Estado brasileiro e sua conformação pelo texto de 1988, ver: DANTAS, Ivo. **Direito constitucional econômico**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2007. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

²⁷¹ É exemplo a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7347 de 1985). BRASIL. **Lei Federal n.º 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 10ago. 2014.

²⁷² Art. 81, parágrafo único, II. BRASIL. **Lei n.º 8078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 01 jul. 2014.

²⁷³ “Interesse difuso. Direito constitucional, direito do consumidor e direito processual. 1. Aquele que, por ser metaindividual, não repousa numa relação base ou num vínculo jurídico bem definido, mas se prende a dados de fato, pois o conjunto apresenta contorno tão móvel ou impreciso que torna impossível individualizar seus componentes (Ada Pellegrini Grinover). 2. É o de uma categoria de indivíduos, não ligados por qualquer vínculo jurídico, mas sim por haver uma identidade de situação fática (Celso Bastos). É, portanto, o interesse de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.” DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. D-I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 964.

natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.²⁷⁴

Ambas as expressões acima tratadas (interesses difusos e interesses coletivos), apesar das especificidades a elas direcionadas pelo CDC, podem revelar pontos de conexão com a ideia de interesse público para a Administração. A Administração Pública, em algumas de suas conformações institucionais, possui dever de defender estas modalidades de interesses metaindividuais e, sendo a devedora principal de tal prestação, ao alegá-los faz deles interesses públicos no sentido aqui tratado.

Autarquias, a exemplo daquelas destinadas a tratar do meio ambiente, como é o caso do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, cotidianamente defendem a tutela ambiental ecologicamente equilibrada, elemento de ordem difusa. Os Conselhos de Classe, igualmente conformados como autarquias²⁷⁵, defendem interesses de grupos profissionais passíveis de se enquadrarem na ideia de interesses coletivos. Quando entes da Administração atuam na defesa de interesses metaindividuais, tais interesses, além da roupagem de interesses difusos ou coletivos, adquirem o rótulo específico de interesse público.²⁷⁶

Passadas as breves análises de termos possivelmente conectados ao interesse público, indispensável se faz observar a presença exata e específica deste interesse no texto constitucional. A palavra *interesse público*, centro de análise da presente tese, possui reiterada

²⁷⁴ Art. 81, parágrafo único, I. BRASIL. **Lei n.º 8078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm>. Acesso em: 01 jul. 2014.

²⁷⁵ Aqui, para fins meramente elucidativos, convém expor que a OAB foge à essa regra, não se conformando como autarquia, mas sim como entidade ímpar, apesar de ser responsável, dentre outras funções, por cuidar das atividades ligadas ao exercício da advocacia. O STF, na análise da ADI 3026 do DF, entendeu ser a OAB categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no Direito brasileiro, expondo que a entidade exerce serviço público independente, não se inserindo no grupo das conhecidas autarquias especiais. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 3026. Distrito Federal. 29 de setembro de 2006. Relator: Ministro Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3026&processo=3026>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

²⁷⁶ A mesma identidade pode habitar os interesses individuais homogêneos. A sua menção não foi inserida no corpo da tese, mas sim em seu rodapé, por não haver na Constituição de 1988 a sua presença exata. Os Procons municipais, entes ligados à Administração, ao defenderem interesses consumeristas, poderão gerar conexão entre as ideias de interesses individuais homogêneos e interesse público.

aparição no texto de 1988, apontando em exatas doze passagens distintas²⁷⁷, com foco direto na atuação do Poder Público, em um viés de limite ou fundamentação do seu agir.

É o que ocorre, por exemplo, na hipótese de convocação extraordinária do Congresso Nacional, pelo Presidente da República, pelos Presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou a requerimento da maioria dos membros de ambas as Casas, em caso de *interesse público relevante*. A expressão *interesse público relevante* aparece nesta passagem da Constituição atrelada a um dever de agir do Estado, tanto na feição de sua função executiva, como também em sua atuação legislativa. A sociedade, a exemplo das análises anteriores, continua como destinatária da tutela oferecida por estas disposições normativas.

O art. 93, inciso IX, da Constituição de 1988, fala do *interesse público à informação*, reforçando a ideia de que o beneficiário direto desse tipo de tutela é a coletividade. Ao Estado, mais uma vez, reservou o constituinte o dever de disciplinar as hipóteses de restrição de acesso aos julgamentos do Judiciário, quando a tutela da intimidade não prejudicar o interesse público à informação. O destinatário específico deste dever, como se nota, é o Legislativo.²⁷⁸

Outro foco interessante em torno do uso do termo *interesse público* pelo constituinte habita a preocupação aparente com a sua abertura textual. Não são raros os casos onde a definição do interesse público na hipótese versada na Constituição é atribuída à legislação futura. É o que ocorre, por exemplo, com a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público e com a excepcional possibilidade de colaboração entre Poder Público e entidades religiosas nos casos de interesse público. O constituinte viabilizou à Administração atuações pautadas na ampla ideia de interesse público, condicionando esse agir futuro, porém, às leis disciplinadoras de tais casos.

Deve se atentar para o fato de que o interesse público tratado expressamente na Constituição não se apresenta apenas em sua generalidade, mas também marcado pelo qualificador *relevante*. A atribuição deste qualitativo ao interesse público pelo constituinte

²⁷⁷ Art. 19, I; art.37, IX; art.57, § 6º, II; art.66, §1º; art.93, VIII e IX; art.95, II; art.114, § 3º; art.128, §5º, I, b; art.231, § 6º; no âmbito do ADCT temos o art.51, §§ 2º e 3º. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

²⁷⁸ Falando do uso da expressão como interesse da coletividade ver: MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p.456.

deve receber do jurista atenção especial, pois aparenta tratar de casos extremos, mais raros, de exceções, e não de acontecimentos comuns. É o que se dá no já comentado caso de convocação extraordinária do Congresso e, também, na hipótese de ocupação e exploração de riquezas naturais em terras indígenas quando presente relevante interesse público da União.

Nota-se, a partir de tudo o que aqui se expôs, que as palavras *interesse público*, *bem comum*, *interesse social*, *interesse coletivo* e *interesse difusos* possuem distinções mais de fins, normativamente postas e de procedimentos de uso do que de essência. Em substância, todas remetem aos desejos de coletivos de seres, aos interesses chamados metaindividuais²⁷⁹, aqueles interesses que transcendem à individualidade de um sujeito.²⁸⁰

Diante de tal identidade, o legislador infraconstitucional caminhou no sentido de diferenciá-las, a especificação infraconstitucional de interesses metaindividuais, atribuindo-lhes tutelas próprias, com legitimados específicos e desdobramentos peculiares corresponde a uma forma encontrada pelo legislador, diante de tantas nuances, de viabilizar a proteção de tais interesses com mais eficiência e especialidade.²⁸¹

As expressões *interesse público*, *bem comum*, *interesse social*, *interesse coletivo* e *interesse difuso* são aqui entendidas como expressões conectadas, dotadas de interseção em seus conteúdos e, em alguns casos, marcadas por diferentes consequências normativas e procedimentais. As diferenças que possuem emanam muito mais do uso e tratamento que o legislador conferiu a elas do que de sua natureza, é mais de forma do que de conteúdo.

Uma outra peculiaridade a ser necessariamente considerada após a análise das expressões na seara constitucional é a de que o destinatário habitual do dever de promoção dos interesses coletivamente tutelados costuma ser o Estado, seja na via Executiva, Judiciária ou Legislativa. É o Poder Público o sujeito que detém a posição favorável à satisfação das necessidades a partir de determinados bens. Por ser ele o executor habitual deste fim, mais do

²⁷⁹ “Interesses metaindividuais. Direito civil, direito comercial e direito do trabalho. São os alusivos a um grupo de pessoas, como os condôminos de um edifício; os empregados vinculados a um mesmo empregador; os sócios de uma empresa (Hugo Nigro Mazzili).” DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. D-I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 965.

²⁸⁰ “Pelo que se viu, essas expressões são praticamente equivalentes, por isso que, salvo certas nuances sutis, elas se confundem sob o denominador comum de “interesses metaindividuais”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 32.

²⁸¹ “O reconhecimento de interesses difusos pelo legislador representa uma tentativa de criar novos meios de proteção para determinadas áreas do interesse público geral, nas quais eram notórias a falhas e o desempenho insatisfatório dos órgãos da Administração Pública.” KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 132.

que um poder, há o dever de promoção das tutelas previstas normativamente. Uma vez colocada em prática pela Administração Pública esta finalidade de tutela de interesse metaindividual, caracterizada e especificada estará a sua roupagem de interesse público.

Os dicionários jurídicos refletem essa realidade de parcial identidade em seus conceitos de interesse público. Maria Helena Diniz, por exemplo, em seu Dicionário Jurídico define o termo da seguinte maneira:

Interesse público. Direito administrativo. 1. Aquele que se impõe por uma necessidade coletiva, devendo ser perseguido pelo Estado, em benefício dos administrados. 2. Relativo a toda sociedade personificada no Estado. É o interesse geral da sociedade, ou seja, do Estado enquanto comunidade política e juridicamente organizada (Milton Sanseverino). 3. Finalidade da administração pública. 4. Interesse coletivo colocado pelo Estado entre seus próprios interesses, ao assumi-los sob regime jurídico de direito público (José Cretella Jr.).²⁸²

José Cretella Junior, em dicionário específico dos termos do Direito Administrativo, igualmente segue a tendência exposta mencionando:

Interesse público: atividade de tal modo relevante que o Estado a titulariza, incluindo-a entre os fins que deve, necessária e precipuamente, perseguir. É o próprio **interesse coletivo** colocado pelo Estado entre seus próprios interesses, assumindo-os sob regime jurídico de direito público, exorbitante e derogatório do direito comum. A finalidade de toda e qualquer Administração é o **interesse público**.²⁸³

Em síntese, a especificidade da ideia de interesse público, enquanto elemento que emana do gênero interesse metaindividual, reside em sua conexão direta com o agir da Administração e com a sua disciplina pelo regime jurídico administrativo. O interesse público é texto que oferece legitimação, justificação e finalidade ao agir administrativo. É exatamente aí que adquire a sua autonomia com relação aos outros interesses de ordem metaindividual aqui descritos, ainda que seja possível constatar entre eles pontos de identificação.

1.5 Interesse público primário e “interesse público secundário”: uma atenta (re)leitura

Ainda na linha de busca pela identidade da expressão, sua singularidade e fronteiras delimitadoras, importante se faz falar sobre as ideias de interesse público primário e de “interesse público secundário”. Aqui prepondera não uma visão normativo-textual do tema, mas sim de cunho doutrinário.

²⁸² DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. D-I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 965.

²⁸³ CRETELLA JUNIOR, J. **Dicionário de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 307.

O interesse público, elemento central do Direito Administrativo brasileiro, costuma ser dividido por doutrinadores²⁸⁴ nacionais em interesse público primário e “interesse público secundário”.²⁸⁵ Apesar de não possuir amparo textual normativo expresso, de tão frequente e aceita pela doutrina, a distinção em questão habitualmente é notada em sede jurisdicional, inclusive no âmbito da jurisprudência dos tribunais superiores.²⁸⁶²⁸⁷

Neste sentido, expõem a doutrina e a jurisprudência brasileiras que o interesse público primário seria aquele correspondente aos anseios da coletividade e que o interesse público secundário seria o que é desejado pelo Poder Público ou Administrador, uma espécie de

²⁸⁴ Neste sentido ver: BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo a supremacia do interesse público. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p.456. NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 131-132.

²⁸⁵ José dos Santos propõe distinção entre interesse direto e indireto, ao invés da tradicional divisão entre interesse público primário e secundário. O primeiro carregando satisfação direta e imediata dos desejos da coletividade e o segundo o fazendo de modo indireto, o Estado é veículo de satisfação. Para saber mais ver: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 73.

²⁸⁶ Em caso onde foi possível analisar o tema da meia entrada para estudantes regularmente matriculados em estabelecimentos de ensino, o STF, dentre tantos argumentos utilizados para tratar da ADI, expôs que o interesse público primário é interesse da coletividade e que deve ser preservado. O caso em questão envolveu ADI proposta pela Confederação Nacional do Comércio em face da lei do Estado de São Paulo de n.º 7.844 de 1992. A Confederação pedia a declaração de inconstitucionalidade do art. 1º da referida lei por considera-lo incompatível com o conteúdo dos arts. 170 e 174 do texto constitucional. Alegava vício formal de constitucionalidade, dizia que só a União poderia tratar do tema e, ainda, expunha suposta interferência indevida do Estado de São Paulo no domínio econômico através da tutela da meia entrada. O Ministro Relator votou pela improcedência da ADI, alegou não haver inconstitucionalidade formal, posto que concorrente a competência para tratar do assunto e, mais ainda, expõe que há sim tutela da livre iniciativa na Constituição, mas que o texto também aborda outros elementos, não podendo a sua interpretação ser feita aos pedaços. Disse: “Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. Ora, na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário. A superação da oposição entre os desígnios de lucro e de acumulação de riqueza da empresa e o direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, como meio de complementar a formação dos estudantes não apresenta maiores dificuldades”. O STF, por maioria, julgou improcedente a ADI nos termos do que disse o relator. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI n.º 1950. São Paulo. Relator: Ministro Eros Grau. 03 de novembro de 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 set 2014.p. 63.

²⁸⁷ Em outra situação, o STF analisou a colisão entre interesses primários e secundários em demanda que trazia dentro de si o tema do direito à saúde. No caso em questão, o Ministro Relator Luís Roberto Barroso expôs que “o Supremo Tribunal Federal entende que, na colisão entre o direito à vida e à saúde e interesses secundários do Estado, o juízo de ponderação impõe que a solução do conflito seja no sentido da preservação do direito à vida” BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO N.º 801.676. Pernambuco. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 19 de agosto de 2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP= TP&docID=6639025>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 4.

interesse particular do Estado ou da Administração, ainda que em contrariedade ao que anseia o coletivo.²⁸⁸

Nota-se, que o foco da distinção reside em uma espécie de diferença sólida entre sujeitos e fins por eles desejados. É como se Estado e sociedade ocupassem espaços bem distintos, claramente delineados a partir de fronteiras firmes e desejassem elementos finalísticos bastante diversos.

Tal constatação pode ser facilmente percebida a partir da leitura das posições dos estudiosos do tema que são responsáveis por promoverem a diferença entre interesse público primário e “interesse público secundário”. Luís Roberto Barroso, por exemplo, seguindo essa linha de distinção, assim discorre:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado e, sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado com o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.²⁸⁹

Nota-se, com a citação acima, que o autor enxerga no interesse público primário o que deseja a sociedade e no “interesse público secundário” o que deseja o Estado. Estado e sociedade, figuras distintas e aparentemente em absoluto separadas, desejam a concretização de fins diversos. Na ótica de Barroso, a distinção em questão possui amparo constitucional e é responsável por justificar os focos de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública, ficando o primeiro responsável pela defesa do interesse público primário e o segundo responsável pela defesa do “interesse público secundário”.²⁹⁰

Celso Antônio Bandeira de Mello, em um viés peculiar e distinto do que foi mencionado, vai além e discorre sobre a possibilidade de o Estado possuir interesses seus,

²⁸⁸ Em tal sentido ver: BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo a supremacia do interesse público. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p.456. NOHARA, Irene Patrícia. **Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 131-132.

²⁸⁹ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo a supremacia do interesse público. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

²⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo a supremacia do interesse público. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

semelhantes aos individuais e não marcados pelo rótulo de interesses públicos. Em suas palavras:

O Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito.²⁹¹

Nesta mesma linha de raciocínio, Maria Adelaide de Campos França diz que o interesse público não possui identidade plena com o interesse do Estado.²⁹²

Quanto aos interesses secundários, Celso Antônio não os rotula como públicos, mas apenas como interesses secundários do Estado e os exemplifica da seguinte forma: tributação excessiva do Estado de forma a enriquecer o erário e empobrecer a sociedade, pagamento de valores demasiadamente baixos aos servidores públicos de forma a economizar recursos, recusa injustificada do Estado de pagamento de indenizações de danos que sabe ter causado aos sujeitos, dentre outros.²⁹³

Os que realizam distinção entre interesse público primário e “interesse público secundário” a detalham com relação aos conteúdos específicos de cada um dos interesses em análise. Luís Roberto Barroso, por exemplo, expõe que o interesse público primário corresponde à justiça, segurança e bem-estar, e que o “interesse público secundário” se conecta, em amplo sentido, à arrecadação tributária. Sem se desapegar da tese da diferenciação, Barroso caracteriza ambos os interesses como complementares, relatando que justiça, segurança e bem-estar são fins a serem realizados pelo Estado a partir da arrecadação do erário.²⁹⁴

²⁹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 65-66.

²⁹² “O interesse público não se confunde com o interesse do Estado, nem com o interesse do aparato administrativo, nem, ainda, com o interesse do agente público.” FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Supremacia do interesse público versus supremacia dos direitos individuais*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 158.

²⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 66-67.

²⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo a supremacia do interesse público**. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

A conexão feita por Luís Roberto Barroso entre “interesse público secundário” e arrecadação do erário não é exclusividade de sua doutrina. Autores plurais²⁹⁵, especificando com mais detalhamento o conteúdo do “interesse público secundário”, costumam apresentá-lo como interesse direto e imediato da Administração, independentemente do que anseia a coletividade, normalmente exteriorizado como interesse fazendário de aumento dos valores arrecadados pelos cofres públicos com a tributação.

Os autores que realizam a distinção entre interesse público primário e “interesse público secundário” não cessam as suas análises apenas nos pontos de diferença de ambos, seguem rumo a um juízo de ponderação e costumam concluir pela prevalência do interesse público primário em detrimento do “interesse público secundário”. Relatam que apenas o interesse público primário deve receber proteção jurídica e a marca da legitimidade, pois só ele corresponde aos anseios da coletividade. Havendo conflito entre interesse público primário e “interesse público secundário”, o primeiro deverá prevalecer sempre.²⁹⁶

A primeira impressão que fica com as leituras em torno da distinção entre interesse público primário e “interesse público secundário” é a de que os desejos de ambas as categorias (Estado e sociedade) envolvidas no tema se diferem, são opostos e não coincidentes. É como se o interesse público desejado pelo Estado tivesse finalidade diversa do que desejam os Homens, tendo destinatário diverso dos indivíduos.

Mais ainda, é possível notar que o grande foco de desejo finalístico atribuído ao Estado é o incremento da arrecadação tributária, aparentemente a qualquer custo, e que essa arrecadação, por sua vez, não é desejada em nenhuma medida pela sociedade, não se conectando aos desejos dos indivíduos. Nos desdobramentos mais detalhados do que viria a ser o interesse secundário, se enxerga que a doutrina o define a partir de atos abusivos, arbitrários e incompatíveis com a sistematicidade do ordenamento jurídico.

²⁹⁵ “[...] interesses imediatos do aparato administrativo, independentemente dos interesses da coletividade, ou seja, são interesses fazendários geralmente relacionados ao incremento do erário.” NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 131.

²⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo a supremacia do interesse público**. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. NOHARA, Irene Patrícia. **Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo**. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 131.

Passadas estas breves considerações sobre o tradicional, é chegado o momento de justificar e detalhar as razões de sua não adoção, em viés pleno, pela presente tese. Já de início convém esclarecer que a distinção habitual entre interesse público primário e “interesse público secundário” não será aqui adotada como referencial teórico para a construção material e processual do interesse público legítimo dentro do pós-positivismo brasileiro.

A princípio, deve se perguntar se há sentido em conceber como interesse do Estado um interesse que não seja legitimamente público e que não coincida com os anseios da coletividade. O Estado, em suas definições mais basilares, corresponde a um elemento voltado necessariamente para o Homem, para um grupo, um coletivo, nasce e existe em razão dos sujeitos, não há como concebê-lo sem uma respectiva coletividade para a qual esteja direcionado.²⁹⁷

Como poderia, assim, emitir o Estado uma vontade legítima sem qualquer reflexo na coletividade? Se a coletividade integra o Estado, se ele a ela corresponde, não há sentido em conceber como legitimamente estatal uma manifestação de vontade carente de amparo no grupo social ao qual se dirige.

Reforçando a ideia de necessária conexão com os anseios da coletividade, Jaime Rodriguez-Arana, discorrendo sobre o estudo do conceito de interesse geral, expõe que no Estado Social e Democrático de Direito o interesse a que deve se submeter a Administração é o da comunidade, o da sociedade, o do conjunto, e não o da própria instituição Administração Pública ou de seus agentes. Tãmanha é a sua intenção em reforçar tal tese que, mesmo reconhecendo a associação entre interesse público e Direito Administrativo, acaba optando por não falar em interesse público, expressão que segundo ele em muito remete à Administração, mas sim por se referir preferencialmente ao interesse geral. Diz o autor que o

²⁹⁷ Bruno Galindo, discorrendo sobre o conceito de Estado, expõe: “Partindo de uma perspectiva histórica, percebemos que o termo Estado generaliza-se de tal forma na cultura política que faz com que, como muitas vezes acontece, o gênero seja tomado pela espécie. A teoria política e a teoria do Estado passam a chamar de Estado todas as organizações políticas de caráter oficial da História que apresentaram convergência para um centro superior de mando. Neste alargamento semântico da expressão Estado, esta passou a designar até mesmo as unidades tribais estudadas pela antropologia cultural, assim como as organizações políticas da Antiguidade Clássica e as da Alta e da Baixa Idade Média. [...] Se precisarmos melhor o conceito de Estado, podemos perceber que o mesmo não pode ser aplicado a todas as formações políticas de que estamos tratando. O sentido contemporâneo de Estado aponta para um tipo de organização política surgida na Idade Moderna, e não antes. [...] pode-se afirmar que o Estado é uma organização política caracterizada pela existência de quatro elementos constitutivos: povo, território, poder político (governo) e soberania. GALINDO, Bruno. **Teoria intercultural da constituição**: a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 23-24.

interesse geral deve ser o de todos os cidadãos como membros da comunidade, embasado no princípio da participação e da centralidade do ser humano.²⁹⁸

Assim, o Estado, ao manifestar a sua vontade, deverá guardar sempre alguma dose de correspondência com o que deseja a coletividade, pois a busca pela concretização do interesse público legítimo pelo Poder Público é indisponível.²⁹⁹ Nos dizeres de Pierre Devolvé e Georges Vedel, o destinatário final do interesse público é sempre o Homem.³⁰⁰

O presente trabalho, neste sentido e por todo o exposto, não conceberá como legitimamente estatal ou pautada em qualquer dose de interesse público uma manifestação de vontade que emane do Estado e que não tenha correspondência, em alguma medida, com o que anseia a coletividade. Logo, não adotará a ideia habitual de “interesse público secundário” ou a visão de interesse individual do Estado.

Se uma vontade é externada por alguém que atua em nome do Estado e se ela não carrega consigo nenhuma identificação com o grupo social pertencente a este Estado, não será ela uma vontade legitimamente estatal, mas sim de outra ordem, podendo inclusive ser marcada pelos interesses pessoais de quem a exterioriza em nome do Estado.

Justamente por isso, não parece ser razoável denominar de vontade estatal uma vontade que não se identifica com o conceito técnico e constitucional de Estado. Estado é elemento formado por governo, povo e território. A soberania exercida pelo Estado, segundo

²⁹⁸ Trecho proveniente de tradução livre do autor (tradução nossa). RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y estado del bienestar**. Iustel: Madrid, 2012. p. 29. Em seu trecho original e integral, expõe: “Un estudio sobre el concepto del interés general merece un somero análisis acerca de su significado. No es infrecuente que el término que se asocia al Derecho Administrativo como concepto clave sea el de interés público. Sin embargo, he preferido referirme en este trabajo al concepto de interés general porque si bien en el pasado fue el interés público el término elegido para fundar el sentido de la actuación de la Administración pública, en el marco del Estado social y democrático de Derecho, el interés a que debe someterse la Administración es el de la comunidad, el de la sociedad, el del conjunto, no el de la propia institución Administración pública o el de sus agentes, sino el de todos los ciudadanos como miembros de la comunidad. El principio de participación y el principio de centralidad del ser humano me parece que reclaman un entendimiento más amplio y abierto que el estricto y riguroso de interés público.”

²⁹⁹ “Cuando las necesidades colectivas son intensamente sentidas y apetecidas por todos y sin excepción, se las califica de vitales o primarias, configurando los bienes que las satisfacen el carácter de comunes. Estos necesariamente son dirigidos, gobernados, regidos y administrados por el poder administrador. FIORINI, Bartolome A. **Manual de derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 1968. Primera parte.p. 263. Tradução livre: “Quando as necessidades coletivas são intensamente sentidas e apetecidas por todos sem exceção isso as qualifica como vitais ou primárias, configurando-se os bens que as satisfazem o caráter de comuns. Esses necessariamente são dirigidos, governados, regidos e administrados pelo poder administrador.” (Tradução nossa).

³⁰⁰ DEVOLVÉ, Pierre. VEDEL, Georges. **Droit administratif**. I. Paris: Presses Universitaires de France, 1958. p. 517.

disposição constitucional expressa, pertence ao povo. Os interesses do Estado devem ser os interesses, em alguma dose, da coletividade.³⁰¹

Igualmente inapropriado parece ser o ato de chamar de público um interesse que nada de público possui. O simples fato de se fazer presente em um ato emanado da Administração ou de quem a represente não faz do interesse manifestado um legítimo interesse público. O interesse público, desde suas origens mais remotas no liberalismo, é elemento que deve corresponder à ideia de bem comum, deve ser impessoal e limitar-se pela legalidade, hoje entendida como juridicidade.

O interesse pessoal de um gestor, de aparência eminentemente privada, ainda que exteriorizado em nome da Administração, carece de amparo constitucional, pois a impessoalidade na gestão da coisa pública é elemento normativo expresso no texto da Constituição do Brasil de 1988.

O mesmo pode se dizer de ações do Estado desarrazoadas e arbitrárias, como é o caso dos recursos meramente protelatórios, da cobrança excessiva de tributos, muitas vezes apresentados pela doutrina como exemplos de manifestação de um suposto “interesse público secundário”. Em ambos os casos mencionados as condutas não devem receber a marca do interesse público, ainda que acrescida do qualificador “secundário”.

A expressão “interesse público secundário”, dessa maneira, parece carecer de pertinência jurídica com o ordenamento atual e seus dizeres e de coerência lógico-linguística. Por ser o direito linguagem³⁰², por ser a distinção mencionada carente de coerência lógica e de amparo jurídico dentro da estrutura do Estado Constitucional Democrático hoje vigente, o presente trabalho dela não cuidará.

Será adotada aqui, dessa forma, a ideia de interesse público legítimo como ideia apta a embasar os fazeres da Administração; tudo aquilo que a ela não corresponder, que for

³⁰¹ Neste sentido expõe José dos Santos Carvalho Filho: “o Estado não teria interesses apenas *seus*, como têm os entes privados; os seus interesses devem ser os da própria coletividade.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 73.

³⁰²“Enquanto “linguagem”, o direito condiciona e molda visões de mundo, aparecendo como a representação que a ordem social dá a si mesma; o direito é, deste modo, um relato mítico num contexto social governado por princípios morais e regras públicas que tornam os diferentes comportamentos previsíveis – um domínio de ordem sempre ameaçado pelo risco das transgressões e revivificado por rituais punitivos que servem menos à discussão e mais à reafirmação da moral coletiva.” FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 80.

incoerente com a sistematicidade do ordenamento e, ainda assim, houver sido externado pela Administração como fundamento de seu agir será um interesse meramente secundário, pessoal, marginal à juridicidade, mas público jamais.

Renato Alessi, inclusive, autor de destaque dentro do assunto, parece seguir linha de raciocínio bastante semelhante à aqui apontada. Em sua obra *Instituciones de Derecho Administrativo*, Alessi qualifica aquilo que entende como interesse coletivo, público ou primário.

Expondo inspiração em trabalhos anteriores de Carnelutti³⁰³ e Piccardi³⁰⁴, Alessi conceitua o interesse público como interesse coletivo primário, foco direto da ação administrativa, como conjunto de interesses individuais preponderantes em determinada organização da coletividade. Os demais interesses emanados da Administração e não contemplados neste conceito são, em sua visão, simples interesses secundários, não são interesses *públicos* secundários, como dizem alguns doutrinadores nacionais. Os interesses secundários, carentes de legitimidade, apenas poderiam realizar-se caso viessem a se tornar compatíveis com o interesse primário ou público.³⁰⁵

Aqui, importante se faz abrir parêntese para explicar um aparente equívoco da doutrina nacional ao se referir ao trabalho de Renato Alessi. São inúmeros os autores brasileiros que expõem que diferenciam interesse público primário e “interesse público secundário” em decorrência daquilo que foi externado por Renato Alessi em sua obra *Instituciones de Derecho Administrativo*. Hugo Nigro Mazilli, por exemplo, nessa linha de pensamento, discorre:

Como o interesse do Estado ou governantes não coincide necessariamente com o bem geral da coletividade, Renato Alessi entendeu oportuno distinguir o interesse público primário (o bem geral) do interesse público secundário (o modo pelo qual os órgãos da administração vêem o interesse público); com efeito, em suas decisões, nem sempre os governantes atendem ao real interesse da comunidade.³⁰⁶

³⁰³ Para maiores informações ver: CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de derecho procesal civil**: volumen I: introducción y función del proceso civil. Argentina: Union Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1944.

³⁰⁴ PICCARDI, Leopoldo. La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa. In: **II Consiglio di Stato**: studio in occasione del centenario. Roma: Istituto Poligrafico dello Stato, 1932. Volume secondo.

³⁰⁵ ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Tomo I. 3. ed. Barcelona: Rosch Casa Editorial, 1970, p 184 – 185.

³⁰⁶ MAZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 47.

Essencial se faz expor, apesar do que consta na doutrina nacional, que Alessi não atribui ao interesse secundário o qualificador *público*, a ele se refere apenas como interesse secundário, ilegítimo, expondo a importância de serem encontrados mecanismos que garantam ao cidadão um agir administrativo pautado no interesse público legítimo ou primário.³⁰⁷

Seguindo esse norte, não será inserida no âmbito do conceito de interesse público aqui proposto a distinção tradicional nacional entre interesse público primário e “interesse público secundário”. Falar-se-á apenas em interesse público legítimo, elemento, em certa medida, compatível com a ideia de interesse público primário.

Finalizando o presente ponto da tese, necessário se faz expor considerações sobre a afirmação de que seria secundário o interesse de cobrança de tributos pelo Estado. Como dizer que a tributação não traz consigo interesse público correspondente aos anseios da coletividade se os valores por ela arrecadados servem, dentre outras coisas, ao provimento de direitos sociais?

A arrecadação tributária justa, compatível com os limites do ordenamento e com o binômio necessidade-possibilidade, a tributação não excessiva, é direito dos sujeitos, é caminho indispensável à concretização da dignidade, especialmente através da efetivação dos direitos sociais, conectando-se, portanto, ao interesse público legítimo.

³⁰⁷ Neste mesmo sentido ver: HACHEM, DanielWunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 1-244, abr./jun.2011. p.65.

2. Interesse público: da moldura à pintura. (Re)Construindo alguns aspectos contudísticos a partir de elementos do pós-positivismo

Poucos anos antes do sucesso do movimento revolucionário francês, as colônias norte-americanas vivenciaram um processo de independência exitoso e com resultado jurídico extremamente relevante para o Direito como um todo: a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. O surgimento desta Constituição é apontado como marco inicial do constitucionalismo moderno³⁰⁸, movimento responsável por propagar a ideia³⁰⁹ de limitação do poder do Estado, especialmente através de constituições escritas e dotadas da previsão de direitos fundamentais.³¹⁰

³⁰⁸ Bruno Galindo, discorrendo sobre o constitucionalismo como processo político-jurídico, diz ter ele nascido ao final do século XVIII e vinculado à ideia de Estado nacional. Expõe o autor: “É verdade que podemos fazer referência ao disperso (não codificado) constitucionalismo britânico, mas na sua feição tipicamente ocidental e iluminista, o constitucionalismo nasce com a independência dos Estados Unidos e a Revolução Francesa, os dois principais movimentos liberais do século XVIII, responsáveis também pelo arquétipo constitucional do Estado nacional.” GALINDO, Bruno. **Teoria intercultural da constituição**: a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.p. 45

³⁰⁹ Enxergando o constitucionalismo clássico mais como ideologia do que como teoria, Paolo Comanducci expõe que o seu foco e diretriz residiam na limitação do poder e na defesa de direitos fundamentais. Relata que o seu pano de fundo foi o jusnaturalismo, responsável por sustentar a tese da conexão entre direito e moral e, por outro lado, o seu grande adversário foi o positivismo ideológico. Diz o autor, ainda, que o constitucionalismo clássico não é relevante enquanto teoria do direito, pois a teoria dominante no século XIX e primeira metade do século XX foi a positivista. Para saber mais ver: COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. **Isonomía**: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 16, p. 90-112, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0/>>. Acesso em: 05 set. 2014.p. 96-97.

³¹⁰ Canotilho, sobre o tema, diz: “fala-se em constitucionalismo moderno para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado constitucionalismo antigo, isto é, conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder. Estes princípios ter-se-iam sedimentado num tempo longo – desde os fins da idade Média até ao século XVIII.” CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra. Almedina. 2002. p. 52.

A supremacia constitucional a partir de então era reconhecida e junto a ela a submissão formal do Estado ao seu texto.³¹¹ Com isto, constituições no formato proposto se propagaram mundo afora, tendo sido pioneiras em tratar do Direito Administrativo e da Administração Pública em seus textos as constituições europeias. Mais à frente serão tecidas considerações específicas a respeito.

No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a expressamente dedicar um Capítulo inteiro à disciplina sistematizada do tema. A Constituição Imperial de 1824 já discorria sobre a *publica Administração*, porém em formato distante do atual, até mesmo em decorrência da estrutura estatal vigente à época.³¹² É com o nascimento e propagação do constitucionalismo moderno e com os frutos teóricos do movimento revolucionário francês que o Direito Público, tal qual hoje conhecido, começa a se estruturar de modo mais sólido.³¹³

Mais recentemente, alguns séculos após o constitucionalismo liberal, um novo fenômeno constitucional pôde ser notado, é o que se convencionou denominar de *Neoconstitucionalismo*, *Pós-Positivismo* ou *Filtragem Constitucional do Direito*. Demasiado relevante para a teoria do Direito atual, esta nova virada se revela apta a gerar reflexos intensos no Direito Administrativo contemporâneo, em especial no que tange à sua construção para além dos ideais jurídicos vigentes quando de seu nascimento.

Se o Direito Administrativo abre espaço para um novo olhar, o mesmo se dá com relação ao interesse público que o fundamenta. Tomando por base a realidade posta, o presente capítulo da tese se propõe a preencher a moldura referente ao interesse público administrativista a partir de elementos típicos neoconstitucionalistas. Para tal, inicialmente discorre sobre o (neo)administrativismo brasileiro em sua generalidade, posteriormente o fazendo especificamente com relação aos seus reflexos na ideia de interesse público.

³¹¹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados.** Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 68.

³¹² Art. 102, XIII; art. 142. BRASIL, **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

³¹³ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 19.

2.1 O (Neo)administrativismo brasileiro: o Direito Administrativo no Brasil de hoje

2.1.1 Neoconstitucionalismo: a origem

Do constitucionalismo do século XVIII até o presente momento, a Constituição vivenciou alterações em face de fenômenos históricos, políticos e econômicos dos mais diversos, tendo o mais recente deles se estruturado como fruto da Segunda Guerra Mundial. A partir de então, a Constituição passou a ocupar o centro do Direito.³¹⁴ Alguns autores³¹⁵ atribuem a este acontecimento a nomenclatura de *Neoconstitucionalismo*³¹⁶, nome que invariavelmente remete ao constitucionalismo clássico do século XVIII, porém sem deixar de oferecer atenção ao seu novo (neo) formato.³¹⁷ Outros, diferentemente, o tratam por *Pós-Positivismo*, reforçando a ideia de que este movimento nasceu logo após o Positivismo Jurídico³¹⁸. Há, ainda, quem o aborde por *Filtragem Constitucional do Direito*, exatamente

³¹⁴ Tratando do tema, Joseph Regla expõe: “La expresión “constitucionalización del orden jurídico”, [...], alude a un proceso histórico que ha tenido lugar en países europeos y latino-americanos, que es el resultado del constitucionalismo que se ha desarrollado y practicado desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días y que está produciendo una transformación profunda en la concepción del Estado de Derecho. En esta transformación del Estado de Derecho, que puede sintetizarse en la fórmula “del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho” (o “del imperio de la ley” al “imperio de la constitución”), se ha situado también la crisis del paradigma positivista en la cultura jurídica y el tránsito hacia un paradigma postpositivista.” REGLA, Josep Aguiló. Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 30, p. 665-675, 2007. Disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02427232092031053754491/index.htm>>. Acesso em: 10 set. 2014. p. 666. Em tradução livre: “A expressão constitucionalização do ordenamento jurídico, [...], alude a um processo histórico que tem encontrado lugar em países europeus e latino americanos, que é o resultado do constitucionalismo que se desenvolveu e praticou desde a Segunda Guerra Mundial até nossos dias e que está produzindo uma transformação profunda na concepção de Estado de Direito. Nessa transformação de Estado de Direito, que pode ser sintetizada na fórmula “do Estado legal de Direito ao Estado constitucional de Direito” (ou “do império da lei” ao “império da constituição”), se tem situado também a crise do paradigma positivista na cultura jurídica e o caminho até um paradigma pós-positivista.” (Tradução nossa).

³¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica de Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

³¹⁶ Daniel Sarmiento esclarece que: “A palavra “neoconstitucionalismo” não é empregada no debate constitucional norte-americano, nem tampouco no que é travado na Alemanha. Trata-se de um conceito formulado sobretudo na Espanha e na Itália, mas que tem reverberado bastante na doutrina brasileira nos últimos anos, sobretudo depois da ampla divulgação que teve aqui a importante coletânea intitulada *Neoconstitucionalismo (s)*, organizada pelo jurista mexicano Miguel Carbonell, e publicada na Espanha em 2003. SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Disponível em: <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/Daniel_Sarmiento_-_O_Neoconstitucionalismo_no_Brasil-libre.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014. p. 1.

³¹⁷ Nos dizeres de Gustavo Ferreira Santos: “o termo neoconstitucionalismo é hoje utilizado para dar nome a uma postura constitucionalista forte, na qual a Constituição não se basta como parâmetro orientador da política, mas se faz efetiva, com a fiscalização de uma jurisdição constitucional atuante e expansiva.” SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 65.

³¹⁸ Sobre o tema ver: ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência.” **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador: Instituto de Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

por impor a necessidade de haver uma interpretação e aplicação do Direito compatíveis com os dizeres da Constituição.³¹⁹

O que o novo constitucionalismo³²⁰ precipuamente apregoa certamente não é a disseminação da ideia de necessidade de Constituição escrita limitadora do poder do Estado, esta proposta já gerou repercussões em todo o globo, sendo notória a existência destes documentos nos mais variados países, sejam ocidentais ou orientais, monárquicos ou republicanos. O que se busca hoje é um profundo e prudente repensar do Direito, público e privado, à luz da materialidade e essência constitucionais. Conforme ensina Dalmo Dallari:

Aí está o registro claro e objetivo de uma das características básicas do neoconstitucionalismo, que é a abrangência ampla da Constituição, atingindo praticamente a totalidade dos atos humanos, assim como a própria pessoa humana...³²¹

Enquanto teoria³²², o neoconstitucionalismo é espécie de alternativa ao positivismo jurídico³²³, profundamente disseminada nos países ocidentais democráticos, mesmo diante das críticas plurais que recebe.³²⁴ À tradicional subsunção, caminho unidirecional de interpretação

³¹⁹ Neste sentido ver: MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 2008.

³²⁰ A presente tese, compreendendo que as três expressões, em alguma medida e guardadas as devidas proporções, se referem ao momento jurídico hoje vivido, não escolherá uma como preferencial às demais, tanto que as três podem ser vistas em passagens escritas diversas para fins de designação deste mesmo fenômeno: a centralidade da constituição no universo do Direito.

³²¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos**. Da idade média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 315.

³²² Em tal sentido ver: COMANDUCCI, Paollo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. **Isonomía**: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 16, p. 90-112, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0/>>. Acesso em: 05 set. 2014.p. 97.

³²³ Neste sentido, Luiz Alberto Gurgel de Faria diz: “A supremacia histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abrem espaço para novas reflexões acerca do Direito. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, sem desprezar o direito posto; procura fazer uma leitura moral do Direito, sem recorrer a categorias metafísicas, sendo a interpretação e aplicação do Direito inspiradas no ideal de justiça.” FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **A extrafiscalidade e a concretização do princípio da redução das desigualdades regionais**. São Paulo: QuartierLatin, 2010. p. 56.

³²⁴ Apesar de sua abrangente disseminação no Direito ocidental e do seu grande número de adeptos, o novo constitucionalismo recebe críticas das mais diversas. Há, inclusive, quem não enxergue tão claramente o seu viés teórico. Susana Pozzolo, por exemplo, expõe que o fenômeno neoconstitucional é ambíguo e que não se sabe se o seu desejo é o de promover teoria ou ideologia. POZZOLO, Susana. Un constitucionalismo ambíguo. Tradutor Miguel Carbonel. **Revista da Facultad de Derecho da Universidad Nacional Autónoma de México**, México, 2002. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/238/art/art6.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2014.p. 161. Paollo Comanducci, por sua vez, não considera as visões teórica e ideológica do neoconstitucionalismo como excludentes, mas sim como coexistentes. No âmbito teórico, diz que o fenômeno busca explicar a constitucionalização do direito, que é alternativa ao juspositivismo, que trata da positivação de direitos fundamentais, da presença de princípios e regras na constituição, e das especificidades da interpretação da constituição quando comparada à interpretação das leis comuns. Na perspectiva ideológica, expõe o autor que o neoconstitucionalismo se diferencia parcialmente do constitucionalismo, pois o seu foco central não reside na limitação do poder estatal, mas na intensificação dos ganhos do processo de constitucionalização do Direito, na sua valoração positiva e na propagação da necessidade de sua tutela e ampliação. O autor discorre, também,

e aplicação do Direito, são acrescentadas outras metodologias, com diretrizes multidimensionais, a exemplo da ponderação e proporcionalidade.³²⁵ Nos dizeres de Luiz Alberto Gurgel de Faria:

o novo constitucionalismo é um dos legados mais importantes do século XX, constituindo um programa normativo para o futuro em duplo sentido: 1) os direitos fundamentais estabelecidos pelas constituições devem ser garantidos e concretamente satisfeitos; 2) o paradigma da democracia constitucional deve ser entendido em três direções, sendo a primeira a da garantia de todos os direitos, não apenas os de liberdade, mas também os sociais; na segunda deve ser respeitada não só pelos poderes públicos, mas também pela iniciativa privada e, na terceira, não só em relação ao direito estatal incluindo-se o direito internacional.³²⁶

Daniel Sarmento, discorrendo sobre o tema, expõe ser o neoconstitucionalismo um novo paradigma não apenas no âmbito da teoria do Direito, como também no que concerne à atuação dos tribunais.³²⁷

As origens mais remotas de tal fenômeno repousam em normativas europeias posteriores à Segunda Guerra Mundial. Assim como a independência das 13 colônias e a Constituição estadunidense de 1787 foram importantes para o constitucionalismo moderno, outros documentos e movimentos históricos se fizeram indispensáveis à propagação do novo constitucionalismo.³²⁸ Destacaram-se, nesta seara, aqueles ocorridos na Itália (Constituição de 1947), Alemanha (Constituição de 1949), Portugal (Constituição de 1976) e Espanha

sobre o neoconstitucionalismo metodológico, responsável por sustentar a tese da conexão entre Direito e moral. COMANDUCCI, Paollo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. **Isonomía**: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 16, p. 90-112, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0/>>. Acesso em: 05 set. 2014.p. 97-101.

³²⁵ Discorrendo sobre a busca de novos paradigmas na interpretação do Direito, expõe Lourival Vilanova ter o positivismo jurídico se estruturado dentro de determinado contexto, de forma a exprimir “racionalismo filosófico transposto para a ordem da razão prática jurídica”, “sistematização e unificação do Direito”, dentre outros elementos. Narra, neste âmbito, que a aplicação da lei era feita e entendida como ato marcado pelo silogismo. E, seguindo com o tema, diz: “Uma concepção funcional do ordenamento tende a substituir o racionalismo: o ordenamento regra situações sociais concretas, ainda que os esquemas tipificados da norma sejam abstratos; as notas selecionadas no esquema típico são tiradas do concreto existencial, como mostram a experiência sociológica e experiência histórica.” VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 282-283.

³²⁶FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **A extrafiscalidade e a concretização do princípio da redução das desigualdades regionais**. São Paulo: QuartierLatin, 2010. p. 58.

³²⁷SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível em: <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/Daniel_Sarmento_-_O_Neoconstitucionalismo_no_Brasil-libre.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 1.

³²⁸ Para uma análise crítica do fenômeno ver: AMADO, Juan Antonio Garcia. **Sobre elneoconstitucionalismo y sus precursores**.Disponível em: <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/ unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPoliticasyBibliotecaDiseno/Archivos/02_Documentos/GarciaAma do-Neoconstitucionalismo.pdf>. Acesso em: 09 out. 2014.

(Constituição de 1978).³²⁹ Passemos à breve descrição de cada um deles, não com o foco de esgotar e fazer aprofundada análise de seu conteúdo, mas sim de contextualizar o tema.

A Itália, saída de regime fascista totalitário, consubstanciou na Constituição de 1947 e na atuação de sua corte Constitucional importantes elementos caracterizadores do novo constitucionalismo. No que tange especificamente ao Direito Administrativo, tratou de discorrer sobre a Administração Pública de modo a ressaltar a relevância do dever de respeito à legalidade com a finalidade de promover a imparcialidade e o bom funcionamento da Administração.³³⁰ A tutela constitucional italiana da legalidade administrativa, a proteção dos direitos sociais, a meta da igualdade como caminho para a liberdade, a consagração da soberania popular e a estruturação de um regime democrático se tornaram marcas inconteste do constitucionalismo contemporâneo, reproduzidas em inúmeros Estados e em suas respectivas constituições.³³¹

A Alemanha, por sua vez, a partir da Constituição de 1949 e da criação da Corte Constitucional, viabilizou paulatina e gradualmente uma ampla construção doutrinária e jurisprudencial em torno de temas constitucionais, abrindo largo caminho para o desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo.³³² Há aproximadamente cinquenta e cinco anos, em processo hoje conhecido como *caso Lüth*³³³, o Tribunal Constitucional alemão

³²⁹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados.** Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 68

³³⁰ Segue a transcrição integral do artigo responsável por tratar do regime administrativo: “Art. 97. I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e la imparzialità dell'amministrazione. Nell'ordinamento degli uffici sono determinate le sfere di competenza, le attribuzioni e le responsabilità proprie dei funzionari. Agli impieghi nelle Pubbliche Amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.” ITÁLIA, **Constituição da República Italiana**, de 27 de dezembro de 1947. Milano: Bignami, 2010. p. 83-84.

³³¹ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **A corte constitucional da Itália e o direito administrativo.** Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67064/69674>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

³³² Neste sentido ver: BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica de Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em: 24 jan. 2014. p. 3. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados.** Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 23-24.

³³³ “O cidadão alemão Erich Lüth conclamou, no início da década de 1950 (à época crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Portuária de Hamburgo), todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado por Veit Harlan, uma antiga celebridade do cinema nazista e corresponsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (principalmente por meio de seu filme “Jud Süß”, de 1941). Harlan e os parceiros comerciais do seu novo filme (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra Lüth, com base no § 826 do Código Civil alemão - BGB. O referido dispositivo da lei civil alemã obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa (deixar de fazer algo, no caso, a conclamação ao boicote), sob cominação de uma pena pecuniária. Essa ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Contra ela, ele interpôs um recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, sua Reclamação

se posicionou no sentido de defender, além da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, a sua dimensão objetiva, a existência *de uma ordem objetiva de valores* responsável por irradiar a sua essência sobre todo o Direito, público ou privado.³³⁴ Com a consolidação deste precedente datado de 15 de janeiro de 1958, com o reconhecimento da incidência de uma ordem valorativa constitucional sobre a atuação do Poder Público, a atuação da Administração restaria definitivamente modificada e intensamente marcada por balizas que iam além da simples ideia de legalidade.³³⁵

Rainer Wahl, estudando o tema do Direito Administrativo alemão, expõe que as evoluções pós-positivistas alemãs em tal seara vieram especialmente do respeito à legalidade e constitucionalidade das leis, do triunfo da ideia de proporcionalidade, dos amplos debates travados ao redor da ideia de direito fundamental e, acima de tudo, pelo fortalecimento da jurisdição constitucional e de sua atividade interpretativa.³³⁶

A Constituição da República Portuguesa de 1976, inspirando-se nos movimentos constitucionais ocorridos na Alemanha e Itália, trouxe para Portugal a aplicabilidade direta de direitos fundamentais individuais, estabeleceu a previsão de fins variados a serem perseguidos pelo Poder Público, disciplinou direitos de ordem social e econômica, sendo caracterizada por Canotilho como constituição revolucionária (por suas mudanças rápidas e radicais), extraordinária (pela reunião dos sujeitos em torno de interesses comuns), e maquiavélica (por ter sido permeada de acontecimentos desestabilizadores).³³⁷

Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo Art. 5, I, 1 GG. O Tribunal Constitucional Federal julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual. Trata-se, talvez, da decisão mais conhecida e citada da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Nela, foram lançadas as bases, não somente da dogmática do direito fundamental da liberdade de expressão e seus limites, como também de uma dogmática geral dos direitos fundamentais.” DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 249-250.

³³⁴ Para saber mais ver: VALE, André Rufino do. **50 anos do caso Lüth**. Instituto Brasiliense de Direito Público. Escola de Direito Público do IDP. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cienciajuridica/article/viewFile/724/505>>. Acesso em: 21 maio 2014.

³³⁵ Neste mesmo sentido se posiciona Barroso. Para saber mais ver: BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 35.

³³⁶ WAHL, Rainer. **Los últimos cincuenta años de derecho administrativo alemán**. Tradução de José Carlos Mardomingo. Madrid: Marcial Pons, 2013. p. 33-34.

³³⁷ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra. Almedina. 2002. p. 203-206.

Em seu título IX, denominado *Administração Pública*, a Constituição Portuguesa apresenta a disciplina fundamental das temáticas administrativas. Através do art. 266, responsável por oferecer as fronteiras principiológicas do tema, expõe expressamente ser objetivo da Administração Pública a tutela do interesse público, com respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. Trata, ainda, do dever de subordinação da Administração à lei e ao texto constitucional, de forma a consubstanciar a ideia de juridicidade. Por fim, enumera como princípios expressos da atividade administrativa a proporcionalidade, igualdade, justiça, imparcialidade e boa-fé.³³⁸

Na Espanha Pós-Segunda Guerra Mundial, seguindo a tendência europeia, ensina Eduardo Garcia de Enterría que o Direito Constitucional, especialmente a partir do texto da Constituição de 1978, passou a se orientar por algumas máximas; foram elas: a) desaparecimento de qualquer alternativa ao princípio democrático, o princípio democrático seria o único legitimador do exercício do poder, b) visualização da constituição como norma jurídica capaz de, por si, exercer a função de cabeça e fundamento de todo o Direito; c) regulação efetiva do controle de constitucionalidade das leis, no modelo kelseniano, a ser exercido pelo Tribunal constitucional; d) respeito aos direitos na atuação do Poder Público.³³⁹

A Constituição da Espanha, seguindo tais diretrizes na seara administrativa, em seu art. 103, trata da Administração Pública e de seu dever de servir com objetividade aos interesses gerais, atuando em conformidade com os princípios da eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, sempre se subordinando à lei e ao Direito. A ideia de legalidade é ressaltada em tal dispositivo legal com foco específico nos órgãos da Administração e no estatuto dos servidores públicos.³⁴⁰

³³⁸ “Art. 266. Princípios fundamentais. 1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos. 2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.” PORTUGAL, **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Quid Juris, 2002. p. 164.

³³⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El valor normativo de la constitución española. **Revista de Derecho Político**, n. 44, p. 33-44, 1998. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:Derechopolitico-1998-44-E551DE68/PDF>>. Acesso em: 10 set. 2014. p. 31-44.

³⁴⁰ “Artículo 103. 1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. 2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley. 3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.” ESPANHA, **Constituição Espanhola**, de 27 de dezembro de 1978. 18. ed. Madrid: Tecnos, 2012. p. 86.

Nota-se que a França, responsável pelo nascimento do Direito Administrativo, mostrou-se um pouco mais tímida com relação ao florescer e aperfeiçoamento do Direito Constitucional contemporâneo. A primazia inicial dada à lei e ao Legislativo são comumente apontadas como causa disso e a demora histórica em instituir controle de constitucionalidade como um de seus significativos reflexos.³⁴¹ Luís Roberto Barroso, analisando esse contexto, expõe que:

Na França, o processo de constitucionalização do direito teve início muito mais tarde e ainda vive uma fase de afirmação. A Constituição de 1958, como se sabe, não previu o controle de constitucionalidade, quer no modelo europeu, quer no americano, tendo optado por uma fórmula diferente: a do controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis, antes de entrarem em vigor. [...]

Aos poucos, começam a ser incorporados ao debate constitucional francês temas como a impregnação da ordem jurídica pela Constituição, o reconhecimento da força normativa às normas constitucionais e o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição.³⁴²

A realidade do processo de constitucionalização do Direito na França, no entanto, não deve ser entendida como sinônimo de total inexistência de marcas pós-positivistas em solo francês. A França, mesmo diante de suas especificidades, há tempos reconhece a força normativa dos princípios, os limites de atuação do Estado, a ideia de democracia e soberania popular, todos elementos fortes na atual fase do pós-positivismo jurídico.³⁴³

O que se observa, através de todo o exposto, é que a modificação constitucional vivida pela Europa nos últimos anos como reflexo do fim da Segunda Guerra e da derrocada de regimes totalitários (especialmente na Alemanha e Itália) permite reunir sob o rótulo de *constitucionalismo contemporâneo* alguns elementos teóricos atualmente aceitos pela doutrina e jurisprudência de países variados, como é o caso do Brasil, são eles: aproximação entre o constitucionalismo e a democracia; proximidade entre Direito, ética e valores; tutela ampla de direitos fundamentais; força normativa da Constituição; força normativa dos princípios; e

³⁴¹ Olivier Jouanjan, em trabalho destinado à análise crítica da justiça constitucional francesa, corrobora em certa medida com o que fora exposto e ressalta as recentes conquistas da jurisdição constitucional francesa através da atuação do Conselho Constitucional francês. JOUANJAN, Olivier. **Modelos e representações da justiça constitucional na França: Uma análise crítica**. Transcrição da comunicação oral apresentada no Quarto encontro franco-alemão de Direito Público. Tradução de José Emílio Medauar Ommati. Friburgo, 17,18 out. 2008. Disponível em: <periódicos.pucminas.br>. Acesso em: 14 set. 2014. p. 1-22.

³⁴² BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 39

³⁴³ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública, legalidade e pós-positivismo. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco (Coord.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 2011.

acréscimos de novos caminhos hermenêuticos que passam a conviver com a subsunção enquanto elementos viabilizadores da interpretação e aplicação dos textos jurídicos.

No Brasil, o fenômeno de constitucionalização do Direito pôde ser sentido de forma mais intensa após o advento da Constituição de 1988.³⁴⁴ Com a redemocratização do país e a chegada de um texto constitucional a ratificando, variados foram os movimentos pós-positivistas que nasceram concebendo como possível o direcionamento de um novo olhar sobre o Direito; Direito Alternativo³⁴⁵ e Direito Achado na Rua³⁴⁶ são exemplos de movimentos que se estruturaram em tal período propondo uma reflexão crítica do fenômeno jurídico até então preponderante em sede nacional. Dentre tantos movimentos, aquele que se denomina neoconstitucionalismo foi o responsável por abarcar expressa e nitidamente as construções teóricas e normativas europeias posteriores à Segunda Guerra Mundial.

Analítica, prolixa e corporativa, na visão de Barroso³⁴⁷ a Constituição de 1988 abordou inúmeros temas infraconstitucionais, dentre eles o Direito Administrativo, de forma a invariavelmente conduzir a interpretação de todo o Direito no sentido da filtragem constitucional. É com a Constituição de 1988 que o Direito brasileiro vivencia verdadeiramente uma situação de constitucionalização, pois dentre as constituições da história do Brasil é a ela que de fato se entrega a posição central no Direito nacional. Neste sentido, diz Barroso: “Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração.”³⁴⁸ Anteriormente a isso, como ensina

³⁴⁴ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica de Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em: 24 jan. 2014.p. 03.

³⁴⁵ Para saber mais ver: BÔAVIAGEM, Aurélio Agostinho da. O Direito Alternativo fundamenta-se no Direito Vivo/Livre ou no Direito Natural? Será ele Direito? **Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco**, Recife, v. 1, n. 1, 1999. CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo em movimento**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³⁴⁶ Para saber mais ver: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade: o direito achado na rua**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2011.

³⁴⁷ BARROSO, Luis Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

³⁴⁸ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica de Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em: 24 jan. 2014.p. 4.

Daniel Sarmento, “[...] a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei”.³⁴⁹

Daniel Sarmento, estudando o neoconstitucionalismo no Brasil, divide a sua evolução em duas etapas históricas distintas, porém interligadas. A primeira seria concernente ao “constitucionalismo brasileiro da efetividade” e a segunda ao “pós-positivismo constitucional”.³⁵⁰

Dentro do primeiro momento, segundo ensina Sarmento, estaria o que ele chama de “positivismo de combate” propagado por Luís Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève. Tal construção teórica dizia que a Constituição, enquanto norma, deveria ser aplicada direta e cotidianamente por magistrados em suas atuações. O centro do debate, neste lapso temporal, residia nas normas, em sua efetividade. Sarmento enxerga este momento de reforço e propagação da ideia de normatividade constitucional como caminho precursor do que efetivamente é por ele denominado de neoconstitucionalismo. Para ele, ambos não se confundem, sendo um nítida consequência do outro.³⁵¹

No segundo período, por sua vez, chegam ao país as teorias jurídicas pós-positivistas. Os trabalhos de Ronald Dworkin e Robert Alexy passam a ser citados por autores nacionais, oferecendo Sarmento destaque à 5ª edição do *Curso de Direito Constitucional*, de autoria Paulo Bonavides, e à obra *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, de autoria de Eros Roberto Grau. Em talmomento, Sarmento também chama atenção para a intensificação de estudos de temas filosóficos nas pós-graduações, a partir das teorizações de John Rawls e Habermas; aponta o autor, ainda, o crescimento e densificação de pesquisas na área de hermenêutica jurídica, “a partir de uma nova matriz teórica inspirada pelo giro linguístico na Filosofia, que denunciou os equívocos do modelo positivista de interpretação até então dominante, assentado na separação cartesiana entre sujeito (o intérprete) e objeto (o texto da

³⁴⁹SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** Disponível em: <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/Daniel_Sarmento_-_O_Neoconstitucionalismo_no_Brasil-libre.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 6.

³⁵⁰SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** Disponível em: <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/Daniel_Sarmento_-_O_Neoconstitucionalismo_no_Brasil-libre.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 7.

³⁵¹SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades.** Disponível em: <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/Daniel_Sarmento_-_O_Neoconstitucionalismo_no_Brasil-libre.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 7-8.

norma).³⁵² Sarmiento destaca, por fim, no âmbito deste segundo momento, o novo olhar dado aos estudos de jurisdição constitucional que, não mais se limitando a abordagens processuais, passaram a abarcar questões materiais, como é o caso da legitimidade democrática e da função contramajoritária da Corte.³⁵³

Atualmente, após os seus mais recentes processos histórico-evolutivos ao redor da temática constitucional, o território brasileiro vivencia um fenômeno semelhante ao que fora estruturado na Europa há aproximadamente 50 anos: a irradiação dos valores, elementos materiais e essência objetiva do texto da Constituição em todo o conteúdo jurídico. O Código Civil, nesta exata medida, sai da centralidade e a entrega à Constituição, todo o Direito deve ser através dela interpretado e por seu conteúdo validado e legitimado. O Direito Administrativo e, em consequência, a ideia de interesse público, precisam se adaptar a esta nova realidade. É aí que se insere o tema do neoadministrativismo.

2.1.2 Do Neoconstitucionalismo ao Neoadministrativismo

O Direito Administrativo e o Direito Constitucional possuem alguns pontos em comum, os seus rudimentos nasceram em períodos históricos muito próximos, ambos focaram inicialmente na limitação e conformação do Poder Público, são disciplinas do Direito Público e buscam tutelar uma esfera mínima de liberdade e dignidade dos indivíduos.³⁵⁴

O Direito Administrativo inicia o seu nascimento em oposição ao Antigo Regime³⁵⁵, se apresentando como tentativa de conter abusos por parte da atuação administrativa do Estado, em prol da defesa dos sujeitos. Vem ao mundo, assim, no contexto posterior à Revolução Francesa, em um universo jurídico que valorizava a legalidade, o direito positivo, e que não aceitava a possibilidade de uma atividade mais livre e criativa dos magistrados, posto que os via como simples “bocas da lei”.³⁵⁶ O Direito Constitucional, tal qual antes dito, igualmente

³⁵²SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/Daniel_Sarmiento_-_O_Neoconstitucionalismo_no_Brasil-libre.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 8.

³⁵³SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Disponível em: <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/Daniel_Sarmiento_-_O_Neoconstitucionalismo_no_Brasil-libre.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 8 – 9.

³⁵⁴ Neste mesmo sentido ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 14 set. 2014.p. 1-2.

³⁵⁵ Concebendo existência rudimentar anterior ver: GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009. Tomo 1. Parte general.p. II-1.

³⁵⁶ Em sentido contrário ver: BINEBONJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador:

inicia a sua primitiva chegada ao mundoneste contexto histórico, alguns poucos anos antes, nos Estados Unidos, através do advento da Constituição de 1787. O advento de tal Constituição pode ser entendido como nascedouro do Direito Constitucional Positivo, mas não de uma já pronta e acabada ciência do Direito Constitucional. Em suas origens, o Direito Constitucional objetivava limitar e condicionar o agir do Poder Público, porém especificamente através da existência de Constituição escrita conformadora do poder estatal e dotada de direitos fundamentais em seu interior.

Nascidos em momentos históricos próximos e com objetivos limitadores semelhantes, Direito Constitucional e Direito Administrativo, em um primeiro momento, mantiveram-se mais distantes do que na atualidade.³⁵⁷ Esta distância perdurou por anos, especialmente na França, diante da existência do Conselho de Estado e de seu papel fortalecedor da autonomia e independência do Direito Administrativo. Gustavo Binbenojm, neste sentido, expõe:

Com efeito, embora criado sob o signo do Estado de direito, para solucionar os conflitos entre autoridade (poder) e liberdade (direitos individuais), o direito administrativo experimentou, ao longo de seu percurso histórico, um processo de *descolamento* do direito constitucional. A própria *descontinuidade* das constituições, em contraste com a *continuidade* da burocracia, contribuiu para que o direito administrativo se nutrisse de categorias, institutos, princípios e regras próprios, mantendo-se de certa forma alheio às sucessivas mutações constitucionais.³⁵⁸

Hoje, o Direito Administrativo é disciplina autônoma do Direito, dotada de regras e princípios próprios, destinada à disciplina da Administração Pública, tanto em viés subjetivo (entes e pessoas que a integram), como ainda em viés objetivo (atividade administrativa). A relativa distância inicial entre o Direito Administrativo e o Direito Constitucional fez com que os institutos administrativistas fossem explicados, por anos, à luz de uma teoria do direito liberal do final do século XVIII, não atentando direta, específica, intensa e imediatamente para os dizeres e teorizações constitucionais ao longo dos tempos construídos. Binbenojm, se

Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 24 jan. 2013. Aindanessalinha de raciocínioexpõe Inés D’Argenio: “Sea cual fuere el momento histórico de su nacimiento, el Derecho Administrativo nace como un Derecho autoritario que quita brillo al principio revolucionario de primacía de la ley con sometimiento real y verdadero del Poder Ejecutivo a ella.” D’ARGENIO, Inés. **La administración pública**: crisis del sistema autoritario. La Plata: Platense, 2012. p. 39-40. Em tradução livre: “Seja qual for o momento histórico de seu nascimento, o Direito Administrativo nasce como um direito autoritário que minimiza o brilho do princípio revolucionário da primazia da lei com subordinação real e verdadeira do poder executivo a ela.” (Tradução nossa).

³⁵⁷ A distância aqui deve ser entendida como maior ao ser comparada a realidade pretérita descrita com a atual vivência neoconstitucional do Direito Administrativo.

³⁵⁸ BINEBONJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 24 jan. 2013.p.2.

focando nesta linha de entendimento, oferece como exemplo desta interpretação alheia à Constituição a ideia jurídica de interesse público. Diz o autor que a “[...] doutrina administrativista permaneceu oferecendo as mais diversas conceituações de interesse público, quase todas sem referência às prescrições de suas respectivas leis fundamentais”.³⁵⁹

Considerando o distanciamento histórico e os possíveis prejuízos daí advindos para a proteção efetiva do bem comum, a atual filtragem constitucional da visão tradicional do Direito Administrativo emerge como necessária³⁶⁰, é preciso interpretar e construir o Direito Administrativo para além do positivismo jurídico, focando-se nas possíveis absorções de mutações oriundas da visão pós-positivista do Direito.³⁶¹ Nos dizeres de Lênio Streck: “É preciso, pois, dizer o óbvio, ou seja, que precisamos constitucionalizar o direito infraconstitucional e as ações do Estado.”³⁶²

A constitucionalização do Direito Administrativo se apresenta como caminho apto a sanar o hiato entre a compreensão tradicional dos institutos administrativistas e o reconhecimento da necessidade de filtragem constitucional de todo o Direito.³⁶³ Essa constitucionalização³⁶⁴ corresponde, aos olhos de Justen Filho, à “revisão das estruturas clássicas da disciplina”, hoje ainda incipiente, à luz dos dizeres constitucionais e da teoria da

³⁵⁹ BINEBONJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 24 jan. 2013.p.3.

³⁶⁰ STRECK, Lênio. **Constituição ou barbárie?** A lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 14 maio 2014.p.6.

³⁶¹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno:** legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.p. 24-28.

³⁶² STRECK, Lênio. **Constituição ou barbárie?** A lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 14 maio 2014.p. 9.

³⁶³ “*en este último sentido, resultan muy importantes y muy estrechas las relaciones que el derecho administrativo mantiene con el derecho constitucional, al que se encuentra subordinado, y que constituye su espina dorsal, no sólo porque la administración pública, en toda su actividad, debe moverse inexorablemente dentro de los límites establecidos por el marco constitucional, sino también porque la Constitución nacional, especialmente a través de su preámbulo, fija una serie de finalidades que constituyen un programa general de gobierno, de modo que toda la acción del Estado, y por ende la de la propia administración pública, debe estar dirigida a concretar esas superiores finalidades.*” ESCOLA, Hector. **El interés público como fundamento del derecho administrativo.** Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 21. Em tradução livre: “neste último sentido, resultam muito importantes e muito estreitas as relações que o direito administrativo mantém com o direito constitucional, ao que se encontra subordinado, e que constitui a sua espinha dorsal, não só porque a administração pública, em toda a sua atividade, deve se mover inexoravelmente dentro dos limites estabelecidos pelo marco constitucional, mas também porque a Constituição nacional, especialmente através de seu preâmbulo, fixa uma série de finalidades que constituem um programa geral de governo, de modo que toda a ação do Estado, e portanto da própria administração pública, deve estar dirigida a concretizar essas superiores finalidades.” (Tradução nossa).

³⁶⁴ Também pode se entender por constitucionalização do Direito Administrativo a transformação neste ramo do Direito ocasionada unicamente pela Constituição. MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno:** legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.p. 69

constituição.³⁶⁵ Em síntese, o entendimento, aplicação e construção das normas administrativistas deve ser compatível com a materialidade e sistematicidade do texto constitucional, é esse olhar que aqui chamamos *Neoadministrativismo*.

O Neoadministrativismo hoje é meta e diretriz a ser gradualmente implementada pela Administração Pública brasileira em seu cotidiano. Melhor explicando, nem sempre a Administração Pública a ele adere de forma espontânea em suas decisões, derivando tal aderência muitas vezes mais de um controle externo, a exemplo daquele promovido pelo Judiciário, do que de uma iniciativa progressista interna. Este é, inclusive, um dos corolários da ideia de segurança jurídica no âmbito dos precedentes administrativos.

Como a Administração em muitas situações não é proativa na aplicação de princípios a um caso concreto em detrimento de uma regra expressa em texto o contemplando, como esta situação em muito deriva de sua falta de independência, o movimento mais frequente tem sido o do protagonismo e pioneirismo do Judiciário na construção de entendimentos neoadministrativistas ao redor de casos envolvendo a Administração Pública. Este foi o fenômeno visto, inclusive, no âmbito da proteção da gestante ocupante de cargo em comissão, dos pedidos de pais para obtenção de licença paternidade em período idêntico ao da licença maternidade, dentre outros temas. A Administração Pública, portanto, hoje necessita estar atenta aos precedentes. Em determinados assuntos, convém esclarecer, a Administração tende sim a espontaneamente colocar em prática atuações com perfil pós-positivista, especialmente quando existentes experiências pretéritas bem-sucedidas as contemplando ou quando há texto normativo expresso viabilizando tal possibilidade, este é o caso, por exemplo, das audiências públicas e consultas públicas.

Nos últimos anos, como reflexo das influências constitucionais no Direito Administrativo, reconhecendo a necessidade de adequação constitucional aos fazeres da Administração, o Supremo Tribunal Federal editou variadas súmulas vinculantes com foco direto em temas administrativistas.³⁶⁶ As súmulas em questão vinculam a Administração em

³⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.p. 66-67.

³⁶⁶ São súmulas vinculantes sobre matéria administrativa: Súmula vinculante n.º 4, Súmula vinculante n.º 5, Súmula vinculante n.º 13, Súmula vinculante n.º 15, dentre outras. A seguir os textos das quatro súmulas aqui mencionadas. Súmula Vinculante n.º 4. “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.” Súmula Vinculante n.º 5. “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.” Súmula Vinculante n.º 13. “A nomeação de cônjuge,

suas mais plurais esferas de forma a necessariamente direcionar os seus fazeres cotidianos; uma vez violadas, abrem espaço para a arguição de reclamações junto ao STF, salvo nas exceções legalmente previstas.³⁶⁷

No Brasil, ressalte-se, a necessidade de interpretação constitucional do Direito Administrativo pela própria Administração se revela muito clara, em especial ao se considerar que este ramo do Direito tem o seu ponto de partida normativo no texto constitucional, mais exatamente no conteúdo expresso do art. 37. Esta mola motriz constitucional não deve ser abandonada nos desdobramentos infraconstitucionais administrativistas, mas sim utilizada como parâmetro limitador, hermenêutico e de filtragem.³⁶⁸

Marçal Justen Filho, dentro do contexto narrado, aponta sugestões para repensar o Direito Administrativo no âmbito do constitucionalismo brasileiro contemporâneo, podendo ser feita menção a algumas delas:³⁶⁹

- a) a filtragem constitucional do Direito Administrativo deve levar em consideração o ser humano como “protagonista do direito”,
- b) o Direito existe, inclusive o Direito Administrativo, para orientar e disciplinar as atividades humanas,
- c) a ideia de que o interesse público deve prevalecer sempre deve ser repensada, bem como a ideia de que ele é único e singular,
- d) deve ser afirmada a supremacia dos direitos fundamentais e a Administração deve agir em consonância com a sistemática de proteção dos direitos fundamentais,
- e) o Direito Administrativo deve proteger as minorias e seus interesses,
- f) deve haver processualização da atividade administrativa,

companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.” Súmula Vinculante n.º 15. “O cálculo de gratificações e outras vantagens do servidor público não incide sobre o abono utilizado para se atingir o salário mínimo.” Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 mar. 2014.

³⁶⁷ É o que ocorre, por exemplo, no caso do art. 56, § 3º, da Lei Federal n.º 9784, de 29 de janeiro de 1999. BRASIL. **Lei Federal n.º 9784**, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 20 set. 2014.

³⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.p. 66.

³⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.p. 78-82.

g) é preciso incrementar a participação popular no âmbito das decisões da Administração.

Tomando por base algumas das diretrizes apontadas por Marçal e, ainda, alguns dos elementos teóricos do constitucionalismo contemporâneo, os tópicos a seguir farão análise específica de pontos importantes no contexto do repensar do Direito Administrativo e do interesse público na Administração.

2.2 Da legalidade à juridicidade: caminho para a compreensão do interesse público no Direito Administrativo contemporâneo

A legalidade, elemento tradicional do Direito Administrativo, a ele se direcionou com maior especificidade no âmbito da estruturação do Estado de Direito, visando tutelar a liberdade dos sujeitos e evitar a prática de arbitrariedades por parte do Poder Público. É no contexto pós-revolução francesa que a sua relevância se acentua, fato esse consubstanciado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão que tratava do respeito à lei em passagens variadas de seu texto.³⁷⁰

Com a sua tutela, substituía-se o governo dos homens pelo governo das leis, a Administração deveria realizar as suas atividades a partir do conteúdo das normas, e não mais com foco na vontade do soberano.³⁷¹ Em sua visão tradicional e liberal, a ideia de legalidade direcionava à Administração um agir vinculado à normativa, a primazia da lei, expondo que o administrador apenas poderia realizar aquilo que a lei o permitisse fazer.³⁷² Em um viés inicial preponderantemente negativo, a partir deste elemento normativo se dizia à Administração que não poderia haver ação em contrariedade à lei e sem um amparo textual expreso.

³⁷⁰ Em tal sentido ver: NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública, legalidade e pós-positivismo. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco (Coord.). **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 204.

³⁷¹ FORSTHOFF, Ernest. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p. 57.

³⁷² Neste sentido, convém citar Laubadère: “L’exercice de la fonction administrative est dominé par le principe fondamental de la légalité.” E continua o autor na explicação do princípio, expondo que as autoridades administrativas, ao tomarem decisões, deverão a ele se conformar: “Ce principe signifie que les autorités administratives sont obligées, dans les décisions qu’elles prennent, de se conformer à la loi ou plus exactement à la légalité, c’est-à-dire à un ensemble de règles de droit dont beaucoup, mais non point toutes, sont contenues dans des lois formelles.” LAUBADÉRE, André de. **Traité élémentaire de droit administratif**. Troisième édition. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963. p. 193. Em tradução livre: “O exercício da função administrativa é dominado pelo princípio fundamental da legalidade. Este princípio significa que as autoridades administrativas são obrigadas, no âmbito das decisões por elas tomadas, a se conformar à lei ou mais exatamente à legalidade; a um conjunto de regras de Direito onde muitos, mas não todos os pontos, estão contidos em leis formais.” (Tradução nossa).

A ideia restrita de lei aparece para a Administração como limitadora e legitimadora de sua atuação.³⁷³ A vinculação da Administração à normativa propagada pelo Direito Administrativo do Estado Liberal pode ser melhor compreendida ao se considerar a concepção de Direito vigente à época, um Direito sinônimo de lei, um Direito que via neste ato normativo a grande fonte de sua produção.³⁷⁴

Hoje, ao se considerar as mais recentes modificações teóricas e jurisprudenciais vividas pelo universo jurídico, aparenta ser pouco razoável vincular o agir administrativo apenas à lei em sentido restrito.³⁷⁵ Parafraseando Egon Bockmann: “Os tempos são outros, as pessoas e os direitos também”.³⁷⁶ Vive-se agora o Estado da pluralidade normativa, onde o Direito enxerga o dever ser para além da ideia de lei, possui a Constituição como seu ponto central, diferencia competência normativa e legislativa, reconhece a limitação da linguagem, a relevância da interpretação na construção das normas e concebe a força normativa dos princípios.³⁷⁷ A reunião destes elementos teóricos acaba por abrir espaço considerável à revisão da ideia mais tradicional de legalidade administrativa, fazendo nascer a visão contemporânea³⁷⁸ de juridicidade administrativa, olhar novel conformado precipuamente pela

³⁷³ JUST, Gustavo. A “crise” do princípio da legalidade do ponto de vista da teoria da interpretação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 31.

³⁷⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da legalidade, a lei e o direito. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 46.

³⁷⁵ Neste sentido expõe Sanchís “parece evidente que el legalismo es hoy un enfoque equivocado, al menos si lo entendemos en los términos tradicionales que hacían del legislador el señor supremo del Derecho.” SANCHÍS, Luis Pietro. **Tribunal constitucional y positivismo jurídico**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/tribunal-constitucional-y-positivismo-juridico-0/>>. Acesso em: 07 out. 2014. p. 187

³⁷⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da legalidade, a lei e o direito. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 46.

³⁷⁷ Francisco J. Laporta, discorrendo sobre o tema, expõe que o atual contexto é de protagonismo do parâmetro constitucional de controle. O parâmetro constitucional, para ele, de tão onipresente, levou a lei a ocupar um segundo plano. Os excessos neste viés podem levar ao que ele denomina “sobre-constitucionalización”, fenômeno que pode ter perversas consequências, dentre elas a de deterioração do próprio texto constitucional e dos órgãos de controle. Para saber mais ver: LAPORTA, Francisco J. *Materiales para una reflexión sobre racionalidad y crisis de la ley*. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 22 (1999), p.321-330, 1999. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com>. Acesso em: 06 set. 2014. p. 322.

³⁷⁸ A juridicidade é aqui apontada como ideia contemporânea no sentido de ser hoje amplamente aceita e reconhecida pela doutrina e jurisprudência administrativistas. Importante se faz saber que em momentos históricos anteriores já havia quem teorizasse sobre o dever de a Administração respeitar o Direito como um todo e não apenas a lei em sentido restrito. Neste sentido, dizia Debbasch que a Administração, através da ideia de legalidade, se submetia ao direito produzido pelo parlamento como caminho para a proteção do cidadão. O autor expunha claramente que os limites da Administração residiam em um espaço para além da lei apenas, na verdade se consubstanciando no direito como um todo. Expunha o teórico que os relatos de que a ideia de legalidade era algo mais ligado à lei nasceram por ser a lei a fonte tradicional de encarnação da vontade geral. Para saber mais ver: DEBBASCH, Charles. **Droit administratif**. 5. ed. Paris: Édition Cujas, 1968. p. 295.

Constituição. Em tempos de crença na força normativa do texto constitucional, o caminho dificilmente seria outro.³⁷⁹

Em aula inaugural posteriormente consubstanciada em obra escrita, Hesse expôs que a Constituição não apenas era condicionada pelos fatores reais de poder teorizados por Lassale³⁸⁰, mas que também condicionava o ambiente uma vez que havia sido produzida, uma vez que dotada de força normativa. A Constituição, assim, não apenas era condicionada pela realidade, mas também condicionadora de seu conteúdo³⁸¹, deixava de ser vista como documento político apenas e passava a ser entendida como verdadeiro documento jurídico, vinculante e capaz, portanto, de obrigar em seus dizeres.³⁸² A força normativa da Constituição, difundida na Europa no Pós-Segunda Guerra Mundial, chegou de modo mais intenso ao Brasil na década de oitenta, a redemocratização do país foi o espaço ideal para esta chegada e a Constituição de 1988 a responsável por intensamente vivenciá-la.

Hoje, a Constituição se caracteriza, dentre outros elementos, como instrumento jurídico e político de conformação do poder estatal. É instrumento jurídico, por ser composta de normas jurídicas (regras e princípios), por ser dotada de dever ser; político, por conter as decisões políticas fundamentais, e de conformação do poder estatal, por conformar, delimitar a atuação do Estado em nome da defesa de direitos fundamentais dos cidadãos.³⁸³ Dotada de supremacia e imutabilidade relativa, diante de sua posição privilegiada dentro da hierarquia

³⁷⁹ Analisando criticamente a ideia de legalidade ver: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 132-181.

³⁸⁰ LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

³⁸¹ “A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que o simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela, não se pode definir como fundamental nem a pura normatividade, nem a simples eficácia das condições sócio-políticas e econômicas. A força condicionante da realidade e a normatividade da Constituição podem ser diferenciadas; elas não podem, todavia, ser definitivamente separadas ou confundidas.” HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradutor Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 3.

³⁸² “[...] as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado.”³⁸² BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica de Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto de Brasileiro de Direito Público, n. 9, mar./abr./maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em: 24 jan. 2014. p. 6.

³⁸³ Ver: CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1145 – 1173.

do ordenamento jurídico, a Constituição é responsável pelo direcionamento político, normativo, econômico, social e Administrativo do Estado ao qual se dirige.³⁸⁴

O Direito Administrativo, dentro da ótica da força normativa da Constituição, deverá ser construído a partir dos dizeres constitucionais, especialmente ao se considerar a disciplina expressa da Administração Pública no texto de 88. A ideia de interesse público, foco central do presente estudo, elemento basilar do Direito Administrativo, igualmente necessita ser construída e condicionada a partir dos dizeres constitucionais.³⁸⁵ É o que ocorre, por exemplo, com os artigos 1º, 2º e 3º da Constituição de 1988, todos destinados à disciplina do Poder Público brasileiro no que tange ao seu conformar e atuação.

Os dispositivos foram mencionados não por serem os únicos aptos a construir a ideia de interesse público junto ao texto constitucional, mas sim por se configurarem como pontos de partida textuais que viabilizam entendimentos neste sentido. O constituinte optou por iniciar a apresentação da República Federativa do Brasil e, em alguma medida, da Administração Pública que a integra, a partir dos dizeres nestes textos consubstanciados. Não apenas iniciou a exposição neste sentido, como também conferiu aos elementos ali inseridos a qualidade de fundamentos, objetivos fundamentais e cláusulas pétreas.

A soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho humano e da livre iniciativa; e o pluralismo político, fundamentos do Estado brasileiro, elementos por sobre os quais se funda o Estado, são os seus pilares integrantes e assim devem se caracterizar no âmbito da atuação administrativa. A Administração, ao tomar decisões pautadas no interesse público, não poderá se esquivar do dever de observância de tais elementos. A ideia de soberania popular, consubstanciada no parágrafo único do art. 1º, igualmente deve ser levada em conta pela Administração quando de suas atuações.

³⁸⁴ A supremacia corresponde ao fato de a constituição se encontrar acima dos demais atos normativos e de necessitar ser por eles respeitada em forma e conteúdo. A imutabilidade relativa diz respeito às cláusulas pétreas constitucionais expressamente inseridas no art. 60, §4º, do texto de 1988. Para saber mais sobre a hierarquia do ordenamento jurídico e posição da constituição em seu âmbito ver: KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

³⁸⁵ Neste sentido, expõe Jaime Rodriguez-Arana: “Es la Constitución, como fuente de las fuentes, y como norma de las normas, el lugar en el que encontramos los valores y principios que han de presidir el desarrollo del interés general en el Estado social y democrático de Derecho.” RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y estado del bienestar**. Madrid: Iustel, 2012.p. 36. Em tradução livre: “É a Constituição, como fonte das fontes, e como norma das normas, o lugar em que encontramos os valores e princípios que irão presidir o desenvolvimento do interesse geral no Estado social e democrático de Direito.” (Tradução nossa).

A tripartição das funções estatais, cláusula pétrea expressa, deve ser respeitada no cotidiano administrativo, de forma a restar preservado o equilíbrio, colaboração e independência entre as funções estatais; assim, o interesse público não deve ser utilizado pela Administração como fundamento para condutas que ponham em risco esta tutela.

Ainda no âmbito de análise dos iniciais artigos constitucionais, convém tratar dos objetivos que, por serem fundamentais, devem ser especialmente levados em conta pela Administração quando de suas condutas justificadas pelo interesse público. Os fazeres da Administração fundamentados no interesse público deverão buscar construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.³⁸⁶

Não apenas a força normativa da Constituição embasa a ideia atual de juridicidade administrativa, a contemporânea teoria da norma jurídica, hoje aceita em amplitude no país, igualmente promove a juridicidade. A teoria³⁸⁷³⁸⁸ da norma jurídica pós-positivista realiza distinção entre texto normativo e norma, enxerga a norma como resultado do trabalho do intérprete, elemento dotado de dever ser, dividindo-a em duas espécies básicas: regras e princípios.³⁸⁹ É importante que se esclareça já aqui que as normas construídas pela doutrina se diferem daquelas estruturadas pelas autoridades competentes para a decisão de um caso concreto, especialmente no quesito vinculação.³⁹⁰

³⁸⁶ Relevante se faz expor que muitos dos dispositivos mencionados serão apresentados mais à frente na presente tese, com maiores detalhamentos e embasamento teórico, a título de critérios legitimadores da compreensão do interesse público junto à Administração.

³⁸⁷ Apesar de o texto mencionar “a teoria” da norma jurídica aceita no Brasil, deve se dizer que na verdade muitos são os autores que a constroem e que possuem as suas doutrinas recepcionadas nacionalmente; na verdade, são várias as teorias da norma jurídica. Aqui se escolheu designá-las como uma só a partir do que possuem de ponto em comum e em termos de complementação.

³⁸⁸ Alguns dos autores que abordam o tema da norma jurídica: ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradutor Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo: estudios de teoria y metateoría del derecho**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2011. DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradutor Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

³⁸⁹ É importante ressaltar que existem doutrinadores que mencionam a existência de espécies normativas para além das regras e princípios, a exemplo dos postulados. Para maiores detalhes ver: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

³⁹⁰ Sobre a diferenciação entre texto e norma, enunciados e significados, ver: GUASTINI, Ricardo. Una teoría cognoscitiva de la interpretación. Tradutor Miguel Carbonell. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, México, n. 29, p. 15-32, 2008. Disponível em: <<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12260733116005989643624/033825.pdf?incr=1>>.. Acesso em: 01 set. 2014.p. 27-28.

Os textos que fazem nascer as normas residem nos mais variados documentos jurídicos, como é o caso das leis, Constituição e Tratados Internacionais de Direitos Humanos. É a partir da interpretação destes textos que são construídas as normas. Desse modo, o dever ser atinente ao Direito pode ter como ponto de partida textos jurídicos plurais e não apenas a lei em sentido restrito. O dever ser direcionado à Administração se insere em tal contexto, possuindo fontes de nascimento variadas.

Além dos elementos expostos, a distinção existente entre competência normativa e competência legislativa igualmente se revela apta à fundamentação e aceitação da ideia de juridicidade. Esta distinção reforça a constatação do Estado de pluralidade normativa, onde vários são os sujeitos produtores de normas jurídicas vinculantes e várias são as espécies do gênero norma jurídica.

A competência legislativa se liga à produção de um tipo de ato normativo denominado lei; a competência normativa, por sua vez, corresponde à edição de atos normativos variados, sendo a lei uma de suas espécies.³⁹¹ Não apenas a lei em sentido estrito é passível de gerar direitos e obrigações, os mais variados atos normativos poderão fazê-lo a partir de seus textos, dentro de determinados limites, respeitada a hierarquia do ordenamento.

Nota-se, assim, que o paradigma da adequação ao texto da lei, ou seja, da legalidade, passa a ser gradualmente visto como insuficiente para oferecer legitimidade à Administração, sendo necessária a compatibilização de seu agir com um universo jurídico mais amplo que aquele consubstanciado no texto da lei infraconstitucional.³⁹²

A juridicidade³⁹³, visão contemporânea da legalidade administrativa, direciona à Administração Pública não apenas um agir vinculado à lei, mas sim um agir vinculado ao

³⁹¹ “Não se confundem os conceitos de competência legislativa e competência normativa. (...) A competência normativa consiste no poder de produzir normas de conduta, em virtude da qual são gerados comandos destinados a regular a conduta intersubjetiva. A competência legislativa configura-se como o poder de produzir normas de cunho legislativo.” “Utiliza-se a expressão *competência legislativa* para indicar a titularidade do poder para produzir uma categoria de ato estatal típico, consistente na *lei*.” “[...] a competência normativa é o poder estatal de produzir atos de cunho vinculante para a conduta humana. A lei é uma das categorias de atos de cunho vinculante, mas não é a única.” JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Malheiros. 2002. p. 485, 486 e 487, respectivamente.

³⁹² MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 20-21.

³⁹³ “A ideia de juridicidade administrativa traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição. A juridicidade administrativa poderá, portanto: (I) decorrer diretamente da normativa constitucional; (II) assumir a feição de uma vinculação estrita à lei (formal ou material); ou (III) abrir-se à disciplina regulamentar (presidencial ou setorial), autônoma ou de execução, conforme os espaços normativos (e sua peculiar disciplina) estabelecidos constitucionalmente.” BINENBOJM, Gustavo. O sentido da vinculação administrativa à

Direito³⁹⁴, a um Direito que reconhece o dever ser para além da ideia mais tradicional de lei e que tem em seu centro a Constituição.³⁹⁵ Neste contexto, os princípios e súmulas vinculantes também podem direcionar os fazeres e não fazeres da Administração.³⁹⁶

A Constituição da República Federativa de 1988, em seu art. 5º, inciso II, traça as linhas definidoras do princípio da legalidade, ao expor que ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Especificando a legalidade para o Poder Público, em seu art. 37, *caput*, o texto constitucional expõe que este princípio se impõe à toda a Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Inspirações nascidas no âmbito do Estado de Direito motivaram o constituinte nacional a tratar expressamente da legalidade, em especial no que tange à disciplina da Administração Pública. Caio Tácito, em análise da legalidade no texto de 1988, expõe:

A Constituição brasileira de 1988, fiel às tradições nacionais, reafirma, como fundamento da ordem jurídica, o princípio da legalidade, fonte de direitos e deveres e limite ao poder do Estado e à autonomia da vontade.³⁹⁷

Uma interpretação precipitada do trato constitucional do tema poderia levar ao entendimento de que no país apenas o ato normativo *lei* está apto a se configurar como gerador de direitos e obrigações para a Administração e, mais ainda, que a ideia de legalidade hoje vigente em *terra brasilis* é antiga, não se admitindo falar em juridicidade. Esta

juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.161.

³⁹⁴“Le principe de légalité est lié à l’Etat libéral. Il signifie l’assujettissement de l’administration aux règles de droit en vigueur. Les particuliers ont, ainsi, la garantie que l’action administrative sera conduite objectivement et non avec partialité.” DEBBASCH, Charles. **Droit administratif**. 5. ed. Paris: Édition Cujas, 1968. p. 295.

³⁹⁵ Em tal sentido ver: BINEBONJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 24 jan. 2013. p. 26. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 94.

³⁹⁶ Diz Binenbojm, acentuando a ideia de amplitude da legalidade na seara administrativa, que poderá, inclusive, haver agir administrativo em contraposição a texto legal expresso e fundamentado em um princípio constitucional. Essa ideia, no entanto, precisa ser vista com cautelas, como mais a frente será demonstrado. BINEBONJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 24 jan. 2013. p. 25.

³⁹⁷TÁCITO, Caio. **Constituições Brasileiras**. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégico – CEE/MCT, Escola de Administração Fazendária – ESAF/MF, 2005/2006. Volume II. 1988.

interpretação, todavia, não se adequada aos preceitos pós-positivistas e à pluralidade normativa atinente ao Estado contemporâneo.³⁹⁸

É preciso enxergar que a própria Constituição, ao direcionar princípios como limitadores e condicionadores do agir administrativo, a exemplo dos que se encontram expressos no art. 37, *caput*, de seu texto, abriu espaço para a ampliação da legalidade e aceitação da juridicidade. Os princípios são também fontes do Direito Administrativo, inclusive aqueles que se revelam implícitos.³⁹⁹ Neste sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto expõe:

Assim é que, o Direito Administrativo, ao regular as relações entre o Estado, como administrador dos interesses públicos constitucionalmente postos a seu cargo, e seus administrados, deve pautar-se, além das normas legais emanadas dos órgãos formalmente legitimados, pelas normas principiológicas de direito, que superiormente expressam os valores irrenunciáveis das sociedades democráticas.⁴⁰⁰

Edilson Pereira Nobre, acentuando a relevância dos princípios para o Direito Administrativo diz: “os princípios são alicerces sem os quais a ordem jurídica não subsistiria por falta de fundamento, porque a lei, na solidão de seu texto frio e abstrato, não atrai o encanto que a justiça representa”.⁴⁰¹

Ressalte-se, inclusive, que em um Direito Administrativo carente de codificação, como é o caso do brasileiro, o papel dos princípios no sentido de viabilizar entendimento sistemático da seara administrativista se reforça, especialmente por sua natureza normogenética, essência valorativa e por reforçarem a ideia de unidade do sistema jurídico.

Infraconstitucionalmente, embasando a tese da adequação da juridicidade ao Direito Administrativo brasileiro, aponta a Lei de Processo Administrativo Federal, responsável por

³⁹⁸ “[...] é importante entender a mutação constitucional do princípio da legalidade dos atos administrativos, de tal forma que possa estar justificada, ou juridicamente fundamentada, a atuação normativa das agências reguladoras. Caso contrário, isto é, caso se assuma a concepção tradicional do princípio da legalidade estrita, sequer poderia ser admitida a imposição de normas de conduta por qualquer órgão do Poder Executivo, a não ser por delegação expressamente prevista na Constituição.” FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.p. 281.

³⁹⁹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública, legalidade e pós-positivismo. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco (Coord.). **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁴⁰⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Déficit democrático do estado brasileiro. **Interesse Público**, Rio de Janeiro: Fórum, ano XIV, n. 74, p. 15-29, 2012.p.26.

⁴⁰¹ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública, legalidade e pós-positivismo. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco (Coord.). **Princípio da legalidade**: da dogmática jurídica à teoria do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.p. 220.

direcionar à Administração⁴⁰², em seu art. 2º, o dever de obediência a princípios variados, dentre eles o interesse público.⁴⁰³ Mais à frente, no parágrafo único, inciso I, deste mesmo artigo, a normativa expõe que nos processos administrativos a Administração deverá agir em conformidade com a lei e com o Direito⁴⁰⁴. Com estes dizeres iniciais, a Lei de Processo Administrativo Federal acaba por ampliar consideravelmente o leque de normas aptas a fundamentarem as ações e abstenções do Poder Público.

Ainda no que diz respeito à presença da juridicidade na lei em comento, há de ser feita menção à imposição do dever de a Administração agir em conformidade com as súmulas vinculantes editadas pelo Supremo Tribunal Federal.⁴⁰⁵ As súmulas vinculantes, hoje em número de 37⁴⁰⁶, são enunciados editados pelo STF, por iniciativa própria ou mediante provocação dos interessados, quando presente relevante e reiterada controvérsia sobre matérias constitucionais.⁴⁰⁷ Uma vez publicadas, devem ser necessariamente consideradas pela Administração quando de suas decisões em processos administrativos, sob pena de haver reclamação direta junto ao STF. Há, desse modo, mais do que uma possibilidade de atuação da Administração pautada em texto de súmula vinculante, o dever de fazê-lo neste sentido quando presente a sua exata hipótese de incidência.

Hoje, portanto, limitando e legitimando o agir (fazer e não fazer) da Administração no Direito brasileiro apontam variados elementos dotados de dever ser e não apenas a lei. À Administração, assim, é permitido fazer tudo aquilo que o Direito permite que ela faça e ao particular, diferentemente, é permitido fazer tudo aquilo que não seja expressamente proibido pela normativa. Se a relação entre o particular e o Direito é entendida

⁴⁰²BINEBONJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 24 jan. 2013.p.2.

⁴⁰³ “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” BRASIL. **Lei Federal n.º 9.784**, de 29 de janeiro de. 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

⁴⁰⁴ “Art. 2º Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme a lei e o Direito...” BRASIL. **Lei Federal n.º 9.784**, de 29 de janeiro de. 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

⁴⁰⁵ Art. 56. Caput, § 3º. BRASIL. **Lei Federal n.º 9.784**, de 29 de janeiro de. 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

⁴⁰⁶ Número de súmulas vinculantes existentes aferido até o dia 17 de outubro de 2014.

⁴⁰⁷ Art. 103-A, §§ 1º, 2º e 3º. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

como de não contradição, a relação entre a Administração e a normativa é vista como de verdadeira subsunção⁴⁰⁸. Diogo Freitas do Amaral, em análise do assunto, expõe:

[...] a regra geral - em matéria de actividade administrativa – não é o princípio da liberdade, é o princípio da competência. Segundo o princípio da liberdade, que constitui regra do Direito privado, pode fazer-se tudo aquilo que a lei não proíbe; segundo o princípio da competência, pode fazer-se apenas aquilo que a lei permite.⁴⁰⁹

Ressalte-se que a legalidade não foi por completo extinta, apenas recebeu novo olhar, mais amplo e com foco na Constituição. O texto de 1988, por sua supremacia e força normativa, através da conformação de todo o Direito nacional, orienta invariavelmente a atuação da Administração e confere as balizas da ideia de juridicidade. É a juridicidade, assim, a atual limitadora e legitimadora do agir administrativo⁴¹⁰ e não mais a simples e tradicional visão da legalidade.

A construção da ideia de interesse público, invariavelmente, deve passar pela filtragem da juridicidade administrativa. O ponto seguinte da tese analisa este aspecto da juridicidade, atentando para a textura aberta da expressão interesse público.

2.3 O interesse público como expressão aberta⁴¹¹ e as fronteiras da juridicidade

O termo *expressão aberta* será aqui entendido como texto apto a congregar junto de si múltiplos valores e significados, como significante plurissignificativo. O sistema jurídico, atento aos desdobramentos nascidos a partir desta modalidade de palavra, intencional e habitualmente a utiliza, fato esse consubstanciado no Direito atual. A técnica de normatizar se valendo de textos abertos não corresponde a uma novidade da contemporaneidade. Dispositivos legais pretéritos já a refletiam, a exemplo da *Magna Charta Libertarum* que

⁴⁰⁸ FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre o princípio da juridicidade no Direito Administrativo. **Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório**, São Paulo: MP, n. 6, p. 229-238, 2012.p. 232.

⁴⁰⁹ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Volume II. Coimbra: Almedina, 2007. p. 43.

⁴¹⁰ “Toda e qualquer atividade estatal se encontra submetida ao princípio da juridicidade, tanto na edição do direito positivo infraconstitucional como na concretização do direito positivo constitucional e infraconstitucional. Sem o limite da juridicidade e na ausência da concretização normativa do sistema jurídico posto, informado e submetido à Constituição, ter-se-ia o arbítrio do poder e retrocesso das garantias liberais alcançadas pelo Estado liberal e consolidadas pelo Estado Intervencionista.” FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre o princípio da juridicidade no Direito Administrativo. **Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório**, São Paulo: MP, n. 6, p. 229-238, 2012.p. 234.

⁴¹¹ Convém esclarecer a inserção de tal tópico neste momento do trabalho e não em sua parte inicial, quando do estudo da forma do interesse público. A análise da expressão aberta também é um estudo de forma em certa medida. Porém, como as preocupações aqui habitam o seu plural preenchimento diante de casos reais, se optou por inserir este tema agora e não anteriormente.

trazia em seu texto expressão desta ordem e até hoje reproduzida pelo Direito, o chamado *devido processo legal*.⁴¹²

Há quem exponha que, apesar de antiga, a técnica de uso de termos imprecisos apenas se disseminou com mais especificidade e intensidade a partir da Revolução Francesa e da independência dos EUA, justamente por buscar viabilizar a racionalização do Direito, uma das características destes movimentos liberais. É exatamente o que ensina José Eduardo Faria ao narrar que este processo busca permitir a “[...] racionalização global da vida coletiva e da vida individual”.⁴¹³ A construção da ideia de interesse público, a título de elemento jurídico, é fruto desta realidade.

Para Andreas Joachim Krell, o uso de expressões plurissignificativas objetiva dar ao Direito “legitimidade, diminuir tensões, obter apoio”.⁴¹⁴ José Eduardo Faria, nesta linha de raciocínio, expõe que estes termos viabilizam ao Direito ter “acabamento lógico” e “[...] despertar na sociedade a certeza de que os valores por ela reclamados acabam, de alguma maneira, sendo consagrados por ele”.⁴¹⁵ O autor diz que é com a técnica do uso de expressões abertas que o Direito consegue revelar aparência de racionalidade, coerência e unidade, se configurando como instrumento prático para a “[...] representação simbólica de determinados valores e comportamentos”.⁴¹⁶

As palavras de textura aberta ou plurissignificativas costumam carregar consigo a marca ideológica essencial à legitimação do exercício do poder na esfera pública.⁴¹⁷ Uma vez

⁴¹² Inicialmente, em sua redação original, cujo idioma era o latim, expunha a Magna Charta de 1215, em seu capítulo 39, o seguinte: “*Ne corpus liberi hominis capiatur nec imprisonetur nec disseisiatur nec autlagetur nec exuleter, nec aliquo modo destruat, nec rex eat vel mittat super eum vi, nisi per iudicium parium suorum, vel per legem terrae*”. Em tradução livre: “Nenhum homem livre será preso, aprisionado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora-da-lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra.” (Tradução nossa). Posteriormente, no reinado de Eduardo III, a carta foi traduzida do latim para o inglês e a expressão “lei da terra” foi substituída pelo até hoje repetido “*dueprocessoflaw*” ou “*devido processo legal*”. Assim, ainda hoje se diz que os sujeitos não serão privados de sua liberdade e propriedade sem o devido processo legal.

⁴¹³ FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 81.

⁴¹⁴ KRELL, Andreas Joachim. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013. p. 129.

⁴¹⁵ FARIA, José Eduardo. **A definição do interesse público**. Apud. KRELL, Andreas Joachim. **Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 129.

⁴¹⁶ FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 79 - 80.

⁴¹⁷ “*Esas expresiones contienen una innegable fuerza ideológica para la legitimación del poder.*” GIL, José Luis Meilán. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. A&C. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, Ano 10, nº. 40, p. 171-198, abr./jun., 2010. p. 174.

positivadas no Direito Público, tendem a representar a despersonalização do poder exercido pelo Estado, consubstanciando a sua legitimação e convertendo esse poder, nos dizeres de Inés D'Argenio, em verdadeira “virtude mística” incontestável.⁴¹⁸ O viés ideológico de tais expressões não lhes retira aplicabilidade e operabilidade jurídica.⁴¹⁹

O uso de expressões abertas, além de viabilizar coerência e unidade ao ordenamento e de legitimar a atuação estatal, é uma das formas de permitir ao Direito se adequar às transformações sociais e temporais sem a necessidade de mudanças constantes em seus textos via processo legislativo e, ainda, sem a necessidade de interpretação deturpada de escritos positivados no sentido de forçá-los a dizerem o que não dizem.⁴²⁰ Fernando Sainz Moreno expõe que os termos abertos correspondem a uma forma de permitir à norma melhor se adaptar à realidade.⁴²¹ Não se deve esquecer que a dinamicidade e velocidade atinentes às transformações das relações sociais são muitas vezes mais intensas e frequentes que aquelas referentes à modificação do ordenamento jurídico.

Do distanciamento entre o ser e o dever ser nascem hiatos⁴²², ou seja, espaços de afastamento entre o que diz o ordenamento e o que deseja a sociedade. A constatação de um hiato desta ordem não enseja a necessária elaboração de novo dispositivo normativo, muitas vezes será possível encontrar o seu preenchimento em processos de interpretação e densificação de conteúdo de um texto já existente. As expressões abertas, por serem plurissignificativas, comportam este tipo de procedimento de interpretação atualizadora com facilidade.

A textura aberta das palavras, útil ao Direito em aspectos variados, carrega consigo a marca da imprecisão e a consequente dificuldade de preenchimento de seu conteúdo, fatos

⁴¹⁸D'ARGENIO, Inés. **La administración pública**: crisis del sistema autoritario. La Plata: Platense, 2012. p. 77.

⁴¹⁹ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 1-244, abr./jun.2011. p.61.

⁴²⁰Carrió discorre sobre os limites internos e externos da linguagem normativa e critica as utilizações de linguagem que visam ultrapassá-los, a ponto de dizer que são tão ridículas quanto “querer tomar la sopa con el tenedor”. CARRIÓ, Genario R. **Sobre los límites del lenguaje normativo**. Buenos Aires: Astrea, 2001. p. 20-21. Em tradução livre: “querer tomar a sopa com o garfo” (tradução nossa).

⁴²¹ MORENO, Fernando Sainz. **Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Editorial Civitas, 1976. p. 95-98.

⁴²²“Em outras palavras: em qualquer de seus modelos escritos, a Constituição contemporânea deverá necessariamente se voltar no sentido de apreensão desta nova estrutura social, sob pena de estarmos diante de uma superlei não inspirada na própria realidade para a qual será destinada. Vale ressaltar que neste caso, ao passar o tempo, este divórcio entre a Constituição escrita e a realidade, provocará um Hiato Constitucional e, em consequência, a necessidade de convocação de uma Assembleia Constituinte, a qual, no exercício do Poder Constituinte elaborará novo texto, agora representativo dos valores sociais existentes.”DANTAS, Ivo. A pós-modernidade como novo paradigma e a teoria constitucional do processo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2234, 13 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13310>>. Acesso em: 20 jan. 2014. p. 1.

que não devem ser entendidos como sinônimos de uma impossibilidade de compreensão do significado destes termos. No contexto de análise da imprecisão da linguagem, importante se faz ressaltar que a inexatidão contenedora não é exclusividade dos termos abertos. A imprecisão da linguagem, nítida e imediatamente detectada na textura aberta, se faz presente também em expressões aparentemente exatas.⁴²³

Entre expressões mais ou menos exatas, a filosofia da linguagem contemporânea reconhece a variados signos linguísticos alguma dosagem de imprecisão. Esta imprecisão, inclusive, tanto habita os termos como também os seus conceitos e, mais ainda, os fatos sobre os quais incidirão.⁴²⁴ As palavras comportam, todas elas, umas mais e outras menos, zonas de certeza positiva (significados com ela relacionados), zonas de certeza negativa (significados com elas não conectados) e zonas de penumbra (dúvidas quanto à sua adequação a certos conceitos). Dessa maneira, trazem consigo alguma dosagem de imprecisão, assim como os conceitos que a elas se referem, posto que formados por palavras.

A imprecisão da linguagem é uma inevitável característica da comunicação humana, como ensina Nicolas Calera.⁴²⁵ Agustín Gordillo, neste sentido, expõe que todas as palavras da linguagem têm uma zona central onde o seu significado é mais ou menos certo e uma zona exterior na qual sua aplicação é menos usual e se faz cada vez mais duvidoso saber se a palavra pode ser aplicada ou não. Para o autor, isto se resolve em parte buscando qual é o

⁴²³ “Es imposible superar esa dificultad, pues el lenguaje natural tiene como siempre textura abierta: no puede lograrse precisión en las definiciones, palabras o símbolos, a menos que construyamos un lenguaje artificial. Eso es lo que han hecho las ciencias exactas y eso es lo que hasta ahora no puede hacer el derecho: En consecuencia, no puede lograr la precisión que caracteriza a las llamadas ciencias exactas. En cualquier caso, la aplicación de la lógica simbólica al derecho permite evitar razonamientos inválidos, pero no soluciona el problema de la imprecisión del lenguaje y de los términos jurídicos de que se parte, ni tampoco su uso emotivo. Tampoco soluciona, desde luego, los problemas axiológicos que es indispensable tener en cuenta en la interpretación y aplicación del derecho.” GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo I. Parte General. 10. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009. p. I-17. Em tradução livre: “É impossível superar esta dificuldade, pois a linguagem natural tem como sempre textura aberta, não pode se lograr precisão nas definições, palavras ou símbolos, a menos que se construa uma linguagem artificial. Isso é o que têm feito as ciências exatas e isso é o que agora não pode fazer o Direito. Em consequência, não pode lograr a precisão que caracteriza as chamadas ciências exatas. Em qualquer caso, a aplicação da lógica simbólica ao Direito permite evitar raciocínios inválidos, mas não soluciona o problema da imprecisão da linguagem e dos termos jurídicos de onde parte, nem tampouco o seu uso emotivo. Tampouco soluciona, desde já, os problemas axiológicos que é indispensável ter em conta na interpretação e aplicação do Direito.”

⁴²⁴ Há quem diga que não se deve falar em “conceito jurídico indeterminado”, pois a ideia de conceito pressupõe alguma dosagem de determinação. Mais preciso linguisticamente seria falar em termo impreciso. A imprecisão reside, para esta corrente, na expressão, na palavra, mas não em seu conceito. Em tal sentido: GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 146. Por outro lado, existe quem exponha que a imprecisão habita sim o conceito. Em tal sentido: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 58 – 62.

⁴²⁵ CALERA, Nicolas Lopez. El interés público: entre la ideología y el derecho. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 44, p. 123-148, 2010. p. 133.

contexto em que a palavra foi empregada por quem a utiliza, a expressão em que aparece, ou mesmo as situações com as quais está em uma função de conexão.⁴²⁶

O Direito é rico em exemplos que comprovam esta hipótese. A palavra *casa*, por exemplo, cotidianamente utilizada com o significado de espaço destinado à habitação, recebe do Direito conotação mais ampla.⁴²⁷ A Constituição de 1988 expõe que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, exceto em situação de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, XI); o Código Penal, tratando do significado da palavra casa no contexto do crime de violação do domicílio, a ela se refere como qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva ou compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade; exclui do conceito as hospedarias, estalagens ou habitações coletivas abertas, tavernas, casas de jogos e outras similares (art. 150, §4º, CP).

Em um simples exemplo aleatoriamente escolhido é possível notar, apesar de seu aparente e cotidiano conteúdo unívoco, um caminho multidimensional de preenchimento de significado. Esta constatação revela a marca da imprecisão da linguagem, inclusive no que diz respeito especificamente ao Direito.⁴²⁸ Se a indeterminação linguística é uma realidade, o que faz das expressões abertas algo diferente?

⁴²⁶ Tradução livre (tradução nossa). Em seu trecho integral original diz o autor: “Todas las palabras del lenguaje tienen una zona central donde su significado es más o menos cierto y una zona exterior en la cual su aplicación es menos usual y se hace cada vez más dudoso saber si la palabra puede ser aplicada o no. Ello se resuelve en parte buscando cuál es el contexto en que la palabra ha sido empleada por quien la utiliza, la expresión en que aparece, o incluso las situaciones con las cuales está en una función de conexión.” GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. Tomo 1. Parte general. 10. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009. p. I-17 – I-18.

⁴²⁷ O §4º, do art. 150 do Código Penal bem reflete essa realidade. “Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências: [...] §4º - A expressão "casa" compreende: I - qualquer compartimento habitado; II - aposento ocupado de habitação coletiva; III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. § 5º - Não se compreendem na expressão "casa": I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior; II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.” BRASIL. **Decreto Lei n.º 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.

⁴²⁸ Ricardo Guastini, analisando o tema, expõe que os documentos normativos são formulados a partir de uma linguagem natural, e não em linguagem artificial onde todos os termos e conectivos sintáticos estão rigorosamente definidos. A linguagem natural, diz ele, não se sujeita a regras semânticas e sintáticas bem definidas. O significado dos enunciados da linguagem natural, desse modo, é fatalmente indeterminado e daí nascem os problemas da interpretação. Em sua versão literal e original diz o autor: “Generalmente, los documentos normativos, es decir las fuentes del derecho, son formulados no ya en un lenguaje artificial – en el que todos los términos y todos los conectivos sintáticos estén rigurosamente definidos – sino en un lenguaje natural. El lenguaje natural no está sujeto a reglas semánticas y sintáticas bien definidas. El significado de los

A resposta é simples, a peculiaridade reside justamente na amplitude da zona de penumbra que as habita, posto que costuma ser consideravelmente maior do que aquela referente às palavras mais exatas. No que tange ao Direito e suas minúcias, a imprecisão linguística possui um incômodo peculiar: o de trazer para perto de si o discurso do temor com relação à disseminação da insegurança jurídica. Inexatidão e insegurança jurídica geram no universo do Direito algumas ressalvas às expressões abertas.

É importante considerar, todavia, que a realidade não pode ser compreendida em poucas e exatas palavras, pois habitualmente as supera em diversidade e complexidades. Se as normas regulam as relações sociais, se são externadas em palavras, trazem consigo, invariavelmente, a marca da imprecisão, pois o significado e conteúdo que comportam não são elementos a serem simplesmente revelados em um primeiro contato visual com o texto positivo, mas sim que demandam um processo de interpretação e construção com racionalidade e motivação.

Dentro do tema da abstração e imprecisão dos termos, deve se dizer que não apenas a incerteza, em abstrato, das palavras e de seus conteúdos afeta o Direito, a inexatidão da representação dos fatos, em concreto, sobre os quais incidirão as expressões jurídicas ao serem interpretadas, igualmente gera reflexos intensos no universo jurídico.⁴²⁹ As palavras comportam imprecisões, bem como os fatos ao se fazerem representar. Marcelo Neves, neste sentido, ao discorrer sobre as normas no Direito contemporâneo, expõe que a ambiguidade e vagueza são características suas, a ambiguidade focada nos significados plurais que comportam e a vagueza ligada aos seus limites factuais, aos fatos aptos a se encaixarem na norma.⁴³⁰ Desse modo, expõe:

Para a superação da ambiguidade de disposições normativas, é fundamental a *interpretação* do respectivo texto. Para a superação da vagueza e a aplicação da normativa a um caso concreto, vai-se além, desenvolvendo-se um amplo processo seletivo de *concretização da norma*.[...]A concretização implica, portanto, a

enunciados del lenguaje natural, por tanto, es fatalmente indeterminado. De ahí nacen los “problemas” de la interpretación.” GUASTINI, Ricardo. Problemas de interpretación. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 7, p. 121-131, out. 1997. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/problemas-de-interpretacin-0/>>. Acesso em: 07 out. 2014. p.121.

⁴²⁹RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 108.

⁴³⁰NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.p. 6.

interpretação tanto do texto da norma quanto dos fatos jurídicos relevantes para o caso.⁴³¹

A reunião dos elementos aqui apresentados e a constatação das indeterminações que permeiam o Direito no plano abstrato e concreto mostram que não se deve esperar do ato de interpretação e aplicação dos textos jurídicos exatidão plena. A interpretação e aplicação do Direito, por serem formadas por representações linguísticas da realidade, serão vagas em alguma dosagem. Ciente das imprecisões que necessariamente permeiam o Direito, importante se faz buscar mecanismos plurais de racionalidade, limitação, objetivação mínima de seu conteúdo e controle. É justamente este o foco aqui buscado com relação a ideia de interesse público: expor caminhos que viabilizem a sua objetivação mínima, uso racional e controle, especialmente ao se considerar a tradicional visão que o põe em posição de supremacia com relação ao interesse privado.

A expressão interesse público é texto positivado no ordenamento brasileiro, palavra de textura aberta. Marcelo Figueiredo, a analisando, expõe: “O conceito de interesse público é indeterminado, plurissignificativo e de difícil definição.”⁴³² Dentro do gênero dos termos plurissignificativos, a palavra interesse público é tradicionalmente qualificada como conceito jurídico indeterminado.⁴³³ Para Regina Helena Costa, “[...] deve se entender por conceitos indeterminados aqueles cuja realidade a que se referem não aparece bem definida, cujo conteúdo e extensão não estão delimitados precisamente”.⁴³⁴ Apesar da ausência de delimitação precisa, as suas consequências jurídicas, quando presente a sua exata hipótese de incidência em determinado caso concreto, são conhecidas, posto que previstas na normativa vigente.⁴³⁵

⁴³¹NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.p. 7.

⁴³²FIGUEIREDO, Marcelo. Breve síntese da polemica em torno do conceito de interesse público e sua supremacia:tese consistente ou devaneios doutrinários? In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 409.

⁴³³ “Las indudables dificultades que comporta la comprensión y la determinación de los contenidos aplicables de este concepto conducen a que frecuentemente sea calificado (o descalificado) como un *concepto ideológico* o político. Desde luego, no se trata de uno de esos conceptos jurídicos perfectamente perfilados por la dogmática jurídica a pesar de lo mucho que se ha escrito sobre él. En el mejor de los casos, se ubica dentro de los llamados “conceptos jurídicos indeterminados” CALERA, NicolasLopez. El interés público:entre la ideología y el derecho.**Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 44, p. 123-148, 2010. p. 125.

⁴³⁴ COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídico indeterminados e discricionariedade administrativa. **Justitia**, São Paulo, 51 (145), jan./mar., 1989. p. 37.

⁴³⁵ Discorrendo sobre zonas de certeza e de penumbras em conceitos indeterminados no Direito Público ver: CASSAGNE, Juan Carlos. **Estudios de derecho público**. Buenos Aires: Depalma, 1995. p. 164.

É o que acontece, por exemplo, na desapropriação por interesse público (interesse social), preencher o conteúdo do interesse público, dizer onde se faz presente no caso concreto, como e por quais razões, são tarefas árduas que demandam o exercício da hermenêutica, a clara e coerente racionalização e motivação da decisão tomada, a concretização da norma. Uma vez detectada a presença do interesse público no caso concreto, a sua consequência é sabida: a possibilidade de ser efetuada a desapropriação prevista em lei. Pelo exposto, nota-se que, apesar de complexa, a definição, interpretação e concretização do interesse público são possíveis e condicionadas pela juridicidade.

De todo modo, por sua caracterização linguística imprecisa, a palavra interesse público abre espaço inegável ao seu uso retórico.⁴³⁶ Jaime Rodriguez-Arana, analisando o tema, diz que no Estado Democrático de Direito o que não pode ocorrer é a simples apelação genérica ao interesse geral, pois isso por si só não legitima a atuação administrativa.⁴³⁷

Ao se considerar a aplicação cotidiana do termo pela Administração Pública, sujeito tradicionalmente encarado como detentor da gestão da supremacia do interesse público sobre o privado, a questão da eloquência se agrava e faz nascer preocupações quanto a uma possível prática de ilícitos e arbítrios pelo Poder Público em detrimento de direitos fundamentais dos cidadãos. Floriano Marques Neto, abordando este tipo de uso da expressão, assim diz:

Para consagrar o interesse público o Estado tudo poderia; porém, cabe ao governante decidir, a cada situação, o que vem a ser o interesse público. Logo, tal paradigma confere à autoridade uma margem amplíssima de liberdade para intervir na esfera privada.⁴³⁸

Por ser abstrato, pela possibilidade de seu uso retórico, muitas são as críticas hoje direcionadas ao interesse público, havendo inclusive quem o julgue inadequado ao Direito contemporâneo.⁴³⁹ Há, ainda, a exemplo de Humberto Ávila, quem exponha que por ser

⁴³⁶ O termo retórico foi aqui usado no sentido de eloquente.

⁴³⁷ RODRIGUEZ – ARANA, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y estado del bienestar**. 1. ed. Madrid: Iustel, 2012. p. 31.

⁴³⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 428.

⁴³⁹ Falando a respeito do tema ver: GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 29.

expressão de difícil concretização deveria ser-lhe recusado “[...] caráter ético-jurídico condicionante”⁴⁴⁰.

O discurso retórico da busca do interesse público, de fato, pode viabilizar a tutela não legitimada de interesses de grupos determinados, esta possibilidade em isolado, todavia, não deve colocar em descrédito a existência jurídica do termo ou a sua utilidade para legitimação do agir da Administração.⁴⁴¹ No caso brasileiro, inclusive, a sua existência e desdobramentos jurídicos se tornam incontestes, posto que positivado como texto constitucional. Daniel Hachem, nesta linha de pensamento expõe: “Ter consciência da função ideológica desempenhada pela noção de interesse público pode ser um instrumento a favor do jurista: basta instrumentalizá-la em benefício da própria ideologia democrática.”⁴⁴²

O fato de ser o *interesse público* expressão aberta não o deslegitima ou implica na necessidade de sua retirada do ordenamento jurídico.⁴⁴³ Importante se faz dizer, no contexto do reforço de sua existência e juridicidade, que a expressão habita o Direito contemporâneo em perspectiva internacional, não sendo uma excentricidade brasileira. É termo já internacionalizado, reside em inúmeros países, é atual, se recompõe sem cessar e a sua atualidade deriva especialmente de sua abstração.⁴⁴⁴ O preenchimento de seu conteúdo, como antes dito, é difícil, porém não impossível.

O que seria das inúmeras expressões abertas hoje vigentes no Direito brasileiro se o viés de pensamento de sua exclusão preponderasse? Como ficaria a dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil? E a ideia de justiça?

⁴⁴⁰ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 jan. 2014.

⁴⁴¹ KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 126.

⁴⁴² “Certo é que não se deve ignorar a função ideológica de legitimação do poder exercida pela locução *interesse público*.” HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 1-244, abr./jun.2011. p.62.

⁴⁴³ Em tal sentido ver: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 81. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 98.

⁴⁴⁴ Em tal sentido ver: D’ARGENIO, Inés. **La administración pública: crisis del sistema autoritario**. La Plata: Platense, 2012. p.77.

O interesse público é expressão aberta, plurissignificativa, porém sempre definível diante do caso concreto.⁴⁴⁵ O seu processo de identificação é inaugurado no plano textual normativo e, uma vez construído o seu conteúdo diante do caso concreto, abre-se a possibilidade de seu controle. A concretização da norma se inicia no plano constitucional, adentra no âmbito legislativo, passando posteriormente pelo universo administrativo e, quem sabe, a depender de ação neste sentido, também pelo plano jurisdicional.

Hoje, a complexidade das relações sociais e os plurais interesses que divergem dentro delas ensejam a necessidade de definir com maior clareza conceitos abertos que direcionam e legitimam o agir estatal, é exatamente o que acontece com o interesse público. A delimitação de seus limites e possibilidades se faz indispensável para evitar populismo, arbitrariedade e demagogia em sua utilização. O interesse público, assim como os demais signos linguísticos, possui zona de certeza negativa, zona de certeza positiva e zona de penumbra. Ainda que abstrato, mesmo dotado de zona de penumbra ampla, é possível identificar a sua essência; a Constituição Federal de 1988 exerce papel fundamental neste processo.⁴⁴⁶ Leis, precedentes judiciais sólidos, tratados internacionais e súmulas vinculantes também são elementos aptos a orientarem a atribuição de conteúdo à expressão interesse público. Faz-se indispensável atentar, ainda, para o microsistema jurídico que trata do interesse público no caso concreto (direito ambiental, direito financeiro...)⁴⁴⁷.

Ressalte-se que o termo interesse público, no Direito brasileiro, não possui um grau de imprecisão único, idêntico em todas as hipóteses ou universal; o grau de imprecisão de seu conteúdo irá variar conforme o caso concreto que enseja o seu uso. Em algumas hipóteses a expressão interesse público terá a sua indeterminação menos acentuada, é o que pode ocorrer, por exemplo, quando a lei oferecer rol taxativo que permita preenchê-la⁴⁴⁸ e, ainda, nas

⁴⁴⁵ ESCOLA, Hector. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 240, 249.

⁴⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 99. MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p.455.

⁴⁴⁷ Em tal sentido ver: KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 141-142.

⁴⁴⁸ “[...] c’est généralement au législateur qu’il revient de définir, avec la précision nécessaire, la plupart des éléments composant l’intérêt public.” DEVOLVÉ, Pierre. VEDEL, Georges. **Droit administratif**. I. Paris: Presses Universitaires de France, 1958. p. 518. Em tradução livre: “[...] é geralmente o legislador quem define, com a precisão necessária, a maioria dos elementos que compõem o interesse público.” (Tradução nossa).

situações de existência de uma jurisprudência racional e motivada sobre certo tema, seja ela de ordem jurisdicional ou administrativa.⁴⁴⁹

Nesta linha de pensamento também se posiciona Regina Helena Costa, para quem a discricionariedade no âmbito dos conceitos indeterminados possui graus variáveis e, em face de sua diversidade, formas distintas de intensidade e abrangência de controle jurisdicional.⁴⁵⁰ Para a autora, se o caso concreto envolve texto normativo marcado por “conceitos de experiência, determináveis mediante interpretação, o controle judicial é amplo”; se, ao invés disso, a hipótese envolve “situação marcada por conceitos de valor, cuja significação é preenchida por meio da apreciação subjetiva do órgão administrativo”, o controle é sutil, apenas podendo envolver “contornos”. E, por fim, diz a teórica haver situações em que a lei fornece caminho alternativo de atuação para a Administração, mas que por elementares fáticas apenas um pode ser o resultado viável, legítimo e possível. Neste último caso, o controle judicial da decisão administrativa seria no sentido de determinar a “[...] única admissível **in concreto**”.⁴⁵¹

Aqui, a ideia é a de que o papel da Hermenêutica Jurídica⁴⁵² e o uso racional de seus ensinamentos são peças fundamentais na redução das incertezas que permeiam a concretização da expressão interesse público. As expressões abertas ensejam ao sujeito que delas se utiliza no caso concreto maior liberdade em sua interpretação e, simultaneamente, maior esforço argumentativo na construção de seus conteúdos, posto que menos óbvios, isso quando comparados às expressões mais exatas.

Onde há texto jurídico, seja vago ou não, haverá interpretação e neste processo de aplicação e densificação que irá mudar é a amplitude e complexidade das atividades hermenêuticas conforme o tipo de palavra a ser interpretada e os casos concretos aos quais se direciona a sua análise. Já que os resultados interpretativos dentro da moldura podem ser plurais, há liberdade⁴⁵³ na escolha daquele que prevalecerá diante do caso concreto. Como a

⁴⁴⁹ Em tal sentido ver: ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Tomo I. 3. ed. Barcelona: Rosch Casa Editorial, 1970. p. 187-191.

⁴⁵⁰ COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Justitia**. São Paulo, v. 51, n. 145, p. 34-54, jan./mar., 1989. p. 51-52.

⁴⁵¹ COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Justitia**. São Paulo, v. 51, n. 145, p. 34-54, jan./mar., 1989. p. 51-52.

⁴⁵² Sobre algumas das teorias contemporâneas de interpretação ver: JUST, Gustavo. **Interpréter les théories de l'interprétation**. Paris: L'Harmattan, 2005.

⁴⁵³ Em tal sentido ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos

liberdade aqui mencionada é liberdade juridicamente condicionada, não deve ser ela entendida como sinônimo de arbitrariedade, a escolha interpretativa realizada deverá ser orientada pela juridicidade, devidamente motivada e esclarecida.⁴⁵⁴ É preciso que a Administração atue para encontrar a melhor resposta para o caso.⁴⁵⁵

A abertura textual leva a uma maior necessidade de justificação e de motivação com clareza. O uso do interesse público, assim, deve ser sempre motivado, em maior ou menor grau, e sempre justificado. A Administração define o interesse público até onde a lei permite que ela o faça, até onde o Direito a viabiliza fazer.⁴⁵⁶

Por óbvio, as constatações teóricas aqui feitas não são suficientes para evitar o mau uso da expressão, há de se reconhecer a possibilidade fática de uso abusivo do termo interesse público (mundo do ser) em contrariedade ao que intenciona o Direito (dever ser). É possível ser feita interpretação arbitrária, em favor de grupos específicos e carente de legitimidade constitucional.⁴⁵⁷ Esta prática, todavia, deve ser combatida e controlada.⁴⁵⁸

Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

⁴⁵⁴ Neste sentido ver: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 103.

⁴⁵⁵ Em se tratando da atuação da Administração diante de termos que se caracterizam como conceitos jurídicos indeterminados, a doutrina costuma dividir-se quanto à sua caracterização, havendo quem a considere, em face da liberdade ali presente, atuação de ordem discricionária e, ainda, quem a enxergue como ato de interpretação. Na presente tese, com foco na ideia de que discricionariedade é sinônimo de liberdade juridicamente condicionada, se entenderá haver neste tipo de atuação da Administração a marca da discricionariedade. Como o preenchimento das expressões que se caracterizam como conceitos indeterminados é de ordem multidimensional e não unidirecional, em tal ato de preencher há liberdade condicionada pela juridicidade. Quanto à interpretação, esta reside em toda e qualquer aplicação de texto jurídico, seja conceito indeterminado ou palavra de ordem mais exata. Interpretar é pressuposto indispensável à construção e aplicação da norma. As ideias de interpretação e discricionariedade, portanto, não são aqui vistas como excludentes. Sobre o tema ver: NOHARA, Irene Patrícia. Conceitos jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 7, p. 167-193, jan./jun. 2010. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/TEMP/aa39f363-9dec-4f10-99ea-02562f17004f.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2010.

⁴⁵⁶ DEVOLVÉ, Pierre. VEDEL, Georges. **Droit administratif**. I. Paris: Presses Universitaires de France, 1958. p. 518.

⁴⁵⁷ Neste sentido ver: SALOMÉ, Joana Faria. O processo na história: entre interesse público e interesse privado. **Direito público**: Revista Jurídica da Advocacia-geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 1/2, p. 101-112, jan./dez., 2010. p. 113.

⁴⁵⁸ “[...] *el interés general o el interés público no pueden usarse como cobertura indiscriminada del poder público, que los debe tener por criterio de actuación, que los ha de garantizar y a los que debe servir.*” GIL, José Luis Meilán. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. A&C. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, Ano 10, n.º. 40, p. 171-198, abr./jun., 2010. p. 174. Tradução livre: “[...] o interesse geral ou interesse público não podem ser utilizados como cobertura indiscriminada do poder público, que os deve ter como critério de atuação, que os deve garantir e aos quais deve servir.” (Tradução nossa).

Jaime Rodriguez-Arana, dentro do tema dos limites administrativos com relação ao uso e disciplina do termo, expõe que o papel confiado à Administração Pública para estabelecer a formação regulamentar do interesse geral tem natureza secundária, subordinada à Constituição e às leis. Por isso serão nulas de pleno direito as normas e atos administrativos que contrariem ou desconheçam os mandatos inscritos no bloco de constitucionalidade, por invadirem ou lesionarem este núcleo essencial que só à Constituição e à lei, em seu desenvolvimento, compete.⁴⁵⁹

A abertura textual que caracteriza a expressão a torna mais aberta à política em seu preenchimento, porém não exclusivamente aberta à política, a juridicidade em seu âmbito deve se fazer sempre presente e, se notada ausente, o controle pertinente deverá se efetuar.⁴⁶⁰

2.4 Interesses públicos plurais: desconstruindo o mito do interesse público único

O povo brasileiro, fruto da fusão de realidades distintas, de matriz preponderantemente africana, indígena e europeia, mantém dose de unidade coletiva e conserva foco de união que permite identificar em seu âmbito uma nação. Nos dizeres de Darcy Ribeiro, “os brasileiros se sabem, se sentem e se comportam como uma só gente”.⁴⁶¹

O mencionado autor, discorrendo sobre a formação deste povo, ressalta, apesar da identidade nacional, a manutenção da diversidade, especialmente como fruto de questões ecológicas, econômicas e de imigração. Assim, o povo brasileiro possui unidade, mas sem perder a marca da pluralidade. Na perspectiva ecológica, expõe Darcy Ribeiro que o meio ambiente e suas variáveis fizeram nascer paisagens diversas, necessidades múltiplas e formas inúmeras de adaptações humanas a essas realidades. No viés econômico, diz que foram criadas “[...] formas diferenciadas de produção, que conduziram a especializações funcionais e aos seus correspondentes gêneros de vida”. No que tange à imigração, narra que esta foi a

⁴⁵⁹ RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y estado del bienestar**. Madrid: Iustel, 2012. p. 48. Tradução livre (tradução nossa). O autor, em seu texto literal e original, diz: “el papel confiado a la Administración pública para establecer la formación reglamentaria del interés general tiene naturaleza secundaria, subordinada a la Constitución y a las leyes. Por eso será nulas de pleno derecho las normas y actos administrativos que contraríen o desconozcan los mandatos inscritos en el bloque de constitucionalidad, por invadir o lesionar ese esencial núcleo primario que sólo a la Constitución y a la ley, en su desarrollo, compete.”

⁴⁶⁰ Sobre a relevância dos mais variados mecanismos de controle incidentes sobre as mais plurais atuações do Estado expõe Marcos Nóbrega: “Um dos pontos sensíveis da construção de um Estado ágil e transparente é a questão do controle. Esse tema que por muito tempo foi tratado como secundário, pouco relevante, ganha espaço cada vez mais contundente em diversos países.” NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Os tribunais de contas e o controle dos programas sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 55.

⁴⁶¹ RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 13ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 19.

responsável por introduzir “nesse magma, novos contingentes humanos, principalmente europeus, árabes e japoneses”.⁴⁶² É deste caldeirão que brota o Brasil nação com a sua peculiar diversidade.

Ainda que entendida como diversa e plural, a sociedade brasileira recebe alguns “mitos” qualificadores que aparentam ter o potencial de apontar para uma possível superação do pluralismo nacional. Alcida Rita Ramos, avessa a tal concepção, narra:

A nação brasileira vem-se construindo sobre duas premissas principais: uma é a unidade territorial e linguística; a outra é a suposta homogeneidade cultural que resultou da combinação de três “raças”: indígena, negra e europeia. A primeira premissa, no que concerne à territorialidade, sustenta-se empiricamente, ainda que tenha sido um grande foco de contestação em séculos passados. No que tange à unidade linguística, se excluirmos as cerca de 170 línguas indígenas, o alemão, italiano, japonês, entre outros idiomas falados oficiosamente pelo país afora, mais a miríade de dialetos que recobre a nação, o português é, de fato, o que distingue imediatamente o Brasil do resto das américas. Porém, a segunda premissa, da homogeneidade cultural, não passa de mistificadora ideologia.⁴⁶³

Darcy Ribeiro, em linha semelhante, expõe que a unidade nacional e a identidade entre os brasileiros “[...] não devem cegar-nos, entretanto, para disparidades, contradições e antagonismos que subsistem debaixo delas como fatores dinâmicos de maior importância”.⁴⁶⁴ A sociedade, desse modo, não apenas é plural como também é desigual. Nem o mais recente fenômeno político, econômico e social denominado globalização⁴⁶⁵ foi apto a anular as peculiaridades do povo brasileiro e as suas identidades locais.⁴⁶⁶

⁴⁶²RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 13ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.p. 18.

⁴⁶³RAMOS, Alcida Rita. O pluralismo brasileiro na berlinda. **Etnográfica**, Portugal, v. VIII (2), p.165-183, 2004. p. 165.

⁴⁶⁴RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 13ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.p. 20.

⁴⁶⁵ Aqui se fala em globalização no sentido adota por Boaventura Souza Santos. Neste sentido diz o autor: “globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival. As implicações mais importantes desta definição são as seguintes. Em primeiro lugar, perante as condições do sistema mundo-ocidental não existe globalização genuína; aquilo a que chamamos globalização é sempre a globalização bem-sucedida de determinado localismo. Em outras palavras, não existe condição global para a qual não consigamos encontrar uma razão local, uma imersão cultural específica. [...] A segunda implicação é que a globalização pressupõe a localização. De fato, vivemos tanto em mundo de localização como de globalização.” SANTOS, Boaventura Souza. Para uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 48, p. 11-32, jun. 1997.Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em: 01 jul. 2014.p. 10-11.

⁴⁶⁶ Diogo Figueiredo Moreira Neto, ao discorrer sobre a conexão entre pluralismo e globalização, expõe que na realidade atual o pluralismo semeia “um ambiente suficientemente complexo para combinar com sucesso com a globalização político-econômica com a mundialização sociojurídica”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e estado**. O direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 26.

Se o Estado é reflexo da sociedade, e se a sociedade atual traz com ela a marca da diversidade, o Estado contemporâneo insere dentro de si esta diversidade. A Administração Pública, por sua vez, pertencente a este Estado, também vive os reflexos do fenômeno da pluralidade. O interesse público, fruto dos anseios sociais, fim e fundamento da atuação da Administração, por óbvio que reproduz essa multiplicidade de interesses que é marca da coletividade.⁴⁶⁷ Não há, assim, “o interesse público”, mas sim vários interesses públicos⁴⁶⁸ passíveis de tutela jurídica por possuírem compatibilidade formal e material com a Constituição de 1988.⁴⁶⁹

O equilíbrio entre a proteção dos mais variados interesses tutelados pelo Direito parece ser prudente caminho rumo à construção concreta da ideia de interesse público.⁴⁷⁰ Nos dizeres de Aristóteles: “[...] o bem não pode ser algo único e universalmente presente, pois se assim fosse não poderia ser predicado em todas as categorias, mas somente numa”.⁴⁷¹

É a própria Constituição de 1988, inclusive, a responsável por inserir em seu âmbito a ideia de proteção à pluralidade de interesses.⁴⁷² Esta hipótese vem consagrada expressamente desde o preâmbulo constitucional⁴⁷³ que, como bem se sabe, não é norma jurídica, não vincula, mas possui função hermenêutica notória que não deve ser desconsiderada.

⁴⁶⁷ “Ao longo da história do pensamento sociopolítico ocidental, o interesse público configura um conceito essencialmente plurívoco cuja determinação de sentido tem sido tradicionalmente dilemática.” FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 68.

⁴⁶⁸ MAZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 47.

⁴⁶⁹ Sobre a importância da lei e da Constituição no preenchimento do conteúdo do interesse público em Estados pluralistas ver: MAURER, DR. Harmut. **Derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2011. Parte general.p.174 – 176.

⁴⁷⁰ KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 125.

⁴⁷¹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradutores: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Volume II.p. 53.

⁴⁷² Neste sentido ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Supremacia do interesse público *versus* supremacia dos direitos individuais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 156. NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 136.

⁴⁷³ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte

O preâmbulo reúne em si os sentimentos que pairavam sobre a constituinte, expõe os fins para os quais se deu a criação da Constituição, possui notório viés ideológico⁴⁷⁴, não contém dever ser, mas é útil instrumento norteador da interpretação e aplicação do texto constitucional.⁴⁷⁵

No que tange ao pluralismo de ideias especificamente, a sua inserção expressa no texto do preâmbulo da Constituição representa o respeito constitucional à diversidade, nos dizeres de José Afonso da Silva, significa a aceitação de uma “[...] sociedade conflitiva, de interesses contraditórios e antinômicos”. Reconhecido o pluralismo, nasce, como seu reflexo, a necessidade de busca pelo equilíbrio entre os interesses plurais colidentes, ao Poder Público, em especial, cumpre atingir esta finalidade.⁴⁷⁶

A tutela constitucional do pluralismo⁴⁷⁷ e diversidade não cessa no texto do preâmbulo, aponta em dispositivos normativos variados da Constituição de 1988 e se apresenta desde o primeiro artigo constitucional com a roupagem do pluralismo político e a natureza jurídica de fundamento da República Federativa do Brasil. O pluralismo político não é simples sinônimo de pluripartidarismo, mas sim de tutela do pluralismo de ideias, das visões distintas de mundo vigentes na sociedade brasileira.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” Preâmbulo. **BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

⁴⁷⁴ O STF, através de seu plenário, julgou Ação Direta de Controle de Constitucionalidade (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADI) responsável por abordar a omissão da expressão “sob a proteção de Deus” no preâmbulo da Constituição estadual do Acre. A ADI 2076, proposta pelo Partido Social Liberal, foi julgada improcedente pela Corte. No caso, o STF entendeu que o preâmbulo não era normativa criadora de direitos ou deveres, mas que apenas possuía viés ideológico. Para saber mais ver: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 2076. Acre. Relator: Ministro Carlos Velloso. 15.08.2002. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jul. 2014.

⁴⁷⁵ O STF, em uma de suas decisões, expôs: “O preâmbulo não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. É claro que uma Constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos. Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica. O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta: princípio do Estado Democrático de Direito, princípio republicano, princípio dos direitos e garantias, etc. Esses princípios, sim, inscritos na Constituição, constituem normas centrais de reprodução obrigatória, ou que não pode a Constituição do Estado-membro dispor de forma contrária, dado que, reproduzidos, ou não, na Constituição estadual, incidirão na ordem local.” BRASIL. **STF**. ADI 2076. Acre. Relator: Ministro Carlos Velloso. 15.08.2002. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jul. 2014.

⁴⁷⁶ Em tal sentido ver: SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 24.

⁴⁷⁷ Sobre a relevância do pluralismo no neoconstitucionalismo ver: ALCALÁ, Alberto del Real. Un sistema jurídico más sofisticado en el neoconstitucionalismo. **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**, Espanha, n. 23, p. 160-180, 2011. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=un+sistema+juridico+m%C3%A1s+sofisticado>. Acesso em: 07 out. 2014. p. 167-168.

De tão relevante para o Direito contemporâneo, há quem enxergue no pluralismo a natureza jurídica de direito fundamental de quarta dimensão, é o que entende Paulo Bonavides que, em tal sentido, expõe⁴⁷⁸:

São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.⁴⁷⁹

O art. 3º do texto constitucional, responsável por apresentar os objetivos fundamentais do país, apesar de não trazer especificamente o termo pluralismo, trata da tutela jurídica da diversidade ao estabelecer normativamente como meta a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor e idade e vedando qualquer forma de discriminação. O constituinte, preocupado com o acolhimento da diversidade no viés educacional, tratou de prever o pluralismo como texto expresso norteador da educação. Neste sentido, a Constituição estabelece o dever de ser promovida educação com respeito ao pluralismo de ideias (Art. 205, VI, CF/88). A tutela da liberdade de crença e de consciência e a valorização étnica e cultural constitucionalmente previstas igualmente podem ser entendidas como corolários do reconhecimento, pelo constituinte, de uma sociedade plural no Brasil (Art. 5, VI; Art. 215, V e Art. 216 – A, CF/88).

Os apontamentos na Constituição são inúmeros e o resultado não poderia ser diferente, a estruturação do interesse público com foco no pluralismo de ideias e na complexidade de interesses vigentes na sociedade é elemento compatível com a sistematicidade constitucional, além de ser coerente com a realidade social.⁴⁸⁰

Corroborando com tese da inadmissibilidade da existência de um interesse público único, assim expõe Floriano Marques Neto:

⁴⁷⁸ Zagrebelsky, igualmente atribuindo relevância à ideia aqui tratada, ensina que as atuais constituições são baseadas na coexistência de valores e princípios não absolutos, somente assumindo caráter absoluto o metavalor que se expressa no imperativo do pluralismo dos valores, no que tange ao aspecto substancial, e a lealdade em seu enfrentamento, no que diz respeito ao viés procedimental. ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999.p. 14-15.

⁴⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros. p. 571.

⁴⁸⁰ “[...]as sociedades contemporâneas são crescentemente sujeitas a clivagens de interesses. Os conflitos se tornam mais complexos. As aspirações de grupos e setores sociais ficam mais desafiadoras. A própria sociedade passa a ter mecanismos de organização mais sofisticados. [...] a pluralidade de interesses públicos, muitas vezes colidentes, fica explícita” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 429.

Não passa de um dogma a formulação de que exista um só interesse público a motivar, no caso concreto, a atuação estatal. Para cumprir sua função operacional e de justificação, formula-se uma concepção de interesse público singular, unitária, como se em cada provimento estatal existisse um e apenas um interesse público a ser consagrado. A partir dessa construção, mais retórica que substantiva, torna-se mais fácil legitimar a ingerência estatal, pois ela se reduz à seguinte formulação: a ação do poder público corresponde à consagração do interesse público no caso concreto, pressupondo que só existe um interesse de natureza metaindividual a ser consagrado em concreto.⁴⁸¹

Como a ideia de interesse público congrega dentro de si os mais plurais interesses amparados constitucionalmente, cabe à Administração conduzir forças supostamente opostas rumo ao equilíbrio entre interesses aparentemente colidentes.⁴⁸²

O termo *interesse público* não deve ser visto apenas como recurso linguístico abstrato e apto a uso retórico e vazio, mais que isso, deve ser visto como verdadeiro elemento para onde convergem interesses constitucionalmente tutelados, sejam públicos ou privados, individuais ou de ordem coletiva. O interesse público é, nos dizeres de Andreas Krell, verdadeira “[...] ‘síntese normatizada’ de interesses da sociedade”.⁴⁸³ Com a sua pluralidade e abstração, é veículo de concretização de outros elementos previstos com maior exatidão no ordenamento jurídico, essa é a sua “função de complementaridade”.⁴⁸⁴

Na prática, constatado conflito, sua resolução técnica, racional e constitucional deve ser buscada. Havendo a possibilidade de conciliar, diante do caso concreto, interesses públicos constitucionais a princípio vistos como opostos, esta deve ser a escolha, posto que apta a reforçar as ideias de unidade, sistematicidade e força normativa da constituição. Não havendo espaço para a conciliação, abre-se terreno para outros caminhos procedimentais, a exemplo da ponderação.

⁴⁸¹ MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 425.

⁴⁸² Atentando para as múltiplas formas de exteriorização do interesse público há, especialmente na doutrina estrangeira, quem o catalogue em espécies: interesse público geral, interesse público coletivo material, verdadeiros interesses coletivos públicos. Para saber mais ver: BACHOF, Otto; STÖBER, Rolf; WOLFF, Hans J. **Direito administrativo**: Volume I. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.p. 425-429.

⁴⁸³ KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 126 - 128.

⁴⁸⁴ KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 147.

2.5 Dicotomia público x privado: da distinção à interseção

Tradicionalmente apresentada de maneira simples, a dicotomia entre interesse público e privado vem sendo objeto de questionamentos e reflexões na atualidade.⁴⁸⁵ As origens mais remotas de sua aparição não são conhecidas em exatidão, havendo quem diga ser inerente à vida dos homens em perspectiva coletiva a divisão entre interesses do grupo e interesses do sujeito em isolado.⁴⁸⁶ A vida em grupo seria, sob tal olhar, nos dizeres de Joana Faria Salomé, verdadeiro “pressuposto lógico para o surgimento e identificação do binômio”.⁴⁸⁷

Focando-se em um passado mais recente e mais exato em termos de tempo e espaço, a doutrina tradicionalmente⁴⁸⁸ expõe que a distinção aqui tratada nasceu durante o Direito Romano, a partir de trabalho de Ulpiano responsável por diferenciar Direito Público e Direito Privado (170 e 220 d.C.).⁴⁸⁹ Carlos Ari Sundfeld, discorrendo sobre esta origem, diz que Ulpiano apontou a “[...] existência de duas perspectivas possíveis para o estudo do Direito: a primeira concernente ao modo de ser do Estado romano (normas sobre a organização política e religiosa do Estado); a segunda, relativa aos interesses dos particulares”.⁴⁹⁰ A separação originariamente romana entre público e privado foi essencial para estruturação do Estado

⁴⁸⁵ Neste sentido ver: NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 137. SALOMÉ, Joana Faria. O processo na história: entre interesse público e interesse privado. **Direito público**: Revista Jurídica da Advocacia-geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 1/2, p. 101-112, jan./dez., 2010.p. 113. SCHIMIDT – ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública; Marcial Pons, 2003.p. 162.

⁴⁸⁶ Originariamente, em se tratando de sociedades arcaicas, a presença do interesse público era mais intensa que a presença do interesse privado. Os sujeitos não possuíam amplo espaço para reivindicações individuais. A necessidade biológica de sobrevivência assim determinava. Neste sentido ver: SALOMÉ, Joana Faria. O processo na história: entre interesse público e interesse privado. **Direito público**: Revista Jurídica da Advocacia-geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 1/2, p. 101-112, jan./dez., 2010.p. 115.

⁴⁸⁷ Neste sentido ver: SALOMÉ, Joana Faria. O processo na história: entre interesse público e interesse privado. **Direito público**: Revista Jurídica da Advocacia-geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 1/2, p. 101-112, jan./dez., 2010. p 115.

⁴⁸⁸ Em tal sentido ver: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Supremacia do interesse público e Estado de Direito. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 41, p. 88 –89, jul./set. 2011.FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 68. FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 442. SALOMÉ, Joana Faria. O processo na história: entre interesse público e interesse privado. **Direito público**: Revista Jurídica da Advocacia-geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 1/2, p. 101-112, jan./dez., 2010.p. 118.

⁴⁸⁹SALOMÉ, Joana Faria. O processo na história: entre interesse público e interesse privado. **Direito público**: Revista Jurídica da Advocacia-geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 1/2, p. 101-112, jan./dez., 2010.p. 118.

⁴⁹⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**.5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 139.

Moderno, seus limites e tutela de direitos fundamentais dos cidadãos, havendo quem exponha que foi exatamente neste modelo estatal que a proposta da dicotomia atingiu o seu ápice.⁴⁹¹

O Estado Liberal, retomando traços da distinção do Direito Romano, manteve de um lado a concentração do poder junto a si, de forma limitada e em oposição à fragmentação da autoridade vista na Idade Média, e de outro a tutela de direitos fundamentais dos sujeitos. O Poder Público vivia a regra da abstenção com relação à vida privada em prol da defesa de uma esfera mínima de liberdade e dignidade dos indivíduos, tutelava preponderantemente direitos fundamentais de primeira dimensão e consagrava a ideia de igualdade formal.⁴⁹² Diante de modificações estruturais de ordem econômica e social, o Estado Liberal revelou a necessidade de ser repensado em seus moldes e finalidades, abrindo espaço à estruturação de um novo modelo de Estado: o chamado Estado Providência ou Estado Social.

O Estado Social, diferentemente do modelo a ele anterior, vivia a regra da intervenção na vida privada, era majoritariamente devedor de prestações positivas e oferecia tutela ampla a um novo leque de direitos fundamentais: os direitos sociais, econômicos e culturais. Após anos de existência, o Estado Social foi gradualmente sucedido pelo que hoje se convencionou chamar de Estado Pós-Social. O atual modelo estatal guarda dentro de si características de ambos os modelos anteriores, pois atua na vida privada através de ações e abstenções e tutela direitos fundamentais de ordens diversas.

Do Estado Liberal ao atual Estado Pós-Social décadas se passaram, foram profundas as transformações vividas pela dicotomia público x privado, hoje mantendo esta distinção algumas das raízes de sua origem no sentido de ser atribuído ao interesse privado viés predominantemente individual e ao interesse público viés preponderantemente estatal.⁴⁹³

⁴⁹¹ SANTOS, Ricardo Goretti. MIGUEL, Paula Castello. **Irradiação de direitos fundamentais nas relações jurídicas de direito privado**: aproximação de polos dicotômicos. XVIII Congresso de Pós-Graduação dos Estudantes de Direito, 2009, Maringá. p. 7259-7277. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais.php>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 7263.

⁴⁹² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In. MARRARA, Thiago (Organizador). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 420.

⁴⁹³ Neste sentido ver: SALOMÉ, Joana Faria. O processo na história: entre interesse público e interesse privado. **Direito público**: Revista Jurídica da Advocacia-geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 1/2, p. 101-112, jan./dez., 2010.p. 114.

De todo modo, mesmo diante de sua permanência, o repensar de seu conteúdo parece ser inevitável⁴⁹⁴, especialmente dentro de um modelo de Estado que divide com os particulares a execução de algumas das obrigações constitucionalmente impostas ao Poder Público.⁴⁹⁵ Não é à toa que já se fala em Direito Privado Administrativo, numa clara alusão à inserção do privado em um espaço jurídico muitas vezes visto como exclusivamente público.⁴⁹⁶

Boaventura de Sousa Santos qualifica como feito típico da transição pós-moderna o repensar ou a própria superação da ideia moderna da dicotomia público x privado. Neste sentido diz:

[...] as dicotomias que subjazem ao projecto da modernidade tendem a colapsar e os movimentos de oscilação entre os seus pólos são mais aparentes que reais. Assim sendo, estamos perante uma situação nova que, à falta de melhor nome se pode designar por transição pós-moderna.⁴⁹⁷

No repensar da dicotomia público x privado algumas considerações devem ser realizadas, a começar por aquela referente ao fato de não ser esta dicotomia unidirecional em resultados, mas sim multidirecional. A partição tradicional e hoje repensada entre público e privado desdobra-se em consequências jurídicas variadas, a exemplo da ideia de regime jurídico administrativo, da horizontalidade e verticalidade nas relações jurídicas entre os sujeitos, da forma de aplicação do Direito Público e Privado, do modo de produção de normas de Direito Público e de Direito Privado, da aparente oposição entre direitos individuais e sociais, dentre outras.

⁴⁹⁴ Recentemente, em debate realizado no STF no âmbito da análise da ADI responsável por questionar o financiamento de campanhas políticas por empresas privadas, a dicotomia público-privado apontou, sendo expressamente arguida nas argumentações do Ministro Dias Toffoli no seguinte sentido: “o financiamento público de campanha surge como a única alternativa de maior equilíbrio e lisura das eleições. Permitir que pessoas jurídicas participem do processo eleitoral é abrir um flanco para desequilíbrio da dicotomia público-privada. O voto não é exercido por pessoa jurídica. Ela não pode votar, não pode ser votada”. Nota-se, no voto do Ministro, rejeição à possibilidade de empresas privadas financiarem campanhas, dentre outros argumentos, por não serem as empresas privadas titulares do direito de voto e, ainda, por ser mais compatível com a Constituição, no que tange às empresas e o Estado, manter a tradicional ideia da dicotomia. Ressalte-se, que o STF ainda não atingiu posição conclusiva sobre o tema, estando pendente a ADI 4650 de decisão final. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 4650. Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento pendente. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4136819>>. Acesso em: 10 set. 2014.

⁴⁹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o poder e o direito. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 30, p. 13-43, jun. 1990.p. 20-21.

⁴⁹⁶ Em tal sentido ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

⁴⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o poder e o direito. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 30, p. 13-43, jun. 1990.p. 18.

De tão arraigada no plano do Direito, a dicotomia faz nascer sortidos modos de se referir a ideias jurídicas específicas e aparentemente opostas. Esta suposta oposição de ideias deriva justamente da conexão que cada uma delas possui com o referencial teórico daquilo que se considera público ou privado. É o que ocorre, por exemplo, com a publicidade e a defesa da privacidade, tradicionalmente apresentadas em oposição, ficando a primeira habitualmente rotulada como *pública* e a segunda como eminentemente *privada*.⁴⁹⁸

Do exposto ao redor da dicotomia é possível perceber a ausência de uso único, linear e absoluto de sua existência. A dicotomia é externada em análises plurais, assim como as consequências dela derivadas. Aqui, especificamente no presente tópico, por ser o interesse público na Administração Pública o foco de estudo, será analisada a dicotomia público x privado a partir da ideia de interesse público ligada à personificação do Poder Público⁴⁹⁹ e da ideia de interesse privado ligada ao indivíduo. É a aparente oposição do público como algo do Estado e do privado como elemento do indivíduo o centro de análise deste item.

Esta específica diferença entre o interesse público e o interesse privado, nascida a partir da dicotomia tradicional, traz consigo fins práticos e didáticos inúmeros, tem utilidade cotidiana e representa, nos dizeres de Fernando Dias Menezes de Almeida, instrumento “para a decidibilidade necessária à operação do Direito”. Mesmo assim, ainda que diante de sua

⁴⁹⁸ “a) à acessibilidade ao conhecimento de todos (em defesa, v.g., da transparência), versus a um tratamento reservado e pessoal em defesa da intimidade); b) ao destaque da vida em comum, com ênfase nas semelhanças entre os seres humanos (cidadãos), versus ao destaque na individualidade, com ênfase nas distinções; c) às atividades humanas voltadas ao suprimento de necessidades vitais do homem (“labor”), versus às atividades que visam produzir o mundo artificial em que a espécie humana vive, e que transcende a existência de cada indivíduo, e às atividades que correspondem à interação social e política dos homens em sua condição de pluralidade (respectivamente, trabalho” e “ação”); d) à utilidade sob o ponto de vista dos interesses do ente abstrato que personifica a sociedade humana, versus à utilidade sob o ponto de vista dos interesses dos indivíduos.” ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A distinção entre “Público” e “Privado” aplicada aos contratos celebrados pela administração. In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 237.

⁴⁹⁹ Essa ideia de público como algo do Estado também é usada de formas plurais: “a) critério orgânico, fundado sobre a qualidade das pessoas em questão; estando presentes na relação os governantes, há direito público; b) critério material, baseado no conteúdo das normas, considerando o interesse que elas têm por fim defender: públicos, da comunidade como um todo, ou privados, particulares dos membros da comunidade; c) critério formal, baseado na forma e nas relações jurídicas, sendo as de direito público caracterizadas por procedimentos de construção e pela ação unilateral enquanto as de direito privado seriam fundadas no livre acordo de vontades.” ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A distinção entre “Público” e “Privado” aplicada aos contratos celebrados pela administração. In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.p. 237.

relevância e operacionalidade, não deve ser compreendida como fronteira física, contéudística e de essência intransponível.⁵⁰⁰

No contexto de releitura proposto para a dicotomia, as ideias de interesse público e privado não devem ser entendidas como diametralmente opostas, em nada relacionadas ou plenamente antagônicas.⁵⁰¹ As diferenças existem, de fato, mas os pontos de interseção também, e faz-se indispensável considerá-los.⁵⁰² A relação de complementação que habita as ideias de interesse público e privado é bastante clara e pode ser retirada desde análises mais remotas de suas existências.⁵⁰³

Nas origens liberais do interesse público já era possível notar alguma zona de interseção entre este interesse e os interesses privados, posto que o interesse público possuía foco consistente justamente em defender os direitos individuais e liberais dos sujeitos, especialmente através de abstenções estatais e do respeito à legalidade. Com as modificações estruturais vividas pelo Estado, a ideia de interesse público também se modificou, porém sem abandonar a sua conexão com os interesses privados. O Estado Social, por exemplo, não negava a proteção dos direitos individuais e liberais via abstenção, ao contrário, a reconhecia e a ela acrescia, como viés marcante de sua atuação, a tutela de direitos coletivos através de prestações positivas. O interesse público, assim, se ligava às prestações positivas, mas também ao respeito aos direitos individuais dos sujeitos.

Hoje, o interesse público é compreendido como a roupagem coletiva dos interesses dos indivíduos enquanto membros de um grupo, levando em conta, nos ensinamentos de Natália Pasquini Moretti, “[...] o depósito intertemporal destes interesses, considerando-se

⁵⁰⁰ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A distinção entre “Público” e “Privado” aplicada aos contratos celebrados pela administração. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (Org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.p. 238.

⁵⁰¹CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 77.

⁵⁰²BARCELOS, Renato de Abreu. A profanação do interesse público no Estado Democrático de Direito: por um modelo procedimental de solução de colisões entre interesses públicos e privados. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, ano 12, n. 136, p. 61–74, jun., 2012.p. 67.

⁵⁰³ Em tal sentido, expõe Gustavo Ferreira Assed: “O conceito de interesse público “não dissocia completamente o interesse público do interesse das partes, já que identifica que o interesse dos indivíduos componentes de uma sociedade pode ser dividido em interesse particular e interesse enquanto partícipe de uma coletividade maior na qual se inserem. Em outras palavras, o interesse público seria a síntese do interesse individual de uma sociedade considerando o seu viés coletivo e não o interesse particular de cada um.” FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. In: MARRARA, Thiago (Organizador). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 445.

sua continuidade histórica e a sucessividade das gerações de seus nacionais”.⁵⁰⁴ Ainda em seus dizeres:

[...] o interesse público não é constituído autonomamente, dissociado dos interesses individuais, pois o interesse público apenas se justifica como resultante do conjunto de interesses que os indivíduos têm enquanto membros da Sociedade e pelo fato de o serem.⁵⁰⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁰⁶, analisando o tema, expõe ser o interesse público aquilo que o indivíduo, enquanto membro de um coletivo, entende ideal para a coletividade em determinado caso. Nota-se, assim, que para haver interesse público legítimo deve haver alguma contemplação de interesses dos cidadãos, especialmente por ser a Administração executora cotidiana da busca do bem desses sujeitos.⁵⁰⁷

Agustín Gordillo, neste sentido, diz: “En realidade, ambos tipos de garantias – si es que una tal división puede efectuar-se – se reafirmam mutuamente, del mismo modo que las libertades públicas también se complementam.”⁵⁰⁸

Há, portanto, clara zona de interseção entre o público e privado no que diz respeito à ideia de interesse jurídico, sendo o interesse privado parte integrante do conceito de interesse público. A conexão entre ambos se ressalta ao se proceder à análise da ideia de interesse público em viés concreto e em plano abstrato, fato que apenas se dará de modo detalhado mais à frente por questões metodológicas.

Aqui, oportuno seria já dizer que em um plano abstrato a tutela de direitos individuais existe por ter sido outrora considerada como de interesse público. A positivação de direitos é

⁵⁰⁴ MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 454.

⁵⁰⁵ MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p.454.

⁵⁰⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 61.

⁵⁰⁷ Em tal sentido ver: KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 131. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. MARRARA, Thiago (Organizador). São Paulo: Atlas, 2012. p. 424.

⁵⁰⁸ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009. Tomo 1. Parte general.p. III-36. Em tradução livre: “Na realidade, ambos os tipos de garantias – se é que uma tal divisão pode efetuar-se – se reafirmam mutuamente, do mesmo modo que as liberdades públicas também se complementam.” (Tradução nossa).

fruto daquilo que é considerado como de interesse público pelo legislador a partir da análise das aspirações sociais.⁵⁰⁹ Em concreto, a defesa e prevalência de um direito individual não implica na anulação plena da ideia de interesse público, pois a tutela jurídica desse direito específico, em viés abstrato, só existe por ter sido entendida como de interesse público.

Por todo o exposto, outra não poderia ser a conclusão que não a da existência de zona de interseção entre as ideias de interesse público e privado, especialmente ao se levar em consideração o fato de ser o Estado ente abstrato que congrega junto de si os indivíduos que a ele se referem, que com ele se relacionam, através dos quais e para os quais existe. Se o Estado é formado por sujeitos, se não possui vontade própria e completamente dissociada dos sujeitos que o compõem, interesses públicos e privados se conectam em alguma medida.

Questão interessante sobre a conexão entre interesse público e privado é aquela que envolve a possibilidade de ser o interesse público entendido como mera soma dos interesses individuais vigentes na sociedade. No contexto pós-positivista atual seria prudente definir interesse público como aquilo que é desejado pela maioria dos membros da sociedade? O tópico a seguir se propõe a analisar o tema.

2.6 Interesse público e maioria

Interessante questão a abordar em tempos de pós-positivismo, supremacia da constituição e reconhecimento de função contramajoritária das cortes constitucionais é aquela atinente ao caráter majoritário do interesse público. Se o interesse público consubstancia dentro de si os desejos dos indivíduos, deve ele necessariamente corresponder ao que deseja a maioria quantitativa da população? Interesse público é o mesmo que interesse da maioria?

⁵⁰⁹ Neste contexto, a positivação do interesse público parece se assemelhar ao que Gofredo Telles Junior denomina “direito natural”. Importante se faz dizer, diante do uso prático estruturado por anos na história e considerando experiências legislativas pretéritas, que é possível que o Legislativo legisle de forma a não encontrar respaldo em interesses da coletividade, sejam majoritários ou minoritários quantitativamente, apenas vindo a atender interesses específicos, pessoais, ultrapassados e não legítimos de certos sujeitos. Neste último caso poderia ser feita associação à ideia de “direito artificial” de Gofredo Telles Júnior. Para o autor a “legitimidade das leis depende de sua *compatibilidade com a normalidade ambiente*, ou seja, de sua *harmonia com as concepções éticas dominantes* numa coletividade.” Ilegítimas, para ele, “são as leis insólitas”, que se revelam “incompatíveis com a estrutura básica do País”. Ressalta Gofredo o papel desempenhado pela Constituição na busca pela legislação legítima. O autor apresenta, ainda, causas possivelmente geradoras de falta de legitimidade para as leis, seriam elas: erro do legislador, o arbítrio do poder, o desuso e a decrepitude do Direito. Convém lembrar aqui que para casos de ilegitimidade de uma normativa positivada o próprio Direito oferece possibilidades de resolução da situação entendida como problemática, a exemplo do controle de constitucionalidade. TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: 2001. p. 207-208, 212-219.

Alguns juristas responderiam positivamente os questionamentos formulados, em especial por entenderem que o interesse público necessariamente corresponde ao que é desejado por uma maioria de sujeitos e que ele apenas se impõe por ser majoritário.

Hector Escola, por exemplo, em trecho de sua obra responsável por discorrer sobre o viés tradicional do Direito Administrativo, neste sentido diz:

[...] existe el interés público cuando en él, una mayoría de individuos y en definitiva cada uno, puede reconocer y escindir del mismo su interés individual (Gordillo), personal, directo y actual o potencial. El interés público, así entendido, es no sólo la suma de una mayoría de intereses individuales coincidentes, personales, directos, actuales o eventuales, sino también el resultado de un interés emergente de la existencia de la vida en comunidade, en el cual la mayoría de los individuos reconocen, también, un interés propio y directo.⁵¹⁰

Alice Borges, seguindo tal linha, expõe:

O interesse público e o interesse particular colidente ou não coincidente são qualitativamente iguais; somente se distinguem quantitativamente, por ser o interesse público nada mais que um interesse individual que coincide com o interesse individual da maioria.⁵¹¹

Nota-se, com as transcrições feitas, focos de interesse público que de fato o conectam a um viés de maioria quantitativa e, ainda, que o ligam ao interesse individual, na medida em que o interesse público seria resultado da soma destes interesses individuais.

Além do exposto, existe na doutrina quem enxergue a necessidade de serem contemplados na ideia de interesse público todos os cidadãos. José Eduardo Faria, abordando o tema, narra que para que o posicionamento do poder público seja considerado legítimo quando fundamentado no interesse público é preciso que beneficie todos os cidadãos, seja em curto, longo ou médio prazo. Diz que nem todos precisam considerá-lo bom ou positivo

⁵¹⁰ Em tradução livre: “existe interesse público quando, nele, uma maioria de indivíduos, e em definitivo, cada um pode reconhecer e extrair do mesmo seu interesse individual, pessoal, direto e atual ou potencial. O interesse público, assim entendido, é não só a soma de uma maioria de interesses coincidentes, pessoais, diretos, atuais ou eventuais, mas também o resultado de um interesse emergente da existência da vida em comunidade, na qual a maioria dos indivíduos reconhece, também, um interesse próprio e direto.” (Tradução nossa). ESCOLA, Hector. **El interés público como fundamento del derecho administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 31.

⁵¹¹ BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 26, maio/jun./jul., 2011. Disponível na Internet: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2014.

inicialmente, que não é preciso haver consenso quanto ao fim a ser buscado, mas sim no que diz respeito ao procedimento, aos meios de busca desse fim.⁵¹²

Mesmo diante da relevância das teorizações expostas, indispensável se faz dizer que é necessário analisá-las com cautela, pois as ideias de maioria e totalidade ligadas ao interesse público aparentam necessitar de um repensar, de alguns esclarecimentos, principalmente a partir de elementos pós-positivistas. Começemos pela análise do interesse público como suposto desejo da maioria.

Maioria, em uma das definições trazidas pelo Dicionário Aurélio, é termo cujo significado é “2. O maior número; a maior parte”.⁵¹³ Nota-se, em seu uso coloquial, um viés quantitativo preponderante. *Minoria*, palavra que tradicionalmente se opõe à maioria, neste mesmo dicionário vem conceituada como “1. Inferioridade numérica. 2. A parte menos numerosa duma corporação deliberativa, e que sustenta idéias contrárias às do maior número”.⁵¹⁴ Aqui, mais uma vez, se sobressai o viés quantitativo do termo.

Transpondo ambas as expressões para o atual universo jurídico, peculiaridades podem ser detectadas, a começar pela ideia de que a quantidade não é o único elemento que as caracteriza, também apontando neste sentido o viés da qualidade.⁵¹⁵ Esclarecendo a formulação proposta, há de se dizer que alguns segmentos sociais, ainda que majoritários em número de integrantes, podem se configurar como minoritários em termos qualitativos. Melhor explicando, podem assim se caracterizar pela presença da falta de articulação, por uma pequena participação nos espaços tradicionais de tomada de decisão política ou, ainda, diante da dificuldade de acesso aos locais de exercício do poder público.⁵¹⁶

⁵¹²FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 70-71.

⁵¹³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988. p. 408.

⁵¹⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988. p. 434.

⁵¹⁵Luis Pietro Sanchis, em trabalho destinado à análise da ideia de minoria, a enxerga para além de seu viés quantitativo, nele também inserindo aspectos econômicos, culturais e políticos. Para saber mais ver: SANCHÍS, Luis Pietro. **Minorías, respeto a ladisidencia e igualdadsustancial**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/minoras-respeto-a-la-disidencia-e-igualdad-sustancial-0/>. Acesso em: 07 out. 2014.

⁵¹⁶ Aqui, importante se faz expor que existem plurais classificações de minorias qualitativas na doutrina, a exemplo da ideia de minoria ideológica. A presente tese, tomando em conta a dificuldade de dados empíricos a respeito de seus grupos, optou por não abordar a questão das minorias e majorias ideológicas no contexto de análise do interesse público. Algumas pesquisas de opinião são formuladas junto à população, mas não em viés suficiente para conferir objetividade ao tema da análise científica das majorias e minorias ideológicas. Para saber

As ideias de minoria e maioria, tradicionalmente apresentadas como apartadas e opositoras, podem possuir zona de interseção quando analisadas sob a ótica do Direito contemporâneo. É exatamente o que ocorre no caso dos grupos de minorias qualitativas quando majoritárias em número de integrantes. A estas minorias, muito mais políticas do que quantitativas, dar-se-á aqui a denominação de minorias qualitativas. O que as caracteriza como minorias não é o número de sujeitos que as integra, mas sim qualificadores que as acometem. Elas podem ou não ser majoritárias em número de integrantes, porém serão minoritárias em termos de qualidade.

Em se tratando destas minorias qualitativas, não parece razoável ou compatível com a juridicidade constitucional excluí-las da hipótese de tutela através da ideia de interesse público legítimo, pois o ordenamento jurídico brasileiro não apenas consagra proteção às maiorias quantitativas, como também o faz com relação às minorias.⁵¹⁷ As maiorias são protegidas, porém em harmonia com a tutela das minorias.

A Constituição de 1988 indubitavelmente reservou tutela expressa às maiorias quantitativas, as escolhendo como critério legitimador de inúmeras das decisões tomadas nos espaços de exercício do poder. O Legislativo, por exemplo, possui quóruns de aprovação de leis focados em maiorias quantitativas. O Judiciário, igualmente, possui focos dessa ordem para as tomadas de decisões em seus órgãos colegiados. O processo democrático de escolha dos representantes eleitos pelo voto popular também se foca na ideia de maioria, a exemplo do que ocorre nas eleições para os cargos do Executivo.

Democracia e maioria, dessa forma, são ideias que se conectam em sede nacional, esta escolha do constituinte, todavia, não exclui da perspectiva democrática a tutela das minorias.⁵¹⁸ É a própria Constituição de 1988 a responsável por ensejar tal conclusão, pois em seu texto também oferece proteção expressa e especial a grupos tidos como minoritários.

mais sobre o assunto ver: BOLONHA, Carlos de. LAZARI, Igor de. **O mito contramajoritário**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

⁵¹⁷“Pour définir l'intérêt public au sens politique du mot, il faut se garder de deux erreurs. La première serait de croire que l'intérêt public n'est que la somme des intérêts particuliers. C'est absurde [...]” DEVOLVÉ, Pierre. VEDEL, Georges. **Droit administratif**. I. Paris: Presses Universitaires de France. 1958. p. 517. Em tradução livre: “Para definir o interesse público no sentido político da palavra, devem ser evitados dois erros. O primeiro é o de acreditar que o interesse público nada mais é que a soma dos interesses particulares. É absurdo.” (Tradução nossa).

⁵¹⁸ Gustavo Ferreira Santos sobre o tema diz: “Apesar do papel que desempenha o princípio da maioria em um Estado democrático, uma comunidade política na qual as decisões da maioria são em quaisquer situações consideradas válidas é possível que se apresente como um estado não democrático. Mais do que um critério

Como a Constituição não se interpreta aos pedaços, ambos os elementos aqui narrados, maioria e minoria, se ligam à democracia moldada pelo constituinte.⁵¹⁹ A tutela das maiorias não deve ser vista como vilã da democracia contemporânea, o que não pode ocorrer é uma tirania da maioria em desrespeito à sistematicidade constitucional e à tutela pela Constituição oferecida às minorias.⁵²⁰

Gustavo Ferreira Santos, discorrendo sobre o assunto, diz:

Apesar do papel que desempenha o princípio da maioria em um Estado democrático, uma comunidade política na qual as decisões da maioria são em quaisquer situações consideradas válidas, é possível que se apresente como um Estado não democrático. Para o constitucionalismo atual, mais do que um critério formal, que absolutiza a decisão da maioria, a democracia revela uma feição material, garantidora, dentre outras coisas, de um espaço protegido à atuação da minoria.⁵²¹

A população indígena brasileira, por exemplo, no censo de 2010 do IBGE quantificada em número de 817.963 membros⁵²², clara minoria quantitativa, isso quando comparada ao número da população em geral, e também qualitativa, posto que pouco representada no plano Legislativo, Executivo e Jurisdicional, recebe do texto constitucional proteção expressa em capítulo próprio.

As comunidades quilombolas, hoje com população estimada em número de 1,17 milhão de membros⁵²³, igualmente minoritárias em termos numéricos e qualitativo, também recebem proteção em artigos expressos da Constituição.

formal, que absolutiza a decisão da maioria, a democracia revela uma feição material, garantidora, dentre outras coisas, de um espaço protegido à atuação da minoria.” SANTOS, Gustavo Ferreira. **Direito fundamental à comunicação e princípio democrático**. XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Gustavo%20Ferreira%20Santos.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2014.p. 5.

⁵¹⁹ Para saber mais sobre a relação travada entre as ideias de democracia, maioria, minoria e constitucionalismo ver: BAYÓN, Juan Carlos. **Derechos, democracia y constitución**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-democracia-y-constitucion/>>. Acesso em: 06 set. 2014.

⁵²⁰ Nos dizeres de Hugo Nigro Mazzilli: “A democracia moderna é mais do que apenas uma vontade majoritária. É o governo que se faz de acordo com a vontade da maioria do povo, colhida de maneira direta (plebiscito, eleições) ou de maneira indireta (pelo sistema representativo), *mas desde que respeitados os direitos da minoria*.” MAZZILLI, Hugo Nigro. **O direito das minorias**. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/dirminorias.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 1.

⁵²¹ SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 44-45.

⁵²² BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Dados sobre a população indígena brasileira**. Censo de 2010. Disponível em: <<http://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

⁵²³ BRASIL. Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. **Programa Brasil quilombola**. Diagnóstico de ações realizadas. 2012. Disponível em: <<http://www.seppir.gov.br/destaques/diagnostico-pbq-agosto>>. Acesso em: 05 mar. 2014.p. 14.

Não apenas minorias quantitativas e simultaneamente qualitativas são protegidas constitucionalmente, grupos considerados majoritários em viés numérico, porém minoritários em termos qualitativos, igualmente são tutelados pelo texto de 1988. É o que ocorre, por exemplo, com as mulheres.

O último censo do IBGE revelou que o Brasil possui cinco milhões a mais de mulheres que homens, representando as mulheres aproximadamente 51% da população nacional. Ainda que em maioria quantitativa, a população feminina é considerada qualitativamente minoritária, posto que historicamente vitimizada pela desigualdade de gênero.⁵²⁴ Diante de tal fato, o ordenamento jurídico direcionou às mulheres trato isonômico, a elas oferecendo proteção jurídica especial que parte aprioristicamente do texto constitucional e se desdobra em normativas plurais infraconstitucionais.

Se a ideia de interesse público deve ser preenchida a partir da juridicidade inaugurada pelo texto da Constituição de 1988 e se esse documento oferece em seus escritos tutela expressa a grupos qualitativamente considerados minorias, a exemplo dos indígenas, idosos, quilombolas, mulheres, dentre outros, a construção do interesse público diante de casos concretos não deve apenas considerar os desejos das majorias quantitativas, devendo também levar em conta as necessidades de minorias.⁵²⁵

⁵²⁴ Em tal sentido ler: ALVES, José Eustáquio Diniz. **Inserção social e exclusão política das mulheres brasileiras**. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/inserciao_social_e_exclusao_politica_das_mulheres_jul09.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2014.p. 1 – 15.

⁵²⁵ Sobre a possibilidade de haver interesse público no âmbito das necessidades de minoria, expõe Calera: “Sin embargo, comúnmentecuando se habla de “interés público” se está haciendo referencia en principio a uninterés participado por una mayoría de ciudadanos y que afecta a lasociedad como tal. Lo que específicamente expresa un interés público es que se trata de un interés que está por encima de los intereses privados o parciales (la construcción de una autovía frente a la propiedad de una finca) o de un interés tenido por una importante mayoría como importante (el descanso frente a la fiesta). De todas maneras el sentido más estricto o restringido de interés público no termina en ser el interés de mucho público, de mucha gente, sino sobre todo que es un interés cuya protección o realización benefician en aspectos muy fundamentales a la colectividad como tal y consecuentemente también a los individuos que la integran. Mientras exista un consenso común respecto al interés público, esto es, a valores esenciales y compartidos de una sociedad, [...] a veces por sus carencias el interés público se usa para justificar el interés particular de una minoría.” CALERA, NicolasLopez. El interés público:entre la ideología y el derecho.**Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 44, p. 123-148, 2010. p. 125. Em tradução livre: “Sem embargo, comumente quando se fala de interesse público se está fazendo referência em princípio a um interesse partilhado por uma maioria de cidadãos e que afeta a sociedade enquanto tal. O que especificamente expressa um interesse público é que se trata de um interesse que está acima dos interesses privados ou parciais (a construção de uma autovia frente à propriedade de uma fazenda) ou de um interesse tido por uma maioria como importante (o descanso frente a festa). De todas as maneiras o sentido mais estrito ou restringido de interesse público não termina em ser o interesse de muito público, de muita gente, mas acima de tudo que é um interesse cuja proteção ou realização benefician em aspectos muito fundamentais a coletividade como tal e consequentemente também os indivíduos que a integram. Embora exista um consenso comum a respeito do interesse público, isto é, valores essenciais e compartilhados de uma sociedade [...] às vezes por suas carências o interesse público é utilizado para justificar o interesse particular de uma minoria.” (Tradução nossa).

O interesse público não é, assim, mero resultado da soma de interesses individuais⁵²⁶, ao invés disso, é fruto de arbitragem de interesses a ser realizada diante do caso concreto e orientada pela juridicidade.⁵²⁷ À Administração caberá arbitrar os interesses em jogo, os inserindo ou não dentro do rótulo do interesse público legitimador de seu agir. Maiorias podem se conectar ao interesse público, este talvez seja o caminho mais frequente cotidianamente, o que não significa dizer que as minorias estão excluídas deste conceito. As minorias qualitativas, carentes de ampla representação, demandam, justamente por isto, por sua hipossuficiência, proteção especial, tanto através de normativas específicas, como também na via da atuação jurisdicional e administrativa.

Este tipo de atuação estatal em via legislativa, jurisdicional e administrativa é um dos focos daquilo que se costuma denominar de função contramajoritária, função esta limitada, condicionada e moldada pelo Direito vigente. É o Direito, através de seus dizeres plurais, o responsável por instituir e estabelecer a medida e forma de proteção dos interesses daqueles que poderiam ser suprimidos pelos desejos das maiorias políticas.⁵²⁸

Em um universo jurídico que reconhece legitimidade ao papel contramajoritário do Estado, ao papel contramajoritário da jurisdição constitucional⁵²⁹ e das políticas públicas das minorias, torna-se inadmissível alijar da ideia de interesse público a tutela das necessidades dos grupos minoritários. Assim, portanto, mesmo que reflexo de desejos de minorias quantitativas ou qualitativas, o interesse público pode ser visto como legítimo, devendo refletir alguma dosagem de consenso social.⁵³⁰

⁵²⁶ “[...] o interesse público não é somatório dos interesses individuais dos componentes do grupo social, mas traduz interesse próprio, coletivo, gerador de satisfação geral, e não individual; enfim, busca o bem comum.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 73.

⁵²⁷ “O interesse público não é a mera soma dos interesses particulares, ainda que na sua essência não seja diferente do interesse das pessoas, dos grupos, resulta como que de uma arbitragem entre os diversos interesses particulares”. BOTELHO, José Manuel da S. Santos; ESTEVES, Américo J. Pires; PINHO, José Cândido de. **Código do procedimento administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.p. 51. Ainda em tal sentido: DEVOLVÉ, Pierre. VEDEL, Georges. **Droit administratif**. I. Paris: Presses Universitaires de France. 1958. p. 517.

⁵²⁸ Em tal sentido ver: ABOUD, Georges. STF vs. Vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 101, v. 921, p. 191-211, jul. 2012. p. 191-211.

⁵²⁹ Em tal sentido ver: ABOUD, Georges. STF vs. Vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 101, v. 921, p. 191-211, jul. 2012. p. 191-211. Em sentido oposto ver: BOLONHA, Carlos de. LAZARI, Igor de. **O mito contramajoritário**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

⁵³⁰ “[...] os interesses públicos deverão refletir algum consenso social, seja ele extraído da interpretação das normas constitucionais e dos valores protegidos pelo ordenamento jurídico, que devem ser justificados

A questão minoritária que envolve os segmentos aptos a terem os seus interesses adjetivados como públicos é qualitativa e quantitativa, não se foca apenas e especialmente no número de indivíduos inseridos em cada uma das categorias em questão, mas também na dificuldade de acesso que possuem aos espaços tradicionais de decisão política. Neste sentido, a tutela de interesses ligados a grupos intermediários e minoritários é apta a se conectar ao interesse público, bastando, para a legitimidade dessa aproximação, ser notada a sua adequação material e processual à Constituição e demais atos normativos atinentes ao caso concreto em análise.⁵³¹ À Administração, assim, incumbe atentar para as minorias em suas atuações.

Ressalte-se, inclusive, que o constituinte apontou neste sentido quando direcionou à Administração o dever de respeitar lei responsável por instituir percentual de cargos e empregos públicos destinados às pessoas portadoras de deficiência e por estabelecer critérios diferenciados de aposentadoria para esse grupo.⁵³²

Saindo do plano teórico e normativo e adentrado na seara da jurisprudência, importante se faz mencionar que o STF, na análise de alguns casos⁵³³, já se mostrou tendente à constitucionalidade das ações afirmativas colocadas em prática pela Administração através de suas autarquias federais de ensino, as chamadas “cotas nas universidades”. É possível entender, apesar de o STF não se posicionar expressa e especificamente dessa forma⁵³⁴, que as cotas são forma de exteriorização de uma legítima atuação contramajoritária da

argumentativamente, ou por meio de expedientes em que há interlocução comunitária direta, como ocorre, por exemplo, em audiências públicas [...]” NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 142.

⁵³¹ KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p.132.

⁵³² Art. 37, VIII, e, art. 40, § 4º, I. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

⁵³³ O STF, na análise do RE 597285 / RS, teve a oportunidade de se manifestar sobre a política de cotas raciais adotada pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. O recurso em questão foi interposto contra acórdão do TRF 4ª Região responsável por entender pela constitucionalidade da política de ação afirmativa. O Ministro Relator Ricardo Lewandowski, analisando o caso, mencionando posturas suas anteriores em outras demandas semelhantes, a exemplo da ADPF 186 /DF, em seu voto narrou que “embora não exista lei específica tratando do sistema de cotas, há toda uma base normativa legal que autoriza o uso de ações afirmativas, como a utilização de critério étnico-racial na seleção para ingresso no ensino superior [...]” O Tribunal o seguiu por maioria de votos no sentido da legitimidade e constitucionalidade da medida afirmativa. BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. RE 597285. Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 09 de maio de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>. Acesso em: 10 set. 2014. p. 12.

⁵³⁴ O STF não diz expressamente que as cotas são atuação contramajoritária da Administração, a elas costuma se referir como ações afirmativas.

Administração, pautada em interesse público de redução das desigualdades, dotado de amparo constitucional e focado nas minorias qualitativas.

De modo expreso, diferentemente, reconhece o STF o seu próprio papel contramajoritário, papel este ressaltado em sede de controle de constitucionalidade, onde ao Tribunal é dada competência para declarar inconstitucional lei formulada pelo Legislativo e pautada em legitimidade democrática majoritária. O STF não apenas se reconhece contramajoritário ao declarar inconstitucional leis, mas também ao defender as minorias tuteladas constitucionalmente.⁵³⁵

Se o STF possui formas plurais de externar o seu papel contramajoritário, a Administração, em menor medida, guardadas as devidas proporções, também o possui. Essa preocupação e possibilidade, na verdade, se dissemina nas mais variadas ações do Poder Público: legislativa, jurisdicional e executiva.

A Administração poderá externar a sua função contramajoritária em via de ação, de abstenção, de normatização, sempre com vinculação plena à juridicidade. Constituição, lei disciplinadora do tema, eventuais normativas administrativas específicas e súmulas vinculantes existentes para o caso deverão ser respeitadas.

Indispensável também se faz a clara exposição de motivos para a postura adotada, toda e qualquer conduta administrativa pautada em aspectos minoritários há de ser cuidadosamente motivada, claramente racionalizada, com vistas a anular a ideia de que foi tomada a partir de senso se justiça meramente pessoal do administrador.

⁵³⁵Luiz Fux, Ministro do STF relator da ADC 29/DF, assim se posicionou em seu voto com relação ao tema: “o Supremo Tribunal Federal não pode renunciar à sua condição de instância contramajoritária de proteção dos direitos fundamentais e do regime democrático. No entanto, a própria legitimidade democrática da Constituição e da jurisdição constitucional depende, em alguma medida, de sua responsividade à opinião popular.” p. 14. Gilmar Mendes, ainda sobre o tema e nessa mesma ação, disse: “Em relação à função contramajoritária, a rigor a Corte pode e deve, muitas vezes, decidir contra a opinião popular. É isso que dimana da doutrina firme da Suprema Corte. [...] O modelo contramajoritário pretende proteger o indivíduo contra si mesmo, muitas vezes. Quando validamos invasões, a população bate palmas para operações policiais abusivas – matanças, em geral, realizadas nas favelas – porque se diz que está eliminando criminalidade. Veja a popularidade da polícia em determinados momentos: aplaudem-se os esquadrões da morte. Agora, isso é contra qualquer padrão civilizatório, e uma Corte como esta tem que cobrar, não pode permitir que se avance sobre esses valores. Temos um papel didático-pedagógico de fazer valer o direito, às vezes contra a opinião popular. É preciso dizer isso com muita clareza. Esse é o ethos da jurisdição constitucional; [...]” BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADC 29. Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: 10 set. 2014. p. 5-6.

Por fim, no que tange à totalidade dos beneficiados, ou seja, à necessidade de todos os membros da sociedade serem beneficiados com a decisão da Administração pautada na ideia de interesse público, importante se faz refletir sobre o seu conteúdo com cautelas.

Esta perspectiva parece viável se o benefício por todos compartilhado puder ser avaliado não apenas em foco direto, mas também em viés indireto, não somente na perspectiva concreta, mas igualmente em sentido abstrato. O simples respeito à juridicidade, por exemplo, com a tutela de uma minoria diante de um caso concreto beneficia a todos indiretamente, em viés abstrato, por trazer segurança jurídica, respeitar a justiça e por enrijecer a força normativa da Constituição.⁵³⁶

3. O interesse público e seus desdobramentos: do conteúdo ao procedimento

Reunidas e analisadas informações sobre a origem do interesse público, seus limites fronteiriços e conceituais, indispensável se faz refletir a respeito de sua aplicabilidade e desdobramentos específicos. Tradicionalmente apontado como fim, fundamento e limite do agir administrativo, o interesse público recebe da doutrina dois desdobramentos em espécie: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. De tão relevantes, há quem os rotule como “pedras de toque” ou “pedras angulares” do Direito Administrativo”, numa clara alusão à essencialidade que possuem para a disciplina e regime jurídico a ela referente, é o que faz Celso Antônio Bandeira de Mello.⁵³⁷

⁵³⁶ Em sentido oposto ver: Interesse público é “interesse comum que, ainda que não beneficie a totalidade da comunidade, favorece pelo menos uma parte importante de seus membros.” BOTELHO, José Manuel da S. Santos; ESTEVES, Américo J. Pires; PINHO, José Cândido de. **Código do procedimento administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.p. 50.

⁵³⁷ MELLO, Celso Antonio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de direito público**, n. 2, São Paulo: RT, p. 44-61, out/dez, 1967.

O presente capítulo da tese, tomando por base a relevância das pedras de toque para o Direito Administrativo e a sua necessária conexão com o interesse público, se dispõe a estudá-las a partir das considerações já tecidas a respeito do interesse público que as integra. Para tal, revela a visão tradicional ao redor das ideias de supremacia e indisponibilidade do interesse público, o que de atual se constrói a seu respeito, bem como os aspectos que podem vir a nortear a sua aplicação prática.

Dito isto, deve se expor que a presente parte do estudo, atentando para a relevância da procedimentalização da atividade administrativa, também a aborda com foco na democracia participativa.

3.1 Supremacia do interesse público sobre o privado: do tradicional ao novo

A supremacia do interesse público sobre o privado é elemento carente de previsão expressa e exata no texto constitucional pátrio, o seu reconhecimento como espécie normativa implícita deu-se ao longo da história jurídica nacional, a partir de construção doutrinária neste sentido⁵³⁸ e que levava em consideração, a título de ponto de partida, textos plurais da Constituição de 1988.⁵³⁹

Daniel WunderHachem, em trabalho destinado à específica análise da supremacia do interesse público sobre o privado, realiza cuidadosa e detalhada exposição do histórico de sua construção pela doutrina nacional. Neste sentido, expõe a existência de menções à primazia do público sobre o privado na seara administrativa desde o ano de 1923, em trabalho de Aarão Reis denominado *Direito Administrativo Brasileiro*, atribuindo a Celso Antônio Bandeira de

⁵³⁸ Sobre o viés implícito da supremacia do interesse público sobre o privado, expõe Leonardo Carneiro da Cunha: “É vetusta a ideia de que o todo vem antes das partes, remontando a Aristóteles o primado do público, resultando na contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e na necessária subordinação, até a eventual supressão, do segundo ao primeiro, bem como na irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais. Daí resulta o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, constituindo um dos alicerces de todo o direito público. É bem verdade que não há, expressamente, um texto ou enunciado, contido na Constituição Federal, do qual se extraia tal princípio. Sua consolidação, todavia, decorre, como visto, de uma ideia antiga e praticamente universal, segundo a qual se deve conferir prevalência ao coletivo em detrimento do individual.” CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 30-31.

⁵³⁹ Neste sentido, por exemplo, Ricardo Perlingeiro descreve algumas das vantagens processuais expressamente conferidas ao Estado como corolário da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado. PERLINGEIRO, Ricardo. Princípio da isonomia e a administração pública em juízo. A realidade brasileira. Aspectos jurídicos. **Revista de informação legislativa**, v. 43, n. 169, p. 7-12, jan./mar., 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92454>>. Acesso em: 10 set. 2014.

Mello, anos mais tarde, a paternidade mais significativa da ideia.⁵⁴⁰ Para Daniel Hachem, esta concepção mais densa de Celso Antônio teria se dado efetivamente em trabalho do autor datado da década de sessenta, mais precisamente de 1967, e publicado na Revista de Direito Público, cujo título é *O conteúdo do regime-jurídico administrativo e seu valor metodológico*.⁵⁴¹

Da concepção remota no plano doutrinário, a supremacia do interesse público sobre o privado seguiu rumo à sua inserção ampla no universo prático de construção do Direito, mantendo-se presente até os dias atuais no Direito Administrativo brasileiro. Uma vez construída e aceita, a supremacia do interesse público sobre o privado, com o passar dos anos, como costuma acontecer com os textos jurídicos, recebeu plurais formas de interpretação e aplicação. Dentre elas, uma visão mais extremada de compreensão, fruto de interpretação literal, responsável por construir o entendimento da impossibilidade de um interesse privado se sobrepor a um interesse público, seja em que contexto for, por ser o interesse público sempre supremo.⁵⁴² É especialmente ao redor deste olhar que hoje pairam questionamentos e críticas diversas.

Repensada a tradicional dicotomia público x privado, como aqui antes demonstrado, há de se perguntar se a ideia absoluta de supremacia do interesse público sobre o privado deve se manter no Direito Administrativo contemporâneo. Ao longo da história, a relação de equilíbrio entre interesses públicos e privados assumiu diferentes olhares, cada um deles compatível com o momento em que se efetuava.⁵⁴³ No Estado Liberal, o interesse público se externava preponderantemente na defesa dos direitos individuais; no Estado Social, diferentemente, se fazia presente de forma especial na concretização dos direitos sociais.

Hoje, tomando por base a ideia de supremacia da constituição, a dignidade humana e os direitos fundamentais, há quem diga que o Poder Público não deve atuar a partir da lógica

⁵⁴⁰ “É o caso de Aarão Reis, que em 1923 sustentava que: ‘o Direito Administrativo impõe, assim frequentemente, aos mais respeitáveis interesses privados individuais – em benefício do interesse público coletivo – ônus bem pesados e sacrifícios, mesmo, dos mais penosos [...]’” HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 41 – 46.

⁵⁴¹ MELLO, Celso Antonio. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de direito público**, n. 2, São Paulo: RT, p. 44-61, out/dez, 1967.

⁵⁴² Neste sentido ver: BARCELOS, Renato de Abreu. A profanação do interesse público no Estado Democrático de Direito: por um modelo procedimental de solução de colisões entre interesses públicos e privados. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, ano 12, n. 136, p. 61–74, jun., 2012.p. 62.

⁵⁴³ FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 71-72.

da supremacia do interesse público, mas sim diante da máxima da proporcionalidade.⁵⁴⁴ A tradicional ideia de supremacia do interesse público sobre o privado vem sofrendo frequentes questionamentos, sendo possível inserir as posições que atualmente a circundam em três grupos distintos: há os que apregoam o fim da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado⁵⁴⁵, os que versam por sua manutenção em viés tradicional⁵⁴⁶ e os que expõem a necessidade de seu repensar. Nos subtópicos a seguir trataremos de cada um dos grupos e seus dizeres, se posicionando em torno destes e assumindo visão própria.

3.1.1 Da inadmissibilidade da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado

Os questionamentos em torno da existência e legitimidade da supremacia se iniciaram de forma mais intensa após a CF de 1988. Parte da doutrina⁵⁴⁷ credita a Humberto Ávila⁵⁴⁸ um papel de relevância no fomentar de tais debates, sendo ele hoje seguido por outros teóricos.⁵⁴⁹

Atentando para as supostas origens autoritárias do Direito Administrativo, expõem os partidários dessa posição ser incompatível com o Estado Constitucional Democrático a ampla tutela da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado.⁵⁵⁰ Há quem diga que a interferência do público na vida privada deve ser exceção, que a intervenção Estatal deve ser

⁵⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, n. 59, p. 28-63, 2005 Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/766503/DLFE-46414.pdf/Revista_59_Doutrina_pg_49_a_82.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 28-63.

⁵⁴⁵ Neste sentido ver: BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, n. 59, p. 28-63, 2005 Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/766503/DLFE-46414.pdf/Revista_59_Doutrina_pg_49_a_82.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 28-63 SALOMÉ, Joana Faria. O processo na história: entre interesse público e interesse privado. **Direito público**: Revista Jurídica da Advocacia-geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 1/2, p. 101-112, jan./dez., 2010.p. 113.

⁵⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

⁵⁴⁷ FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Supremacia do interesse público *versus* supremacia dos direitos individuais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 156-157.

⁵⁴⁸ ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 jan. 2014.

⁵⁴⁹ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, n. 59, p. 28-63, 2005 Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/766503/DLFE-46414.pdf/Revista_59_Doutrina_pg_49_a_82.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 28-63.

⁵⁵⁰ “*O Estado Democrático de Direito não compactua com a sacralização do interesse público, entendida como supremacia absoluta em detrimento de outros interesses, precipuamente o interesse privado.*” BARCELOS, Renato de Abreu. A profanação do interesse público no Estado Democrático de Direito: por um modelo procedimental de solução de colisões entre interesses públicos e privados. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, ano 12, n. 136, p. 61-74, jun., 2012.p. 65. Ainda no sentido de criticar a supremacia ver: GRODILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: elacto administrativo. Buenos Aires: fundación de Derecho Administrativo, 2007. Tomo 3.p. Int.9-Int. 11.

subsidiária e apenas pode ocorrer quando incapazes os particulares de se protegerem sozinhos.⁵⁵¹ Nesta linha, expõe Floriano Marques: “**Numa esfera pública serviente à sociedade, a intervenção na esfera privada é aceitável em condições excepcionais.**”⁵⁵²

Apesar dos discursos tradicionais e majoritários de conexão entre o Direito Administrativo e a liberdade dos sujeitos, dizem os adeptos da corrente de pensamento aqui descrita que o Direito Administrativo na verdade possui raízes autoritárias⁵⁵³, não tendo sido o movimento revolucionário francês capaz de aniquilar por completo os abusos do Antigo Regime, servindo apenas como forma de disfarce de arbitrariedades e privilégios do Poder Público.⁵⁵⁴

Por ser autoritária a origem do Direito Administrativo e, conseqüentemente, da ideia de supremacia do interesse público, esta construção teórica seria incompatível com o ordenamento jurídico atual, cujo foco principal é a democracia e tutela de direitos fundamentais individuais dos cidadãos. Em tal sentido, expõe Floriano Marques Neto:

A esfera pública não existe apesar e por sobre a esfera privada. Ela existe para e por causa de assegurar o convívio harmônico e solidário dos indivíduos na esfera privada. A razão de ser do poder público só pode residir no respeito e na consagração dos direitos fundamentais dos indivíduos. A sociedade (esfera privada) deveria ser precedente e criadora do poder do Estado (esfera pública), a quem este deve servir.⁵⁵⁵

⁵⁵¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 422.

⁵⁵² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 422.

⁵⁵³ “Mas, paradoxalmente, o direito administrativo trouxe em si traços de autoritarismo, de supremacia sobre o indivíduo, com vistas à consecução de fins de interesse público. Pode-se dizer que o princípio do interesse público se desenvolveu no período do Estado Social de Direito, quando a atuação do Estado cresceu em todos os setores, com o objetivo de corrigir a profunda desigualdade social gerada pelo liberalismo.” Apesar do trecho aqui transcrito ser de Maria Sylvia, importante se faz expor que a doutrinadora versa pela manutenção e existência da supremacia do interesse público sobre o privado, criticando quem a combate. Ela, portanto, reconhece resquícios de autoritarismo na origem do direito administrativo, porém sem compactuar com a tese do extermínio da ideia de supremacia. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas. 2010. p. 92.

⁵⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, n. 59, p. 28-63, 2005 Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/766503/DLFE-46414.pdf/Revista_59_Doutrina_pg_49_a_82.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014. p. 28-63.

⁵⁵⁵ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica,

Reforçam os autores os seus argumentos de inexistência da supremacia e de inadmissibilidade de seu conteúdo com o fato de não haver a sua positivação expressa na Constituição de 1988.⁵⁵⁶ Diante da suposta inexistência de uma supremacia do interesse público sobre o privado, dizem que o fundamento do Direito Administrativo habita a sua positivação no ordenamento jurídico e não a ideia de supremacia. O Direito Administrativo e seus institutos existem não pela existência do interesse público ou da supremacia do interesse público sobre o privado, mas sim por sua previsão normativa.⁵⁵⁷

Os posicionamentos reunidos nessa categoria, em certa medida e guardadas as devidas proporções, parecem remeter à teorização da mão invisível de Adam Smith, por acreditarem numa espécie de autoproteção e autorregulação privadas de eficiência incontestável. Esse tipo de visão, que se propõe inovadora, na verdade carrega consigo caráter positivista e liberal em parte ultrapassado.

Quanto à superação do positivismo, há de se reconhecer, diante da atual teoria do Direito, não ser necessária a previsão escrita da supremacia para concebê-la como existente, ela pode derivar implicitamente do sistema jurídico, em especial do sistema jurídico juspublicista, podendo emanar, inclusive, por coerência lógica, da ideia de existência de um Estado dotado de soberania.

No que tange à marca do liberalismo aparentemente em desuso, esta reside no fato de os autores do combate à supremacia se focarem exageradamente na tutela dos direitos individuais, esquecendo que são igualmente fundamentais os direitos de ordem social, e que estes direitos de prestação positiva, para a sua efetivação, fazem uso constante dos reflexos da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado.

O direito contemporâneo consagra sim direitos fundamentais individuais, mas junto a eles igualmente reconhece, em pé de igualdade, sem distinções hierárquicas, em mesmo

impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 421.

⁵⁵⁶ Versando pela inexistência da supremacia do interesse público sobre o privado ver: BARCELOS, Renato de Abreu. A profanação do interesse público no Estado Democrático de Direito: por um modelo procedimental de solução de colisões entre interesses públicos e privados. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, ano 12, n. 136, p. 61–74, jun., 2012. p. 61.

⁵⁵⁷ BARCELOS, Renato de Abreu. A profanação do interesse público no Estado Democrático de Direito: por um modelo procedimental de solução de colisões entre interesses públicos e privados. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, ano 12, n. 136, p. 61–74, jun., 2012. p. 68.

documento normativo e grau de aplicabilidade, os direitos sociais, políticos, de nacionalidade, dentre outros.⁵⁵⁸

Os que dizem que o Direito Administrativo tem raízes totalmente autoritárias parecem negar a relevância deste ramo em sua origem, tanto na perspectiva real como no viés simbólico. Os momentos pré e pós-revolução francesa comportaram traços de autoritarismo, é óbvio, mas cada um guarda consigo suas respectivas peculiaridades, pois ontologicamente são diversos. Em tal sentido expõem Emerson Gabardo e Daniel Hachem⁵⁵⁹:

O reconhecimento formal de um novo Direito Administrativo que se submete à lei e não ao soberano ou ao Direito tradicional-costumeiro do medievo torna-o sem dúvida alguma um instrumento de libertação e não somente de dominação.

A inconsistência da visão unicamente autoritária da origem do Direito Administrativo se ressalta quando considerado o movimento constitucionalista estruturado a partir do século XVIII.⁵⁶⁰ As revoluções liberais do século XVIII não apenas deram origem ao Direito Administrativo, mas também ao constitucionalismo, as constituições a partir daí vieram como instrumentos de limitação e legitimação do poder estatal, rompendo com o fundamento para o exercício do poder vigente no Antigo Regime.

Neste sentido, considerando não autoritária a origem do Direito Administrativo, bem como a supremacia do interesse público a ele atinente, versando pela necessidade de manter-se vigente esta ideia, dois outros grupos apontam. Um advogando a manutenção da tradicional visão da supremacia do interesse público sobre o privado, outro expondo a necessidade de seu aperfeiçoamento. Passemos à análise de ambos.

⁵⁵⁸ Em tal contexto de apontar semelhanças e distanciamentos entre as espécies de direitos fundamentais, importante se faz expor que o constituinte apenas atribuiu expressamente o status de cláusulas pétreas aos direitos e garantias fundamentais individuais. Para saber mais ver o art. 60, § 4º, do texto constitucional de 1988.

⁵⁵⁹ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 16 - 17.

⁵⁶⁰ “O Direito Administrativo não possui raízes autoritárias justamente por ser um contraponto axiológico ao regime anterior...” GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 31.

3.1.2 Da necessidade de manutenção da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado em seu viés tradicional

No Brasil a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado possui bastante força, apesar das críticas mais recentes. A doutrina⁵⁶¹ habitualmente a reproduz em seus manuais, muitas vezes sem sequer apresentar ao jurista leitor a existência das controvérsias teóricas que a envolvem.

Há quem diga que a ideia da supremacia no Brasil é forte por ter o Estado brasileiro nascido antes da sociedade.⁵⁶² Assim expõe Floriano Marques Neto:

[...] na América latina, diferentemente da Europa, o **Estado cria a sociedade e não o inverso**. [...] nosso processo de colonização deixou como marca a transposição, para o além-mar, de instituições jurídicas, políticas e administrativas do país colonizador, antes que nestas terras houvesse propriamente uma sociedade civil. [...] Quase dois séculos de independência não apagaram essas marcas. [...] A nossa tradição histórica, desse modo, tem como consequência uma maior tolerância com a intrusão da esfera pública no domínio privado.⁵⁶³

A ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, dizem os seus defensores, é verdadeira consequência lógica da formação do Estado, sendo considerada por alguns como anterior ao Direito Administrativo.⁵⁶⁴ Nas mais variadas teorias do Estado é feita menção à relativização da liberdade dos sujeitos em prol do bem comum.⁵⁶⁵

⁵⁶¹ Nessa perspectiva ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 68-70. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 108

⁵⁶² “As possíveis origens autoritárias da aplicação do Direito brasileiro em geral (não só do Direito Administrativo) e, como não poderia deixar de ser, do uso e abuso do interesse público como fundamento retórico de legitimação do poder não estão na França ou na Itália, mas na sua própria história personalista e carente de um real espírito republicano, que aos tropeços e solavancos redundou na efetiva construção do espaço público (mas nem tanto...)” GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 16.

⁵⁶³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 421-422.

⁵⁶⁴ Neste exato sentido se posiciona Maria Sylvia. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 86.

⁵⁶⁵ “[...] na formação do Estado, as pessoas abdicam de sua liberdade irrestrita ou da ausência de condicionamento de parcela de seus interesses particulares em busca da existência de uma instância apta a defender interesses coletivos, para o bem-estar comum, que não deixa de viabilizar também os interesses particulares em geral.” NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 132.

Alegam os defensores desse ponto de vista ser inerente ao Direito Administrativo a limitação das liberdades privadas em prol dos interesses da coletividade. É o que ensina Maria Sylvania Zanella Di Pietro ao dizer:

o direito administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas ideias opostas: de um lado, o da *proteção aos direitos individuais* diante do Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a da necessidade de *satisfação de interesses públicos*, que conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos. Daí a bipolaridade do direito administrativo: *liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas*.⁵⁶⁶

Expõem esses teóricos que é com o advento do Estado Social que se reforça a ideia de limitação do indivíduo em prol do coletivo, ou seja, a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado até hoje vigente.⁵⁶⁷ O individualismo, marcante nas origens iniciais do Direito Administrativo⁵⁶⁸, vai cedendo espaço aos interesses coletivos.⁵⁶⁹

No caso brasileiro, alegam os defensores da tese que essa se reforça por possuir a CF de 1988 inúmeros elementos que se pautam na ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, como é o caso da função social da propriedade, desapropriação, requisição, dentre outros.⁵⁷⁰ A previsão da expressão pode não ser expressa, mas a sua ideia de algum modo reside no texto constitucional.

Os teóricos desse olhar expõem que a Administração só age de forma a restringir direitos fundamentais dos indivíduos porque a Constituição assim a autoriza. A Constituição de 1988 consagra direitos fundamentais, mas também viabiliza a restrição desses através de alguns dos institutos que ela própria insere no Direito brasileiro. Como a sua interpretação não deve ocorrer aos pedaços, mas sim de forma a preservar a harmonia e unidade de seu texto, é

⁵⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 93.

⁵⁶⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007. p. 24-25.

⁵⁶⁸ GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 35.

⁵⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 92.

⁵⁷⁰ Em tal sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

possível haver supremacia do interesse público sobre o privado sim, desde que efetuada nos limites procedimentais e materiais da Constituição e legislação administrativista pertinente ao tema.⁵⁷¹

Havendo colisão entre interesse público e privado, expõem os estudiosos dessa corrente que o primeiro deverá prevalecer sempre. Neste sentido versa José dos Santos CarvalhoFilho:

Não há maior lógica que essa: se o interesse é público tem que preponderar sobre o interesse privado quando estiverem em rota de colisão. [...] seria o caos na organização social se as demandas gerais não suplantassem as individuais.⁵⁷²

[...] não pode haver outra solução: “os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais.”⁵⁷³

Dizem os defensores da supremacia que ela traz riscos para os direitos fundamentais individuais, mas desconsiderá-la seria o mesmo que prejudicar os direitos de ordem coletiva.⁵⁷⁴

De fato, como exposto pelos doutrinadores da corrente aqui apresentada, a extinção da ideia de supremacia seria preocupante, pois aparentaria ser um retorno ao liberalismo clássico, já superado historicamente e hoje visto como ineficiente. Manutenções de elementos liberais são interessantes, porém acrescidas de elementos sociais. É esse, inclusive, o perfil do Estado conformado pelo texto constitucional de 1988, Estado marcado tanto por abstenções, como também por prestações positivas.

Ao mesmo tempo em que se reconhece a existência e legitimidade da manutenção da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, inevitável se faz perguntar se ela

⁵⁷¹ Em tal sentido ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo.** In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010. p. 97.

⁵⁷² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010.p. 73.

⁵⁷³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010.p. 75.

⁵⁷⁴ Em tal sentido ver: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010.p. 74. FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. In: **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público.** MARRARA, Thiago (Organizador). São Paulo: Atlas, 2012. p. 445.

realmente deve prevalecer sempre, em todas as hipóteses de colisão, como advogam alguns dos teóricos citados. O ponto a seguir se propõe a discorrer sobre esta questão.

3.1.3 Da necessidade de direcionar um novo olhar para a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado.

Diante das inovações teóricas vividas pelo Direito contemporâneo, repensar a supremacia do interesse público sobre o privado parece ser caminho inevitável. Negar a sua existência ou considerá-la como verdade incontestada são trajetórias que não se adequam ao ponto de vista pós-positivista.

O extermínio da ideia de supremacia é ato que contraria a lógica de existência do Estado e do próprio Direito Público, viola o papel da Administração, não sendo este, portanto, o foco assumido pelo presente trabalho. A tutela geral, constante e irrestrita de qualquer elemento apresentado como interesse público em detrimento do interesse particular, em todas as hipóteses e situações, não parece possuir amparo constitucional pleno, igualmente não sendo aqui adotada como norte para a adequada compreensão do interesse público no pós-positivismo brasileiro. O foco escolhido realmente é o de um repensar.

A Constituição de 1988 positivou elementos de ordem diversas, uns eminentemente coletivos, outros de viés preponderantemente individual; como os textos constitucionais não possuem hierarquia, considerando que todos se encontram em pé de igualdade, nos casos onde não houve previsão expressa de prevalência de um elemento sobre outro, onde não houver diretriz textual clara neste sentido, há de ser encontrado caminho que viabilize a resolução de aparente conflito os envolvendo, de forma a restarem preservadas a força normativa e unidade do texto constitucional.

A presente tese adota o repensar em torno da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, sem abandoná-la ou extingui-la plenamente e sem considerá-la absoluta e inquestionável. A análise da supremacia do interesse público sobre o privado, a conclusão a respeito de suas feições, caráter absoluto ou relativo, deve ser feita de modo distinto conforme se trate da supremacia no plano abstrato ou no plano concreto.⁵⁷⁵

⁵⁷⁵ Em tal sentido ver: NOHARA, Irene Patrícia. **Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo.**In. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.* São Paulo: Atlas, 2010.p. 131.

Abstratamente, dentro da estrutura dos Estados Constitucionais Democráticos, são protegidos pelo ordenamento jurídico os elementos vistos como importantes para o bem comum. Desta forma, tudo aquilo que se encontra positivado, seja de natureza mais coletiva ou individual, mais pública ou privada, possui neste ato de positivação a marca do interesse público. A positivação dos interesses corresponde a um juízo prévio de ponderação feito pelo legislador no sentido de ver a tutela jurídica destes elementos como inerente ao bem comum, ao interesse público daquele grupo.⁵⁷⁶

O Direito vigente é, assim, abstratamente marcado pelo interesse público. O interesse público consubstanciado no Direito geral e abstratamente em vigor carrega consigo a característica de ser fruto dos desejos dos indivíduos enquanto membros da sociedade. Os sujeitos, motivados pelas necessidades que o tempo lhes apresenta, constroem Direito com elas compatível e, na perspectiva da Administração, lhes direcionam fazeres e abstenções que carregam consigo a marca do interesse público.⁵⁷⁷

Não só o interesse público se conecta à positivação de elementos plurais no ordenamento, também habita tal universo a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado. Se o ordenamento se impõe a todos por carregar consigo a marca do dever ser, se este viés vinculante limita e condiciona condutas públicas e também privadas, junto dele está a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado.

Dessa forma, na previsão normativa de um interesse e em seu conseqüente dever ser há a consagração abstrata da supremacia do interesse público sobre o privado. É normatizado e protegido aquilo que se considera importante para o bem do coletivo. Este bem coletivo,

⁵⁷⁶ Daniel Hachem, em construção semelhante, diz que esse seria o “*interesse público em sentido amplo*, genérico, considerado como todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico.” HACHEM, DanielWunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 1-244, abr./jun.2011. p.67.

⁵⁷⁷ “Pero los intereses privados también son objeto del derecho, porque los intereses individuales (los derechos) son fundamento incuestionable de todo orden jurídico que persiga precisamente el “interés público”, el interés del “público”, de un pueblo. Además los intereses privados son también objeto del derecho en cuanto que los conflictos entre ellos son generalizables y pueden afectar a la paz social. Por eso hay un derecho privado y unas sentencias de tribunales que resuelven esos conflictos entre particulares y que hacen así también un servicio al “interés público”. El derecho protege los intereses privados como un modo de realización del interés público.” CALERA, NicolasLopez. El interés público:entre la ideología y el derecho.**Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 44, p. 123-148, 2010.p. 123-148. Tradução livre: “Mas os interesses privados também são objeto do direito, porque os interesses individuais (os direitos) são fundamento inquestionável de todo ordenamento jurídico que busque precisamente o “interesse público”, o interesse do “público”, de um povo. Ademais, os interesses privados são também objeto do direito na medida em que os conflitos entre eles são passíveis de reprodução genérica e podem afetar a paz social. Por isso, há um direito privado e sentenças de tribunais que resolvem esses conflitos entre particulares e que fazem assim também um serviço ao “interesse público”. O direito protege os interesses privados como um modo de realização do interesse público.” (Tradução nossa).

uma vez normatizado constitucionalmente, passa a ter caráter supremo, devendo ser respeitado.⁵⁷⁸

Na perspectiva abstrata e pré-normativa, o interesse público e a supremacia do interesse público sobre o privado se direcionam especialmente ao sujeito responsável pela normatização, pois é ele, tomando por base o que almeja a coletividade, o responsável por consubstanciar este desejo em textos escritos, limitando-o e disciplinando-o. Como o contexto contemporâneo é o da pluralidade normativa, o destinatário do interesse público e da supremacia em abstrato não se limita ao Legislativo, podendo vir a ser a Administração na atuação normativa que lhe é dada pelo Direito. A Administração, como se sabe, hoje tem reconhecido o seu papel de complementar e densificar as leis, dentro dos limites por elas estabelecidos, numa conduta por muitos denominada de *soft law*.

Uma vez positivada, a supremacia se dirige aos aplicadores do Direito, seja na esfera pública ou na esfera privada e é aí que se inicia o trabalho de sua interpretação e compreensão no âmbito do agir concreto da Administração.

Transpondo estas teorizações para o texto constitucional de 1988, nota-se que, com foco naquilo que é considerado melhor para o bem de todos, o constituinte optou por tutelar abstratamente os mais variados grupos de interesses, tanto coletivos como individuais. A tutela destes interesses como direitos existe por ter sido abstratamente adotada como corolário do interesse público e ela se impõe a todos em face da ideia supremacia do interesse público sobre o privado.

Nota-se, assim, que a proteção dos direitos individuais no Direito brasileiro, portanto, existe por ser reflexo do interesse público e que ela se impõe abstratamente, possui dever ser, deve ser respeitada por todos, por particulares e pelo Estado, por ter sido esse o interesse da coletividade normatizado pela Assembleia Constituinte.

A proteção jurídica constitucional de liberdades individuais é, portanto, forma de imposição do interesse público. A liberdade do cidadão, dentro do Estado, faz parte da ideia de bem comum.⁵⁷⁹

⁵⁷⁸ Importante se faz esclarecer que as conjecturas teóricas aqui tecidas se focam no plano do dever ser e não desconsideram a possibilidade real de ser normatizado conteúdo de forma indevida, fraudulenta, e sem a marca da legitimidade. Conteúdo este conectado ao interesse público apenas em aparência, via forma, porém não em essência e matéria. Em momentos anteriores da presente tese, também em nota de rodapé, foram feitas considerações quanto a tal hipótese, especialmente a partir de doutrina de Gofredo Telles Junior.

A supremacia do interesse público no plano abstrato não conflita com os interesses privados, na verdade, permite a recepção destes interesses pelo normatizador, os condiciona, oferece as estruturas de sua existência, os seus limites e possibilidades. Quando convertidos em direitos, os interesses privados já trazem consigo os limites e possibilidades de seu exercício, poisser Direito é o mesmo que caracterizar-se como elemento limitado juridicamente.

A tutela normativa abstrata, assim, pode ser de um interesse público específico ou de um interesse privado. Ambas as proteções normativas são de interesse público de abstração, se diferenciando em termos de conteúdo dominante de caracterização e desdobramentos práticos. Abstratamente, desta forma, o interesse público sempre se impõe. A supremacia do interesse público sobre o privado deve ser, portanto, absoluta em termos abstratos.

Observada a perspectiva abstrata do interesse público e da supremacia, inicialmente direcionadas ao legislador, importante se faz falar sobre a sua caracterização em concreto, enquanto norte orientador dos atos públicos, em especial dos fazeres da Administração.

A princípio, é preciso dizer que não deve haver no Direito Administrativo atual a ideia de que o interesse público deva sempre prevalecer sobre o particular em concreto, independentemente da situação prática em análise. Não deve ser autoevidente a ideia da supremacia do público sobre o privado no mundo dos fatos. Ao invés disso, é preferível conceber a construção teórica de ser possível a prevalência de interesse público sobre privado em concreto, ainda que em detrimento de direito fundamental individual, desde que dotada de amparo constitucional, normativo, e devidamente motivada.⁵⁸⁰

Como expõe Andreas Krell, “Qualquer restrição estatal de um interesse particular constitucionalmente protegido deve ser normativamente fundamentada, não bastando

⁵⁷⁹ Neste sentido ver: NOHARA, Irene Patrícia. **Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo.**In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.** São Paulo: Atlas. 2010. p. 128.

⁵⁸⁰ Neste sentido ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.**São Paulo: Atlas, 2010.p. 97-99. NOHARA, Irene Patrícia. **Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo.** In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.**São Paulo: Atlas, 2010.p. 124.

areferência a fórmulas tradicionais.”⁵⁸¹ Não se deve admitir que a expressão supremacia do interesse público sobre o privado seja suficiente em si.⁵⁸²

A supremacia existe, tem amparo constitucional, mas precisa ser justificada, motivada, densificada. Necessita de legitimação material e procedimental, sendo passível de controle e questionamento no que diz respeito à sua permanência no mundo jurídico diante de casos reais. Neste sentido diz Maria Sylvia:

[...] o direito administrativo se caracteriza pelo binômio autoridade- liberdade. A Administração Pública tem que ter prerrogativas que lhe garantam a autoridade necessária para a consecução do interesse público. Ao mesmo tempo, o cidadão tem que ter garantias de observância de seus direitos fundamentais contra os abusos do poder.⁵⁸³

Em decisão datada de 8 de setembro de 1952, anterior, portanto, à atual Constituição, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte já argumentava fazendo uso de tal raciocínio:

O Interesse público, em face do sistema constitucional vigente, não pode servir de motivo à violação de direitos e garantias individuais. Ele deve ser muito mais ao lado destas, que são o cerne do regime democrático sob que vivemos. E a prova dêsse respeito está no próprio artigo 146 da Magna Carta, onde se dispõe que o Estado pode intervir no domínio econômico, mas terá como limite os direitos fundamentais nela assegurados.⁵⁸⁴

⁵⁸¹ KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 129.

⁵⁸² Neste sentido ver: MARRARA NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In. MARRARA, Thiago (Organizador). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 420.

⁵⁸³ Neste sentido ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo**. In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 99.

⁵⁸⁴ No caso em questão foi feita análise da constitucionalidade de lei responsável por revogar isenção fiscal dada a determinado sujeito por lei especial. A isenção, no caso em tela, foi dada pelo Estado sob a exigência de contraprestação, fato, segundo o entendimento consolidado no acórdão, impeditivo de sua revogação. A concessão da isenção não foi graciosa, mas sim contratual, por isso o entendimento pela irrevogabilidade. A seguir, trecho literal da decisão que envolve a sua fundamentação: “10. Ensina, a propósito, FRANCISCO CAMPOS: “Quando a isenção tributária é concedida graciosamente, ou de modo incondicional, por não corresponder a uma contraprestação prometida pelo beneficiário, ela pode ser revogada pelo mesmo poder que a concedeu. Na hipótese, porém, de que a isenção seja outorgada como correspectivo de uma prestação prometida pelo beneficiário, a isenção é a causa da prestação e esta funciona como causa ou motivo determinante da isenção. Diz-se, então, da imunidade tributária, que ela é de natureza contratual, se este cumpre ou se encontra em vias de cumprir a prestação por êle prometida. A isenção, neste caso, se incorpora ao patrimônio do beneficiário, ou este tem direito adquirido a gozar da vantagem econômica estipulada como contraprestação do Estado à prestação a que se obrigou” (“REVISTA FORENSE”, volume 133, pág. 365). 11. Esta a lição magistral, que se ajusta, fielmente, ao caso discutido. Com efeito, a prestação a que se obrigou o impetrante foi a de fazer funcionar a sua fábrica de óleos e de utilizar matérias-primas da região. Não é razoável admitir-se que o Estado conceda um benefício em troca de uma prestação, a instalação de uma fábrica, com investimento de

O problema da supremacia, portanto, não é ela em si, mas o mau uso que dela pode ser feito, em alguns casos já constatado na história, em especial no âmbito de regimes totalitários.⁵⁸⁵ Assim diz Marcelo Figueiredo: “É preciso, pois, não confundir a supremacia do interesse público com as suas manipulações e desvirtuamentos por determinados agentes mal-intencionados ou despreparados.”⁵⁸⁶

Daniel WunderHchem, nesta linha, vai além e não apenas atribui ao mau uso os problemas hoje conectados à supremacia do interesse público sobre o privado, mas também ao pequeno número de estudos científicos sólidos a envolvendo no país após a sua construção inicial. Para ele:

A ocorrência de interpretações deturpadas do princípio da supremacia do interesse público, inclinadas a legitimar práticas arbitrárias, não decorreu de sua formulação inicial. Esta, se bem compreendida, não permite que o manejo da norma se preste a tais propósitos. O fenômeno derivou de sua aplicação descompromissada com os fundamentos jurídicos e teóricos que lhe renderam ensejo, bem como da escassez bibliográfica nacional a seu respeito.⁵⁸⁷

A supremacia usada com viés de arbitrariedade não é legítima, é carente de amparo constitucional e deve sofrer controle. O mau uso do instituto não deve servir para o seu abandono jurídico ou extinção, mas sim fomentar o seu repensar, especialmente em termos da legitimidade que o envolve e das possibilidades de sua fiscalização quando posto em prática de forma abusiva.

No viés concreto, quando da leitura dos textos e de sua concretização pela Administração diante de casos reais, há de se dizer ser possível que interesses públicos e interesses privados retem prevalecentes em situações de colisão. Mesmo na primazia concreta e direta de um interesse individual haverá a tutela do interesse público e de sua supremacia, ainda que a título indireto.

capital e grandes encargos, para, em seguida, revoga-lo a seu livre talento. [...]”RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça. Ag. n. 1323. Relator: Desembargador Túlio Bezerra. 1952. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 158, ano 53, p. 313-314, mar.-abr. 1955.p. 313-314.

⁵⁸⁵RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 105.

⁵⁸⁶FIGUEIREDO, Marcelo. Breve síntese da polemica em torno do conceito de interesse público e sua supremacia:tese consistente ou devaneios doutrinários? In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.p. 415.

⁵⁸⁷HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 30.

Os tópicos a seguir analisarão de modo mais detalhado o que acima foi dito, tratandodos instrumentos de racionalização do uso prático da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado.

A critério de novo olhar fica aqui especialmente constatada a distinção da análise da supremacia em plano abstrato e em concreto, sendo mais à frente desdobrado o estudo de suas variáveis em casos de aplicação prática da ideia, antes, porém, falar-se-á sobre a ideia de indisponibilidade do interesse público.

Em síntese, a ideia de supremacia se mantém, é elemento implícito dentro da sistematicidade constitucional, possui elementares diversas conforme se trate do plano abstrato ou concreto de sua visualização, sendo inconcebível versar por sua substituição plena pela proporcionalidade ou apregoar a necessidade de sua extinção.

3.2 Indisponibilidade do interesse público sobre o privado: por um repensar entre o concreto e o abstrato⁵⁸⁸

Como aqui já exposto, com a saída do absolutismo rumo ao Estado de Direito os interesses pessoais do monarca, direcionadores dos fazeres estatais, foram gradualmente substituídos pelo chamado *interesse público*. O Estado a partir daí inaugurado, limitado pela legalidade, apenas poderia exercer o poder que lhe fora normativamente direcionado, cujo verdadeiro titular era o povo, quando presente a marca deste interesse. Construía-se a ideia de que o ente estatal só se justificaria em função da busca pela satisfação dos interesses da coletividade, passando essa a ser a sua elementar e vinculada finalidade.

A busca de uma finalidade pública tanto movimenta, como também fundamenta a Administração. Os interesses públicos, próprios da coletividade, nascem em seu seio, são positivados no ordenamento, direcionados precipuamente ao Estado, não podendo sofrer apropriação pessoal e subjetiva por aquele que atua em nome deste corpo de sujeitos. O administrador, gestor cotidiano do bem comum, dele não pode se apropriar, dispor ou desviar.⁵⁸⁹

⁵⁸⁸ Desde já deve restar exposta a maior quantidade de trabalhos abordando especificamente a supremacia do interesse público sobre o privado no país, isto quando comparados tais estudos com aqueles referentes ao tema da indisponibilidade. A indisponibilidade do interesse público é muitas vezes tratada pela doutrina nacional a título acessório e dentro de texto focado na análise da supremacia.

⁵⁸⁹ Em tal sentido ver: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e**

A Administração é, no exercício diário de sua função administrativa, executora habitual da busca pelo interesse público e não a sua titular exclusiva com poderes absolutos.⁵⁹⁰

José Cretella Junior nessa linha diz:

O interesse público não fica à mercê do agente público. Tem regras que o restringem. É intangível e indisponível. O administrador não é dono. É guarda ou fiscal da coisa pública. Sua vontade não conta. As atividades que pratica são orientadas para um fim.⁵⁹¹

A indisponibilidade do interesse público implica de forma basilar na sua não disposição por parte daquele que se configura como o seu gestor cotidiano. O seu principal destinatário é, portanto, o executor da função administrativa, o administrador. Este administrador, ao executar as ações da Administração, deve saber que são limitadas e condicionadas pela juridicidade, que possuem essência cogente, não se conectando apenas ao poder sobre o objeto, mas especial e principalmente ao dever de promoção de um fim que é o próprio bem comum. Indisponibilidade do interesse público e finalidade, portanto, se conectam intensamente.

Celso Antônio Bandeira de Mello neste sentido narra:

Em suma, o necessário – parece-nos – é encarecer que na administração os bens e os interesses *não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador*. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela.⁵⁹²

Detalhando a explicação sobre a ideia da indisponibilidade também aponta a doutrina de Ruy Cirne Lima para quem:

À relação jurídica que se estrutura no influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração. Chama-se-lhe relação de administração, segundo o mesmo critério, pelo qual os atos de administração se opõem aos atos de propriedade. Na administração, o dever e a finalidade são predominantes; no domínio, a vontade.⁵⁹³

outros temas relevantes do direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.p. 71. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo.** São Paulo: Atlas. 2010. p. 93. FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 69.

⁵⁹⁰MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2009. p. 73-74.

⁵⁹¹CRETILLA JÚNIOR, José. **Filosofia do direito administrativo.** Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 153.

⁵⁹²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2009, p, 74.

⁵⁹³LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 51-52.

A construção teórica da indisponibilidade do interesse público deriva destas perspectivas, em especial da ideia de finalidade da Administração⁵⁹⁴, reforçada com o nascimento do Estado de Direito, onde o poder deveria ser exercido dentro dos limites da lei e previamente direcionado a um fim público.⁵⁹⁵

Desde então tem sido assim, como a Administração deve agir necessariamente em busca do interesse público, este elemento passa a ser para ela indisponível. Não pode a Administração se esquivar do seu dever de proteção do interesse público legítimo, devendo se entender por legítimoo interesse público dotado de amparo constitucional e infraconstitucional.⁵⁹⁶

Discorrendo sobre a indisponibilidade e seus limites na juridicidade, Natalia PasquiniMoretti expõe:

[...] corresponde à vedação de o administrador público dispor do interesse público primário conforme sua própria vontade, pois está vinculado ao dever de satisfazer o interesse da coletividade preconizado no ordenamento jurídico. O Estado é o meio de concretização dos projetos e dos valores do conjunto de seres humanos. Cabe-lhe proteger interesses públicos, assim qualificados pelo sistema normativo, através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos, veículos da vontade estatal consagrada na lei.⁵⁹⁷

A indisponibilidade do interesse público, elemento de destaque no regime jurídico administrativo contemporâneo, não é texto expresso nas disposições da Constituição de 1988, nem por isso, todavia, carece de proteção jurídica. Inúmeros são os dispositivos normativos que direcionam ao gestor da Administração a impossibilidade de dispor da coisa pública como bem entenda. As restrições direcionadas à venda de bens públicos, às reformas ou modificações em patrimônio público, as cláusulas contratuais obrigatórias, dentre outras, são reflexos da ideia de indisponibilidade do interesse público.

⁵⁹⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Filosofia do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 152.

⁵⁹⁵ MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 453.

⁵⁹⁶ MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 460.

⁵⁹⁷ MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012, p.460.

José Cretella Junior, nesta linha, chega a classificar ideias setoriais de indisponibilidade do interesse público: indisponibilidade no serviço público, indisponibilidade dos cargos públicos, indisponibilidade dos bens públicos, e indisponibilidade pública nas concessões.⁵⁹⁸

Natália Moretti igualmente especifica em sua doutrina desdobramentos da indisponibilidade, seriam eles: indisponibilidade da finalidade legal; indisponibilidade do dever de agir; indisponibilidade de bens e serviços; indisponibilidade de competências administrativas.⁵⁹⁹

Em ambas as classificações é possível notar que a indisponibilidade do interesse público e os seus desdobramentos encontram fronteiras de vivência residentes na normativa vigente. Se é a Constituição a responsável por apontar diretrizes para os fazeres e não fazeres estatais, se a lei as detalha em maior medida, a Administração delas não deve fugir em sua atuação concreta e são justamente as normas, em sua pluralidade de espécies, as responsáveis por delinear as fronteiras da indisponibilidade do interesse público nos casos concretos.

Reconhecidas na juridicidade as suas fronteiras, importante se faz expor que a indisponibilidade do interesse público pela Administração deve considerar o viés concreto e o plano abstrato de tutela de interesses públicos.⁶⁰⁰

Se a positivação de interesses é fruto de seu reconhecimento como públicos, o respeito à legalidade implica em respeito à indisponibilidade do interesse público no viés abstrato. Se a Administração sempre deve caminhar na trilha da juridicidade, o respeito ao interesse público em abstrato e, em consequência, a sua indisponibilidade neste plano serão absolutos.

Melhor explicando, a observância dos limites normativos do caso concreto implicará no consequente respeito ao interesse público abstratamente contemplado, de forma a

⁵⁹⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Filosofia do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 153-162.

⁵⁹⁹ MORETTI, Natália Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 460.

⁶⁰⁰ Aqui importante se faz mencionar posicionamento de Seabra Fagundes responsável por, em 1967, já reconhecer uma feição abstrata e um viés concreto para o interesse público, de forma a inspirar as construções teóricas tecidas na presente tese. Dizia o autor: “A infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público. Mas, por outro lado, vista em face de algum caso concreto, pode acontecer que a situação resultante do ato, embora nascida irregularmente, torne-se útil àquele mesmo interesse.” FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 55 – 56.

consubstanciar a ideia de indisponibilidade do interesse público no plano abstrato. Uma vez respeitado, restará ele indisponível. Como a juridicidade sempre deve se fazer presente nas condutas da Administração, sempre restará preservada com o seu respeito a tutela da indisponibilidade do interesse público sobre o privado em perspectiva abstrata. Seguir a juridicidade é fazer do interesse público nela consubstanciado indisponível.

Já no plano concreto, será possível enxergar em conduta da Administração, ainda que a título excepcional, a primazia de um interesse concreta e especificamente privado em detrimento de outro, mesmo que de ordem coletiva. É o administrador o responsável por enxergar, em concreto, o interesse a prevalecer, se individual ou coletivo especificamente, devendo essa prevalência guardar conexão com a ideia de juridicidade em abstrato.

Caberá ao administrador atentar, diante de uma situação fática em análise, para a possível existência de tutela expressa, detalhada e específica de um interesse público no âmbito textual normativo. Caso existente essa tutela em espécie, sendo de ordem vinculada, ela deverá prevalecer concretamente, posto que destinada a atender o juízo prévio de ponderação realizado pelo normatizador neste sentido.

Se inexistente a tutela em via textual expressa e vinculada, caso inseridos em plano abstrato de igualdade⁶⁰¹ os interesses juridicamente tutelados e ali colidentes, abrir-se-á espaço para o uso de alguns elementos hermenêuticos específicos, a exemplo da proporcionalidade. Nesta hipótese, o uso da argumentação e a racionalidade da motivação da decisão tomada são necessidades e requisitos essenciais de sua validade.⁶⁰² Este viés procedimental será melhor detalhado em pontos a seguir da presente tese.

À Administração caberá averiguar, em concreto, qual dos interesses colidentes deverá prevalecer e em que medida, a resposta encontrada deverá ser coerente com os limites da juridicidade e, assim sendo, será ela marcada pelo interesse público. Aqui mais uma vez é prudente lembrar que na perspectiva jurídica, em se tratando de casos concretos de conflitos de interesse tendo a Administração em um dos polos conflitantes, o interesse público é

⁶⁰¹ Por plano abstrato de igualdade deve se entender mesma posição hierárquica no ordenamento.

⁶⁰² “As normas que limitam e regulam a atividade administrativa visam assegurar directa e imediatamente um interesse público específico e não a satisfação dos interesses individuais. Estes não estão considerados autonomamente naquelas normas. Assim, se o acto é ilegal, com o que o interesse público sai ferido, prejudicados ficam também os interesses dos particulares. Na medida em que o acto é, já, legal, os interesses dos particulares também não saem feridos.” BOTELHO, José Manuel da S. Santos; ESTEVES, Américo J. Pires; PINHO, José Cândido de. **Código do procedimento administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.p. 53 – 54.

expressão a ser preenchida a partir dos dizeres constitucionais, legais e das normativas administrativas direcionadas especificamente ao tema questão.⁶⁰³

No caso de ser dada primazia a direito de ordem individual por ser esta conclusão corolário da tutela do interesse público conforme o ordenamento, importante se faz observar que não será qualquer vontade privada elemento apto a integrar o conceito de interesse público. Em outras palavras, não é qualquer desejo individual objeto viável para figurar como interesse público legítimo. A Constituição, a lei infraconstitucional disciplinadora do caso e demais normas pertinentes viabilizam a compreensão dos limites e possibilidades deste encaixe entre o público e o privado.

Neste espaço reside uma questão essencial à compreensão do tema: o interesse público legítimo carrega dentro de si necessidades objetivamente contempladas pela juridicidade. Aquilo que preenche o conteúdo da expressão deve ser tragável pela objetividade do Direito, pois é o Direito a bússola que norteia tal adequação, e poderá fazê-lo a partir de viés público ou privado. Nohara, analisando o tema diz:

[...] a atribuição de um interesse ao Estado e seu tratamento como público deriva, por vezes, menos de sua *natureza* do que de uma *convenção*, isto é, de uma decisão *política* tomada no sentido de protegê-lo juridicamente como tal.⁶⁰⁴

O que importa, para fins de interesse público, é que a necessidade que o preenche seja protegida pelo Direito, independentemente de se referir a um sujeito singular ou a uma coletividade de sujeitos. O conteúdo a ser direcionado ao interesse público tem como ponto de partida o direito positivo, logo, há um viés abstrato no interesse público, delineado pelo legislador, positivado no ordenamento, e outro concreto, a ser construído a partir da aplicação cotidiana desse mesmo ordenamento pela Administração.

O interesse público foi e ainda é visto como fim vinculado da Administração⁶⁰⁵, sempre que for efetuado um agir administrativo nele deverá se fazer contemplada a finalidade

⁶⁰³ MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 453.

⁶⁰⁴ NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 136.

⁶⁰⁵ Neste sentido ver: MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 522.

de busca do interesse público, ainda que em concreto se note a tutela de um direito individual específico. Como os fazeres da Administração se exteriorizam através do que se denomina função administrativa, em todas as suas modalidades deverá ser constatada a presença da busca pelo interesse público. Se a função administrativa se revela presente no poder de polícia, fomento, intervenção, regulação, serviços públicos, dentre outros caminhos, em todos eles deverá haver a busca do interesse público. O que irá mudar são as características, espécies, disciplinas normativas ou até mesmo a dimensão do interesse público buscado.⁶⁰⁶

O interesse público é, na verdade, base de todo o Direito Público, devendo nortear toda e qualquer atuação estatal.⁶⁰⁷ A indisponibilidade do interesse público é norma motriz da atividade administrativa, devendo as concepções concreta e abstrata que a norteiam ser consideradas, sob pena de aparentar a violação de sua proteção jurídica decisões administrativas contempladoras de direitos individuais.

A Administração não age sob a proteção que o interesse público oferece, mas a ele se subordina.⁶⁰⁸ Sempre que dele fizer uso deverá motivar, explicar, argumentar. É preciso explicar as razões da decisão (como, quanto, quando, porque). A exposição dos motivos é elemento extremamente relevante para o controle do ato.⁶⁰⁹ Como expõe Carlos Ribeiro: “É preciso recheiar o conceito, destrinchá-lo, dizer qual é efetivamente o interesse público naquele caso concreto e qual regra jurídica lhe atribui superioridade legítima.”⁶¹⁰

A história dos fazeres da Administração, desde a estruturação do Estado Liberal até os dias de hoje, demonstra inúmeros casos de desvio de finalidade nos atos administrativos. Floriano Marques neste sentido diz:

⁶⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 95.

⁶⁰⁷ NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 138.

⁶⁰⁸ Neste sentido ver: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Organizador). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 423.

⁶⁰⁹ GIL, José Luis Meilán. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. A&C. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, Ano 10, n°. 40, p. 171-198, abr./jun., 2010. p. 179 - 180.

⁶¹⁰RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 104.

[...] nem todas as ações estatais correspondem a um interesse público. Muita vez, a intervenção estatal decorre de captura por interesses privados incrustados na esfera pública: interesses patrimoniais, fiscais, corporativos, manipulação política, todos esses fatores podem impelir o poder público a agir sem que haja um interesse relevante a ser atingido.⁶¹¹

Pela necessidade de sempre se fazer presente na aplicação do Direito Administrativo, o interesse público se presume contemplado nos fazeres exteriorizados pela Administração. Essa presunção, como não poderia deixar de ser, é relativa, admitindo questionamentos. O controle da finalidade da atuação administrativa é, direta ou indiretamente, controle do interesse público.⁶¹²

É a Administração a responsável por identificar no caso concreto o interesse público atinente ao seu agir⁶¹³, para que eventuais desvios de finalidade se permitam controlar, indispensável se faz a fundamentação clara e objetiva da ação administrativa. Havendo suspeita de desvio de finalidade, os sujeitos legitimados ao controle administrativo poderão atuar, fazendo uso dos meios colocados à sua disposição pelo ordenamento jurídico.

Explicadas algumas das questões principais que permeiam os conceitos de supremacia e indisponibilidade do interesse público, os pontos seguintes se destinam à análise da sua natureza jurídica enquanto caminho essencial para a compreensão de seu procedimento de interpretação, densificação e aplicação prática.

⁶¹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação**. In: MARRARA, Thiago (Organizador). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 428.

⁶¹² Em tal sentido ver: CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 75. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação**. In: MARRARA, Thiago (Organizador). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 427. MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 457.

⁶¹³ “[...] o Estado sempre polarizou o interesse público e desempenhou o papel de árbitro para identifica-lo no âmbito das relações sociais, políticas e econômicas.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.p. 69.

3.3 As pedras de toque do Direito Administrativo e a sua natureza normativa

Apesar da existência de plurais teorizações a respeito da ideia de norma jurídica, mesmo reconhecendo não existir significado universal e unânime para o termo, o presente ponto irá abordar a natureza normativa das pedras de toque administrativas a partir do que denomina *teoria da norma jurídica pós-positivista*.

Ao se falar em tal teoria, a intenção é a de se referir à construção teórica contemporânea, amplamente reproduzida nos textos jurídicos e jurisprudência nacionais, responsável por reconhecer os textos positivados no ordenamento como dispositivos normativos e os resultados de sua interpretação como normas.⁶¹⁴

Desse modo, ao se falar em natureza normativa se estará a referir ao resultado do trabalho do intérprete, à ideia de norma jurídica como gênero de onde emanam duas espécies distintas, porém interligadas: as regras e os princípios.⁶¹⁵

⁶¹⁴ Em tal sentido ver: BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁶¹⁵ Aqui importante se faz esclarecer haver quem discorra sobre outras espécies normativas, a exemplo dos axiomas e postulados. Humberto Ávila, por exemplo, no que diz respeito aos postulados, os considera como metanormas, diretrizes para a interpretação e aplicação de outros elementos normativos. Divide as metanormas, por sua vez, em postulados específicos (diretrizes mais claras quanto à interpretação a ser feita; é o caso da isonomia e proporcionalidade) e inespecíficos (direcionamentos menos nítidos quanto aos caminhos

Tradicionalmente, as pedras de toque do Direito Administrativo são apresentadas pela doutrina nacional especializada com a natureza normativa de princípio. Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Hely Lopes Meirelles são apenas alguns dos nomes que seguem esse posicionamento em seus livros. Em contrapartida à atribuição de natureza jurídicaprincipiológica, os autores costumam oferecer a ambos os elementos definições que de tão exatas e taxativas mais se assemelham ao que hoje se entende por regra jurídica.

Como regras e princípios são elementos normativos comumente definidos e qualificados com distinções, nasce, nesta aparente contradição, espaço para questionamentos, críticas e reflexões. Se a doutrina contemporânea reflete sobre a supremacia do interesse público no contexto pós-positivista a ponto de existir quem apregoe o seu fim, igualmente existem no universo doutrinário atual divagações plurais sobre a correta natureza jurídica das pedras de toque administrativistas.

Na verdade, preponderam os trabalhos destinados a repensar a supremacia do interesse público sobre o privado, sendo demasiado escassos aqueles destinados a refletir especificamente sobre a indisponibilidade do interesse público. Este segundo elemento costuma aparecer nas obras sobre a supremacia a título de “carona” nas arguições teóricas ali construídas, não como objeto principal a constar do título, mas sim como elemento teórico analisado internamente ao longo dos escritos, de maneira pontual e a título acessório.⁶¹⁶

O presente ponto da tese, tomando por base as arguições feitas em torno do tema, irá as apresentar, ao final expondo o seu olhar. Ao se buscar qualificar a natureza normativa da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, far-se-á uso, a título de embasamento teórico, de alguns dos elementos doutrinários pós-positivistas, em especial da ciência construída por Marcelo Neves em obra intitulada *Entre Hidra e Hércules. Princípios e Regras Constitucionais*.

Compreender a natureza jurídica das pedras de toque do Direito administrativo não é elemento destinado apenas a divagações teóricas, mas também pressuposto essencial ao bom uso de ambos pela Administração, especialmente ao se considerar que é no plano dos

interpretativos, é o que ocorre com a ponderação, por exemplo). Para saber mais ver: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 122-123.

⁶¹⁶ É o que ocorre, por exemplo, na obra *Princípio da Supremacia do Interesse Público* de Daniel Hachem. HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 146.

conflitos concretos entre elementos normativamente tutelados, seara que demanda argumentação e justificação ampla, que nasce o maior sentido em diferenciar regras e princípios. Neste sentido, expõe Marcelo Neves:

Só quando surge a controvérsia sobre a norma a aplicar ao caso, no contexto de um conflito interpessoal concreto ou no âmbito de um controle abstrato de normas, a diferença entre regras e princípios ganha relevância prática e teórica. Portanto, apenas quando se passa para o plano da argumentação jurídica essa distinção pode ser problematizada.⁶¹⁷

Feitas tais considerações introdutórias, deve se dizer que os posicionamentos existentes em torno do tema, a seguir expostos, foram aqui divididos em quatro grupos distintos, são eles: pedras de toque como princípios na doutrina tradicional; pedras de toque como princípios no novo olhar administrativista; da inadmissibilidade de ser a supremacia princípio; da supremacia à proporcionalidade.

Uma vez realizadas as compilações de informações sobre os grupos mencionados, abrir-se-á espaço para realização das considerações referentes ao olhar próprio da tese no que diz respeito ao tema.

3.3.1 Pedras de toque como princípios na doutrina tradicional

Ao falar em doutrina tradicional, a presente tese está a se referir aos autores de Direito Administrativo habitualmente utilizados nos estudos basilares referentes a esta disciplina, aqueles que rotineiramente são apresentados aos estudantes e profissionais da área jurídica, juristas cujas obras integram majoritariamente a bibliografia básica das cadeiras administrativistas nas graduações dos cursos de Direito do Brasil.⁶¹⁸

Assim sendo, aqui serão expostos os conceitos de supremacia e indisponibilidade do interesse público arguidos pelos teóricos que possuem manuais e cursos há mais de uma década reeditados no país, desde o advento da Constituição de 1988; são eles: Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Melo e Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Acredita-se que com a exposição dos olhares por eles direcionados ao tema será possível obter visão geral a respeito do que historicamente se constrói de maneira basilar sobre as pedras de toque no país.

⁶¹⁷ Em tal sentido ver: NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 95.

⁶¹⁸ Foram vistos os programas das disciplinas dos cursos de Direito recomendados pela OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/servicos/oabrecomenda>>. Acesso em: 15 set. 2014.

Hely Lopes Meirelles, em seu *Direito Administrativo Brasileiro*, ao discorrer sobre a interpretação deste ramo jurídico expõe a diretriz da “desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados”, ao explicá-la, narra que diferentemente do Direito Privado, que se pauta na igualdade de posição entre os sujeitos, o Direito Público se foca na “supremacia do Poder Público sobre os cidadãos, dada a prevalência dos interesses coletivos sobre os individuais”, conclui, a partir daí, a orientação deste *princípio* no sentido de que “sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este, uma vez que o objetivo primacial da Administração é o *bem comum*.”⁶¹⁹

Quanto à indisponibilidade, narra o autor que deriva da supremacia, e que o seu conceito expõe que “a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral, da coletividade, nem renunciar poderes que a lei lhe deu para tal tutela...”⁶²⁰

Conforme se pode notar, no entendimento de Hely a supremacia, cuja natureza é de princípio, possui caráter absoluto, posto que não concebe hipótese de relativização de seu conteúdo, de forma a eventualmente viabilizar a primazia do privado em determinado caso concreto.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em seu *Curso de Direito Administrativo*, qualificando a supremacia do interesse público sobre o privado como princípio, diz ser ela “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público” e que, no específico âmbito da Administração, faz nascer como “consequências ou princípios subordinados: a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares; b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações.” Expõe Celso, ainda, que a supremacia “[...] proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último”.⁶²¹

No que tange à indisponibilidade do interesse público, o autor a ela atribui natureza de princípio.⁶²² Quanto ao seu significado, diz: “[...] os interesses *não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador*. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de

⁶¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: RT, 1964. p. 20.

⁶²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 108.

⁶²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009. p. 70.

⁶²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009. p.75.

curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela”.⁶²³

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em livro denominado *Direito Administrativo*, qualifica a supremacia do interesse público sobre o privado como princípio, o equiparando a ideia de finalidade pública e expondo o viés de preponderância do interesse público com relação ao privado. Discorre sobre a indisponibilidade do interesse público de modo a dizer que ela se conecta a supremacia, a qualificando igualmente como princípio e a definindo a partir da doutrina de Celso Antônio.⁶²⁴

Passadas as descrições dos posicionamentos basilares do Direito Administrativo a respeito das ideias de supremacia e indisponibilidade do interesse público, é possível concluir que os autores mencionados direcionam a ambos os elementos e em unanimidade a natureza jurídica de princípio, porém sem a realização de maiores explanações a respeito dessas conclusões. Não são mencionadas textualmente teorias de normas jurídicas ou razões expressas que embasem a qualificação apontada, quando muito, notas de rodapé apontam neste sentido, é como se a natureza principiológica das pedras de toque fosse autoevidente.

3.3.2 Pedras de toque como princípios no novo olhar administrativista

Por novo olhar administrativista deve se entender aquele atinente aos teóricos mais recentes, cujas edições iniciais de obra ainda estão em seus primeiros anos, onde os trabalhos se destinam especificamente ao tema das pedras de toque e não à reunião de dizeres sobre o Direito Administrativo em suas generalidades.

Estes posicionamentos foram aqui reunidos, em momento distinto da visão tradicional igualmente principiológica antes demonstrada, em decorrência das fundamentações arguidas e teorizações apresentadas para a qualificação das pedras de toque como princípios, muitas delas com viés pós-positivista.

Estes autores, diferentemente dos anteriores, em alguns momentos justificam à luz das doutrinas neoconstitucionais os seus posicionamentos principiológicos, por isso tiveram olhar aqui qualificado como novo.

⁶²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 26. ed., São Paulo: Malheiros, 2009. p.74.

⁶²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**, 14. ed., São Paulo: Atlas, 2002. p. 68-70.

Os juristas deste espaço possuem livros próprios ou capítulos de livros sobre o tema, porém sem que integrem majoritariamente os programas de disciplinas administrativistas nas universidades brasileiras a título de bibliografia básica nos cursos de Direito; são eles: Daniel WunderHachem, Marcelo Figueiredo e Maria Adelaide de Campos França.

Daniel WunderHachem, em livro⁶²⁵ de sua autoria destinando à específica análise da supremacia do interesse público, a qualifica como princípio dotado de duplo caráter, um de “mandamento nuclear do sistema” e outro de “mandamento de otimização”. No que diz respeito à indisponibilidade do interesse público, em análise acessória a qualifica como “núcleo central do regime jurídico-administrativo”, porém sem realizar maiores explanações a respeito.⁶²⁶

Quanto à caracterização da supremacia como “mandamento nuclear do sistema”, narra Daniel Hachemter construído o seu posicionamento a partir das doutrinas de Celso Antônio Bandeira de Mello e Karl Larenz. Diz que Celso Antônio, ao idealizar a supremacia, a concebeu como essência do Direito Administrativo, por isso a interpreta como “mandamento nuclear do sistema”. No que tange a Karl Larenz, expõe que a partir de sua teoria é possível qualificar a supremacia como “princípio aberto”, “ideia jurídica diretiva”.⁶²⁷ Conclui este aspecto narrando que a ideia de um interesse público supremo, a partir desta ótica, estabelece como consequências:

(i) a prevalência absoluta dos interesses juridicamente protegidos sobre aqueles não tutelados pelo ordenamento jurídico [...]; (ii) a preponderância relativa do interesse da coletividade (em si mesma considerada) sobre interesses de indivíduos ou grupos específicos, nos termos delineados pelo sistema normativo, quando ambos forem protegidos pelo ordenamento jurídico.⁶²⁸

No que diz respeito ao qualificativo de “mandamento de otimização”, expõe Daniel Hachem adotar como referencial teórico a doutrina de Robert Alexy, fato que lhe faz concluir que a supremacia, neste exato viés, “[...] impõe que o interesse da coletividade seja realizado de forma otimizada, na maior medida possível, justificando inclusive a sua prevalência sobre outros interesses igualmente albergados no ordenamento jurídico”. Conclui o autor dizendo

⁶²⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁶²⁶ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 146.

⁶²⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 144-145.

⁶²⁸ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 145.

que o interesse prevalecente será averiguado no caso concreto, a partir de suas variáveis, com uso da ponderação e princípio da proporcionalidade.⁶²⁹

Daniel Hachem, apesar de expressamente se referir a Alexy quando trata da supremacia como “mandamento de otimização”, não deixa muito clara e expressa a sua adesão à teoria do jurista alemão no que tange especificamente à relatividade dos princípios. Em seu estudo, Daniel diferencia a “supremacia em sentido amplo (interesses juridicamente protegidos) sobre o interesse privado (interesses não tutelados)” e a “prevalência do interesse público em sentido estrito (interesse geral) sobre interesses específicos (individuais ou coletivos)”, a primeira seria absoluta e a segunda não.

No geral, a supremacia do interesse público é por ele definida como princípio, o título da obra e capítulos nela inseridos se referem a esta natureza normativa. Como diz que a supremacia, mesmo sendo princípio, é absoluta no viés amplo, Daniel, em determinado momento, parece seguir o posicionamento de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o tema, onde faz citação direta sobre a ideia de “princípios absolutos”⁶³⁰

Logo em seguida, no entanto, diz: “Segundo a proposta formulada neste trabalho, se o conceito de princípio escolhido for o de mandamento de otimização (consoante a classificação das normas jurídicas delineada por Robert Alexy), deve-se reconhecer na supremacia do interesse público um duplo caráter normativo: de norma-princípio e de norma-regra.”⁶³¹ Com estes dizeres, o autor abre espaço para que o leitor também entenda ser a supremacia regra.

Assim, aparentemente, ao tentar justificar e fundamentar a escolha da natureza de princípio para um elemento por ele parcialmente explicado como absoluto, ao tratar da possível incompatibilidade desta ideia com as práticas da ponderação e proporcionalidade, o autor parece não se posicionar nítida, expressa e definitivamente com relação ao referencial teórico por ele adotado para generalizar a supremacia como princípio.

⁶²⁹ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 148-152.

⁶³⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 251.

⁶³¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 252.

O que se sabe, tanto pelo título como pelos escritos de seu texto, é que a supremacia é para ele princípio, ainda que o referencial que fundamente tal conclusão reste confuso após as leituras.

Saindo da análise de livro de autoria única destinado exclusivamente ao estudo do tema, adentraremos agora na exposição de posicionamentos emanados de trabalhos inseridos em obras de autoria coletiva. Começemos pelo texto de Marcelo Figueiredo.

Marcelo Figueiredo reúne em seu texto as posições que hoje pairam ao redor do assunto e, dentre narrativas de autores “clássicos” e “contemporâneos”, aborda a supremacia do interesse público como princípio, ressaltando que em um Estado Constitucional Democrático a sua concretização deve se efetuar de modo a resultar “[...] em benefício para cada um e todos de uma comunidade ou grupo destacado dela”. Ressalta que a supremacia do interesse público não deve ser entendida como elemento apto a “anular ou comprimir direitos fundamentais do cidadão”.⁶³² Nota-se, em sua narrativa, uma tentativa de conciliar elementos públicos e privados, porém sem maiores explicações procedimentais a respeito e, ainda, a menção ao fato de ser a supremacia princípio, igualmente sem detalhamentos mais precisos das razões que o motivaram a esse entendimento, apesar da realização de algumas citações diretas.

Maria Adelaide de Campos França, em trabalho intitulado *Supremacia do Interesse Público versus Supremacia dos Direitos Individuais*, qualifica a supremacia do interesse público como princípio, expõe ser esse princípio “informativo de todos os demais princípios e da atividade administrativa”, narra a possibilidade de colisões entre interesse público e direitos fundamentais individuais, expondo que a doutrina enxerga na ponderação elemento apto a solucionar esses casos. Conclui o seu texto mencionando a manutenção da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado no ordenamento brasileiro, expondo os seus fundamentos constitucionais e consequente aceitação pelo Judiciário contemporâneo, mesmo diante das críticas que a ideia vem recebendo.

3.3.3 Da inadmissibilidade de ser a supremacia princípio

⁶³²FIGUEIREDO, Marcelo. Breve síntese da polemica em torno do conceito de interesse público e sua supremacia:tese consistente ou devaneios doutrinários? In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.p. 414.

A doutrina costuma creditar a Humberto Ávila o caminho inaugural do repensar da supremacia do interesse público em âmbito nacional, justamente por isso a dedicação de um ponto específico para a descrição de seu posicionamento quanto ao tema da natureza jurídica da supremacia do interesse público sobre o privado. Ao discorrer sobre o assunto, Ávila realiza análise crítica de forma a rebater pontos variados da doutrina até então construída.

Diferenciando axioma, princípio, regra e postulado, Ávila expõe a necessidade de serem diminuídos os equívocos ao redor da ideia de um suposto “princípio da supremacia do interesse público sobre o privado”. O seu foco principal é o combate à ideia de que a supremacia seria princípio, em meio a isso, porém, realiza o autor exposições que distinguem a ideia de supremacia daquelas referentes a outras nuances normativas.

Diz Ávila que a supremacia não pode ser entendida como axioma, pois axiomas são elementos autodemonsstráveis, óbvios, e a supremacia assim não se comporta, posto que carrega com ela a palavra interesse público e essa possui difícil compreensão.⁶³³

Quanto à ideia de postulado, diz o autor que ela não comporta adequações ao que é construído ao redor da supremacia, pois “[...] um postulado explicativo do Direito Administrativo não poderia ser uma regra de prevalência, mesmo que essa preferência seja ‘apenas’ abstrata”.⁶³⁴

No que tange à natureza de princípio, expõe Ávila que a supremacia, tal qual tradicionalmente explicada, mais se assemelha a uma regra de preferência do que a um princípio. Rebatendo a tese de que a supremacia seria princípio, diz:

Do modo como a teoria geral do Direito modernamente analisa os princípios *prima facie*, cujo significado resulta de uma recíproca implicação entre os princípios, não há dúvida de que ele não é uma norma-princípio: sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a prevalência é a única possibilidade (ou grau) normal de sua aplicação, e todas as outras possibilidades de concretização somente consistiriam em exceções e, não, graus...⁶³⁵

⁶³³ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre oParticular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, out., 2001. Disponível em:<<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2014.p. 3-4.

⁶³⁴ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre oParticular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, out., 2001. Disponível em:<<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2014.p. 23.

⁶³⁵ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre oParticular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, out., 2001. Disponível em:<<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2014.p. 9.

Continua o autor excluindo a natureza de princípio a partir da alegação de não existirem “fundamentos jurídicos-positivos de validade” para a supremacia, pois o texto constitucional protege de forma especial os interesses individuais, fato que gera “ônus de argumentação” favorável a esses elementos, e não ao interesse público. O ônus é favorável, porém não implica, na ótica do autor, em uma supremacia absoluta dos interesses privados.⁶³⁶

Conclui Ávila a sua exposição narrando que a relação entre o Poder Público e os indivíduos, entre os interesses públicos e privados, apenas pode ser melhor compreendida a partir do “[...] postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados (interligados) fundamentada na sistematização das normas constitucionais”. O autor encerra assim o seu texto sem, contudo, detalhar o procedimento de realização dessa ponderação, fato que acaba por dificultar a visualização plena de sua operabilidade.⁶³⁷

3.3.4 Da supremacia à proporcionalidade

Gustavo Binenbojm, em trabalho intitulado *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*, critica a tradicional postura doutrinária brasileira responsável por enxergar na supremacia do interesse público o princípio motriz das decisões tomadas pela Administração. Neste sentido, o autor apresenta as posições de Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Fabio Medina Osório de forma a ressaltar as suas inconsistências.

⁶³⁸

Narra Binenbojm não haver amparo constitucional para a supremacia do interesse público sobre o privado, diante da ampla quantidade de direitos individuais tutelados pelo texto de 1988. Expõe o autor que é preciso desconstruir os velhos paradigmas do Direito

⁶³⁶ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre oParticular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, out., 2001. Disponível em:<<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2014.p. 11.

⁶³⁷ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre oParticular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, out., 2001. Disponível em:<<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2014.p. 28.

⁶³⁸ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Processual Geral**,Rio de Janeiro, n. 59, p. 28-63, 2005. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/766503/DLFE-46414.pdf/Revista_59_Doutrina_pg_49_a_82.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 56-63.

Administrativo para construir novos e que a *tessitura constitucional* aponta como diretriz chave rumo a esse fim.⁶³⁹

Fazendo uso da doutrina de Humberto Ávila, propõe a substituição da ideia de supremacia do interesse público pelo uso preponderante do dever de proporcionalidade pela Administração. A ideia do autor não é a de coexistência entre ambos, mas sim de substituição de um por outro no que tange à tomada de decisão pela Administração.

Seguindo a linha de Humberto Ávila, diz Binjenbojm não ser razoável atribuir à supremacia do interesse público a natureza de princípio, pois a sua tradicional compreensão não se coaduna com as características habitualmente atribuídas aos princípios, a exemplo da ponderação. Em sua ótica, a supremacia costuma ser compreendida como “[...] a preferência absoluta ao interesse público diante de um caso de colisão com qualquer que seja o interesse privado, independentemente das variações presentes no caso concreto [...]”, e isso “[...] termina por suprimir os espaços para ponderação”. A determinação apriorística de uma preponderância do público torna a supremacia, para ele, também incompatível com a concordância prática ou máxima harmonização.⁶⁴⁰

Ainda na linha de reforçar a inconsistência da ideia de supremacia do interesse público, narra que a diretriz central do texto constitucional reside na dignidade humana, o que gera necessidade de proteção aos interesses dos indivíduos, especialmente quando colidentes com “[...] interesses gerais promovidos pelo Estado”.⁶⁴¹

O autor sugere, em casos de colisão entre interesses públicos e privados, não a primazia do público, mas sim o uso da proporcionalidade, instrumento densificador da ponderação, através de seus desdobramentos : necessidade (o caminho escolhido pela Administração em sua decisão não tem como ser substituído por outro menos severo, menos oneroso e igualmente eficaz), adequação (aptidão para produzir o resultado desejado) e

⁶³⁹ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, n. 59, p. 28-63, 2005. Disponível em: http://download.rj.gov.br/documentos/10112/766503/DLFE-46414.pdf/Revista_59_Doutrina_pg_49_a_82.pdf. Acesso em: 10 set. 2014, p. 56.

⁶⁴⁰ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, n. 59, p. 28-63, 2005. Disponível em: http://download.rj.gov.br/documentos/10112/766503/DLFE-46414.pdf/Revista_59_Doutrina_pg_49_a_82.pdf. Acesso em: 10 set. 2014, p. 63 - 64.

⁶⁴¹ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, n. 59, p. 28-63, 2005. Disponível em: http://download.rj.gov.br/documentos/10112/766503/DLFE-46414.pdf/Revista_59_Doutrina_pg_49_a_82.pdf. Acesso em: 10 set. 2014, p. 64.

proporcionalidade em sentido restrito (ponderação entre o elemento a ser restringido e o que prevalecerá no caso concreto).⁶⁴²

Expõe Binbenbojm que toda e qualquer restrição a direitos fundamentais pela Administração deve ser explicitada a partir da proporcionalidade, que a restrição a direito individual só faz sentido se vier para promover direito social ou outro direito individual.⁶⁴³

3.3.5 As pedras de toque do Direito Administrativo como regras

Passadas as demonstrações a respeito do que hoje resta produzido ao redor da natureza jurídica das pedras de toque do Direito Administrativo, em especial no que tange à supremacia, já que a maior parte dos estudos a ela se dedica, é chegado o momento de expor o olhar adotado pela presente tese quanto ao tema.

Atualmente, é frequente na doutrina o ensinamento de que os escritos nas normativas vigentes são textos estáticos que demandam atividade interpretativa para a sua aplicação, densificação e construção. Uma vez concretizados pelo intérprete, assumem a natureza jurídica de regras ou de princípios.⁶⁴⁴ Assim, é o intérprete, usualmente, a partir das balizas oferecidas pelo texto, sistema normativo, argumentação e Hermenêutica Jurídica, o responsável por definir a natureza normativa do elemento interpretado, se de regra ou de princípio.

Em alguns casos, todavia, os textos positivados não oferecem ao intérprete liberdade nesta construção, já apontando a exata natureza do elemento a ser interpretado, a liberdade

⁶⁴²BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, n. 59, p. 28-63, 2005. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/766503/DLFE-46414.pdf/Revista_59_Doutrina_pg_49_a_82.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014, p. 71.

⁶⁴³ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, n. 59, p. 28-63, 2005. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/766503/DLFE-46414.pdf/Revista_59_Doutrina_pg_49_a_82.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014, p. 77.

⁶⁴⁴ É importante lembrar, aqui, a catalogação por alguns juristas de outros tipos de normas jurídicas, a exemplo dos postulados; a opção da tese, porém, foi a de se focar nos elementos que preponderam em sede de livros e decisões judiciais nacionais como espécies do gênero norma jurídica: as regras e os princípios. Em uma busca rápida por decisões judiciais no sítio eletrônico www.jf.jus.br, espaço onde se faz viável a pesquisa da jurisprudência unificada de tribunais plurais (STF, STJ, TRF's...), é possível confirmar a popularidade dos princípios e regras enquanto espécies normativas, em detrimento dos postulados normativos. Fazendo uso do argumento de busca “postulado e normativo” apenas 146 resultados apareceram no que diz respeito às decisões do STF e 56 no âmbito do STJ. Com o argumento “princípio e jurídico” os resultados imediatos da busca quanto ao STF foram em número de 1517 e no que diz respeito ao STJ de 6987. Por fim, com o critério de pesquisa “regra e jurídica”, os resultados foram de 3447 no STJ e de 475 no STF. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/index.jsp>>. Acesso em: 17 out. 2014.

jurídica interpretativa existirá no sentido de construção do conteúdo da norma, mas não quanto à determinação da sua natureza normativa; é o que se dá, por exemplo, no *caput* do art. 37 da Constituição de 1988, onde o constituinte expôs expressamente a natureza jurídica de princípio para a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Uma densificação jurisprudencial sólida e teorizações consolidadas sobre certos elementos normativos e sua natureza também reduzem a margem de liberdade do intérprete em tal atividade.

É a partir deste embasamento teórico que a supremacia e indisponibilidade do interesse público são reconhecidas como normas. Ambas se configuram como elementos implícitos no que tange à Constituição de 1988, foram dela retiradas a partir de construção doutrinária, hoje habitando em larga escala o plano jurisdicional e de justificação de atuação da Administração.

Os dispositivos constitucionais que relativizam interesses dos indivíduos em benefício de interesses de uma coletividade são inúmeros, a exemplo daqueles que tratam da desapropriação, remoção de agente público por interesse público, privilégios processuais, dentre outros. Deles emana a ideia de que o interesse público, em concreto, pode vir a legitimamente se sobressair com relação ao particular. Seriam estes dispositivos textos fonte para a construção da supremacia do público sobre o privado.

Há que se falar, também, da existência de textos na Constituição que restringem a liberdade de atuação da Administração por questões de interesse público; o constituinte, consagrando normativamente valores considerados relevantes para o bem comum, direcionou restrições inúmeras aos fazeres públicos, a exemplo daquelas que determinam licitação para aquisição de bens e realização de concurso público para contratação de servidores.

Estes singelos exemplos permitem compreender as razões que levaram a doutrina a construir a ideia de que a Administração não poderia dispor do interesse público por ela gerido cotidianamente e normativamente consagrado segundo o seu próprio arbítrio. Residem aí pontos de partida para a densificação da ideia de indisponibilidade do interesse público.

As pedras de toque, de origem textual facilmente detectável no plano constitucional, não são alvo de textos condicionando expressamente conclusões quanto à sua natureza normativa, é através da interpretação que esta pode vir a ser encontrada e, justamente por isso,

hoje são diversos os olhares ao redor do tema. Se não há limitação expressa restritiva, a doutrina tem campo fértil de atuação e o aproveita de forma a conjecturar seus ensinamentos. Mesmo diante da tradicional posição de enxergá-las como princípios, a doutrina ousa e cria, especialmente considerando o contexto contemporâneo de modificação do Direito Administrativo.

Neste sentido, as plurais posições e controvérsias sobre a natureza jurídica das pedras de toque foram aqui expostas. Tomando por base as fragilidades apontadas em cada uma das teorias descritas, a partir dos critérios hermenêuticos que a seguir se explicarão, a presente tese optou por seguir caminho próprio de modo a atribuir às pedras de toque a natureza jurídica de regra.

Ciente de que são inúmeros os conceitos e conformações teóricas direcionados às ideias de regras e princípios⁶⁴⁵, considerando a ótica preponderantemente mencionada na doutrina pós-positivista nacional, para a construção normativa aqui feita foram escolhidos como referenciais teóricos inspiradores Marcelo Neves, Robert Alexy e Ronald Dworkin.

Ronald Dworkin, expondo serem as diferenças entre regras e princípios de natureza lógica, narra que as regras, por serem mais exatas do que os princípios, seguem a lógica do tudo ou nada, devendo ser aplicadas na exata medida daquilo que prescrevem.⁶⁴⁶ Os princípios, diferentemente, por serem mais abertos, obedecem, segundo este mesmo autor, a uma questão de peso ou importância.⁶⁴⁷ Comportam os princípios, deste modo, graus diversos de concretização na prática, podendo ser ponderados caso venham a colidir diante da situação em análise. O elemento principiológico compreendido como o mais relevante (ou pesado) diante da hipótese fática a decidir-se é aquele que deverá prevalecer.⁶⁴⁸

⁶⁴⁵ Sobre o tema diz Guastini: “Una vez aclarada, a grandes rasgos, la noción de discurso prescriptivo, se puede decir de forma muy general que el término ‘norma’ es habitualmente usado para hacer referencia a enunciados del discurso prescriptivo. Sin embargo, no puede decirse que la noción de norma sea pacífica.” GUASTINI, Riccardo. **Distinguendo**: estudios de teoria y metateoría del derecho. Barcelona: Gedisa Editorial, 2011.p. 94. Tradução livre: Uma vez esclarecida, com grandes traços, a noção de discurso prescriptivo, se pode dizer de forma muito geral que o termo “norma” é habitualmente usado para fazer referência a enunciados do discurso prescriptivo. No entanto, não é possível dizer que a noção de norma seja pacífica.

⁶⁴⁶ DWORKIN, RONALD. **Levando os direitos a sério**. Tradutor Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

⁶⁴⁷ DWORKIN, RONALD. **Levando os direitos a sério**. Tradutor Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42.

⁶⁴⁸ DWORKIN, RONALD. **Levando os direitos a sério**. Tradutor Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 42-43.

A partir das construções teóricas aqui apontadas não parece ser razoável conceber as pedras de toque como princípios, pois seus conteúdos e diretrizes são bastante claros e diretos: o interesse público é supremo e não se dispõe livremente pela Administração. Supremacia e indisponibilidade não aparentam comportar graus diversos de concretização. Acresça-se a isso, soar demasiado contraditório atribuir a elementos que se dizem supremos e absolutos a natureza de algo que é aprioristicamente relativo. Justamente por isso, não serão aqui entendidas as pedras de toque como princípios.

Robert Alexy, por sua vez, considerando regras e princípios como espécie do gênero norma jurídica, expõe ser tradicional a distinção de ambos a partir do foco da generalidade, onde os princípios são vistos como elementos que possuem alto grau de generalidade e as regras baixo grau.⁶⁴⁹ Ainda no que tange aos tradicionais modos de diferenciação, enumera Alexy os seguintes: “[...] ‘determinabilidade dos casos de aplicação’, a forma de seu surgimento [...], o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica”.⁶⁵⁰

Apresentando a falibilidade dos critérios tradicionais de distinção, posto que imprecisos e facilmente confundíveis, Alexy demonstra elementos que, em seu olhar, são mais precisos para fins de diferenciação.

Para Alexy, as regras “[...] são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas”.⁶⁵¹ Em caso de colisão, regras diametralmente opostas não se manterão conjuntamente vigentes no ordenamento, apenas comportando convivência harmônica na hipótese de existir cláusula de exceção viabilizadora disso.⁶⁵²

Quanto aos princípios, Alexy os qualifica como mandados de otimização, passíveis de serem satisfeitos em graus diversos, devendo ser realizados na maior e melhor medida possível, “dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.⁶⁵³

⁶⁴⁹ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradutor Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 87.

⁶⁵⁰ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradutor Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.p. 87-88.

⁶⁵¹ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradutor Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.p. 91.

⁶⁵²ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradutor Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.p. 92.

⁶⁵³ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradutor Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.p. 90.

Se a colisão de regras se resolve pela existência de cláusula de exceção, sob pena de uma ser declarada inválida caso inexista tal cláusula, no âmbito dos princípios vigora a solução das colisões por sopesamento, onde um princípio pode prevalecer no caso concreto sem que o outro com ele colidente seja declarado inválido.⁶⁵⁴

Apesar de o sopesamento mais comumente se aplicar aos casos de colisão entre princípios, ressalta Alexy ser possível vê-lo incidir em situações ao redor da aplicação de regras. Além do exposto, deve se dizer que na ótica de Alexy os princípios não comportam mandamento definitivo, mas sim *prima facie*. As regras, diferentemente, possuem esses mandamentos e, eventualmente, mesmo diante deles, podem falhar diante de razões de fato e de Direito.⁶⁵⁵ Frise-se que estas possibilidades de exceção não fazem com que as regras percam a sua natureza *prima facie* de mandamentos, de forma a adquirir o mesmo viés *prima facie* dos princípios. Elas se mantêm como regras.

Assim diz Alexy: “[...] o caráter *prima facie* das regras, que se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada, continua a ser algo fundamentalmente diferente e muito mais forte”.⁶⁵⁶

Em resumo, na ótica de Alexy, também seguida por Marcelo Neves⁶⁵⁷, os “Princípios são sempre *razões prima facie* e regras são, se não houver o estabelecimento de alguma exceção, *razões definitivas*”.

Complementando este ponto, Marcelo Neves, analisando a distinção entre regras e princípios, expõe que esta se assemelha aos “tipos ideais”, de modo a nunca se encontrar “em forma pura na realidade”, assim, diz ele que é comum haver “híbridos”, “normas que se encontram em uma situação intermediária entre princípios e regras”.⁶⁵⁸ Para o autor, as regras, portanto, apesar de mais exatas que os princípios, admitem exceções aos conteúdos

⁶⁵⁴ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradutor Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.p. 93-94.

⁶⁵⁵ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradutor Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.p. 103 – 104.

⁶⁵⁶ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradutor Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.p. 106.

⁶⁵⁷NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.p. 68.

⁶⁵⁸NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules:princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.p. 101, 102, 104.

por elas apresentados quando de sua aplicação ao plano concreto, venham estas exceções do âmbito do Direito ou de elementos fáticos.⁶⁵⁹

As pedras de toque do Direito Administrativo, a partir dos ensinamentos propostos, são aqui entendidas como regras, tanto na perspectiva atinente ao seu viés abstrato, como também no que diz respeito à sua concretude.

No plano abstrato, a supremacia e indisponibilidade se revelam no dever de respeito, pela Administração, ao conteúdo normativo da juridicidade. Este dever não comporta exceções, é razão definitiva e direta para norma de decisão, não havendo como se furtar a ele.⁶⁶⁰ Logo, em abstrato, o interesse público é supremo e não se dispõe, o que faz das pedras de toque regras jurídicas no sentido aqui proposto.

No plano concreto, igualmente é possível falar de tais elementos como regras e, neste âmbito, três são as possibilidades de desdobramentos das pedras de toque diante dos casos concretos, conforme as seguintes variáveis: i) existência de juízo de ponderação prévio e expresso realizado pelo legislador; ii) inexistência de juízo prévio de ponderação legislativo e colisão entre interesses públicos específicos; iii) inexistência de juízo prévio de ponderação pelo legislativo e colisão entre interesses imediatamente público e diretamente privado.

Na hipótese de haver normativa expressa e específica sobre a prevalência do interesse público em detrimento de um imediato interesse privado, constatado o juízo de ponderação prévio pelo legislador quanto à supremacia do público em específico, assim deverá se posicionar a Administração quando do ato densificador da norma em concreto, ainda que em detrimento de direito fundamental individual. A tomada de decisão pela Administração no sentido da prevalência do interesse público por ser essa a diretriz normativa consagrada ressalta a indisponibilidade desse interesse em concreto.

⁶⁵⁹NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: MartinsFontes, 2013. p. 65.

⁶⁶⁰Neste sentido, expõe Jaime Rodríguez-Arana: “Hasta podría decirse, sin exageración alguna, que el interés general tal y como se formula en este trabajo es parte sustancial y medular de la misma juridicidad administrativa que, es como bien sabemos, el primero de los principios del Estado de Derecho.” RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y estado del bienestar**. Madrid: Iustel, 2012. p. 44. Em tradução livre: Até se poderia dizer, sem exagero algum, que o interesse geral, tal e como formulado neste trabalho, é parte substancial e medular da juridicidade administrativa que é, como bem sabemos, o primeiro dos princípios do Estado de Direito.

Por serem a supremacia e indisponibilidade do interesse público, neste caso, razões diretas para a norma de decisão da Administração, comportam ambas a caracterização de regras jurídicas.

Caso inexistente expresso e específico juízo de ponderação prévio do legislador, ou seja, diante da inexistência de texto normativo possibilitando a específica supremacia do interesse público sobre o privado diante de um caso concreto, a prescrição descritiva das pedras de toque é a da resolução do problema através de outras regras; inicialmente, a concordância prática ou máxima harmonização e, em sua impossibilidade, a relativização de um dos elementos colidentes na via do uso da regra da proporcionalidade.⁶⁶¹ Os desdobramentos práticos das pedras de toque mudarão conforme sejam os interesses colidentes em concreto somente públicos ou públicos e privados.

Apesar de aqui se focar a análise mais especialmente em casos onde não houve juízo prévio de ponderação do legislativo, convém ressaltar que uma regra pode vir a ser relativizada ainda que diante de texto normativo expresso a contemplando, posto que existente a possibilidade de vir a comportar exceções, tanto fáticas como normativas. É preciso lembrar que uma regra apenas se tornará completa ao término de seu processo de concretização diante do caso concreto.⁶⁶²

Essas breves considerações teóricas sobre a natureza de regra das pedras de toque, para que sejam melhor compreendidas e tenham demonstrada a sua viabilidade procedimental, serão detalhadas no tópico a seguir. Antes disso, todavia, serão tecidas considerações sobre os direitos fundamentais e suas características, visando contextualizar a temática proposta, pois as colisões entre interesse público e interesse individual ou entre interesses simultaneamente públicos abrem espaço a restrições aos direitos da dignidade. Para compreendê-las, antes se faz necessário entendê-los.

⁶⁶¹NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.p. 110.

⁶⁶² A questão da inexistência de um caminho monotônico para a obtenção de respostas no Direito é bem trabalhada pela teoria da derrotabilidade jurídica. Essa teoria se conecta ao viés empírico da interpretação do Direito, sendo entendida como espécie de metodologia para a solução de casos concretos, especialmente no contexto pós-positivista. Para saber mais ver: BAYÓN, Juan Carlos. **Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/derrotabilidad-indeterminacin-del-derecho-y-positivismo-jurdico-0/>>. Acesso em: 06 set. 2014.

3.4. Dos procedimentos de racionalidade e densificação de decisão da Administração quando da análise de interesses colidentes em concreto

O presente ponto, tomando por base a relevância de racionalização e densificação das decisões administrativas pautadas no interesse público, se propõe a analisar especificamente tais fenômenos no caso de colisões de interesses. Os conflitos concretos de interesses, ressalte-se, não ocorrem apenas entre interesses públicos e privados, mas também entre interesses simultaneamente privados e, ainda, entre interesses simultaneamente públicos.⁶⁶³

Aqui, nos interessam precipuamente os conflitos travados entre interesses privados e públicos e entre interesses simultaneamente públicos, por neles diretamente residirem hipóteses de agir da Administração.

Constatado conflito de interesses desta ordem, a Constituição aponta como caminho legitimado a resolvê-lo, assim como a normativa abaixo dela posicionada e diretamente aplicada ao tema colidente. Este papel constitucional de diretriz hermenêutica se ressalta ao ser levada em conta a presença de direito fundamental no âmbito da colisão, pois é a Constituição a reconhecidora e conformadora basilar destes direitos aprioristicamente. Por ser o conflito concreto entre interesse público e direito fundamental individual o grande foco de análise e preocupação da doutrina contemporânea, iniciaremos a exposição por este aspecto.

Os direitos fundamentais podem ser hoje definidos como elementos reconhecidos pelos Estados com este status de fundamentalidade por serem indispensáveis à dignidade de seus cidadãos.⁶⁶⁴ Tal reconhecimento costuma ser feito de forma expressa nos textos constitucionais, também sendo admitidos casos de reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, fato este oriundo de atividade interpretativa que leva em conta a sistematicidade da

⁶⁶³ GIL, José Luis Meilán. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. A&C. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, Ano 10, nº. 40, p. 171-198, abr./jun., 2010. p. 176, 187. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação**. In. MARRARA, Thiago (Organizador). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 425.

⁶⁶⁴ Luís Roberto Barroso, a respeito da dignidade humana e de sua conexão com os direitos fundamentais, diz ser ela: “valor fundamental que está na origem dos direitos humanos, assim como um princípio jurídico que 1. Fornece parte do significado nuclear dos direitos fundamentais e 2. Exerce a função de um princípio interpretativo, particularmente na presença de lacunas, ambiguidades e colisões entre os direitos – ou entre direitos e metas coletivas –, bem como no caso de desacordos morais.” BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade humana do direito constitucional contemporâneo**. A construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 111.

Constituição. Tamanha é a relevância a eles atribuída que hoje há quem exponha que os direitos fundamentais são o centro contemporâneo do Direito e da Política.⁶⁶⁵

Atualmente complexos e variados, explícitos e implícitos, nem sempre os direitos fundamentais se fizeram presentes nos ordenamentos estatais. Segundo entendimento corrente na doutrina⁶⁶⁶, a tutela de direitos fundamentais se iniciou de modo mais substancial na Inglaterra, ainda na Idade Média, em documento denominado *MagnaChartaLibertarum*.

Concedida por João sem Terra a seus barões, datada de 21 de junho de 1215, a *Magna Charta* limitava a atuação do poder do governante na medida em que instituía garantias aos seus súditos, como é o caso da liberdade de ir e vir e da propriedade privada; a carta continha disposições de ordem tributária, referentes ao devido processo legal, à proporcionalidade entre delito e sanção e ao livre acesso à Justiça.⁶⁶⁷

Como bem se nota a partir da menção a alguns dos elementos previstos na *Magna Charta*, a tutela de direitos fundamentais foi iniciada tomando por base as ideias de liberdade e igualdade formal⁶⁶⁸, havendo uma eficácia vertical dos direitos fundamentais que reclamava do Estado abstenções em prol da defesa de uma esfera mínima de liberdade dos sujeitos. Não preponderava a preocupação ampla e efetiva com a igualdade material ou com o dever de prestações positivas por parte do Poder Público⁶⁶⁹, fato que apenas se consolidaria mais à frente na história.

⁶⁶⁵ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.p.20.

⁶⁶⁶ Fábio Konder Comparato, discorrendo sobre a evolução histórica dos Direitos Humanos, ressalta a relevância da Magna Charta, especialmente no que diz respeito à tutela das ideias de liberdade, igualdade e dignidade. Destaca, ainda, a tutela do devido processo legal como grade feito de tal documento normativo. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 70-74.

⁶⁶⁷ GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais.** Análise de sua Concretização Constitucional. Curitiba: Juruá, 2006. p. .36

⁶⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social.** São Paulo: Malheiros, 2004. p.61.

⁶⁶⁹ “A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou princípios filosóficos de sua revolta social. E, tanto antes como depois, nada mais fez do que generalizá-los doutrinariamente como ideais comuns a todos os componentes do corpo social. Mas, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já não se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe.” BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social.** São Paulo: Malheiros, 2004. p.42.

Os direitos fundamentais foram conquistados em blocos de preponderância ao longo dos anos, inicialmente os individuais⁶⁷⁰, posteriormente os econômicos e sociais⁶⁷¹ e mais à frente os transindividuais.⁶⁷² São as chamadas dimensões de direitos fundamentais, segundo Bonavides, responsáveis por acompanharem, gradual, cumulativa e progressivamente, os ideais revolucionários franceses da liberdade, igualdade e fraternidade.⁶⁷³

A luta pelo reconhecimento de direitos fundamentais não cessa, não atinge um ponto ótimo chegando ao fim; na medida em que a sociedade evolui, novos elementos são encarados como essenciais e indispensáveis à dignidade humana, podendo ter o seu reconhecimento enquanto direitos fundamentais reclamado perante o Estado. Um elemento antes desconhecido ou pouco difundido, com a sua propagação e desenvolvimento, poderá ser reclamado como direito fundamental pelos cidadãos.

No caso brasileiro, como consequência da evolução histórica aqui brevemente descrita, a tutela formal de direitos fundamentais atualmente é ampla, pois a Constituição Federal de 1988 consagra direitos individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade, dentre outros, o fazendo de forma explícita e também implícita.

Os direitos fundamentais têm assento necessário no texto constitucional.⁶⁷⁴ Quando expressos na Constituição são identificados a partir de signo linguístico nela escrito e, caso estejam implícitos, ficam a depender do aspecto formal como ponto de partida identificador

⁶⁷⁰ A primeira dimensão de direitos fundamentais corresponde aos direitos de liberdade, civis, individuais e de participação política, direcionados ao Estado de modo a limitar a sua atuação em nome da defesa de uma esfera mínima de liberdade dos homens. São direitos responsáveis por estabelecer uma igualdade meramente formal entre os cidadãos, ou seja, a simples igualdade diante da lei e não no plano material. São, conforme expõe Bonavides, “direitos de resistência e oposição perante o Estado”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 564.

⁶⁷¹ Quanto à segunda dimensão de direitos fundamentais, esta se encontra diretamente ligada ao ideal da igualdade material, sendo composta por direitos sociais, de lazer, culturais e econômicos. Caracterizam-se os direitos desta dimensão por exigirem uma prestação estatal para a sua concretização, sendo, assim, típicos do Estado Social. São direitos mais coletivos que individuais, diferentemente daqueles pertencentes à primeira dimensão. Tais direitos se fizeram presentes na declaração russa e nas constituições Mexicana e de Weimar.

⁶⁷² Quanto aos direitos fundamentais de terceira dimensão, estes são direitos de fraternidade ou, conforme apregoa Etienne-R Mbaya, de solidariedade. Os direitos pertencentes a esta terceira dimensão ultrapassam os limites fronteiriços de um dado Estado, pertencem à humanidade. Podem ser mencionados os seguintes: direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito ao desenvolvimento, dentre outros.

⁶⁷³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18 ed. Malheiros, São Paulo, 2006.

⁶⁷⁴ “Assim, não é possível concordar com uma definição ampla adotada por parte da doutrina, segundo a qual a fundamentalidade de certos direitos não depende da força formal constitucional e sim de seu conteúdo. Com efeito, não pode ser considerado como fundamental um direito criado pelo legislador ordinário, mas passível de revogação na primeira mudança da maioria parlamentar, por mais relevante e “fundamental” que seja o seu conteúdo. Os direitos fundamentais são definidos com base em sua força formal, decorrente da maneira de sua positividade, deixando de lado considerações sobre o maior ou menor valor moral de certos direitos.” DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 40-41.

de sua existência. A este aspecto de forma se acresce a necessidade de preenchimento de suamaterialidade, essência e caracterização. É este o entendimento que pode ser retirado da leitura do art. 5º, § 2º, da CF de 1988. A hermenêutica constitucional tem papel de relevo no plano da identificação de um direito implícito.

Visando a efetiva promoção da dignidade humana, fundamento da República Federativa do Brasil, o constituinte entregou aos direitos fundamentais, de modo explícito, a característica da aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º).

Ainda na linha da proteção formal ampla aos direitos fundamentais, é preciso dizer que os direitos individuais são cláusulas pétreas expressas, não podendo sofrer processo de extinção via emenda constitucional enquanto for vigente a ordem inaugurada pela Constituição de 1988. As cláusulas pétreas são limitações materiais ao poder de reforma constitucional (art. 60, § 4º).

Nota-se, a partir de todo o exposto, que a intenção do constituinte nacional foi a de fazer dos direitos fundamentais elementos não meramente retóricos, mas verdadeiramente efetivos. A sua aplicabilidade imediata, a caracterização de direitos individuais como cláusulas pétreas e a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil embasam esta tese.

O Estado conformado pela Constituição de 1988 e, em consequência, a sua estruturação administrativa devem se configurar como defensores dos direitos fundamentais, em todas as suas dimensões, seja através de abstenções ou ações. Ressalte-se, inclusive, que muitos dos fins a serem promovidos pelo Estado e pela Administração se caracterizam como direitos fundamentais.

A Administração, assim, não deve desenvolver as suas atividades de forma alheia ao conjunto de direitos fundamentais tutelado constitucionalmente, ao invés disso, deverá ter postura proativa, em especial no que tange aos direitos sociais.⁶⁷⁵ Estes, por demandarem

⁶⁷⁵ “O liberalismo de nossos dias, enquanto liberalismo realmente democrático, já não poderá ser, como vimos, o tradicional liberalismo da Revolução Francesa, mas este acrescido de todos os elementos de reforma e humanismo com que se enriquecem as conquistas doutrinárias da liberdade.” BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 62

prestações positivas, muitas vezes têm dificuldade de efetividade em razão de limitações orçamentárias.⁶⁷⁶

Em resumo, a interpretação e aplicação do Direito Administrativo não deve se furtar à sistematicidade constitucional e à tutela de direitos fundamentais proposta pela Carta Magna.⁶⁷⁷ Marçal Justen Filho, atentando para a necessidade de respeito aos direitos fundamentais no âmbito da atuação da Administração, conceitua o Direito Administrativo fazendo uso dos direitos fundamentais, os apresentando como finalidade da atuação da Administração. Diz o autor que

[...] o direito administrativo é o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização de direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho.

Ao se considerar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, mais um reforço aparece para a tese de que a atuação da Administração deve levá-los em consideração. Os direitos fundamentais não são apenas direitos dos sujeitos, não só possuem dimensão subjetiva, mas também objetiva, são elementos que devem se irradiar pelo ordenamento, orientando as atuações públicas e privadas. A filtragem constitucional e o consequente respeito aos direitos fundamentais vêm para legitimar a atuação administrativa e a construção do interesse público não pode se furtar a esta conjuntura.

Direitos fundamentais individuais, neste sentido, podem ser protegidos pela Administração em seus fazeres sem que isto implique em necessária violação ao interesse público que se configura como sua finalidade. Como expõe Marques Neto: “Não haverá interesse público em vilipendiar abusiva e desnecessariamente direitos fundamentais.”⁶⁷⁸

Muito pelo contrário, é dever do Poder Público agir, com prestações positivas e negativas, tendo em vista a tutela da dignidade humana dos indivíduos. Conforme ensina Ingo Sarlet:

⁶⁷⁶OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Administração Pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo_justino_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2013.p. 2.

⁶⁷⁷OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Administração Pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais.** Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo_justino_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2013.p.3.

⁶⁷⁸MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo:** legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 424.

[...] o princípio da dignidade da pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica [...] que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos, podendo-se sustentar [...] uma política da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais.⁶⁷⁹

Jaime Rodríguez-Arana, tratando do assunto, expõe que o Direito Administrativo do século XXI tem o cidadão em seu epicentro e que hoje é Direito que garante direitos e interesses legítimos dos cidadãos, posto que cada vez mais o interesse geral se vincula à promoção dos direitos dos cidadãos, especialmente dos mais indefesos.⁶⁸⁰

Os direitos fundamentais oferecem conteúdo básico ao ordenamento, inclusive à ideia de interesse público.⁶⁸¹ Não há sentido em manter privilégios e prerrogativas da Administração incompatíveis com a sistematicidade da Constituição.⁶⁸² Hoje, portanto, no âmbito do Estado Constitucional Democrático, é possível dizer que também há interesse público na eficiente defesa prática dos interesses privados constitucionalmente tutelados.⁶⁸³

Ao se tratar das violações aos interesses privados, comumente o Estado é apontado como seu protagonista. Importante se faz lembrar, todavia, que os particulares também lesionam interesses privados; o despertar do Estado Social para a necessidade de se impor o interesse público de forma legítima e constitucional possui origem nesta constatação.⁶⁸⁴

⁶⁷⁹ SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 131.

⁶⁸⁰ RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y estado del bienestar**. Madrid: Iustel, 2012. p. 27. Tradução livre. Emsuaversão literal e original diz o autor: “El Derecho Administrativo del siglo XXI tiene al ciudadano en su epicentro. Las construcciones dogmáticas que situaban al poder en el frontispicio de este sector del Derecho Público han pasado a la historia. Hoy el Derecho Administrativo es un Derecho que garantiza derechos e intereses legítimos de los ciudadanos porque el interés general está cada vez más vinculado a la promoción de los derechos de los ciudadanos, especialmente de los más indefensos.”

⁶⁸¹ GIL, José Luis Meilán. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. **A&C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, Ano 10, n°. 40, p. 171-198, abr./jun., 2010. p. 181.

⁶⁸² GIL, José Luis Meilán. Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español. **A&C. Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Belo Horizonte, Ano 10, n°. 40, p. 171-198, abr./jun., 2010. p. 181.

⁶⁸³ MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 454.

⁶⁸⁴ NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 129.

Feitas algumas considerações gerais sobre os direitos fundamentais e sua conexão com a Administração, possível se faz discorrer com maior clareza sobre os casos de colisão de interesses.⁶⁸⁵

No ordenamento jurídico atual a Constituição se caracteriza pela marca da supremacia e imutabilidade relativa, ocupa posição de destaque, é filtro de todo o Direito, logo, os interesses que nela se encontram, sejam públicos ou privados, estão formalmente acima daqueles que habitam normatizações de posição inferior no ordenamento. Em caso de conflito entre normas constitucionais e infraconstitucionais, deverão prevalecer os interesses consubstanciados expressa ou implicitamente na Constituição, por uma questão de hierarquia.

Já no que diz respeito exclusivamente às normas constitucionais, prepondera o entendimento de que estão em pé de igualdade, em mesma posição hierárquica. Havendo a constatação de eventuais conflitos entre elas diante de casos concretos, estes deverão ser resolvidos a partir dos critérios hermenêuticos hoje aceitos no Direito.

Constatado um conflito desta ordem, o primeiro caminho a ser percorrido é o da leitura do texto constitucional, no sentido de averiguar se a própria Constituição não oferece resolução expressa para a colisão em concreto.⁶⁸⁶ Em algumas hipóteses, especialmente no âmbito do choque entre interesses públicos e privados, a Constituição direciona os seus intérpretes rumo à primazia do interesse público específico em detrimento do privado. É o que acontece, por exemplo, nos casos de desapropriação.⁶⁸⁷ Nestas hipóteses, a diretriz constitucional basilar é no sentido de primazia do público e de relativização do particular direito de propriedade. Esta é a regra aprioristicamente emanada dos dispositivos que tratam do tema.

⁶⁸⁵ A intenção no presente ponto da tese não foi a de formular longo, detalhado e completo texto a respeito da evolução histórica dos direitos fundamentais e de suas características, mas apenas a de ilustrar tais elementos e de contextualizar a temática do conflito entre interesse público e direito fundamental individual a partir das exposições gerais realizadas.

⁶⁸⁶ “Em suma, governo legítimo para utilizar o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular no caso concreto é aquele que, observando os fundamentos que informam o Estado, atende ou, ao menos, busca atender os objetivos que lhe são impostos por sua norma fundamental, no caso brasileiro, a Constituição Federal de 1988.” FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. In. Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. MARRARA, Thiago (Organizador). São Paulo: Atlas, 2012. p. 450.

⁶⁸⁷ NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 142.

Nota-se, a partir do exposto, um dever apriorístico de respeito ao juízo de ponderação realizado pelo legislador constituinte. Por juízo de ponderação do legislador deve se entender a sua decisão, quando do processo de elaboração da norma, no sentido de dar primazia expressa em texto a certos elementos em detrimento de outros. Se há esta primazia textual expressa e inequívoca, o seu respeito faz-se necessário, especialmente em se tratando de texto constitucional. A tal primado, dessa maneira, se subordina a Administração.⁶⁸⁸

É óbvio que a densificação plena da norma⁶⁸⁹, tal qual ensina Marcelo Neves, apenas se efetua ao “final da cadeia concretizadora”⁶⁹⁰ e, diante de hipóteses fáticas relevantes, poderá haver o afastamento da regra que contém juízo prévio de ponderação. A supremacia do público, mesmo entendida como regra, ainda que diante de juízo prévio de ponderação do legislador no sentido de sua tutela, comporta relativizações excepcionais por razões de fato e de Direito. Aberto este espaço de relativização, plurais poderão ser os caminhos percorridos pelo administrador e a intenção aqui é a de viabilizar maior racionalidade para isto.

Tomemos como exemplo para análise do tema a questão da proteção oferecida à gestante ocupante de cargo em comissão. A Constituição Federal de 1988, no texto constante do art. 37, inciso II, determina que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração. Há, portanto, na estruturação administrativa, a possibilidade excepcional de preenchimento de cargo sem concurso, na via da livre nomeação. Uma vez que é livre esta nomeação, o constituinte direcionou ao Administrador a possibilidade de também livremente exonerar

⁶⁸⁸ É exatamente esse o ensinamento de Santiago ao expor: “En nuestro sistema constitucional de división de poderes parece claro que el primer llamado a ponderar entre principios en situación de tensión recíproca (en especial, los de rango constitucional, pero no sólo ellos), mediante el establecimiento de reglas que los concreten y den prevalencia a unos sobre otros en función de las circunstancias que deban considerarse determinantes para ello, es el legislador. Por otra parte, donde existieran diversas posibilidades teóricas de dar prevalencia a un principio o a otro, una vez que el legislador se ha decidido en favor de una de ellas, a la misma quedan vinculados los órganos judiciales y los del poder ejecutivo.” SANTIAGO, José M. Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 59. Em tradução livre: No nosso sistema constitucional de divisão de poderes parece claro que o primeiro chamado a ponderar entre princípios em situação de tensão recíproca (em especial, os de assento constitucional, mas não só eles), mediante o estabelecimento de regras que os concretizem e deem prevalência a uns sobre outros em função das circunstâncias que devam ser consideradas determinantes para eles, é o legislador. Por outra parte, onde existiram diversas possibilidades teóricas de dar prevalência a um princípio ou a outro, uma vez que o legislador se decidiu em favor de uma delas, a ela se vinculam os órgãos judiciais e do Executivo.

⁶⁸⁹ Discorrendo sobre o fato de o interesse público só se encher plenamente de sentido diante do plano concreto ver: RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y estado del bienestar**. Madrid: Iustel, 2012. p. 192.

⁶⁹⁰ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 78.

aquele que exerce esta atividade. A diretriz basilar emanada de tal dispositivo é no sentido da possibilidade de livre exoneração do ocupante de tal cargo, em nome da tutela do interesse público. Tomando por base a ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, ainda que em detrimento dos interesses particulares legítimos daquele que exerce atividade em comissão sem concurso, a regra é a da livre exoneração pelo administrador.

Ocorre que em determinadas situações, ao longo dos anos de interpretação e aplicação da Constituição, foi possível constatar elementar fática que acabou por gerar questionamentos ao redor de tal regra e a sua conseqüente relativização pelo Judiciário. A elementar de fato mencionada foi a gravidez da ocupante de cargo em comissão. A partir dela se perguntava: Gestantes ocupantes de cargo em comissão podem ser livremente exoneradas, ainda que a despeito de certas elementares do texto constitucional que tutelam a grávida com viés especial e estabilidade?

O Judiciário, atento a tal variável fática, tomando em conta a sua tutela jurídica para outras hipóteses, realizando interpretação sistemática do texto constitucional, acabou por estabelecer exceção ao regramento da livre exoneração no âmbito do cargo em comissão.⁶⁹¹ A regra, portanto, foi excepcionalizada por razões de fato e com fundamento no Direito.

Hoje, diante do que fora narrado, atenta aos precedentes, a Administração já se posiciona em alguns casos no sentido de conceber voluntariamente a mencionada exceção em suas ações, sem que isto represente violação ao conteúdo das pedras de toque do Direito Administrativo.

A tutela da gestante ocupante de cargo em comissão, consubstanciadora da primazia de um interesse individual imediato seu, traz consigo respeito ao interesse público supremo e indisponível. A sua viabilidade existe por haver amparo na juridicidade (viés abstrato das pedras e toque), apenas é legítima a proteção da gestante em tal contexto por ser esta tutela elemento dotado de interesse público. Em concreto, como se percebe, há a tutela de seus

⁶⁹¹ O STF, no RE-AgR 420839, teve a oportunidade de se manifestar expressamente sobre a exoneração de gestante ocupante de cargo em comissão. O Ministro Relator Dias Toffoli, em seu voto, além de mencionar inúmeros julgados anteriores que confirmavam a proteção da mulher em tal situação, narrou: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que as servidoras públicas e as empregadas em estado gestacional, inclusive as contratadas a título precário, qualquer que seja o regime jurídico a elas aplicável, têm direito à licença-maternidade de cento e vinte dias e à estabilidade provisória, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, nos termos do art. 7º, inciso XVIII, c/c o art. 39, § 3º, da Constituição Federal, e art. 10, inciso II, alínea ‘b’, do ADCT.” BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, RE-AgR 420839. DF. Relator Dias Toffoli. 20.03.2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1941265>>. Acesso em: 15 set. 2014. p. 6.

interesses privados por serem legítimos, por possuírem amparo na juridicidade. São interesses diretamente privados, mas indireta e abstratamente públicos. Logo, tal primazia em concreto não macula a tutela do interesse público.

Ainda no que tange à plenitude de densificação da norma diante do caso concreto e à possibilidade de relativização excepcional do conteúdo de uma regra a partir de variáveis fáticas e jurídicas, também pode ser feita menção ao caso das concessões de licença paternidade em lapso temporal idêntico ao atinente à licença maternidade.

A Constituição Federal de 1988 determina em via expressa, no seu ADCT, art. 10, § 1º, licença paternidade com duração de cinco dias. A Lei Federal 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em seu art. 208, reproduz esta exata diretriz. Assim, a normativa constitucional e a lei infraconstitucional especificamente direcionada aos servidores federais claramente direcionam aos genitores licença paternidade de cinco dias pelo nascimento de seus filhos. Esta é a regra oriunda da interpretação dos atuais textos expressos.

Ocorre que o Judiciário brasileiro recentemente começou a se deparar com situações que ensejaram a relativização de tal regra, a partir de variáveis fáticas, de forma a ensejar uma ampliação no prazo da licença paternidade. Em uma destas hipóteses, a variável fática envolveu o óbito da genitora logo após o parto em decorrência de complicações oriundas deste procedimento.

O pai, servidor público federal, administrativamente formulou pedido de licença adotante, benefício que lhe foi negado sob o fundamento de inexistir previsão legal o viabilizando naquela hipótese. Insatisfeito, adentrou com ação judicial pedindo licença paternidade nos moldes da licença maternidade ou, alternativamente, a licença adoção.⁶⁹²

Observando o art. 227 da Constituição Federal, responsável por tratar da defesa de direitos fundamentais dos jovens com absoluta prioridade, o Juízo responsável por analisar a demanda entendeu ser a proteção da infância direito social fundamental e dever do Estado. Enxergou na convivência familiar uma das formas de efetivação de tal direito

⁶⁹²BRASÍLIA. **Seção Judiciária do Distrito Federal**. 6ª Vara Federal. Processo n.º 695 -91. 2012.4.01.3400. 8 de fevereiro de 2012. Juiz Federal Ivani Silva da Luz. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/jose-joaquim-santos-sentenca.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2014.

essencial.⁶⁹³ Expôs que ambos os genitores seriam responsáveis pelos cuidados com a prole e que neste sentido a igualdade entre os sexos estabelecida no art. 5º, I, da Constituição de 1988, seria diretriz embasadora do seu posicionamento.⁶⁹⁴

Utilizando argumentos como a isonomia, interpretação sistemática da Constituição e máxima eficácia dos direitos fundamentais, reconhecendo a inexistência de previsão legal ou constitucional de licença paternidade nos exatos moldes da licença maternidade, diante da variável fática do óbito da mãe, em nome de normas constitucionais como a dignidade e o direito à convivência familiar, o Juízo decidiu no sentido de excepcionar a regra dos cinco dias e de conferir ao genitor licença paternidade nos moldes da licença maternidade.⁶⁹⁵

Vista e explanada com as duas situações fáticas descritas a possibilidade de exceção no âmbito da aplicação concreta das pedras de toque, passemos à explanação das diretrizes aqui apontadas como aptas a orientarem os fazeres administrativos nestes casos e naqueles de colisão de elementos de mesma hierarquia quando inexistente texto expresso a respeito, sejam os interesses colidentes simultaneamente públicos ou públicos e privados.

A primeira das diretrizes interpretativas reside na ideia de concordância prática ou máxima harmonização dos elementos em conflito, de forma a promover a harmonização concreta dos interesses opostos, seja esta oposição entre interesses públicos, ou entre interesses públicos e privados. Com esta conciliação, restará preservada a unidade da constituição e ressaltada a sua força normativa. Justamente por isso, este deve ser o caminho inicial escolhido pelo administrador.

Celso Ribeiro Bastos, discorrendo sobre a harmonização, expõe que através de seu uso se “[...] busca conformar as diversas normas ou valores em conflito no Texto Constitucional, de forma que se evite a necessidade de exclusão (sacrifício) total de um ou alguns deles”.

Continua o autor esclarecendo que a prevalência da desarmonia não ocorreria a “[...] aplicação de uma norma, o que evidentemente é de ser evitado a todo custo. Deve-se sempre

⁶⁹³BRASÍLIA. **Seção Judiciária do Distrito Federal**. 6ª Vara Federal. Processo n.º 695 -91. 2012.4.01.3400. 8 de fevereiro de 2012. Juiz Federal Ivani Silva da Luz. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/jose-joaquim-santos-sentenca.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 2.

⁶⁹⁴BRASÍLIA. **Seção Judiciária do Distrito Federal**. 6ª Vara Federal. Processo n.º 695 -91. 2012.4.01.3400. 8 de fevereiro de 2012. Juiz Federal Ivani Silva da Luz. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/jose-joaquim-santos-sentenca.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 3.

⁶⁹⁵BRASÍLIA. **Seção Judiciária do Distrito Federal**. 6ª Vara Federal. Processo n.º 695 -91. 2012.4.01.3400. 8 de fevereiro de 2012. Juiz Federal Ivani Silva da Luz. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/jose-joaquim-santos-sentenca.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 3-4.

preferir que prevaleçam todas as normas, com a efetividade particular de cada uma das regras em face das demais e dos princípios constitucionais”.⁶⁹⁶

Não sendo possível haver concordância, se abrirá a possibilidade de aplicação da ponderação regida pela proporcionalidade, com foco em seus desdobramentos específicos, elementos aptos a minimizarem a insegurança jurídica desta prática e a aumentarem a sua racionalidade. A regra da proporcionalidade deverá ser utilizada para nortear a decisão da Administração, devendo ser feita referência, diante do caso concreto, aos seus três desdobramentos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido restrito.⁶⁹⁷ O elemento compreendido como o mais importante no caso concreto deverá prevalecer e a ideia de proporcionalidade é útil diretriz neste sopesar.⁶⁹⁸

Se o juízo de ponderação do legislador é mais de resultado, aqui, no âmbito da atuação da Administração, a ponderação regida pela proporcionalidade também habita a ideia de procedimento, devendo permear os elementos em conflito, a atribuição de relevância a cada um deles com correta argumentação e fundamentação pela Administração e a clara motivação da decisão tomada.⁶⁹⁹

Quanto ao uso do juízo de ponderação orientado pela proporcionalidade como caminho hermenêutico apto ao encontro da resposta de um caso concreto diante de conflitos de interesses, de bom tom se faz mencionar decisão judicial proferida pelo TRF da 5ª Região. Ressalte-se que no caso em tela a ponderação em concreto não foi realizada pela Administração de modo proativo, mas sim pelo Judiciário quando do controle de tema envolvendo a Administração Pública.⁷⁰⁰ Como antes fora mencionado, o mais usual é a proatividade do Judiciário no sentido de construir entendimentos neoadministrativistas,

⁶⁹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 128.

⁶⁹⁷ Eros Grau diz que a proporcionalidade é na verdade novo nome para a tradicional ideia de equidade. Não a enxerga como princípio, mas sim como “pauta”, critério de interpretação. Para saber mais ver: GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 282 - 283.

⁶⁹⁸ “Quanto à ponderação de valores, é obvio que será ela imprescindível no caso dos conceitos jurídicos indeterminados. Da mesma forma, não nos parece constitua ponderação óbice ao reconhecimento do princípio da supremacia do interesse público.” CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 81.

⁶⁹⁹ Neste mesmo sentido ver: SANTIAGO, José M.^a Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 63-64.

⁷⁰⁰ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. APELAÇÃO CÍVEL n. 538085. Ceará. Relatora Desembargadora Margarida Cantarelli. 06 de agosto de 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/AC538085-CE.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.

seguido, com a consolidação dos precedentes, de atuações da Administração por eles embasadas.

A demanda em questão envolveu a análise de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal e União Federal em face de cento e cinquenta e quatro ocupantes de barracas e estabelecimentos comerciais da Praia do Futuro. Na ação houve alegação quanto ao fato de tais empreendimentos caracterizarem ocupação irregular, impedirem o livre acesso à praia, não possuírem registro ou inscrição junto ao ente competente e de que quando o possuíam muitas vezes ocupavam espaço maior do que o permitido.

O Juiz monocrático, após a análise das variáveis do caso, julgou a demanda parcialmente procedente, reconhecendo a irregularidade dos estabelecimentos sem registro de inscrição ou ocupação no ente competente e dos espaços estruturados em excesso com relação ao conteúdo inserido nos títulos que portavam. Determinou, em consequência, a desocupação, demolição e remoção de todas as instalações, construções ou edificações concernentes a estes espaços. Houve, ainda, condenação dos réus à recomposição das áreas utilizadas de modo irregular, à recuperação de dunas e da vegetação como um todo. Também foi ratificada a proibição de construir novas estruturas no local, sob pena de multa.

Inconformados, réus e autores recorreram da decisão e a relatora da demanda junto ao TRF da 5ª Região, ao se posicionar sobre o caso, apresentou argumentos que coincidem com as propostas hermenêuticas aqui arguidas quando da análise de situações difíceis envolvendo colisões de interesses sem resposta prévia e expressa no texto jurídico constitucional.

Levando em consideração a omissão dos órgãos públicos quanto à fixação dos estabelecimentos na Praia do Futuro ao longo dos anos; atentando para a geração de mais de três mil empregos diretos e muitos outros indiretos; diante do alto número de frequentadores do espaço, tanto turistas, como também moradores locais; e, ainda, alegando a incorporação daquela realidade à paisagem, vida social, cultural e turística da cidade, a desembargadora relatora chamou atenção para a pluralidade de interesses colidentes diante daquele caso concreto, questionando o que viria a ser realmente o bem do povo naquela situação.⁷⁰¹ Formulou em seu voto, inclusive, perguntas quanto à utilidade do território do Estado, para que serviria ele, mesmo que “arcaicamente” rotulado como bem da União. Disse que o

⁷⁰¹BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. APELAÇÃO CÍVEL n. 538085. Ceará. Relatora Desembargadora Margarida Cantarelli. 06 de agosto de 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/AC538085-CE.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 14.

território deveria ser visto como elemento destinado a servir ao povo e que este povo é a razão de ser do Estado.⁷⁰²

Em seu voto, expôs a relatora que a Lei 7.661, de 16 de maio de 1988, utilizada por diversas vezes como fundamento da sentença monocrática, é anterior à Constituição, foi por ela recepcionada, devendo ser compreendida a partir da essência e principiologia constitucionais. Sugeriu, neste âmbito, a conciliação entre a ideia de praia como bem de uso comum do povo e a permanência das barracas e estabelecimentos no local, posto que largamente aprovadas pelo povo de Fortaleza, tanto usuários dos serviços ali prestados, como também trabalhadores direta e indiretamente conectados ao espaço.⁷⁰³

Em linha de raciocínio e fundamentação muito semelhante à aqui externada, disse a desembargadora relatora:

Salvo onde a Constituição foi explícita, ao estabelecer regras específicas de prevalência, a identificação do interesse que deverá prevalecer há de ser feita mediante uma ponderação proporcional dos interesses em conflito, conforme as circunstâncias do caso concreto. Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um Estado de ponderação, que se legitima pelo reconhecimento da necessidade de se proteger e promover, ponderada e razoavelmente, tanto os interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade. O que se chamará interesse público é o resultado final desse jogo de ponderações que, conforme as circunstâncias normativas e fáticas, às vezes indicará a preponderância relativa do interesse público, outras vezes determinará a prevalência parcial de interesses particulares.⁷⁰⁴

Entendendo, a partir de juízo de ponderação e proporcionalidade, que a demolição das barracas não atenderia ao bem comum de forma plena, ainda que amparada em normativa infraconstitucional expressa e anterior à CF, reconheceu a irregularidade de alguns dos estabelecimentos envolvidos, determinando a gradual compatibilização de sua existência com a normativa posta. Mais uma vez fazendo uso de elementares normativas constitucionais, expôs:

Não é razoável, nem proporcional que o Poder Estatal venha demolir as barracas, especialmente quando se leva em conta também que na maioria dos casos, trata-se

⁷⁰²BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. APELAÇÃO CÍVEL n. 538085. Ceará. Relatora Desembargadora Margarida Cantarelli. 06 de agosto de 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/AC538085-CE.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 24.

⁷⁰³BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. APELAÇÃO CÍVEL n. 538085. Ceará. Relatora Desembargadora Margarida Cantarelli. 06 de agosto de 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/AC538085-CE.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 25.

⁷⁰⁴BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. APELAÇÃO CÍVEL n. 538085. Ceará. Relatora Desembargadora Margarida Cantarelli. 06 de agosto de 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/AC538085-CE.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 23.

de construções antigas em que o Poder Público ficou inerte, sendo conivente com a situação por anos.⁷⁰⁵

Nota-se, no caso narrado, diante da inexistência de uma diretriz constitucional expressa sobre o tema e da impossibilidade de uso exclusivo da harmonização como critério para solução da demanda, o uso da ponderação e da proporcionalidade como elementos hermenêuticos orientadores da resposta da situação concreta repleta de conflitos de interesses públicos e privados.

Diante de tudo o que neste ponto da tese foi apresentado, é possível concluir que a adequada compreensão da Constituição Federal, de seus dizeres e essência, a visualização da exata forma de proteção que ela direciona aos interesses colidentes, são itens fundamentais no uso das práticas hermenêuticas para a solução de casos envolvendo conflito de interesses sem diretriz de solução prévia e expressamente estabelecida no texto constitucional.⁷⁰⁶

Regras e princípios, elementos normativos que permeiam as mais variadas decisões, não possuem hierarquia prévia e inflexível entre si, são figuras dotadas de conceitos diversos, de características próprias e, quando da formulação das decisões, indispensável se faz ao sujeito que decide considerar a meta do equilíbrio. Mesmo diante da preferência dada ao juízo prévio de ponderação do legislador, não é possível dizer, geral e irrestritamente, que em sua consequência nasce a primazia das regras jurídicas sobre os princípios. Ambos os elementos, marcados por ampla função normogenética, dificilmente aparecem como fundamentos de decisão em isolado, melhor explicando, as decisões não costumam se fundar em uma regra apenas ou em um só princípio, a escolha por uma diretriz decisória preponderante não leva o decisor à necessária exclusão de uma espécie normativa em favor da outra. No caso de uma regra prévia e expressamente estabelecida prevalecer diante do caso concreto, não significará dizer que ali terá inexistido a incidência de princípios outros a ela ligados.⁷⁰⁷

Importante também se faz observar, na resolução das colisões aqui apresentadas, as normativas infraconstitucionais diretamente ligadas ao tema. Um interesse materialmente

⁷⁰⁵BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. APELAÇÃO CÍVEL n. 538085. Ceará. Relatora Desembargadora Margarida Cantarelli. 06 de agosto de 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/AC538085-CE.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 7.

⁷⁰⁶ MARQUES NETO, Flávio de Azevedo. **Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação**. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012. p. 426.

⁷⁰⁷ Sobre a meta do equilíbrio entre regras e princípios quando da formulação de decisões ver: NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 221 – 228.

amparado na Constituição, mas processualmente exteriorizado em desconformidade com elemento essencial de sua normativa específica poderá sucumbir diante do caso concreto.

Por fim, diante de toda anarrativa realizada, nota-se que da mesma forma que não parece coerente, em um Estado Constitucional Democrático, falar em excessiva, inquestionável e plena tutela da supremacia do interesse público sobre o privado, igualmente não aparenta coerência versar pela suprema autonomia da vontade e plena preponderância de direitos individuais em detrimento do interesse público.

Em tempos de constitucionalização do Direito Civil e de publicização do Direito Privado querer atribuir aos elementos individuais viés supremo inquestionável parece ser construção carente de consistência teórica. É um retorno ao liberalismo clássico já superado. Como dizer que não existe supremacia de interesse público com relação ao interesse privado em uma ordem jurídica que impõe ao Direito Privado o respeito aos elementos de Direito Público?

O ordenamento atual consagra interesses e direitos de ordens variadas. Não há hierarquia entre direitos fundamentais, logo, não há razão para pressupor uma prevalência absoluta de direitos individuais em face dos coletivos ou de direitos coletivos em face de individuais, a menos que existente diretriz textual normativa específica e clara neste sentido.

Dito isto, relevante se faz discorrer sobre a democratização da Administração e alguns dos elementos a ela ligados, o ponto seguinte se destina a essa finalidade. Destaca-se, inclusive, por sua aplicabilidade especial aos casos de colisão envolvendo interesses simultaneamente públicos.

3.5 A democratização da Administração em sua tomada de decisão

A Constituição de 1988, fruto de um processo democrático de elaboração, é responsável por trazer formalmente ao território nacional o atual modelo de Estado Democrático de Direito ou de Estado Constitucional Democrático. Em seu art. 1º, Parágrafo

Único, consagrando a soberania popular, diz: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”⁷⁰⁸

O Estado conformado pelo texto de 88, dentre outras características, possui poderes a serem exercidos de forma limitada, reconhece direitos fundamentais variados aos cidadãos e consagra a ideia de democracia mista⁷⁰⁹, de forma a viabilizar a participação popular nas decisões políticas fundamentais. Sendo o povo o titular da soberania, nada mais razoável que lhe permitir participar ativamente de algumas das decisões tomadas no âmbito da Administração Pública.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, discorrendo sobre o tema, expõe que se na modernidade a democracia era compreendida “como relativa à *formação* da autoridade governante, como a possibilidade de escolha popular de *quem* deve governar [...]”, na pós-modernidade é compreendida “como relativa à atuação da autoridade governante, como a possibilidade da escolha popular de *como* governar, ou seja, fundamentalmente de *participação* das pessoas no exercício do poder público [...]”⁷¹⁰

Esta participação popular mais substancial é forma de conferir legitimidade democrática⁷¹¹ a uma atuação posta em prática cotidianamente por sujeitos muitas vezes não eleitos pelo voto popular e também meio de abrir caminho rumo à redução do déficit democrático que habita a Administração.⁷¹² É o que se costuma denominar de *democratização da Administração*, viés de exteriorização da democracia participativa.⁷¹³

⁷⁰⁸ Art. 1º. Parágrafo Único. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

⁷⁰⁹ Por democracia mista tal qual aqui utilizada deverá se entender a tutela da democracia em via representativa (escolha de representantes) e participativa (espaços para participação dos sujeitos na tomada de decisões por parte do poder público).

⁷¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e estado**. O direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 142.

⁷¹¹ Diogo de Figueiredo Moreira Neto, analisando o tema, aponta resultados negativos desse déficit tanto na perspectiva dos agentes públicos como também no que tange à atuação da Administração. São por ele apontados como vícios dessa realidade que acabam por afetar os agentes os seguintes: despreparo dos agentes públicos recrutados de modo inadequado, recrutamento abusivo de sujeitos para cargos em comissão, autoritarismo que descamba no uso da máquina pública para benefícios pessoais, patrimonialismo, deficiência nos controles. No que tange à atuação da Administração, o autor aponta os seguintes vícios: formalismo excessivo, burocracia excessiva, corrupção, arbitrariedades[...]. Para saber mais ver: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Déficit democrático do estado brasileiro. **Interesse Público**, Rio de Janeiro: Fórum, ano XIV, n. 74, p. 15-29, 2012.p. 23-24.

⁷¹² “Com efeito, se a atuação administrativa é insatisfatória sob o prisma do Estado de Direito, revelando intolerável déficit de legalidade, que motiva um alto grau de litigiosidade, que causa grande intranquilidade à sociedade, apresenta-se, ainda, mais deficiente sob o prisma do Estado Democrático, em razão de grave e insustentável déficit de legitimidade, que abala seriamente a necessária confiança dos administrados.”

O que se busca com a democratização da Administração não é o fim da tradicional democracia representativa, esta deve restar existente em nível local, regional e nacional; o objetivo, ao invés, é a existência de ambas as ideias em conjunto. A democracia participativa deverá se fazer concreta em hipóteses específicas, com foco especial nas decisões de impacto local, de modo a fortalecer a soberania popular constitucionalmente consagrada e a aproximar a Administração dos cidadãos.⁷¹⁴

Acresça-se ao exposto o fato de que inserir a participação popular em todas as decisões administrativas e não apenas em algumas delas geraria a possibilidade de paralisar ou retardar o funcionamento da Administração prejudicando a sua eficiência e a duração razoável dos processos administrativos.

Atentando para a relevância da democracia participativa em certas decisões a serem tomadas pela Administração Pública variadas leis a abordaram, a exemplo da Lei de Processo Administrativo Federal que em seu art. 32 prevê a possibilidade de audiência pública, a juízo da autoridade competente, antes da decisão, quando a temática for considerada relevante⁷¹⁵ e em seu art. 31 trata da possibilidade de ser efetuada consulta pública quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral.⁷¹⁶

A regulação, atividade desempenhada pela Administração e envolvida em polêmicas quanto ao seu déficit democrático, também é alvo da participação popular. É o que ocorre, por

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Déficit democrático do estado brasileiro. **Interesse Público**, Rio de Janeiro: Fórum, ano XIV, n. 74, p. 15-29, 2012, p. 21.

⁷¹³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Administração Pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo_justino_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2013, p.4.

⁷¹⁴ Gustavo Ferreira Santos, discorrendo a relevância da convivência entre os dois modelos, expõe: “Não há, entre democracia direta e representativa, uma distinção entre um modelo superior e um modelo inferior. Há, igualmente, na democracia direta e na democracia indireta, a distribuição do direito de participação.” SANTOS, Gustavo Ferreira. **Direito fundamental à comunicação e princípio democrático**. XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Gustavo%20Ferreira%20Santos.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2014, p. 3.

⁷¹⁵ Art. 32. Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.” BRASIL. **Lei Federal n.º 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

⁷¹⁶ Art. 31. Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada. § 1º A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas. § 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.” BRASIL. **Lei Federal n.º 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

exemplo, na Lei nº. 9.478, de 1997, mais conhecida como “Lei do Petróleo”. Em seu art. 17, a referida lei faz menção ao princípio da publicidade no âmbito das decisões regulatórias da ANP – Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e, em seu art. 19, expõe a necessidade de realização de audiências públicas quando da alteração de normas administrativas que afetem interesses dos consumidores ou dos agentes do setor.⁷¹⁷

O meio ambiente, bem de uso comum do povo⁷¹⁸, possui a marca da participação popular em sua proteção como caminho para viabilizar a sua tutela cidadã e democrática. O Conselho Nacional do Meio Ambiente, por exemplo, órgão consultivo e deliberativo em temática ambiental, é formado por composição plural, com sujeitos de variadas origens.⁷¹⁹

Mais recentemente, visando incrementar a democratização da Administração Federal através de sua aproximação da sociedade civil, pode ser feita menção ao Decreto nº 8.243, de 23 de maio de 2014, responsável por instituir a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS.

Os exemplos não exaustivos aqui apontados permitem enxergar que o legislador desde tempos passados confere relevo às plurais formas de inserção da participação popular nas decisões administrativas, não se restringindo o seu conteúdo ao direito de defesa processual do cidadão diante da Administração.⁷²⁰ Apesar da existência da previsão legal em formatos variados, o que ainda se percebe na prática é a ínfima atuação dos indivíduos no contexto das decisões do Poder Público.

Hoje, segundo estudos realizados neste sentido tendo por foco as agências reguladoras, a maior parte das manifestações advém dos empreendedores possivelmente

⁷¹⁷ “Art. 17. O processo decisório da ANP obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.” “Art. 19. As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de audiência pública convocada e dirigida pela ANP.” BRASIL. **Lei Federal nº 9.478**, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 25 dez. 2008.

⁷¹⁸ Art. 225. BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

⁷¹⁹ BRASIL. **Lei 6. 938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

⁷²⁰ Neste sentido, Raimundo Márcio expõe: “não há como considerar a participação administrativa o mero exercício do direito de defesa, pois, neste plano, já há uma série de garantias, inclusive constitucionais (art. 5º, incs. LIV e LV), que dispensa todo um rol de mecanismos para fazer valer, sob uma perspectiva meramente individual, os direitos dos administrados; prescindindo-se, portanto, de qualquer confluência da participação administrativa.” LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração pública dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 281.

afetados com a decisão administrativa a ser tomada e dos escritórios de advocacia a eles relacionados, em seguida, em número inferior, aparecem as Universidades, entes públicos e associações de consumidores.⁷²¹

É preciso que a possibilidade de participação popular no âmbito da tomada de decisões administrativas seja amplamente divulgada, numa tentativa de modificar a realidade que atualmente a caracteriza.⁷²² A oitiva dos interessados previamente à tomada de algumas decisões pela Administração, além de lhe conferir maior legitimidade democrática, também lhe permite atingir uma maior efetividade no plano prático.

Raimundo Marcio Ribeiro Lima, em sua obra *Administração Pública Dialógica*, reconhece a participação administrativa como “mecanismo de eficácia da atividade decisória empreendida”, “pretensão de justiça da decisão administrativa mediada pela participação” e, ainda, como “princípio da democracia”.⁷²³ A caracteriza, também, especialmente no âmbito das políticas públicas, como caminho para a redução de custos das atividades administrativas.

⁷²⁴

Esclarece o autor, dentro do tema, não ser necessário partir do pressuposto do “*consenso geral* sobre todas as relevantes questões administrativas, mas, sim, da providencial força vinculativa do *dissenso consentido como expressão do exercício da participação política na administração pública dialógica*.”⁷²⁵

Esta participação cidadã poderia assumir papel de relevo em hipóteses envolvendo conflitos de interesses simultaneamente públicos. As categorias em colisão de interesses, nos espaços destinados ao diálogo e participação, através da dialeticidade ali exercida, poderiam auxiliar a Administração na escolha da decisão em concreto.

A participação popular, nesta linha, pode ser entendida como rumo apto a permitir aos administradores maior conhecimento a respeito do que de fato ocorre, direta e indiretamente, na sociedade. Um maior conhecimento das problemáticas práticas

⁷²¹ MOREIRA, EgonBockmann. Os limites à competência normativa das agências reguladoras. In. ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Coordenador). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense. 2006, p 213.

⁷²²“Ainda, é fundamental a garantia de um devido processo normativo, que motive ampla participação da sociedade.” SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: _____ (Coord). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.p. 62.

⁷²³ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração pública dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 278.

⁷²⁴ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração pública dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 436-437.

⁷²⁵ LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração pública dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 437.

sociais parece permitir à Administração amenizá-las ou extingui-las. Nos dizeres de Salomão Filho: “Conhecer a realidade é pressuposto essencial para que se possa modificá-la”.⁷²⁶

Além abrir caminho para que as decisões administrativas possam ser mais bem sucedidas, a democratização da Administração as torna mais próximas da publicidade (art. 37, caput, CF de 1988) e viabiliza o acesso à informação pelos cidadãos (art. 5º, XXXIII, CF de 1988).⁷²⁷

Ao tornar as decisões administrativas mais compatíveis com o conteúdo consagrado na Constituição de 1988, a democratização da Administração também é critério legitimador de sua atuação.⁷²⁸

Acresça-se ao exposto, ainda, a necessidade de os interesses públicos refletirem, em alguma medida, seja majoritária ou minoritária, consenso social. As audiências públicas e consultas são instrumentos aptos a viabilização deste fim. Neste sentido, diz Nohara:

os interesses públicos deverão refletir algum consenso social, seja ele extraído da interpretação das normas constitucionais e dos valores protegidos pelo ordenamento jurídico, que devem ser justificados argumentativamente, ou por meio de expedientes em que há interlocução comunitária direta, como ocorre, por exemplo, em audiências públicas.⁷²⁹

Como fora até aqui exposto, é possível notar que a visão tradicional de decisões tomadas unilateralmente pela Administração precisa e deve ser ampliada⁷³⁰ de forma a também contemplar uma versão mais participativa das decisões administrativas.⁷³¹

⁷²⁶SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: _____ (Coord). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 60.

⁷²⁷OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Administração Pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo_justino_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2013. p. 6811.

⁷²⁸ Com efeito, a forma de participação popular que mais interesse desperta é aquela em que o cidadão se insere nos planos decisórios da Administração Pública, seja porque foi consultado ou porque a ele foi outorgado o poder de decisão.⁹ Assim, é possível colocar em evidência que o aumento da participação popular vem conferir maior legitimidade aos atos da administração e ampliar o controle sobre o governante, resultando em maior confiabilidade na gestão administrativa. A legitimidade passará então a estar focada no cidadão, retratando o que Paulo Bonavides denomina de “neocidadania governante”. SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da Administração Pública democrática: a conformação da administração pública consensual. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 80, n. 3, jul./ago./set., 2011. p. 72

⁷²⁹ NOHARA, Irene Patrícia. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 142.

⁷³⁰ Neste mesmo sentido ver: ALVES, Elizete Lanzoni. A administração pública e a revitalização social sob a ótica do pluralismo jurídico. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M.

É necessário que normativas infraconstitucionais de temáticas administrativas específicas densifiquem as suas previsões quanto a tais práticas, abrindo maiores possibilidades de instauração de espaços para participação dos sujeitos, não apenas a critério da Administração, mas também a partir de requerimento de número normativamente predeterminado de cidadãos e de outras autoridades públicas. Neste ponto, será preciso atentar para a forma de previsão das hipóteses de instauração destes espaços, de modo a não engessar e inviabilizar o instituto.

No âmbito da normatização procedimental do assunto, aponta destacadamente o tema daprocessualização da atividade administrativa, internacionalmente reconhecida como Direito Humano e internamente vista como Direito Fundamental do cidadão.⁷³²

Se é preciso que a Administração se aproxime do texto constitucional em seu agir, que respeite direitos fundamentais e viabilize a participação cidadão em seu âmbito, igualmente se faz necessário processualizar a sua atuação, com clareza, publicidade e respeito à segurança jurídica.

A processualização do agir da Administração aparece como consequência da existência de um Estado Constitucional Democrático e como viés de redução das arbitrariedades administrativas.⁷³³ O processo administrativo⁷³⁴ apto a consagrar a democracia é hoje caracterizado como garantia do cidadão.⁷³⁵

(Org.). **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 299 - 309.

⁷³¹Em tal sentido, expõe Jaime Rodriguez-Arana: “El interés general en el Estado social y democrático de Derecho tiene un significado que ayuda a comprender su alcance y funcionalidad en el entero sistema del Derecho Administrativo. Entre sus características se encuentran la participación, la transparencia o la publicidad, entre otras. Desde este punto de vista, me parece que la proyección de los valores democráticos sobre el Derecho Administrativo obliga a replantear instituciones y categorías propias de una rama del Derecho Público que ha estado demasiado tiempo vinculada, apegada a una dimensión unilateral y estática del mismo interés general, que debe ser sustituida por una versión más participativa, más transparente y, por ello, más fácil de controlar especialmente por el juez administrativo.” RODRIGUEZ – ARANA, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y estado del bienestar**. 1. ed. Madrid: Iustel, 2012. p. 30. Em tradução livre: O interesse geral no Estado social e democrático de direito tem um significado que ajuda a compreender seu alcance e funcionalidade em todo o sistema do Direito Administrativo. Dentre suas características se encontram a participação, a transparência ou a publicidade, dentre outras. Desse ponto de vista, me parece que a projeção dos valores democráticos sobre o Direito Administrativo obriga a repensar instituições e categorias próprias de um ramo do Direito Público que esteve há bastante tempo vinculada, apegada a uma dimensão unilateral e estática do interesse geral, que deve ser substituída por uma versão mais participativa, mais transparente e, por isso, mais fácil de controlar, especialmente pelo juiz administrativo.

⁷³² Sobre o tema ver: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Déficit democrático do estado brasileiro. **Interesse Público**, Rio de Janeiro: Fórum, ano XIV, n. 74, p. 15-29, 2012.p. 26-27.

⁷³³ Neste sentido ver: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Procedimento administrativo. In: _____ (Coord.). **Direito administrativo na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.p. 09.

Neste sentido expõe Cristiane Schwanka:

Propugna-se que à nova Administração Pública cabe o papel de desconstruir dogmas administrativos clássicos para permitir o avanço dessa nova forma de gestão estatal em que a tutela do interesse público passe a ser compartilhada com a sociedade, sua real titular, mediante o processo administrativo que se afigura uma vertente da garantia associada a direitos fundamentais, uma vez que as informações coletadas, os argumentos utilizados, propiciam ampla base objetiva para a decisão administrativa, bem como sua maior aceitabilidade. Repise-se, portanto, que o processo administrativo na Administração representa uma garantia para a sociedade de que a competência administrativa estatal será exercida de modo responsável e coerente. Trata-se de um instrumento vocacionado para atenuar a face arbitrária e autoritária da Administração que se refuta por ser incompatível com a nova ordem constitucional.⁷³⁶

O processo administrativo aqui apresentado como garantia, em amplo conceito, pode ser entendido como toda atuação interna da Administração Pública conduzida por atos concatenados, seja esse agir de mero expediente, resolução de conflitos entre Administração e cidadão, de ordem litigiosa ou não litigiosa⁷³⁷, inclusive aqueles conectados à produção de normativas.⁷³⁸

⁷³⁴ Aqui a escolha foi pelo uso da expressão “processo administrativo” ao invés de “procedimento administrativo” não só por ser essa a linha adotada pelo texto constitucional de 1988, mas também diante da intenção de reforçar o entendimento de que os trâmites de atos efetuados dentro da Administração devem respeito à ideia de devido processo legal, com foco especial na Constituição Federal de 1988 e na normativa específica disciplinadora do assunto.

⁷³⁵ Em tal sentido ver: MESQUITA, Rogério Garcia. A processualidade do direito administrativo contemporâneo. **Revista da procuradoria geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 33, n. 69, p. 203-230, jan./jun., 2012.

⁷³⁶ SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da Administração Pública democrática: a conformação da administração pública consensual. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 80, n. 3, jul./ago./set., 2011.p. 70-71.

⁷³⁷ Neste mesmo sentido ver: MELLO, Celso Antonio bandeira de. Procedimento administrativo. In: _____ (Coord.). **Direito administrativo na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.p. 22.

⁷³⁸ Ricardo Perlingeiro, discorrendo sobre a caracterização e conceito do processo administrativo no Brasil, discorre sobre os qualificadores e especificidades de cada um de seus modelos. Em tal sentido diz: “o procedimento administrativo – dotado de ampla defesa e contraditórios efetivos – será prévio, de modo a legitimar a constituição de atos administrativos individuais com efeitos pontuais e restritivos de direitos ou interesses. Com iguais garantias, encontram-se incluídos na noção de procedimento administrativo o direito à impugnação ou o de recurso contra atos ou decisões administrativas adotadas. Tratando de atos gerais (concretos ou abstratos/regulamentos) ou individuais com efeitos gerais (com elevada complexidade de interesses envolvidos) que tenham o potencial de restringir direitos, admite-se também o procedimento administrativo prévio, porém por meio de consulta popular ou audiências públicas. Não obstante, nestes casos, é facultada ao interessado, em momento posterior, a iniciativa de um procedimento administrativo, com plenitude de contraditório, para afastar os efeitos concretos dos atos gerais (ou atos individuais com efeitos gerais), da mesma maneira que também é admitido um procedimento administrativo a qualquer controvérsia cuja solução possa advir da Administração. Existem, ainda, os procedimentos *interna corporis* destinados a atos ou decisões de organização administrativa ou de controle que, enquanto comportamentos internos, não geram direitos ou deveres a interessados estranhos à Administração. Por esta razão, tais procedimentos não compreendem pretensões propriamente ditas e, conseqüentemente, não reclamam garantias processuais fundamentais.” PERLINGEIRO, Ricardo. Os princípios do procedimento administrativo no Brasil e os desafios da igualdade e da segurança jurídica. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 13, n. 68, p. 93-126, jul./ago. 2011, p. 97-99.

Forma de legitimação do agir da Administração, o processo administrativo deve desenvolver-se com o respeito ao devido processo legal⁷³⁹, a partir de caminhos previamente estabelecidos, minimamente previsíveis, com respeito às formalidades necessárias, buscando evitar arbitrariedades.⁷⁴⁰

Diante de suas plurais formas de apresentação, conforme as suas características e especificidades, o processo administrativo será mais ou menos complexo e sofrerá maior ou menor incidência das garantias processuais constitucionais. A normatização de uma processualização para as audiências públicas não poderá se esquivar da observância das peculiaridades que as permeiam, a exemplo da transitoriedade e número de participantes.

Ainda na perspectiva da normatização, democratização e processualização da Administração, não se pode deixar de mencionar o tema da motivação das decisões administrativas, especialmente daquelas pautadas na ideia de interesse público, elemento linguístico aberto e plurissignificativo.⁷⁴¹

A motivação das decisões administrativas é qualificada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto como direito fundamental dos indivíduos, elemento conectado à adequada processualização da Administração e, ainda, como dever do poder público no sentido de “reconhecer e reverenciar em cada cidadão um cotitular do poder político (como inequivocamente se expressa o art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil).”⁷⁴²

⁷³⁹ “Processos administrativos transparentes, acessíveis aos cidadãos, que permitam acompanhar a tomada de decisão administrativa e que mesmo na presença de incertezas e controvérsias permitam aferir que a decisão se mostra racional e justa. Tais medidas ou providências estatais tendem a minimizar a insegurança jurídica e os riscos de violação aos direitos e garantias individuais dos cidadãos.” SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da Administração Pública democrática: a conformação da administração pública consensual. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 80, n. 3, jul./ago./set., 2011.p. 73.

⁷⁴⁰ Edilson Pereira Nobre Júnior, reconhecendo a relevância do processo administrativo para o cidadão, expõe: “Ressalte-se ainda que, com o Estado Social e Democrático de Direito, restou fortalecido o paradigma do procedimento administrativo como instrumento de controle da atividade pública e de garantia dos direitos do cidadão, o que, a partir do primeiro quartel do século XX, pode ser observado pela eclosão de números diplomas legais cuidando da matéria.” NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências. **Revista da AJUFE**, Distrito Federal, Ano 23, n. 83, 1º trim., p. 77-103, 2006.p. 100.

⁷⁴¹ Aqui importante se faz mencionar que existe, dentro da Lei de Processo Administrativo Federal, Capítulo destinado a tratar específica e expressamente do tema da motivação. Para saber mais ver o Capítulo XII, da Motivação, art. 50 da Lei Federal n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

⁷⁴² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, direito e estado**. O direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 144.

Por motivação da Administração deve se entender a argumentação fática e jurídica arguida diante de determinado caso, o raciocínio lógico demonstrativo da decisão tomada.⁷⁴³ Em se tratando de expressões abertas, quanto maior, melhor e mais clara for a motivação dos atos administrativos nela pautados, mais democrática será a Administração.⁷⁴⁴ Ao se considerar o viés não vinculante dos debates e conclusões retirados das audiências públicas, mais relevante ainda se faz a motivação da decisão administrativa diante do caso.

Como é possível perceber mediante todo o exposto, o caminhar histórico do Direito Administrativo deve se desenvolver no sentido de distanciamento dos abusos e da aproximação da democracia⁷⁴⁵, e a construção da ideia de interesse público não foge dessa máxima.

A participação popular na aferição da presença ou ausência de interesse público, orientada normativamente por caminhos seguros de processualidade, pode se revelar extremamente importante, em especial nas hipóteses onde a decisão a respeito do interesse a prevalecer é deixada pela normativa à discricionariedade administrativa.

Nestas hipóteses onde a Administração, carente de caminho normativo expresso, possui liberdade juridicamente condicionada para decidir o interesse a prevalecer em concreto, os espaços à participação cidadã poderão melhor guiá-la em suas decisões e a presença da motivação neste momento decisório final se faz imprescindível.

Os apontamentos teóricos aqui arguidos como caminhos legitimadores de espaços para a participação cidadã em decisões administrativas, especialmente em casos que envolvem colisões de interesses simultaneamente públicos, são reforçados por conclusões provenientes de recente pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), datada de 2013, e responsável por analisar o potencial de efetividade das audiências públicas no Governo Federal. O IPEA, focado no tema das audiências públicas, as analisou, a partir de

⁷⁴³ PERLINGEIRO, Ricardo. Os princípios do procedimento administrativo no Brasil e os desafios da igualdade e da segurança jurídica. **Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 13, n. 68, p. 93-126, jul./ago. 2011. p. 103.

⁷⁴⁴ Em tal sentido expõe Jaime Rodriguez-Arana: “una Administración pública será tanto más democrática cuanto más y mejor motive los actos administrativos dictados en el marco de potestades discrecionales.” RODRIGUEZ – ARANA, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y estado del bienestar**. 1. ed. Madrid: Iustel, 2012. p. 61. Em tradução livre: “uma Administração será tanto mais democrática quanto mais e melhor motive os atos administrativos ditados no marco dos poderes discricionários.”

⁷⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 65.

plurais casos concretos, com foco específico no processo de desenvolvimento de suas etapas e nos resultados delas obtidos.⁷⁴⁶

Quanto à necessidade de normatização do tema, de sua processualização e motivação, concluiu o Instituto:

as previsões normativas podem contribuir para aumentar a transparência do processo participativo, ao garantir o acesso aos documentos relevantes e às demais informações importantes e ao apresentar de forma clara prazos e regras para a manifestação. Tais atos normativos também podem aumentar o potencial de efetividade da audiência, ao estipular uma metodologia a ser utilizada que contribua para uma maior participação e que permita a sistematização das contribuições e, ao exigir uma devolutiva do órgão governamental para a sociedade, que explicita quais contribuições foram aceitas, quais não e por quê.⁷⁴⁷

A partir dos resultados obtidos com a pesquisa do IPEA, são aqui reunidas elementares relevantes para a efetividade das audiências públicas na Administração. Essas elementares devem ser consideradas tanto no contexto de normatização do tema, como também no que tange à sua aplicação prática; são elas: a) refletir sobre o momento de realização das audiências, levando em conta o fato de serem transitórias; b) definir o objetivo da audiência com recorte metodológico preciso que considere o tempo de sua efetivação e tema concernente ao caso; c) oferecer infraestrutura adequada ao número de participantes; d) é importante que a Administração viabilizeem sua estrutura organizacional interna espaço voltado à participação social, com servidores capacitados no tema e documentos referência de atuação; e) escolher mediador apto tecnicamente ao exercício dessa função; f) definir metodologias claras, transparentes e adequadas de procedimento, posto que aumentam a sensação de seriedade e legitimidade da audiência e aumentam o potencial de sistematização e organização das propostas arguidas e; f) jamais abandonar o momento posterior ao feito, devendo dar retorno à sociedade quanto ao que fora efetivamente decidido.⁷⁴⁸

⁷⁴⁶ BRASÍLIA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Potencial de efetividade das audiências públicas do governo federal, 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/relatorio_potencial_efetividade.pdf>. Acesso em 10 set. 2014.

⁷⁴⁷ BRASÍLIA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Potencial de efetividade das audiências públicas do governo federal, 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/relatorio_potencial_efetividade.pdf>. Acesso em 10 set. 2014. p. 122

⁷⁴⁸ BRASÍLIA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Potencial de efetividade das audiências públicas do governo federal, 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/relatorio_potencial_efetividade.pdf>. Acesso em 10 set. 2014. p. 121 – 129.

Diante de todo o exposto, considerando os apontamentos feitos, é possível dizer, a título conclusivo, que uma concepção razoável e legítima de interesse público passa pela existência de espaços para participação direta dos sujeitos, ao acesso à informação, publicidade⁷⁴⁹ e dever de motivação clara e racional pela autoridade administrativa.

Jaime Rodriguez-Arana ensina que na perspectiva da democracia o interesse público possui tarefa positiva e negativa. No viés positivo, deve facilitar, fazendo possível, criando condições favoráveis para que a liberdade solidária seja real e efetiva. No âmbito negativo, deve remover os obstáculos que impedem ou dificultem a realização de valores capitais da democracia.⁷⁵⁰

Para que a defesa, pela Administração, de determinado interesse em concreto seja legítima na perspectiva neoconstitucional atual é preciso que exista liberdade política, processualização, motivação clara e plena capacidade de uso dos meios de participação previstos no Direito.

3.6 Das certezas da moldura às inseguranças da pintura: por uma Administração Pública Atena

Zeus⁷⁵¹, rei dos deuses do Olimpo, senhor dos trovões, por meio das previsões de Gaia e Céu tomou conhecimento de que um de seus futuros descendentes poderia lhe destronar.

⁷⁴⁹ “En suma, la concepción más razonable de interés público sería aquella que vincula su constitución y su aplicación a principios democráticos. Por tanto, cuanto mayor legitimidad democrática tenga el poder que lo define o lo ejecuta y cuanto más y mejores pruebas se den sobre su afectación a intereses socialmente mayoritarios menos riesgos puede tener la superación de su indeterminación. Dado que es antidemocrático decir al pueblo lo que quiere antes de que se le haya preguntado, ningún análisis de lo que es el interés público que no cuente con una teoría de la decisión democrática puede tenerse como serio 52. En todo caso, como ha dicho el Tribunal Constitucional: “aunque el Estado de Derecho tiende hacia la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, no hay ningún legislador, por sabio que sea, capaz de producir leyes de las que un gobernante no pueda hacer mal uso.” CALERA, NicolasLopez. El interés público: entre la ideología y el derecho. **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 44, p. 123-148, 2010. p. 125.

⁷⁵⁰ Em seu trecho original, diz o autor: “El interés general como tarea positiva y como tarea negativa. Positiva facilitando, haciendo posible, creando las condiciones favorables para que la libertad solidaria sea real y efectiva. Y negativa removiendo los obstáculos que impidan o dificulten la realización de estos valores capitales de la democracia.” RODRIGUEZ – ARANA, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y estado del bienestar**. 1. ed. Madrid: Lustel, 2012. p. 63.

⁷⁵¹ Hesíodo, em sua obra Teogonia, descreve Zeus da seguinte maneira: “Zeus ele mesmo *ékýdistos* (v.548), i.e., o que detém o maior e mais forte *kydos*, embora tradicionalmente traduzido, como se fosse sinônimo de *kléos*, por “glória”, *kydos* é o signo momentâneo com que um guerreiro é marcado por um Deus que o favorece, signo mágico da infalível supremacia no combate, e que é percebido, tão logo o Deus numa batalha o instaura sobre alguém, tanto por esse que é assim favorecido quanto por seu adversário e pelos demais que estão ao redor. A eficácia do *kydos* é momentânea, válida para esse instante de perigo em plena batalha no qual o Deus preserva e faz prevalecer como vitorioso um mortal a quem privilegia com sua preferência. O *kydos* de Zeus não é de eficácia temporária, porque Zeus é a própria fonte de *kydos* e por Zeus ou por sua filha Atena é que esse signo talismânico de vitória é transmitido aos mortais. Zeus não detém um *kydos* que ele tenha recebido ou tenha arrebatado por seu esforço: Zeus é o próprio *kydos*, e suas preferências e suas intenções é que constituem para os

Buscando evitar este risco, tratou de engolir Métis, sua primeira esposa e deusa da astúcia e sabedoria.⁷⁵² A ação devoradora de Zeus, infrutífera quanto ao desejo de pôr fim ao nascimento de seus filhos, acabou por resultar na gestação de uma criança dentro de sua cabeça. Dos lábios devoradores para o cérebro, ali, no espaço físico da inteligência, foi dia a dia gerada a deusa da sabedoria e da justiça.

Com o passar dos tempos, já no período final da gestação intracraniana, Zeus foi acometido por dores de cabeça extremamente fortes. Não mais as suportando, ordenou ao ferreiro Hefestos que abrisse o seu crânio de forma a solucionar tão insuportável suplício. O homem, o obedecendo, empunhando um machado de ouro, direcionou tal objeto rumo à cabeça de Zeus e com um golpe certo a acertou. Eis que, imediatamente, de dentro do crânio rompido emergiu uma mulher adulta, segurando com firmeza espada dourada, já pronta para as batalhas e de cujos lábios logo emanou grito de guerra que viria a abalar o universo.⁷⁵³ Era Atena, deusa da sabedoria, justiça, prudência e também da guerra. Por ser demasiado prudente e sábia, a guerra para Atena não seria o primeiro caminho hábil à solução de demandas, mas sim o último recurso a ser buscado quando inviável um desfecho diplomático e mais pacífico das controvérsias.⁷⁵⁴

Atena, também designada por *Palas*, termo que se refere à pureza e virgindade, casta se manteve durante toda a sua vida. A castidade duradoura por ela vivida foi vista como virtude de quem não se deixava seduzir ou corromper. Assim como os demais deuses do Olimpo, Palas Atena possuía ave própria que fora a ela associada a partir de suas

mortais a origem e fonte de *kydos*, sinal prodigioso e mágico que cerca de prodígios o guerreiro a quem assinala para a vitória.” HESÍODO. **Teogonia**. A origem dos deuses. 4. ed. Tradutor JaaTorano. São Paulo: Iluminuras, 2001. p. 75.

⁷⁵² A descrição desse e dos demais trechos da mitologia grega possui como referência a seguinte obra: HESÍODO. **Teogonia**. A origem dos deuses. 4. ed. Tradutor JaaTorano. São Paulo: Iluminuras, 2001.

⁷⁵³ “Quando os venturosos completaram a fadiga e decidiram pela força as honras dos Titãs, por conselhos da Terra exortavam o Olímpio longividente Zeus a tomar o poder e ser rei dos imortais. E bem dividiu entre eles as honras. Zeus rei dos Deuses primeiro desposou Astúcia mais sábia que os Deuses e os homens mortais. Mas quando ia parir a Deusa de olhos glaucos Atena, ele enganou suas entranhas com ardil, com palavras sedutoras, e engoliu-a ventre abaixo, por conselhos da Terra e do Céu constelado. Estes lho indicaram para que a honra de rei não tivesse em vez de Zeus outro dos Deuses perenes: era destino que ela gerasse filhos prudentes, primeiro a virgem de olhos glaucos Tritogênia igual ao pai no furor e na prudente vontade, e depois um filho rei dos Deuses e homens ela devia parir dotado de soberbo coração. Mas Zeus engoliu-a antes ventre abaixo para que a Deusa lhe indicasse o bem e o mal. [...]Ele da própria cabeça gerou a de olhos glaucos, Atena, terrível estrondante guerreira infatigável soberana a quem apraz fragor combate e batalha. Hera por raiva e por desafio a seu esposo não unida em amor gerou o ínclito Hefesto nas artes brilho à parte de toda a raça do Céu. [...]” HESÍODO. **Teogonia**. A origem dos deuses. 4. ed. Tradutor JaaTorano. São Paulo: Iluminuras, 2001. p. 155 – 157

⁷⁵⁴ “Tendo-se tornado Metieta e tendo com isso posto seu reinado definitivamente ao abrigo das sublevações, Zeus gera Palas Atena que, é ela própria a Sapiência guerreira. Palas Atena, filha primogênita de Zeus, assim como seu pai traz consigo a marca da vontade centrada no espírito.” HESÍODO. **Teogonia**. A origem dos deuses. 4. ed. Tradutor JaaTorano. São Paulo: Iluminuras, 2001. p. 68

características. A coruja restou designada como sua ave por serem ambas noturnas, de vigilância atenta e por possuírem olhos glaucos. Não é à toa que na contemporaneidade a coruja é habitualmente referenciada como símbolo da sabedoria, uma das marcas da deusa Atena.

O título do presente ponto, ao fazer menção a “uma Administração Pública Atena”, intenciona se referir a esta deusa como guia e norte para os fazeres da Administração em busca da melhor solução para os casos concretos. A Administração Pública, visando prover o melhor aos seus administrados, deve mirar-se no exemplo da deusa mulher que foi Atena; é essa a metáfora contida no título do presente tópico.

Em um Direito que vai além do texto positivo, que nele apenas enxerga o ponto de partida das construções normativas e que possui a Constituição como limite, as características de Atena, em especial a sabedoria, prudência e justiça, a título de diretrizes para as decisões da Administração rumo à busca daquilo que se configura como *o melhor*, parecem ser bastante úteis. A questão da busca da melhor ou mais correta resposta no plano do Direito não é novidade da contemporaneidade, seja no âmbito administrativo ou jurisdicional, alguns autores a ela já se dedicaram, a exemplo de Kelsen, Hart e Dworkin.

Aqui, por se entender útil a compreensão dos dizeres de tais autores para a metáfora proposta, serão feitas menções breves a algumas de suas considerações quanto à construção de respostas na análise de casos concretos e também no que tange à busca da verdade do plano jurídico.⁷⁵⁵ A intenção não é a de esgotar o tema da verdade no Direito, fato que demandaria trabalho próprio, específico e longo em tal sentido, mas sim a de realizar sintética análise descritiva de trechos úteis à compreensão do processo decisório de casos concretos pela Administração Pública. Iniciemos essa exposição a partir de Kelsen.

Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, no capítulo especificamente destinado à interpretação, expõe que a interpretação e aplicação do Direito são duas faces indissociáveis de um mesmo fenômeno, não sendo possível aplicar o Direito sem antes interpretá-lo. Ainda no que tange ao fenômeno interpretativo, diz Kelsen que com base na visão hierarquizada do ordenamento paira o entendimento de que as normas de escalão superior coordenam,

⁷⁵⁵ Sobre o tema da verdade ver: COSSIO, Carlos. **Teoría de la verdad jurídica**. Buenos Aires: El Foro, 2007. FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2013. HABERMAS, Jürgen. **La ética del discurso y la cuestión de la verdad**. Buenos Aires: Paidós, 2006. RORTY, Pascal Engel Richard. **¿Para qué sirve la verdad?** Buenos Aires: Paidós, 2007.

direcionam, condicionam a construção de conteúdo e concretização das normas de posição inferior. Essa diretriz, útil e pragmática, apresenta, em seus dizeres, relativa indeterminação.

⁷⁵⁶ Neste sentido, expõe:

A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato.⁷⁵⁷

É neste espaço de argumentação e construção teórica que Kelsen revela a sua ideia de moldura enquanto limite balizador da atividade de interpretação e aplicação do Direito. É a ela que se refere o título desse capítulo ao expor “das certezas da moldura às inseguranças da pintura”.

A moldura, espécie de limite da interpretação, ponto de partida de tal ato construtor da norma final, elemento certo, escrito, exato em sua forma física, porém inexato quanto ao seu resultado final diante do caso concreto, *a priori* habita o texto normativo de posição hierárquica superior incidente sobre o fato interpretado.

A alusão às certezas da moldura e às incertezas da pintura na nomenclatura deste ponto da tese se liga ao fato de ser todo ato de construção da norma simultaneamente determinado e indeterminado. Determinado em seu ponto de partida textual inicial e indeterminado quanto ao seu resultado final.⁷⁵⁸

Para Kelsen, diante das indeterminações constatadas na atividade interpretativa, várias são as possibilidades de aplicação da norma. Enxergando a interpretação como determinação “do sentido do objeto a interpretar”, diz que o “resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e,

⁷⁵⁶KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.p. 388.

⁷⁵⁷KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.p. 388.

⁷⁵⁸ “A própria distinção entre Direito e Política no contexto de um ato estatal encontra sua base em Kelsen, para quem a escolha do intérprete entre diferentes opções decisórias possíveis, que não ultrapassam os limites (sobretudo gramaticais) da “moldura” legal, sempre é política. É evidente que essa moldura (ou quadro) de uma norma principiológica quase sempre será mais ampla do que a referente a uma norma formulada como regra condicional (“se/então”), o que confere um mais amplo espaço de decisão para o aplicador da respectiva lei.” KRELL, Andreas Joachim. **Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 139.

consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.”⁷⁵⁹

Expõe Kelsen que a interpretação da lei, a partir da moldura, enseja várias soluções dotadas de “igual valor” e não uma única solução correta. Diz que apenas uma dessas soluções igualmente possíveis se tornará Direito positivo no ato do órgão decisório, e não todas elas. Uma decisão fundada na lei é, para ele, decisão passível de ser inserida dentro da moldura, é “*uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.”⁷⁶⁰

Em crítica direta e expressa à tese da única resposta correta, expõe Kelsen que nos critérios de interpretação do Direito não há um que possa ser entendido como preferencial ou prevalecente, tais métodos conduzem a resultados possíveis, mas não a um resultado verdadeiro no sentido de ser o único correto.⁷⁶¹

Em sua ótica, a temática da decisão correta é mais questão de política do Direito do que de Direito positivo. A construção da norma a partir da moldura e a sua posterior escolha são feitas a partir de ato de vontade livre, “segundo a livre apreciação do órgão chamado a produzir o ato”, não é o Direito positivo quem conduz essas tarefas.⁷⁶²

Não há para Kelsen, desse modo, uma só resposta correta, sendo todas aquelas inseridas na moldura dotadas de igual valor e passíveis de serem escolhidas por ato livre de

⁷⁵⁹KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.p. 390.

⁷⁶⁰ Em suas palavras, expõe Kelsen: “Se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, consequentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação da lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, senão que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral.” KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.p. 390-391.

⁷⁶¹ “A teoria usual da interpretação que fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas *uma única* solução correta (ajustada), e que a “justeza” (correção) jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão-somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento (razão), mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de intelecção, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta (justa) no sentido do Direito positivo.” KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.p. 391.

⁷⁶²KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.p. 393-3394.

vontade do magistrado para a solução final do caso. Vista a posição kelseniana em torno do tema, é importante também mencionar a visão de Hart, outro teórico positivista.

Hart, em obra denominada *O conceito de Direito*, tratou da ideia de Direito, de sua incompletude, da inexistência de uma única resposta correta para casos obscuros e, ainda, da discricionariedade judicial.⁷⁶³

Compreendendo o sistema jurídico como um conjunto de regras primárias e secundárias, dizia Hart que as regras primárias são responsáveis por prescrever que os seres humanos façam ou deixem de fazer algo, quer queiram quer não. As regras secundárias, por sua vez, estabelecem que os seres humanos podem, fazendo ou dizendo certas coisas, introduzir novas regras do tipo primário, extinguir ou modificar regras anteriores, ou determinar de diversas maneiras os seus efeitos, ou controlar a sua atuação. As regras do primeiro tipo impõem deveres, as do segundo tipo conferem poderes, públicos ou privados. As regras de primeiro tipo se referem a ações que implicam movimento ou mudanças físicas; as de segundo tipo preveem atos que conduzem não simplesmente a movimentos ou mudanças físicas, mas à criação ou modificação de deveres ou obrigações.⁷⁶⁴

Ainda dentro de sua teoria, Hart discorre sobre a regra de reconhecimento, regra normalmente implícita dentro de um sistema jurídico, elemento capaz de oferecer validade às demais regras do sistema e de permitir a identificação das regras primárias de obrigação, verdadeiro fundamento do sistema. É essa regra de reconhecimento a responsável por dizer como devem ser estruturadas as demais regras para que se mantenham válidas dentro do sistema, é ela quem cuida da atuação dos sujeitos responsáveis pelas decisões dos casos concretos.⁷⁶⁵

⁷⁶³ HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradutor A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

⁷⁶⁴ HART, H. L. A. Tradutor Genero R. Carrió. **El concepto de derecho**. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1961. p. 101. Emsuaversão literal e original diz o autor: “Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas de otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones.”

⁷⁶⁵ Para saber mais ver: HART, H. L. A. Tradutor de Genero R. Carrió. **El concepto de derecho**. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1961. p. 125-137.

Conectando o Direito à ideia de linguagem e enxergando nela uma limitação, especialmente a de não conseguir regular todos os seus usos, fato por ele denominado de textura aberta, Hart abordou o tema da discricionariedade decisória judicial.

Para Hart, nas hipóteses de textura aberta, nos casos em que o Direito não apresenta com clareza a resposta apta a resolvê-los, poderá o juiz trabalhar com discricionariedade, sendo livre para escolher uma dentre as soluções reveladas como possíveis.⁷⁶⁶ Não há para ele, assim como em Kelsen, uma única resposta correta para tais casos.

Hart reconhecia neste exato ponto de sua teoria, ou seja, em sua descrença na existência de uma única resposta correta e na liberdade decisória do juiz, os seus maiores focos de divergência com relação aos trabalhos de Ronald Dworkin, autor cujo pensamento a seguir será exposto.⁷⁶⁷

Dworkin, visando demonstrar superada a questão entre pragmatismo e convencionalismo, levantou em sua obra *Império do Direito* a teoria da existência de uma única resposta correta, a partir de uma visão integrativa do fenômeno jurídico e tomando em conta as ideias de romance em cadeia e comunidade de princípios. O Juiz Hércules, sujeito apto a encontrar a resposta correta, aparece em seu trabalho como peça fundamental no exercício da adequada interpretação do fenômeno jurídico.⁷⁶⁸

Compreendendo o Direito como uma comunidade de princípios, Dworkin se opunha ao positivismo, mencionando que o Direito não devia ser entendido como um simples

⁷⁶⁶ Marcelo Oliveira, analisando a obra de Hart, expõe: “Para Hart, o Direito possui uma linguagem própria inscrita nas práticas sociais e, como toda linguagem, possui regras sobre o uso e a significação dos seus termos. Todavia, como toda linguagem, a linguagem jurídica não seria capaz de prever e, portanto, de regular, todas as possibilidades do seu uso. A linguagem jurídica, como a linguagem ordinária, possuiria, para Hart, uma *textura aberta*. Na hipótese de não haver uma regra que preveja o tratamento a ser dado a um caso concreto objeto de apreciação judicial, entre assumir uma atitude formalista e uma atitude cética em relação ao Direito deve-se, segundo Hart, reconhecer ao juiz, em tais casos, o poder discricionário de escolher indiferentemente, entre possíveis decisões válidas, a decisão a ser tomada. Assim, a argumentação judicial se daria como se uma das partes envolvidas tivesse ou não o direito de vencer a controvérsia, mas, na verdade, o juiz criaria uma solução, apenas limitado pelo já convencionalizado no passado, legal ou jurisprudencialmente, e a aplicaria retroativamente ao caso.” OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009. p. 93.

⁷⁶⁷ HART, H. L. A. **El concepto de derecho**. Tradutor Genero R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1961. p. 335.

⁷⁶⁸ “O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltados para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro.[...] Assim, o direito como integridade rejeita, por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.” DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradutor Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.p. 271.

conjunto de regras estabelecidas preteritamente por convenção. Para ele, um sistema principiológico existente era diretriz chave no processo de interpretação e obtenção da resposta certa.⁷⁶⁹

O Direito é para Dworkin integrativo, não meramente pragmático, não meramente convencional, mas sim integrativo. Em sua visão integrativa, especialmente diante de casos difíceis, deve ser buscada a resposta certa para o caso concreto. É aí que aponta a figura imaginária do juiz Hércules.⁷⁷⁰

Descrevendo-o, diz Dworkin ser ele um juiz do plano das ideias, filósofo, “dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor.” Por suas características peculiares, reconhece Dworkin ser impossível para um juiz real se igualar plenamente a Hércules, apenas sendo factível imitá-lo e, ainda assim, com limitações.⁷⁷¹

O juiz Hércules, entendendo o Direito como integridade, focando-se na legislação, nos precedentes e princípios, a partir do uso de suas aptidões, possui a possibilidade de encontrar a resposta correta para os casos difíceis. Destaca-se em tal busca o tema da história institucional jurídica. Esta história, em linhas breves e em certa medida superficiais, é apta a ser definida como o que historicamente existe de consolidado no plano do Direito sobre certo assunto.⁷⁷²

Nesta seara de observância do que já foi feito no passado pela atividade jurisdicional aparece como relevante para Dworkin a ideia de romance em cadeia.⁷⁷³ Ligando a interpretação do Direito à literatura, Dworkin tenta esclarecer a sua ideia de romance em cadeia a partir da alusão a um trabalho realizado por um grupo de escritores destinado a fazer

⁷⁶⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradutor Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 273-274.

⁷⁷⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradutor Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 271-275.

⁷⁷¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradutor Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 294.

⁷⁷² DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradutor Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 273-274.

⁷⁷³ “A metáfora do *romance em cadeia* ilustra exatamente todo um processo de aprendizado social subjacente ao Direito compreendido como prática social interpretativa e argumentativa, um processo capaz de corrigir a si mesmo e que se dá ao longo de uma história institucional, reconstruída de forma reflexiva à luz dos princípios jurídicos de moralidade política, que dão sentido a essa história. Fica cada vez mais claro, assim, a partir desse período, que para Dworkin a tese da única resposta correta deve ser compreendida de modo adequado e plausível do ponto de vista interpretativo-constutivo do *Direito como integridade*.” OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009. p. 95.

um romance em série, de forma que o autor posterior atua para acrescer ao trabalho literário de seu imediato antecessor e do primeiro autor alguma ideia.⁷⁷⁴

Expõe Dworkin que diante da essência daquilo que foi inicialmente escrito os demais escritores futuros não poderão inserir informações da maneira que bem quiserem, sem limitações. Cada um deverá buscar a melhor maneira de construir o romance coletivo e algo de basilar e elementar deverá ser respeitado em nome da integridade da obra.⁷⁷⁵

Os juízes reais se assemelham aos romancistas na continuação da obra jurídica. É a partir disso que Dworkin tenta expor como as decisões de casos difíceis do presente deverão beber inspiração e saber nas decisões do passado. Para Dworkin, cada nova decisão, ainda que inspirada no tempo pretérito, acresce algo pontualmente ao passado tradicional.⁷⁷⁶

Tecidas as considerações descritivas sobre os trabalhos de Kelsen, Dworkin e Hart ao redor do tema da resposta correta, faz-se necessário retomar a questão da Administração Atena. Para ela, qualquer resposta é igualmente válida dentro da moldura, como dizia Kelsen? Prepondera o entendimento de Hart? Ou existe uma única resposta correta, como proposto por Dworkin?

Diante de casos simples, triviais, cotidianos, habitualmente decididos pela Administração Pública em sua rotina, casos dotados de alto grau de vinculação com relação ao direito positivo vigente ou com vasta jurisprudência os abarcando, o agir administrativo não se revela permeado de inúmeras e complexas dúvidas. A existência de decisões pretéritas sólidas e as mínimas doses de incerteza que circundam essas demandas oferecem altas medidas de segurança jurídica para a tomada de decisão pela autoridade administrativa. O caminho de chegada rumo à melhor resposta é, nestas hipóteses, mais curto e linear.

O dilema da resposta correta na Administração habita de modo especial os casos difíceis. Nos casos difíceis, aqueles cujas respostas não são oferecidas pelo sistema jurídico com clareza, seja pela inexistência de texto exato e expresso os contemplando ou pela inexistência de precedentes sólidos os envolvendo, diante das dúvidas profundas que os

⁷⁷⁴DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradutor Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.p. 275-279.

⁷⁷⁵DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradutor Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.p. 275-279.

⁷⁷⁶Neste mesmo sentido Flávio Quinaud interpreta o trabalho de Dworkin. Para saber mais ver: PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta” de Dworkin. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, n. 45, p. 102-109, abr./jun. 2009. p. 105.

acometem, deverá a Administração buscar construir argumentativamente, com muito rigor e prudência, a melhor solução apta a resolvê-los. Aqui as melhores respostas para os casos não se encontram prontas ou facilmente detectáveis.⁷⁷⁷

É preciso respeitar as ideias de supremacia e indisponibilidade do interesse público, em abstrato e concreto, no plano administrativo de tomada de decisão nos casos difíceis.⁷⁷⁸ Melhor será a resposta que se revelar mais adequada à sistematicidade constitucional e à ideia de juridicidade.

Falar em única resposta correta no agir da Administração é ato prematuro, especialmente quando considerada a inafastabilidade da jurisdição. O sistema hoje vigente não reconheceu na Administração Pública durante o exercício de sua função administrativa a figura da grande legitimada a buscar a única resposta certa para casos concretos.

É mais factível, diante da estruturação que recebeu, que a Administração se foque no encontro da melhor resposta para a situação em análise. Com esse fim, deverá levar em consideração o que já foi feito no passado, as decisões preteritamente tomadas, seja em sede administrativa ou jurisdicional, e as ideias de interesse público em concreto e abstrato. Deverá atentar, por óbvio, para os elementos constitucionais que circundam o tema, as diretrizes legais gerais e normativas administrativas que incidem sobre o assunto tratado.

Ainda que inexistente texto exato e expreso sobre a hipótese fática analisada, é na matriz normativa e jurisprudencial mencionada que residem os elementos jurídicos capazes de satisfatoriamente guiar a Administração Pública na consubstanciação de sua vontade legítima.

⁷⁷⁷ Sobre as diferenças nas decisões de casos simples e difíceis ver: ATIENZA, Manuel. *Constitucionalidad y decisión judicial*. **Isonomia**: revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 6, abril 1997. p. 7-30. Disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15818>>. Acesso em: 09 out. 2014.

⁷⁷⁸ Sobre a busca da resposta justa pela Administração diz Jaime Rodríguez-Arana: “La existencia de un derecho ciudadano, fundamental o no, a la buena Administración pública implica, a mi juicio, además del derecho a la tutela efectiva administrativa, el derecho a una solución justa de la Administración, resolución que, obviamente, podrá ser recorrida ante el poder judicial. En este sentido, pues, la discrecionalidad se ordena más a que la Administración adopte, en cada caso la solución justa, la solución que a su juicio se atienda, disse Bandeira de Mello, con absoluta perfección a la finalidad de la ley: es decir, la q sea más atinada al interés general, tanto en su dimensión amplia (justicia) como en su expresión concreta (adecuación al interés general puntual).” Em tradução livre: A existência de um direito cidadão, fundamental ou não, à boa administração pública implica, a meu juízo, além do direito à efetiva tutela administrativa, o direito a uma solução justa da Administração, resolução que, obviamente, poderá ser revista pelo Poder Judiciário. Neste sentido, pois, a discricionariedade se direciona no sentido de que a Administração adote, em cada caso a solução justa, a solução que a seu juízo atenda, como diz Bandeira de Mello, com absoluta perfeição à finalidade da lei; é dizer, a que seja mais adequada ao interesse geral, tanto em sua dimensão ampla (justiça) como em sua expressão concreta (adequação ao interesse geral puntual). RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y estado del bienestar**. Madrid: Iustel, 2012. p. 59

Frente à dificuldade atinente à análise de casos sem solução pronta no sistema jurídico, pela aspereza que os permeia, a metáfora de Atena foi utilizada a título de inspiração para o agir da Administração, como horizonte a ser cotidianamente buscado. Entre o ser e o dever ser, Atena aponta como diretriz para o exercício do poder.

Desse modo, a Administração, em um recorte metodológico de tempo, tema e espaço, a partir de estudo detalhado do fato e de suas variáveis, com o olhar voltado para o que já foi decidido em situações semelhantes e para a juridicidade, mantendo foco nas virtudes de Atena (prudência, sabedoria, justiça), poderá encontrar a melhor resposta apta a solucionar o caso difícil sobre o qual se debruça. Hoje, diante do contexto pós-positivista, convém reiterar aqui que é na Constituição que reside a grande moldura limitadora de sua atividade interpretativa.

As incertezas e inseguranças na pintura das variadas molduras interpretadas pela Administração diante de casos difíceis podem ser reduzidas com a clareza no uso da linguagem⁷⁷⁹ e motivação.

É com a motivação expressa e clara de suas decisões que a Administração tem o exercício de seu poder limitado, fato que se destaca em situações onde o Direito não oferece resposta clara para o caso em análise.⁷⁸⁰

⁷⁷⁹ Sobre o adequado uso da linguagem pela Administração diz Antequera: “Sin perjuicio de todo cuanto se ha dicho sobre la necesidad del reconocimiento expreso del derecho del ciudadano a entender el mensaje que la Administración le dirige y de la existencia de la consiguiente obligación de la Administración de garantizar la inteligibilidad de las comunicaciones administrativas que afecten a los titulares de dichos derechos, es preciso concluir que ese principio de inteligibilidad que defendemos supone la necesidad de ir más allá de la configuración jurídica de dicha obligación. Los comentados principios de eficacia, transparencia y simplicidad que informan la actividad a la Administración Pública, así como las características que imprimen a la Administración Pública los mandatos de servicio público y promoción de la participación y la igualdad que contienen los artículos 103 y 9.2 de la Constitución, son fundamento suficiente para afirmar que existe un deber público de inteligibilidad en el uso del lenguaje administrativo en los documentos, con carácter general, y sin perjuicio de la obligación que podemos deducir de la relación jurídico-administrativa respecto a las comunicaciones a los interesados en el procedimiento administrativo.” ANTEQUERA, Jesús Conde. **Lenguaje administrativo y derecho:** el lenguaje como aspecto de la actividad administrativa, Navarra: Aranzadi, 2009. p. 223. Em tradução livre: Sem prejuízo de tudo que se disse sobre a necessidade de reconhecimento expreso do direito do cidadão a entender a mensagem que a Administração lhe dirige e da existência de uma consequente obrigação de a Administração garantir a inteligibilidade das comunicações administrativas que afetem os titulares de direitos, é preciso concluir que esse princípio de inteligibilidade que defendemos supõe a necessidade de ir mais adiante na configuração jurídica dessa obrigação. Os comentados princípios de eficácia, transparência e simplicidade que informam a atividade da Administração Pública, assim como as características que imprimem à Administração Pública os mandatos de serviço público e promoção da participação e igualdade que contém os artigos 103 e 92 da Constituição, são fundamento suficiente para afirmar que existe um dever público de inteligibilidade no uso da linguagem administrativa nos documentos, com caráter geral, e sem prejuízo da obrigação que podemos deduzir da relação jurídico-administrativa a respeito das comunicações aos interessados no procedimento administrativo.

⁷⁸⁰ Sobre a motivação, diz Santiago: “es una eficaz manera de *limitar el ejercicio del poder, mediante la imposición de un riguroso deber de motivar las decisiones conforme a reglas racionales.*” SANTIAGO, José

Com uma motivação clara e coerente, a Administração, especialmente a partir do transcorrer do tempo, reduzirá as incertezas que permeiam a solução dos casos difíceis, de forma a proteger a ideia de segurança jurídica, princípio expresso da Administração na Lei de Processo Administrativo Federal.⁷⁸¹ Com a sucessão dos anos e previsibilidade nas decisões (o que não significa imutabilidade), as inseguranças na tintura da moldura restarão minimizadas.⁷⁸²

Por ser Atena meta de dever ser para o agir administrativo, é possível que a sua presença não se revele plena diante do caso concreto, fato que certamente viabilizará o controle daquilo que foi feito pela Administração.

Melhor explicando, no caso de serem cristalizadas falhas na atuação da Administração para a solução de seus casos, inaugura-se a possibilidade de controle de seus feitos pelos sujeitos competentes para tal. A motivação externada quando da decisão tomada é elemento chave neste âmbito do controle.

Jaime Rodriguez Arana, discorrendo sobre o tema, expõe que a Administração, em casos difíceis, a exemplo daqueles pautados no interesse público, deve buscar a solução mais objetiva, a que melhor atenda às exigências da justiça. Deve escolher aquela que técnica e objetivamente possa se encaixar de algum modo no interesse geral. Deve se pronunciar sobre a mais justa e mais adequada ao interesse geral. Por isso, na motivação do exercício de discricionariedades, o juiz deverá controlar em que medida o juízo de vontade da Administração se realizou nestes termos.⁷⁸³

M.^aRodriguez de. **La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2000. p.69. Em tradução livre: é uma eficaz maneira de limitar o exercício do poder, mediante a imposição de um rigoroso dever de motivar as decisões conforme regras racionais.

⁷⁸¹ Ressaltando a conexão entre segurança jurídica, clareza nas comunicações, racionalidade, transparência nos atos do poder público ver: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público– RBDP**, Belo Horizonte, n. 11, ano 3, p.111-156, out/dez 2005. p. 10.

⁷⁸²Sobre segurança jurídica, diz Jaime Rodriguez-Arana: “El principio de seguridad jurídica, el de certeza normativa y el de previsibilidad del Derecho, son básicos en el Estado de Derecho. Implican, a los efectos de este estudio, que el ordenamiento debe proteger aquellos intereses expresados bajo forma de derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos.” RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y estado del bienestar**. Madrid: Iustel, 2012.p. 55 Em tradução livre: o princípio da segurança jurídica, o da certeza normativa e da previsibilidade do Direito são básicos no Estado de Direito. Implicam, para os efeitos desse estudo, que o ordenamento deve proteger aqueles interesses tutelados sob a forma de direitos subjetivos e interesses legítimos dos cidadãos.

⁷⁸³ Sobre o controle judicial, diz Jaime Rodriguez-Arana: “Es decir, la Administración en estos casos debe buscar la solución más objetiva, que mejor atienda las exigencias de la justicia. No debe elegir sin más una de las que

Em tempos de ativismo judicial⁷⁸⁴, o papel do Judiciário enquanto espaço de controle da Administração se ressalta. Essa esfera de exercício do poder traz em si o sujeito legitimado a controlar os fazeres da Administração, sejam vinculados ou discricionários. Possui, ainda, competência para dar a última palavra em sede desse controle, posto que hierarquizada a sua estrutura interna.

Se há um ponto final⁷⁸⁵ na hierarquia do sistema jurisdicional de controle no Brasil, se este ponto habita o STF, é possível dizer que, com um recorte de tema, tempo e espaço, a única “verdade” do caso concreto, a melhor e mais correta resposta é aquela proferida por este Tribunal, posto ser ele sujeito legitimado a dar a última palavra.⁷⁸⁶

técnica y objetivamente puedan encajar de algún modo en el interés general. Debe pronunciarse sobre la más justa y más adecuada al interés general. Por eso, en la motivación del ejercicio de poderes discrecionales, el juez deberá controlar en qué medida el juicio volitivo de la Administración se realiza en estos términos. Ello supone que la argumentación sobre la decisión adoptada debe ser la más justa y la más adecuada al interés general es fundamental.”RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y estado del bienestar**. Madrid: Iustel, 2012.p.60. Em tradução livre: é dizer, a Administração nestes casos deve buscar a solução mais objetiva, que melhor antedá às exigências da justiça. Deve eleger uma das que técnica e objetivamente possam corresponder de alguma forma ao interesse geral. Deve se pronunciar sobre a mais justa e mais adequada ao interesse geral. Por isso, na motivação do exercício de poderes discricionários, o juiz deverá controlar em que medida o juízo de vontade da Administração se realiza nestes termos. Isso supõe que a argumentação sobre a decisão adotada deve ser a mais justa e a mais adequada ao interesse geral.

⁷⁸⁴ Luís Roberto Barroso, discorrendo sobre o tema, expõe: “A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.” BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2014.p. 6.

⁷⁸⁵ Sobre a palavra final pelo Judiciário, diz Barroso: “No arranjo institucional em vigor, em caso de divergência na interpretação das normas constitucionais ou legais, a palavra final é do Judiciário. Essa primazia não significa, porém, que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal. Nem muito menos legitima a arrogância judicial.” BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso 18 ago. 2014. p. 15.

⁷⁸⁶ Importante se faz expor, neste ponto, o atual reconhecimento crescente no país quanto à existência do chamado controle de convencionalidade e, ainda, a adesão, também em processo de crescimento, de teóricos brasileiros ao tema do transconstitucionalismo. Ambas as ideias implicam, em certa medida e guardadas as devidas proporções, no reconhecimento de limites, fronteiras, e controle internacional sobre a atuação do STF cotidianamente posta em prática no plano fronteiriço interno. O controle de convencionalidade das leis, nos ensinamentos de Valério Mazzuoli, pode ser entendido como “a compatibilização da produção normativa doméstica com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor país”. O texto da EC n.º 45, responsável por trazer à Constituição de 1988 o § 3º, do art. 5º, consolida, na ótica de Mazzuoli, a ideia de viabilidade do controle de convencionalidade no Brasil. Tal dispositivo, ao permitir a atribuição de status de emenda constitucional a tratados internacionais de direitos humanos, acaba por viabilizar a inserção destes tratados, dentro da hierarquia do ordenamento jurídico, em posição superior àquela ocupada por leis nacionais infraconstitucionais. Nota-se, nos dizeres de Mazzuoli, ser o Legislativo um dos destinatários desta realidade, assim como o STF, ente responsável por controlar não só a constitucionalidade das leis, mas também a sua convencionalidade. Ainda no âmbito do controle de convencionalidade, há quem o enxergue de modo ampliado, de forma a reforçar a ideia de que as Cortes Internacionais, a exemplo da Corte Interamericana de Direitos

Não se fala aqui de uma verdade ontológica, atemporal, mas sim da solução entendida pelo próprio sistema interno como última, final, definitiva e irrecurível nacionalmente. É esta última resposta do sistema que é aqui entendida como a resposta mais correta dentro de determinado recorte.

Em um Direito que se organiza de forma hierarquizada, que internamente tem no STF a figura do guardião da Constituição, que enxerga na filtragem constitucional de seu conteúdo diretriz indeclinável, dizer que qualquer resposta dentro da moldura possui igual valor não parece ser coerente. Justamente por isso, as teorias de Kelsen e Hart quanto à liberdade de quem decide não são aqui adotadas neste aspecto específico. Também é importante ressaltar desde já não haver identidade plena entre as teorias aqui levantadas e aquilo que foi proposto por Dworkin.

As respostas encontradas pelo sistema na etapa extra jurisdicional (fase dos fazeres da Administração), ou ainda no próprio Judiciário e antes de seu cume final (esse ponto final está

Humanos, devem ter os seus posicionamentos respeitados pelo STF. A partir deste tipo de entendimento, diz-se que o Guardião da Constituição de 1988 não apenas deverá conhecer, mas também utilizar e respeitar “a interpretação realizada pelos intérpretes finais destas normas de tratados de Direitos Humanos que são os órgãos internacionais de Direitos Humanos instituídos por estes citados tratados”. É exatamente o que ensina André de Carvalho Ramos, teórico responsável pela citação direta que antecede a presente formulação escrita. Nas hipóteses de serem constatadas situações que envolvam este exato controle internacional quanto ao que foi decidido pelo STF, é possível dizer que o ente estrangeiro responsável por promovê-lo e dotado de competência normativa para se pronunciar em última instância será o sujeito legitimado a dar a palavra final e, portanto, a mais correta decisão para o caso em análise. Quanto ao transconstitucionalismo, nos dizeres de Marcelo Neves, o seu conteúdo atenta para a existência “do paradoxo das hierarquias entrelaçadas: a sentença constitucional, subordinada normativamente à Constituição, afirma, ao concretizá-la, o que é constitucional.” Para o autor, a ordem jurídica estatal envolve “hierarquias entrelaçadas” ou “voltas estranhas”. O transconstitucionalismo, além de atentar para elas, também se foca nas transformações vividas pela jurisdição constitucional em face de “condições hodiernas da sociedade mundial”. Para Neves, o “transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder-, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo.” Sistemas internacionais e nacionais de decisão se influenciam mutuamente. Feitas tais considerações sobre as ideias de controle de convencionalidade e de transconstitucionalismo, há de se esclarecer que ambas não foram tratadas com detalhes no corpo do texto da tese por ser o seu foco de estudo a Administração Pública brasileira, o plano interno e o direito nacional. De todo modo, para os que se focam no estudo das propostas internacionais aqui descritas, convém dizer, desde já, que estas não geram óbices às formulações teóricas realizadas no presente ponto da tese, quando muito, implicam na mudança do sujeito compreendido pelo sistema normativo como o responsável por proferir a última palavra dentro de certo tema e com a marca da imutabilidade. Para saber mais sobre tais conteúdos e ter acesso às citações diretas neste rodapé realizadas, ver: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 114. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 295, 296, 297. RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 241-286, jan./dez.2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67857/70465>>. Acesso em: 10 set. 2014.p. 245.

no STF), são válidas, produzem efeitos, são possíveis. Mas se podem ser corrigidas, retificadas, controladas e, no caso do controle pelo STF, se inexistir possibilidade de haver quem desfaga o que por ele foi feito internamente, é possível concluir que, em regra, não são legitimadas a receberem o status de mais corretas. O sistema reconhece no STF o sujeito aprioristicamente legitimado a encontrar a melhor solução para o caso, a melhor naquele tempo, tema e espaço, a mais correta resposta, portanto.

Ocorre, todavia, que muitas demandas judiciais, por razões das mais plurais (perda de prazo recursal, satisfação das partes com o resultado dado pelo magistrado, ausência de repercussão geral, questões pessoais que afetam as partes envolvidas, dentre outras), não chegam até o STF. Nessas hipóteses, fala-se em respostas possíveis, aptas a serem melhores, válidas, legítimas para o sistema jurídico. Ao se tornarem definitivas, sendo marcadas pela coisa julgada, ganham o status excepcional de mais corretas. Diz-se excepcional esse status por não terem sido tais decisões proferidas pelo STF, em regra o sujeito legitimado a conferi-lo a uma resposta em sede de manifestação judicial.

O tema da resposta correta é entendido no presente trabalho como questão política, na medida em que toda escolha é ato político, mas também é elemento que se conecta ao direito positivo, posto que o próprio sistema elegeu, de forma expressa em sua normativa, o ser legitimado a encontrá-la. O sistema disse quem seria o responsável por dar a última palavra em seu âmbito.

Inúmeros elementos direcionam o intérprete ao encontro da solução ótima e expõem ser justificável dentro do sistema a sua qualificação enquanto tal. É o caso da hermenêutica com seus princípios, métodos e postulados, muitos já amplamente reconhecidos em sede jurisdicional. A liberdade do magistrado ou Tribunal para encontrar essa resposta, como não poderia deixar de ser, é liberdade juridicamente condicionada. O direito positivo e as normas a partir dele construídas são o seu guia e limite.

Ressalte-se não se querer aqui versar pela estruturação de um Judiciário autoritário, cuja revisão de todos os fazeres da Administração seria um fim em si mesmo. Ao invés disso, o desejo é o de expor a posição que lhe foi dada pelo sistema enquanto titular para proferir a palavra final, não a única, diante do controle de casos concretos.⁷⁸⁷ Por óbvio, limitações ao

⁷⁸⁷ Sobre o papel dos juízes no Direito contemporâneo, especialmente os de atuação constitucional, ver: ZAGREBELSKY, Gustavo. Tradutor Miguel Carbonel. ¿Quéés ser juez constitucional? Tradução de Miguel

seu agir, inclusive no âmbito deste controle, existem, tanto a título de barreiras de cunho institucional como também de efeitos sistêmicos.⁷⁸⁸

Zagrebelsky, tratando da atuação judicial no âmbito do Direito dúctil, expõe que os juízes possuem grande responsabilidade na vida jurídica contemporânea, especialmente quando comparada a sua atual performance ao papel por eles exercido no âmbito do Estado de Direito cujo centro normativo residia na ideia de lei. Diz o autor que não são os juízes senhores do Direito no sentido dado ao legislador do século passado. São os magistrados, ao invés, os garantidores da complexidade estrutural do Direito no Estado Constitucional, os protetores da necessária e dúctil coexistência entre lei, Direito e justiça. Finaliza Zagrebelsky expondo ser incompatível com o Estado Constitucional a ideia de um “senhor do Direito”, por não ser o Direito propriedade de um, mas sim objeto do cuidado de todos.⁷⁸⁹

Neste sentido de limitação à magistratura expõe Barroso: “[...] o Judiciário quase sempre pode, mas nem sempre deve interferir. Ter uma avaliação criteriosa da própria capacidade institucional e optar por não exercer o poder, em auto-limitação espontânea, antes eleva do que diminui”.⁷⁹⁰

Assim, já em sede de conclusão de ideias, é importante reforçar que a Administração, por suas limitações estruturais e de inserção no sistema público, não é a legitimada a

Carbonel. **Dikaion**: Revista de Actualidad Jurídica, Colombia, Universidad de la Sabana, ano 20, n. 15, p. 155-171, nov. 2006. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=zagrebelsky>. Acesso em: 07 set. 2014.

⁷⁸⁸ Sobre tais limitações, diz Barroso: “Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou conhecimento específico. Formalmente, os membros do Poder Judiciário sempre conservarão a sua competência para o pronunciamento definitivo. Mas em situações como as descritas, normalmente deverão eles prestigiar as manifestações do Legislativo ou do Executivo, cedendo o passo para juízos discricionários dotados de razoabilidade. Em questões como demarcação de terras indígenas ou transposição de rios, em que tenha havido estudos técnicos e científicos adequados, a questão da capacidade institucional deve ser sopesada de maneira criteriosa. Também o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados pode recomendar, em certos casos, uma posição de cautela e deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça. Ele nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.” BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2014.p. 16.

⁷⁸⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999.p. 153.

⁷⁹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2014.p. 17.

encontrar a única resposta certa para o caso concreto com irreversibilidade, mas sim a melhor resposta possível.

Justamente por isso, entre o ser que hoje a habita e o dever ser que é a sua meta cotidiana, a Administração deverá ver na figura de Atena e em suas qualidades firmes caminhos para a busca do melhor, daquilo que é mais compatível com a juridicidade. Atena é o seu horizonte.

Os críticos do agir da Administração podem enxergar nesta proposta de uma meta Atena de ação a atribuição de um feito não factível, uma grande utopia. Neste caso, em se tratando dessa exata possível crítica, vem a calhar a exposição de uma situação narrada por Eduardo Galeano.

Certa vez, em entrevista dada à uma rede de televisão, Galeano contou ter participado de uma palestra em uma Universidade, na localidade de Cartagena de Índias. Junto a ele, um amigo cineasta também se fazia ouvir pelos estudantes, era Fernando Birri.⁷⁹¹ Expôs Galeano que, após as falas de ambos e quando do momento das perguntas finais, o mais difícil dos questionamentos foi direcionado ao seu companheiro de bancada. Um estudante perguntou a Fernando Birri para que servia a utopia. O cineasta, o respondendo, expôs que a utopia residia no horizonte, disse que sabia que não a alcançaria, que caminhando dez passos em seu sentido dela se distanciaria esses exatos dez passos, pois quanto mais procurada talvez menos encontrada. A tendência do horizonte era a de se distanciar de quem caminhava no sentido do seu aproximar. Galeano, após narrar o ocorrido, finalizou os seus dizeres sobre o caso concluindo sobre a utilidade da utopia e expôs que ela servia exatamente para isto, para manter acesa a chama da caminhada rumo ao horizonte.

Ao se estabelecer na figura de Atena meta, horizonte para o fazer da Administração, a intenção é a de ressaltar a relevância de um agir administrativo que sempre a busque enquanto caminho apto a reduzir as incertezas que residem no preenchimento das molduras

⁷⁹¹ A narrativa em questão foi feita durante entrevista dada por Eduardo Galeano à televisão, no Programa Singulares, Canal 3, da Televisión de Cataluña S.A., no dia 23/05/2011. A íntegra da entrevista pode ser acessada no sítio eletrônico <<http://www.tv3.cat/videos/3541530/Eduardo-Galeano>> e a sua transcrição completa se encontra disponível no seguinte sítio eletrônico: <<http://outraspalavras.net/outrasmidias/uncategorized/galeano-mundo-esta-dividido-entre-os-indignos-os-indignados/>>. Acesso em: 15 set. 2014. GALEANO, Eduardo. **Entrevista concedida ao Programa Singulares**, Canal 3, da Televisión de Cataluña S.A., no dia 23/05/2011. Disponível em: <<http://www.tv3.cat/videos/3541530/Eduardo-Galeano>>. Acesso em: 15 set. 2014.

interpretadas, especialmente diante de casos difíceis e quando do uso de expressões abertas, como é o caso do interesse público.

Prudência, sabedoria, honestidade, foco na sistematicidade do ordenamento e na Constituição são indispensáveis enquanto elementos viabilizadores da busca da melhor resposta pela Administração. Motivação e clareza na linguagem, por sua vez, são instrumentos de maximização da eficiência do controle daquilo que foi decidido em desvio quanto ao seu caminho meta.

Ainda que árduo o caminhar para atingir o horizonte Atena, o importante é a sua constância e persistência. Como bem diz Mário Quintana em *Das utopias*: “Se as coisas são inatingíveis... /Ora! Não é motivo para não querê-las.../Que tristes os caminhos, se não fora/A mágica presença das estrelas!”⁷⁹²

⁷⁹² QUINTANA, Mário. **Espelho mágico**. 6. ed. Porto Alegre: Globo, 2009, p 28.

Conclusões

O interesse público, tradicionalmente apresentado como fim, fundamento e limite do agir administrativo, foi analisado pelo presente trabalho em uma perspectiva preponderantemente pós-positivista, a partir de elementos da teoria do Direito Constitucional, do Direito Administrativo e de Hermenêutica Jurídica contemporâneos, incluindo a análise de precedentes, mesmo que em viés mais acessório do que central.

Com o uso do aparato teórico e metodológico apontados, foi possível constatar a caracterização do interesse público como espécie do gênero interesse jurídico. O interesse público foi compreendido como possibilidade de satisfação de necessidade a partir de um bem, porém com as suas devidas especificidades. Concluiu-se, pois, que a necessidade a ser satisfeita por tal interesse não pode ser simplesmente pessoal, sem qualquer coerência com o Direito vigente, o mesmo acontecendo com o bem apto a satisfazê-la. Tal bem deve ser dotado dessa conformidade jurídica, sem que carregue consigo a marca da ilicitude, podendo ser um bem de ordem pública ou privada, de essência individual ou coletiva.

O sujeito titular da necessidade que integra o interesse público foi apresentado como um indivíduo isolado ou um grupo de sujeitos, e o legitimado à satisfação dessa necessidade foi definido, em viés tradicional, habitual e preferencial, como o Poder Público, porém sem exclusividade, pois foi reconhecida a viabilidade de particulares atuarem na persecução do interesse público, a exemplo da possibilidade de propositura de ação popular por qualquer cidadão e de ação civil pública por associações.

Além de sua qualificação como espécie do gênero interesse jurídico, apresentou-se a edificação histórica da essência do interesse público, demonstrando-se traços de tutela do interesse da coletividade na Antiguidade egípcia, grega e romana, elementos da ideia de bem comum na Idade Média, e a feição desses interesses no Estado Absolutista, Estado de Direito e Estado Social, para se concluir que tais construções, suas inspirações e os aprendizados delas retirados auxiliaram, direta e indiretamente, a compreensão contemporânea do interesse público, ou seja, a concepção atinente ao atual Estado Pós-Social.

Ademais, também foi possível observar que a ideia de interesse público hoje existente nasceu no âmbito do Estado Liberal – haja vista a limitação do poder estatal, a ideia de legalidade, a concepção da soberania popular e os direitos fundamentais dos indivíduos – e

possui ampla capacidade de adaptação às mudanças dos tempos, derivada de sua textura aberta e plurissignificativa.

Isso feito, passou-se a analisar a expressão interesse público – e outras a ela parcialmente correspondentes – ao longo da história constitucional nacional, desde o Império à atual Constituição, revelando-se que nem sempre o termo se mostrou expressamente presente, tendo sido outras palavras utilizadas para designar interesses de ordem metaindividual no espaço constitucional, como, nos tempos imperiais, os *interesses do Império* e *interesses geraes da Nação*. É na Constituição de 1934 que o termo *interesse público* aparece pela primeira vez em sede constitucional, para daí não mais sair. Com a permanência do termo na história foi possível demonstrar a sua capacidade de adaptação aos diferentes tempos, espaços e conformações estatais, decorrente da fluidez textual que o acomete.

Em seguida, a tese se debruçou sobre o estudo da expressão interesse público no texto específico da Constituição de 1988, estudando-se também expressões que a ela se conectam (*bem comum, vontade geral, bem público, interesse social, interesse coletivo e interesse difuso*), para concluir que as diferenças estabelecidas entre os termos são mais de ordem instrumental e de finalidade do que propriamente de essência. De todo modo, a tese se posicionou pela especificidade da expressão *interesse público*, que emana do gênero interesses metaindividuais, conectada diretamente, porém não exclusivamente, ao agir da Administração Pública, consistindo em seu fim, limite e fundamento, com disciplina residente no regime jurídico administrativo.

Ato contínuo, procedeu-se ao estudo da construção doutrinária que diferencia interesse público primário e secundário, distinção que, em sede nacional, tem merecido menção frequente quanto à sua origem italiana, com foco preponderante na obra de Renato Alessi, sendo raras as referências ao trabalho de Leopoldo Piccardi como verdadeiro construtor da ideia.

Lidas as obras nacionais e estrangeiras que são referência para o assunto, porém, verificou-se que em nenhum desses trabalhos há menção a um *interesse público secundário*, mas apenas ao *interesse secundário*, o que motivou a escolha aqui esposada por esta expressão, não só por essas razões de origem, mas também por se entender carecer de coerência lógica e de amparo na juridicidade a ideia de um interesse público *secundário*,

habitualmente designada como interesse da Administração carente de conexão com os desejos sociais.

Assim, o interesse público legítimo (*primário*) foi entendido como expressão que designa o real interesse público – conectado à ideia de juridicidade e à compatibilidade pela qual anseia a sociedade – de modo a não permitir a compreensão de interesse público sem tal conexão, sob pena de carecer de legitimidade, marcada que seria pelos interesses pessoais de quem a exterioriza em nome da Administração.

Realizada essa análise, passou-se ao estudo dos aspectos densificadores do interesse público, dos elementos que mais diretamente se conectam ao seu preenchimento e construção normativa diante de casos concretos, a partir da avaliação de como o (neo)administrativismo se configura como meta e diretriz a ser gradualmente implementada pela Administração Pública brasileira em seu cotidiano, inclusive nas decisões judiciais nacionais.

A constitucionalização do Direito Administrativo permite, desse modo, amais intensa filtragem constitucional do Direito Administrativo, levando em consideração o ser humano como “protagonista do direito”, porquanto o Direito existe para orientar e disciplinar as atividades humanas. Por essa razão, a ideia de que o interesse público deve prevalecer sempre deve ser repensada, para se afirmar a relevância dos direitos fundamentais, em consonância com os quais a Administração deve agir, inclusive para proteger as minorias e seus interesses. Ademais, deve haver processualização da atividade administrativa e o incremento da participação popular no âmbito das decisões da Administração.

Por outro lado, a *juridicidade* – onde residem as fronteiras da construção do interesse público diante do caso concreto – deve ocupar o espaço tradicional e exclusivamente destinado à ideia liberal de *legalidade* para a Administração. O fato de ser a expressão *interesse público* aberta e plurissignificativa reclama bastante atenção aos limites de seu preenchimento e de sua concretização diante das situações analisadas pela Administração, pois não é termo autoexplicativo e suficiente em si, e seu uso demanda ampla e clara motivação, especialmente diante de casos difíceis. Uma vez constatado o mau uso do termo, abrir-se-á espaço ao seu controle pelos sujeitos competentes para tal.

Concluiu-se, ainda, pela inexistência de um único e singular interesse público, partindo da premissa de que a pluralidade é marca da sociedade brasileira e elemento

constitucionalmente protegido, de modo que tal termo é para onde convergem valores, interesses e direitos variados de sujeitos distintos, públicos e privados, sendo sua abertura textual a estrada viabilizadora harmonização de valores aparentemente contraditórios.

Outrossim, há uma clara zona de interseção entre o público e privado no que diz respeito à ideia de interesse jurídico, sendo o interesse privado parte integrante do conceito de interesse público, uma vez que o Estado é ente abstrato que congrega junto de si os indivíduos que a ele se referem, que com ele se relacionam, através dos quais e para os quais existe, razão pela qual não possui vontade própria e completamente dissociada dos indivíduos que o compõem. Com efeito, os direitos individuais apenas são protegidos juridicamente tais quais consubstanciados em certo tempo e espaço no Direito por terem sido considerados outrora como de interesse da coletividade a ponto de ter havido posituação nesse sentido.

As ideias de minoria e maioria, tradicionalmente apresentadas como apartadas e opostas, foram expostas como conectadas, especialmente após serem analisadas sob a ótica do Direito contemporâneo. Ao se observar que a Constituição de 1988 oferece proteção expressa e especial a grupos tidos como minoritários, seja esse viés quantitativo ou qualitativo, a tutela das minorias também se coaduna com a ideia de interesse público, não que se olvide a das majorias, mas previne-se contra a tirania da maioria em desrespeito à sistematicidade constitucional.

Estabelecidas as construções teóricas quanto ao preenchimento e construção da ideia de interesse público, a tese adentrou na análise de seus desdobramentos mais específicos: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público, que não são abarcadas por texto constitucional exposto e específico, mas são construídas a partir de interpretação que vai além da literalidade do texto normativo. A abordagem crítica permitiu divisar as seguintes conclusões: a) inadmissibilidade da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado; b) necessidade de manutenção da concepção tradicional de supremacia do público sobre o privado; c) necessidade premente de ser direcionado novo olhar em torno da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado.

Não obstante, a tese tratou de reforçar que não se deve abandonar a ideia de supremacia, mas compreendê-la com cautela conforme se trate da supremacia no plano abstrato ou no plano concreto.

No plano abstrato, como a positivação dos interesses corresponde a um juízo prévio de ponderação feito pelo legislador no sentido de ver a tutela jurídica desses elementos como inerente ao bem comum, o Direito vigente é abstratamente marcado pelo interesse público, pois o ordenamento a todos se impõe por carregar consigo a marca do dever ser, por ser vinculante. Nessa linha, concluiu-se que, se a positivação de interesses é fruto de seu reconhecimento como interesses *públicos*, o dever de respeito à legalidade implica em respeito à indisponibilidade absoluta do interesse público no viés abstrato.

Transpondo a análise de tais elementos normativos para os casos concretos, diante da possibilidade de haver colisão de interesses, especialmente entre interesses públicos e privados e entre interesses simultaneamente públicos, a tese focou em três hipóteses distintas: a) existência de juízo de ponderação prévio e expresso realizado pelo legislador; b) inexistência de juízo prévio de ponderação legislativo e colisão entre interesses públicos específicos; c) inexistência de juízo prévio de ponderação pelo legislativo e colisão entre interesses imediatamente público e diretamente privado.

Na primeira hipótese, sendo ambos os interesses em colisão tratados no mesmo documento normativo, ou seja, estando em uma mesma situação hierárquica, a regra é a da prevalência do que prévia e expressamente foi descrito no plano normativo. Na inexistência de diretriz normativa clara quanto à prevalência, sendo os interesses colidentes simultaneamente públicos e estando também em um mesmo documento normativo, deve ser usada a ideia de concordância prática ou máxima harmonização e, em sua inviabilidade, a proporcionalidade, o mesmo se dando quando da inexistência de diretriz normativa clara quanto à prevalência, sendo a colisão entre interesse público e interesse privado e estando ambos em uma mesma posição hierárquica no ordenamento.

No plano concreto, diante das colisões entre interesses expostas, pode ser dada primazia a um específico interesse privado legítimo em detrimento de um interesse público singular. Tal fato não geraria mácula para as ideias de supremacia e indisponibilidade do interesse público, porque um conflito entre interesse público específico e interesse privado específico apenas poderá resultar na primazia deste último no caso de ser essa a melhor solução orientada pela juridicidade. Tal fato ensejará a tutela de um interesse imediatamente privado em concreto, mas também mediatemente público por ser contemplado pela juridicidade.

A tese abordou, também, o tema da natureza normativa das chamadas pedras de toque do Direito Administrativo, expondo e desconstruindo a visão tradicional de que seriam princípios e concluindo por serem ambas regras jurídicas.

Partindo da exposição sobre a democratização da Administração, a pesquisa concluiu pela necessidade de conciliação das ideias de democracia representativa e participativa. A democracia representativa deveria restar existente em nível local, estadual e nacional, enquanto a democracia participativa deverá se fazer presente em hipóteses específicas, com foco especial nas decisões de impacto local, de modo a fortalecer a soberania popular constitucionalmente consagrada e a aproximar a Administração dos cidadãos, conferindo-lhe maior legitimidade democrática.

Destacou-se, ainda, a importância de normativas viabilizadoras das práticas democráticas, abrindo maiores possibilidades de instauração de espaços para participação dos sujeitos, não apenas a critério da Administração, mas também a partir de requerimento de número previamente determinado de cidadãos e de autoridades públicas. A processualização da atividade administrativa e a motivação das decisões pela Administração foram apresentadas como peças chave nesse âmbito de participação popular e tomada de decisão em casos difíceis.

Por fim, caminhando rumo às suas últimas construções teóricas, a tese discorreu sobre a necessidade de a Administração Pública mirar-se em uma *meta Atena* de atuação. A deusa Atena foi utilizada como metáfora para o dever ser administrativo diante das qualidades a ela atribuídas: justiça, prudência e sabedoria. Nesse sentido, o estudo expôs o dever de a Administração, a partir de uma *atuação Atena*, buscar a melhor resposta para os casos concretos que analisa, não a última, única e verdadeira, mas sim a melhor.

Diante da inafastabilidade da jurisdição, a tese considerou prematuro falar em única resposta correta no agir da Administração. Diferenciou o agir administrativo no âmbito de casos fáceis e difíceis. E, especialmente em se tratando desses últimos, focando-se na necessidade de serem reduzidas as incertezas que permeiam as decisões administrativas, a tese ressaltou o papel da clareza no uso da linguagem e motivação. Isso porque, por ser a *meta Atena* dever ser para o agir administrativo, seria possível a estruturação de equívocos no plano das decisões administrativas, fato que ensejaria a possibilidade de controle de tais atos,

destacando-se o papel do Judiciário neste contexto, principalmente por ser o legitimado a dar a última palavra.

A tese finaliza as suas construções teóricas rebatendo possíveis críticas quanto à utopia existente na ideia de uma Administração Atena. Reforça a ideia de ser Atena diretriz e horizonte para o agir administrativo, mencionando a necessidade de, ainda que distante esse ponto de chegada, ser mantido em constância e persistência o seu caminhar: da deusa Atena extrair sua prudência, sabedoria e honestidade como metas cotidianas a serem perseguidas no agir administrativo quando da tomada de decisões. Com isso, com foco na sistematicidade do ordenamento e na Constituição, a Administração poderá encontrar o melhor para seus administrados.

Como um dos papéis da ciência é abrir caminho para a chegada do novo, que o estudo aqui construído inspire outros que o aperfeiçoem, critiquem e complementem, numa espécie de alusão ao romance em cadeia proposto por Dworkin.

Diante das teorizações arguidas, com o estudo da origem, forma, conteúdo, procedimentos decisórios, e desdobramentos do interesse público, a tese contribuiu para o início, ainda que rudimentar e primário, da reunião de elementares aptas a auxiliarem uma futura teoria sólida do interesse público no Direito Administrativo brasileiro; a intenção, efetivamente, foi a de oferecer um primeiro passo capaz de colaborar com a sua densificação gradual na história.

Referências

ABOUD, Georges. STF vs. Vontade da maioria: as razões pelas quais a existência do STF somente se justifica se ele for contramajoritário. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 101, v. 921, p. 191-211, jul. 2012.

ALCALÁ, Alberto del Real. Un sistema jurídico más sofisticado en el neoconstitucionalismo. **Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho**. Espanha, n. 23, p. 160-180, 2011. Disponível em:
<http://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=un+sistema+juridico+m%C3%A1s+sofisticado>. Acesso em: 07 out. 2014.

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Tomo I. 3. ed. Barcelona: Rosch Casa Editorial, 1970.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Tradutor Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradutor Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. A distinção entre “Público” e “Privado” aplicada aos contratos celebrados pela administração. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

ALVES, Elizete Lanzoni. A administração pública e a revitalização social sob a ótica do pluralismo jurídico. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA,

Ivone M. (Org.). **Pluralismo Jurídico**: os novos caminhos da contemporaneidade. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALVES, José Eustáquio Diniz. **Inserção social e exclusão política das mulheres brasileiras**. Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/insercao_social_e_exclusao_politica_das_mulheres_jul09.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2014.

AMADO, Juan Antonio Garcia. **Sobre el neoconstitucionalismo y sus precursores**. Disponível em: <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/bibliotecaSedesDependencias/unidadesAcademicas/FacultadDerechoCienciasPolitic/BibliotecaDiseno/Archivos/02_Documentos/GarciaAmado-Neoconstitucionalismo.pdf>. Acesso em: 09 out. 2014.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Volume II. Coimbra: Almedina, 2007.

ANTEQUERA, Jesús Conde. **Lenguaje administrativo y derecho**: el lenguaje como aspecto de la actividad administrativa. Navarra: Aranzadi, 2009.

ARAÚJO, Edmir Netto. O direito administrativo e sua história. **Revista da Faculdade de Direito**. São Paulo, v. 95, p. 147–166, 2000. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67460>>. Acesso em: 22 maio 2014.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradutores: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1979. Volume II.

ATIENZA, Manuel. Constitucionalidad y decisión judicial. **Isonomia**: revista de Teoria y Filosofía del Derecho, n. 6, abril 1997, p. 7-30. Disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=15818>>. Acesso em: 09 out. 2014.

ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar., 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

_____. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov., 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 20 jan. 2014.

_____. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador: CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 7, out., 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 maio 2014.

_____. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AZEVEDO, José Afonso de Mendonça. **Elaborando a Constituição nacional**: atas da subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933. Brasília: Senado Federal, 2004.

BACHOF, Otto; STOBER, Rolf; WOLFF, Hans J. **Direito administrativo**: Volume I. 11. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

BALEEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras**. Volume II. 1891. Brasília: Senado Federal, Ministério da Ciência e da Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

_____; BRITTO, Luiz Navarro de; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Constituições brasileiras**. Volume VI. 1967. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos – CEE/MCT, Escola de Administração Fazendária – ESAF/MF, 2003/2004.

_____; LIMA SOBRINHO, Barbosa. **Constituições brasileiras**. Volume V. 1946. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos – CEE/MCT, Escola de Administração Fazendária – ESAF/MF, 2003/2004.

BARCELOS, Renato de Abreu. A profanação do interesse público no Estado Democrático de Direito: por um modelo procedimental de solução de colisões entre interesses públicos e privados. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte: Fórum, ano 12, n. 136, p. 61–74, jun., 2012.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano Azevedo (Coord.). **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **A dignidade humana do direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2014.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista Eletrônica de Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.9, mar./abr./maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

_____. Prefácio. In: **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo a supremacia do interesse público**. SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BAYÓN, Juan Carlos. **Derechos, democracia y constitución**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/derechos-democracia-y-constitucion/>>. Acesso em: 06 set. 2014.

_____. **Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/derrotabilidad-indeterminacin-del-derecho-y-positivismo-jurdico-0/>>. Acesso em: 06 set. 2014.

BERBERIS, Mauro. **Libertad y liberalismo**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/libertad-y-liberalismo-0/>>. Acesso em: 05 out. 2014.

BINEBONJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 13, mar./abr./maio, 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 24 jan. 2013.

_____. Da supremacia do interesse ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. **Revista de Direito Processual Geral**, Rio de Janeiro, n. 59, p. 28-63, 2005. Disponível em: <http://download.rj.gov.br/documentos/10112/766503/DLFE-46414.pdf/Revista_59_Doutrina_pg_49_a_82.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BÔAVIAGEM, Aurélio Agostinho da. O Direito Alternativo fundamenta-se no Direito Vivo/Livre ou no Direito Natural? Será ele Direito? **Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco**, Recife, v. 1, n. 1, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BODIN, Jean. **Os seis livros da república**. Tradutor José Carlos Orsi Morel. São Paulo: Ícone, 2011. Livro primeiro.

BOLONHA, Carlos de. LAZARI, Igor de. **O mito contramajoritário**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 26, maio/jun./jul., 2011. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2014.

BOTELHO, José Manuel da S. Santos; ESTEVES, Américo J. Pires; PINHO, José Cândido de. **Código do procedimento administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

BRASIL. **Ato Institucional n.º 5**, de 13 de dezembro de 1969. Mantém a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições Estaduais; permite ao Presidente da República decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-05-68.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 13 maio 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 maio 2014.

BRASIL. **Decreto Lei n.º 2.848**, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 14 set. 2014.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Dados sobre a população indígena brasileira**. Censo de 2010. Disponível em: <<http://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

BRASIL. **Lei 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 15 set. 2014.

BRASIL. **Lei Federal n.º 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (**VETADO**) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 10 ago. 2014.

BRASIL. **Lei n.º 8078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 01 jul. 2014.

BRASIL. **Lei Federal n.º 9.478**, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9478.htm>. Acesso em: 25 dez. 2008.

BRASIL. **Lei Federal n.º 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial. **Programa Brasil quilombola**. Diagnóstico de ações realizadas. 2012. Disponível em: <<http://www.seppir.gov.br/destaques/diagnostico-pbq-agosto>>. Acesso em: 05 mar. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADC N.º 29. Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. 16 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI N.º 1950. São Paulo. Relator: Ministro Eros Grau. 03 de novembro de 2005. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 set 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI N.º 2076. Acre. Relator: Ministro Carlos Velloso. 15.08.2002. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 01 jul. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI N.º 3026. Distrito Federal. Relator: Ministro Eros Grau. 29 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3026&processo=3026>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADI N.º 4650. Distrito Federal. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento pendente. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4136819>>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO N.º 801.676. Pernambuco. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. 19 de

agosto de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6639025>>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. RE N.º 597285. Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 09 de maio de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5455998>>. Acesso em: 10 set. 2014. p. 12.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante n.º 4. “Salvo nos casos previstos na Constituição, o salário mínimo não pode ser usado como indexador de base de cálculo de vantagem de servidor público ou de empregado, nem ser substituído por decisão judicial.” Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 mar. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante n.º 5. “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.” Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 mar. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante n.º 13. “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.” Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 mar. 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Súmula Vinculante n.º 15. “O cálculo de gratificações e outras vantagens do servidor público não incide sobre o abono utilizado para se atingir o salário mínimo.” Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 mar. 2014.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**. APELAÇÃO CÍVEL N.º 538085. Ceará. Relatora Desembargadora Margarida Cantarelli. 06 de agosto de 2013. Disponível em: <<file:///C:/Users/Mariana/Downloads/AC538085-CE.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASÍLIA. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Potencial de efetividade das audiências públicas do governo federal, 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/relatorio_potencial_efetividade.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.

BRASÍLIA. **Seção Judiciária do Distrito Federal**. 6ª Vara Federal. Processo n.º 695 -91. 2012.4.01.3400. 8 de fevereiro de 2012. Juiz Federal Ivani Silva da Luz. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/jose-joaquim-santos-sentenca.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2014.

CALERA, NicolasLopez. El interés público:entre la ideología y el derecho.**Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, n. 44, p. 123-148, 2010.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNELUTTI, Francisco. **Sistema de derecho procesal civil**: Volume I: Introducción y Función del Proceso Civil. Argentina: UnionTipografica Editorial Hispano Americana, 1944.

CARRIÓ, Genario R. **Sobre lós límites del lenguaje normativo**. Buenos Aires: Astrea, 2001.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo em movimento**.6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. Supremacia do interesse público e Estado de Direito. **Revista do Ministério público**. Rio de Janeiro: MPRJ, n. 41, jul./set, 2011.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Estudios de derecho público**. Buenos Aires: Depalma, 1995.

CAVALCANTI, Amaro. **Regime federativo e República brasileira**. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

CAVALCANTI, Francisco. História das ideias jurídicas da Administração Pública brasileira. In: BRANDÃO, Cláudio. FREITAS, Ricardo. SALDANHA, Nelson (Org.).**História do Direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

COMANDUCCI, Paollo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. **Isonomía**: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, n. 16, p. 90-112, abr. 2002. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/formas-de-neoconstitucionalismo--un-analisis-metaterico-0/>>. Acesso em: 05 set. 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **A Constituição Mexicana de 1917**. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

COSSIO, Carlos. **Teoria de la verdad jurídica**. Buenos Aires: El Foro, 2007.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Justitia**, São Paulo, 51 (145), jan/mar, 1989.

CRETELLA JUNIOR, José. **Dicionário de direito administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. **Filosofia do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **A constituição na vida dos povos**. Da idade média ao século XXI. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Ivo. A pós-modernidade como novo paradigma e a teoria constitucional do processo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2234, 13 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13310>>. Acesso em: 20 jan. 2014.

_____. **Direito constitucional econômico**. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. **O valor da constituição**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

D'ARGENIO, Inés. **La administración pública: crisis del sistema autoritario**. La Plata: Platense, 2012.

DEBBASCH, Charles. **Droit administratif**. 5. ed. Paris: Édition Cujas, 1968.

DEVOLVÉ, Pierre. VEDEL, Georges. **Droit administratif**. I. Paris: Presses Universitaires de France, 1958.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas. 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. D-I. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: do direito privado na administração pública. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito privado administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. 500 Anos de direito administrativo brasileiro. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 set. 2014.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do direito**. Campinas: Servanda, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradutor Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **O império do direito**. Tradutor Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. Tradutor Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

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

ESPAÑA, **Constituição Espanhola, de 27 de dezembro de 1978**. 18. ed. Madrid: Tecnos, 2012.

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Eduardo Jardim e Roberto machado. 4. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. **A extrafiscalidade e a concretização do princípio da redução das desigualdades regionais**. São Paulo: QuartierLatin, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O poder normativo das agências reguladoras à luz do princípio da eficiência. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **O poder normativo das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERREIRA, António Gomes. **Dicionário de latim-português**. Portugal: Porto, 1998.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

FERREIRA, Gustavo Assed. A legitimidade do Estado e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

FIGUEIREDO, Marcelo. Breve síntese da polemica em torno do conceito de interesse público e sua supremacia:tese consistente ou devaneios doutrinários? In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

FIORINI, Bartolome A. **Manual de derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 1968. Primera parte.

FORSTHOFF, Ernest. **Tratado de derecho administrativo**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FRANCE, Conseil d'État. **Réflexions sur l'intérêt general**. Disponível em: <<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Rapports-Etudes/Reflexions-sur-l-interet-general-Rapport-public-1999>>. Acesso em: 10 set. 2014.

FRANÇA. **Preâmbulo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789**. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 01 jul. 2014.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. Supremacia do interesse público *versus* supremacia dos direitos individuais. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Considerações sobre o princípio da juridicidade no Direito Administrativo. **Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório**, São Paulo:MP, n. 6, p. 229-238, 2012.

GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

GALEANO, Eduardo. **Entrevista concedida ao Programa Singulares**, Canal 3, da Televisión de Cataluña S.A., no dia 23/05/2011. Disponível em: <<http://www.tv3.cat/videos/3541530/Eduardo-Galeano>>. Acesso em: 15 set. 2014.

GALINDO, Bruno. **Direitos fundamentais**. Análise de sua Concretização Constitucional. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Teoria intercultural da constituição**: a transformação paradigmática da Teoria da Constituição diante da integração interestatal na União Europeia e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. El valor normativo de la constitución española. **Revista de Derecho Político**, n. 44, p. 33-44, 1998. Disponível em: <<http://e-spacio.uned.es:8080/fedora/get/bibliuned:Derechopolitico-1998-44-E551DE68/PDF>>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. **La lengua de los derechos**. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa. 3. ed. Navarra: Aranzadi AS, 2009.

_____. **Revolución francesa y administración contemporánea**. Madrid: Thomson. Civitas, 1998.

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

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 10. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2009. Tomo 1. Parte general.

_____. **Tratado de derecho administrativo: el acto administrativo**. Buenos Aires: fundación de Derecho Administrativo, 2007. Tomo 3.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2008.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho. **A corte constitucional da Itália e o direito administrativo**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67064/69674>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

GUASTINI, Riccardo. **Distinguiendo: estudios de teoria y metateoría del derecho**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2011.

_____. Problemas de interpretación. Tradutor Miguel Carbonell. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, n. 7, p. 121-131, out. 1997. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/problemas-de-interpretacin-0/>>. Acesso em: 07 out. 2014.

_____. Una teoría cognoscitiva de la interpretación. Tradutor Miguel Carbonell. **Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho**, México, n. 29, 2008, p. 15-32. Disponível em: <<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12260733116005989643624/033825.pdf?incr=1>>. Acesso em: 01 set. 2014.

HÄBERLE, Peter. **Öffentlichesinteressealsjuristischesproblem**. Berlin: BWV, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **La ética del discurso y la cuestión de la verdad**. Buenos Aires: Paidós, 2006.

HACHEM, DanielWunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, Ano 11, n. 44, p. 1-244, abr./jun., 2011.

_____. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HART, Herbert. L. A. **El concepto de derecho**. Tradutor Genero R. Carrió. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1961.

_____. **O conceito de direito**. Tradutor A. Ribeiro Mendes. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public**. Dixieme edition. Paris: Librairie de la Societe du Recueil Sirey, 1921.

HEGEL, G. W. F. **Princípios de filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1997.

HESÍODO. **Teogonia**: a origem dos deuses. Tradutor JaaTorano. 4. ed. São Paulo: Iluminuras, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradutor Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria**: forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Segunda Parte. O Estado. Capítulo XVII. Das causas, geração e definição de um Estado. (Os Pensadores).

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

IHERING, Rudolf Von. **L’Espirit du droit romain dans les diverses phases de son développement**. Paris: Librairie Marescq Ainé, 1888. Tome Quatrième. Liv. II – IIº Part. – Titre I. – Théorie Générale.

ITÁLIA. **Constituição da República Italiana**, de 27 de dezembro de 1947. Milano: Bignami, 2010.

JOUANJAN, Olivier. **Modelos e representações da justiça constitucional na França**: Uma análise crítica. Transcrição da comunicação oral apresentada no Quarto encontro franco-alemão de Direito Público. Tradução de José Emílio MedauarOmmati.Friburgo, 17,18 out. 2008. Disponível em: <periódicos.pucminas.br>. Acesso em: 14 set. 2014.

JUST, Gustavo. A “crise” do princípio da legalidade do ponto de vista da teoria da interpretação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Interpréter les théories de l’interprétation**. Paris: L’Harmattan, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Malheiros, 2002.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Seleção de textos de Marilena de Souza Chauí. Tradução de Tânia Maria Bernkopft, Paulo Quintela, Rubens Rodrigues Torres Filho. São Paulo: Abril Cultural, 1980. Volume II. (Os Pensadores).

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KRELL, Andreas Joachim. **Discrecionariiedade administrativa e conceitos legais indeterminados**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LAPORTA, Francisco J. Materiales para una reflexión sobre racionalidade y crisis de la ley. **Doxa**: Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 22 (1999), p.321-330, 1999. Disponível em: <www.cervantesvirtual.com>. Acesso em: 06 set. 2014.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição?** Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

LATOURETTE, Bruno. **La fabrique du droit**: une ethnographie du Conseil d’État. 3. ed. Paris: La Découverte, 2013.

LAUBADÉRE, André de. **Traité élémentaire de droit administratif**. Troisième édition. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1963.

LEGRAND, Cyriaque ; RANGEÓN, François. VASSEUR, Jean-François. **Contribution a l'analyse de l'idéologie de l'interet general**. Disponível em: <http://www.u-picardie.fr/labo/curapp/revues/root/11/legrand_al.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2014.

LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. **Administração pública dialógica**. Curitiba: Juruá, 2013.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução de AnoarAiex e. Jacy Monteiro. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.(Os Pensadores).

LOPES, Cleber da Silva Carneiro. **O controle da segurança privada no Brasil: um estudo das condições que geram controle de acordo com o interesse público**. 2012, Tese (Doutorado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, USP, São Paulo, 2012. Disponível em:<www.teses.usp.br>. Acesso em: 10 out. 2014.

MACHADO, Santiga Muñoz. Hacia un nuevo derecho administrativo. In: ESTEVE, Avelino Blasco (Coord.). **El derecho público de la crisis económica: transparencia y sector público**. Hacia un nuevo derecho administrativo. Espanha: Instituto Nacional de Administración Pública, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARCONDES, Roberto Rangel. **A importância da participação popular na definição do interesse público a ser tutelado pelo Ministério Público do Trabalho**. 2010, Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 2010. Disponível em: <www.teses.usp.br>. Acesso em: 10 de out. 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Interesses públicos e privados na atividade estatal de regulação. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público**. São Paulo: Atlas, 2012.

MAURER, DR. Harmut. **Derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2011. Parte general.

MARX, Karl. **Sobre a questão judaica**. Tradutor Nélcio Schneider. São Paulo: Boitempo, 2011.

MAZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **O direito das minorias**. Disponível em: <<http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/dirminorias.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 181, p. 113-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 10 set. 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: RT, 1964.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. **Revista de direito público**, n. 2, São Paulo: RT, p. 44-61, out/dez, 1967.

_____. Procedimento administrativo. In: _____ (Coord.). **Direito administrativo na Constituição de 1988**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDONÇA, João Josué Walmor. **Fundamentos da supremacia do interesse público**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

MESQUITA, Rogério Garcia. A processualidade do direito administrativo contemporâneo. **Revista da procuradoria geral do Estado do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre, v. 33, n. 69, p. 203-230, jan./jun., 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda., 1967. Tomo I.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Do Espírito das Leis**. Introdução e notas de Gonzague Truc. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da legalidade, a lei e o direito. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Déficit democrático do estado brasileiro. **Interesse Público**, Rio de Janeiro, Ano XIV, n. 74, Fórum, p. 15-29, 2012.

_____. **Poder, direito e estado**. O direito administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade. Finalidade. Eficiência. Resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MORENO, Fernando Sainz. **Conceptos jurídicos indeterminados, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Editorial Civitas, 1976.

MORETTI, Natalia Pasquini. Uma concepção contemporânea do princípio da indisponibilidade do interesse público. In: MARRARA, Thiago (Org.). **Princípios de direito administrativo**: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público. São Paulo: Atlas, 2012.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: princípios e regras constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NÓBREGA, Marcos Antônio Rios da. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: QuartierLatin, 2011.

_____. **Os tribunais de contas e o controle dos programas sociais**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública, legalidade e pós-positivismo. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco (Coord.). **Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. O poente do constitucionalismo brasileiro: a Constituição de 1937. In: BRANDÃO, Cláudio; FREITAS, Ricardo; SALDANHA, Nelson (Org.). **História do direito e do pensamento jurídico em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências. **Revista da AJUFE**, Distrito Federal, Ano 23, n. 83, 1º trim., p. 77-103, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia. Conceitos jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 7, p. 167-193, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/TEMP/aa39f363-9dec-4f10-99ea-02562f17004f.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2010.

_____. Reflexões críticas acerca da tentativa de desconstrução do sentido da supremacia do interesse público no direito administrativo. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Administração Pública democrática e a efetivação dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/gustavo_justino_de_oliveira.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2013.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura? **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009.

PAIVA, Cecília de. **A comunicação da informação de interesse público no Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul**. 2011. Tese (Doutorado) - Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação do Programa de Pós-Graduação em Comunicação

Midiática da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Bauru, 2011. Disponível em: <www.faac.unesp.br>. Acesso em: 10 out. 2014.

PEDRON, Flávio Quinaud. Esclarecimentos sobre a tese da única “resposta correta” de Dworkin. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIII, n. 45, p. 102-109, abr./jun. 2009.

PERLINGEIRO, Ricardo. Princípio da isonomia e a administração pública em juízo. A realidade brasileira. Aspectos jurídicos. **Revista de informação legislativa**, v. 43, n. 169, p. 7-12, jan./mar., 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92454>>. Acesso em: 10 set. 2014.

_____. Os princípios do procedimento administrativo no Brasil e os desafios da igualdade e da segurança jurídica. **Interesse Público**, Belo Horizonte, n. 68, Ano 13, p. 93-126, jul./ago. 2011.

PICCARDI, Leopoldo. La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa. In: **Il Consiglio di Stato: studio in occasione del centenario**. Roma: Istituto Poligrafico dello Stato, 1932. Volume secondo.

POLETTI, Ronaldo. **Constituições Brasileiras**. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos – CEE/MCT, Escola de Administração Fazendária – ESAF/MF, 2003/2004. Volume III: 1934.

PORTO, Walter Costa. **Constituições Brasileiras**. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos – CEE/MCT, Escola de Administração Fazendária – ESAF/MF. Volume IV: 1937.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa: Quid Juris, 2002.

POZZOLO, Susana. Un constitucionalismo ambíguo. Tradutor Miguel Carbonel. **Revista da Facultad de Derecho da Universidad Nacional Autónoma de México**, México, 2002. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/238/art/art6.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2014.

QUINTANA, Mário. **Espelho mágico**. 6. ed. Porto Alegre: Globo, 2009.

RAMOS, Alcida Rita. O pluralismo brasileiro na berlinda. **Etnográfica**, Portugal, v. VIII (2), p.165-183, 2004.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 241-286, jan./dez.2009. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67857/70465>>. Acesso em: 10 set. 2014.

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

REGLA, Josep Aguiló. Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**, n. 30, p. 665-675, 2007. Disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02427232092031053754491/index.htm>>. Acesso em: 10 set. 2014.

RESA, Josefa Dolores Ruiz. El Concepto de Interés en Ihering. **Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada**, Granada, n. 3, p. 435-453, 2000.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Org.). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil**. 13ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça. Ag. N.º 1323. Relator: Desembargador Túlio Bezerra. 1952. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 158, ano 53, p. 313-314, mar.-abr. 1955.

RIVERO, Jean. **Droit administratif**. 2. ed. Paris: Dalloz, 1962.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y estado del bienestar**. Madrid: Iustel, 2012.

RORTY, Pascal Engel Richard. **¿Para qué sirve la verdad?** Buenos Aires: Paidós, 2007.

ROSSI, Giampaolo. Método jurídico y derecho administrativo: la investigación de conceptos jurídico elementales. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social ou princípios do direito político**. Tradução de Lourdes Santos Machado. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. Livro segundo. (Os Pensadores).

RÚSSIA. **Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado**, de 4 de janeiro de 1918. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-dos-direitos-do-povo-trabalhador-e-explorado-1918.html>>. Acesso em: 23 jan. 2014.

SCHWANKA, Cristiane. A processualidade administrativa como instrumento de densificação da Administração Pública democrática: a conformação da administração pública consensual. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 80, n. 3, jul./ago./set., 2011.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: _____ (Coord). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMÉ, Joana Faria. O processo na história: entre interesse público e interesse privado. **Direito público**: Revista Jurídica da Advocacia-geral do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 1/2, p. 101-112, jan./dez., 2010.

SANCHÍS, Luis Pietro. **Mínorias, respeto a la disidencia e igualdad sustancial**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/minoras-respeto-a-la-disidencia-e-igualdad-sustancial-0/>>. Acesso em: 07 out. 2014.

_____. **Tribunal constitucional y positivismo jurídico**. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/tribunal-constitucional-y-positivismo-juridico-0/>>. Acesso em: 07 out. 2014.

SANTIAGO, José M.^a Rodríguez de. **La ponderación de bienes e intereses en el derecho administrativo**. Madrid: Marcial Pons, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado e o direito na transição pós-moderna: para um novo senso comum sobre o poder e o direito. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 30, p. 13-43, jun. 1990.

_____. Para uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 48, p. 11-32, jun. 1997. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em: 01 jul. 2014.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Direito fundamental à comunicação e princípio democrático**. XV Congresso Nacional do CONPEDI, 2006, Manaus. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/Anais/Gustavo%20Ferreira%20Santos.pdf>>. Acesso em: 06 set. 2014.

_____. **Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011.

SANTOS, Ricardo Goretti; MIGUEL, Paula Castello. **Irradiação de direitos fundamentais nas relações jurídicas de direito privado**: aproximação de polos dicotômicos. XVIII Congresso de Pós Graduação dos Estudantes de Direito, 2009, Maringá, p. 7259–7277. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/anais.php>>. Acesso em: 10 set. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição do retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Público– RBDP**, Belo Horizonte, n. 11, ano 3, p.111 – 156, out/dez 2005.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível em: <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/Daniel_Sarmiento_-_O_Neoconstitucionalismo_no_Brasil-libre.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.

SCHIMIDT – ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**: objeto y fundamentos de la construcción sistemática. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública; Marcial Pons, 2003.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **Que é o terceiro Estado?** 2. ed. Rio de Janeiro: Líber juris, 1988.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SMITH, Adam. **Investigação sobre a natureza e as causas da riqueza das nações**. Tradução de Conceição Jardim Maria do Carmo Cary, Eduardo Lúcio Nogueira, RofKuntz. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).

SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. **Direito como liberdade: o direito achado na rua**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2011.

STRECK, Lênio. **Constituição ou barbárie? A lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <www.leniostreck.com.br>. Acesso em: 14 maio 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TÁCITO, Caio. **Constituições Brasileiras**. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégico – CEE/MCT, Escola de Administração Fazendária – ESAF/MF, 2005/2006. Volume II. 1988.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: 2001.

VALE, André Rufino do. **50 anos do caso Lüth**. Instituto Brasiliense de Direito Público. Escola de Direito Público do IDP. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cienciajuridica/article/viewFile/724/505>>. Acesso em: 21 maio 2014.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo**. 4. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

VIRGÍNIA. **Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia de 1776**. Disponível em: <www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 01 jul. 2014.

WAHL, Rainer. **Los últimos cincuenta años de derecho administrativo alemán**. Tradução de José Carlos Mardomingo. Madrid: Marcial Pons, 2013.

WALINE, M. **Droit administratif**. 9. ed. Paris: Éditions Sirey, 1963.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. Tradução de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999.

_____. ¿Qué és ser juez constitucional? Tradução de Miguel Carbonel. **Dikaion**: Revista de Actualidad Jurídica, Colombia, Universidad de la Sabana, ano 20, n. 15, p. 155-171, nov. 2006. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/buscar/documentos?query=Dismax.DOCUMENTAL_TODO=zagrebelsky>. Acesso em: 07 set. 2014.