

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

CARLOS ERNESTO MARANHÃO BUSATTO

**REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DO PAPEL E SIGNIFICADO DO INTERESSE
PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

Porto Alegre

2011

CARLOS ERNESTO MARANHÃO BUSATTO

**REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DO PAPEL E SIGNIFICADO DO INTERESSE
PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Almiro do Couto e Silva

Porto Alegre

2011

Dados Internacionais de Catalogação

B796r Busatto, Carlos Ernesto Maranhão

Reflexões críticas a cerca do papel e significado do interesse público no Direito Administrativo brasileiro / Carlos Ernesto Maranhão Busatto - 2011.

127 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federa do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2011.

Orientação: Prof. Dr. Almiro do Couto e Silva.

1. Interesse público. 2. Supremacia. 3. Legalidade administrativa. 4. Discricionariedade. 5. Desvio de Finalidade. 6. Impessoalidade. I. Couto e Silva, Almiro. II. Título.

CDU : 342.9

Bibliotecária: Magda Massim Chipaux
CRB-10/1205

CARLOS ERNESTO MARANHÃO BUSATTO

**REFLEXÕES CRÍTICAS ACERCA DO PAPEL E SIGNIFICADO DO INTERESSE
PÚBLICO NO DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em 26 de setembro de 2011.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Almiro do Couto e Silva
Orientador

Professora Doutora Regina Linden Ruaro

Professor Doutor Humberto Bergmann Ávila

Professor Doutor Rafael Da Cás Maffini

AGRADECIMENTOS

Agradeço, de início, ao meu orientador, professor Almiro do Couto e Silva, pelo exemplo de cordialidade no tratamento dos alunos e inestimável sabedoria jurídica evidenciada ao longo do curso, bem como pelo inestimável auxílio na compreensão do verdadeiro papel do Direito Administrativo;

Ao professor Itiberê, meu “coorientador” extraoficial, pelo enorme e valioso auxílio na organização das ideias e das informações que possibilitaram a redação da presente dissertação;

À professora Eunice Nequete, orientadora do meu trabalho de conclusão na graduação, que me inspirou na escolha do tema e contribuiu, ao participar da banca de qualificação, para a correção dos rumos da pesquisa;

À Luisa, meu amor, principal incentivadora dessa “empreitada” iniciada há 3 anos, que compreendeu meus momentos de “estresse” e que é corresponsável pelo resultado verificado nas páginas que seguem;

À minha família, que jamais colocou qualquer obstáculo à realização do mestrado, auxiliando para que fosse possível a dedicação necessária à conclusão dessa etapa da minha vida;

Ao Matheus, por ter compartilhado as mesmas preocupações ao longo do mestrado, me convencendo que eu não estava sozinho nessa “barca”;

Às minhas chefas no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, Dra. Vanda e Dra. Maria da Graça, por autorizarem eventuais ausências ao trabalho para que me dedicasse aos estudos;

Aos meus colegas de trabalho, em especial a Clarice, o Pedro e o Guy, por avalizarem, em razão da constante preocupação com o mestrado, eventuais deficiências na confecção dos infundáveis “votos”;

Aos meus amigos, por terem compartilhado comigo alguns momentos de lazer, capazes de evitar que a insanidade tomasse conta de mim.

“I am not an advocate for frequent changes in laws and constitutions. But laws and institutions must go hand in hand with the progress of the human mind. As that becomes more developed, more enlightened, as new discoveries are made, new truths discovered and manners and opinions change, with the change of circumstances, institutions must advance also to keep pace with the times (...).”

Thomas Jefferson

RESUMO

A investigação proposta no trabalho foi estimulada pela reduzida preocupação doutrinária e jurisprudencial em compreender o efetivo papel e o atual significado do “interesse público” no âmbito do Direito Administrativo Brasileiro, dúplice escopo do presente estudo. Estabelece-se, em um primeiro momento, breve análise dos fundamentos político-normativos que legitimam a atuação dos agentes públicos, reforçando a relevância das normas jurídicas produzidas por autoridades democraticamente investidas na construção das finalidades estatais que acabam por configurar o interesse público em perspectiva constitucional ou política. Como decorrência, aborda-se a necessária vinculação da atuação administrativa à lei e ao Direito no âmbito do Estado Democrático, condição imposta pelo princípio da legalidade para que a Administração Pública tenha sua atuação delimitada juridicamente, o que indica que no processo de concreção do interesse público (passando para uma perspectiva administrativa ou jurídica do conceito) a função da autoridade pública é integrativa, condicionada à concessão de certa margem de liberdade pelas normas jurídicas, por meio do emprego de conceitos indeterminados ou mediante assecuramento de discricionariedade. O trabalho ocupa-se, ainda, em ressaltar que o Direito Administrativo teve sua origem na busca pela regulação do conflito dialético entre as prerrogativas assecuratórias do exercício da autoridade estatal e as garantias de liberdade e direitos individuais dos cidadãos, o que acaba levando à abordagem do aventado caráter “supremo” do interesse público e sua contraposição aos interesses privados. Dessa forma, é feita a interpretação do polêmico “princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado” em conformidade com a Constituição Federal de 1988, de modo a evidenciar que a função dessa norma-princípio acabou sendo incorporada na ordem constitucional atual por meio dos princípios apresentados no *caput* do art. 37, especialmente da legalidade e da impessoalidade, os quais atuam como parâmetros para o controle jurisdicional do interesse público, já que condicionam a atividade administrativa ao respeito dos limites formais impostos pela regra de competência (*legalidade* na forma da reserva legal) e à observância da espécie e grau de interesse público incorporado na previsão legal, evitando-se um possível desvio de finalidade (*impessoalidade*) no agir dos agentes da Administração Pública, imbricação que, inclusive, vem reconhecida no direito positivo pátrio, conforme se constata na redação dos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.784/99.

Palavras-chave: Interesse público. Supremacia. Legalidade administrativa. Discricionariedade. Desvio de Finalidade. Impessoalidade.

ABSTRACT

The research was stimulated by the reduced concern of doctrine and jurisprudence in understanding the actual role and the current meaning of "public interest" under the Brazilian Administrative Law, which is the twofold scope of this study. It's established, at first, a brief analysis of the political-normative elements that legitimize the actions of public servants, reinforcing the relevance of the legal standards produced by democratically invested authorities on the State's purposes definition that shapes the public interest in constitutional or political perspective. In consequence, it's analyzed the necessary linkage of administrative action to the rules and the Law in a Democratic State, condition imposed by the principle of legality to juridically limitate Public Administration's activities, indicating that the function of administrative staff in the concretion of public interest (in administrative or legal perspective) is posterior and integrative, especially in situations which the rules allows a certain margin of freedom, like when there is an indeterminate concept to interpretate or the administrative discretion needs to be use. The dissertation seeks, furthermore, to emphasize that the Administrative Law had its origin by searching for the regulation to pacify the dialectical conflict between the prerogatives that ensure the authority's exercise and the guarantees of freedom and individual rights, imposing the analysis of the alleged "supreme" character of the public interest and its opposition to private interests. So, it's emphasized the controversial "principle of the supremacy of public interest over private interest" and its normative interpretation under the Brazilian Constitution of 1988 in order to show that the function of this principle was incorporated in the current constitutional order through the principles presented in the chapeau of article 37, specially the legality and impersonality, which act as parameters for the public interest's judicial review, since they affect the administrative activities to respect the formal limits imposed by the rule that delegates power (legality in the legal reserve form) and the observance of the kind and degree of public interest incorporated into the legal provision, avoiding a possible deviation of objective (impersonality), overlapping that comes recognized in national positive law, as noted in articles 1 and 2 of Brazilian Statute Law n 9.784/99.

Keywords: Public interest. Supremacy. Administrative legality. Discretion. Deviation of objective. Impersonality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 AS FINALIDADES DO ESTADO E A CONSTRUÇÃO MEDIATA DO INTERESSE PÚBLICO	13
1.1 A IMPORTÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA	13
1.1.1 O interesse público em perspectiva política e em perspectiva jurídica	17
1.2 AS NORMAS JURÍDICAS COMO EXPRESSÃO DO INTERESSE PÚBLICO: A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A LEGALIDADE ADMINISTRATIVA	23
1.2.1 Democracia, Direito e Interesse Público	23
1.2.2 As funções do princípio da legalidade no Direito Administrativo Brasileiro	26
1.2.3 A liberdade da Administração Pública por decisão do legislador: os meios de transferência da definição do interesse público ao agente administrativo	31
1.2.3.1 Interesse público enquanto conceito jurídico indeterminado	42
1.2.3.2 Interesse público, discricionariedade e legalidade administrativa.....	51
2 A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E A CONCREÇÃO IMEDIATA DO INTERESSE PÚBLICO	61
2.1 DETERMINANDO O SIGNIFICADO DO INTERESSE PÚBLICO NA PRÁTICA ADMINISTRATIVA	61
2.1.1 A teoria do desvio de poder e o princípio da impessoalidade	66
2.1.2 A função integrativa dos agentes administrativos	71
2.2 A “SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO” ENQUANTO PRINCÍPIO AUTÔNOMO DE AÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	76
2.2.1 A interpretação do interesse público conforme a Constituição Federal de 1988	82
2.2.2 Interesse público <i>versus</i> interesse privado?	88
2.3 O CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PAUTADA PELO INTERESSE PÚBLICO	93
CONCLUSÃO	109
REFERÊNCIAS	116

INTRODUÇÃO

Embora a doutrina administrativista nacional, comumente, estabeleça que a interpretação do Direito Administrativo pautou-se historicamente pela cisão doutrinária entre aqueles que o viam como uma forma de assegurar privilégios ao Estado, garantindo-lhe prerrogativas especiais sem as quais não teria condições de cumprir o papel de regular e fomentar o convívio em sociedade, e os que o admitiam como um instrumento de defesa do particular frente ao poder estatal, de maneira a limitar as restrições que lhe são impostas, protegendo direitos individuais e assegurando o efetivo exercício de sua cidadania, uma análise mais apurada da sua gênese – notadamente na França pós-revolução de 1789 – indica que se trata de disciplina nascida justamente para regular e equilibrar interesses da Administração Pública e dos administrados, como se constata nas primeiras definições propostas por De Gérando na sua pioneira obra *Institutes du droit administratif français*¹.

A evolução do regime jurídico-administrativo, a contar de suas origens mais remotas, é, pois, permeada pela busca da justa medida no conflito dialético entre as prerrogativas assecuratórias do exercício da autoridade da Administração Pública e as restrições que lhe são impostas de modo a garantir as liberdades e direitos individuais dos administrados², especialmente a partir da transição do Estado Absolutista para o Estado Democrático de Direito. Não obstante essa compreensão tenha sido apresentada pelos precursores do Direito Administrativo Brasileiro – Antônio Joaquim Ribas, Vicente Pereira do Rego e Visconde do Uruguay, para citar os nomes mais conhecidos – vem se consolidando na doutrina nacional uma visão que associa seu desenvolvimento, em razão dos regimes de exceção que se sucederam ao longo do século passado, a uma ferramenta de legitimação da atuação autoritária do Poder Público, a qual enfatizaria mais intensamente suas garantias excepcionais do que, propriamente, os direitos dos particulares e, conseqüentemente, os deveres jurídicos do Estado³.

Com a ascensão do atual modelo de Estado Democrático no Brasil, a cuja caracterização parcela considerável da doutrina acresce o cunho “Social”, aumentou

¹ DE GÉRANDO, Joseph-Marie. **Institutes du droit administratif français**. Paris: Nève, 1829-1836. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/>> Acesso em: 20 jan. 2011. t. 4.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: Existe um Novo Direito Administrativo? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 5.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 26.

sensivelmente para os administrativistas o desafio de conciliar uma tradicional e garantida liberdade decisória do Poder Executivo com a imperiosidade na observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública, em especial os consagrados expressamente no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988⁴. Entende-se, por conseguinte, necessária uma revisão das categorias clássicas do Direito Administrativo pátrio, com a busca, a partir da interpretação conforme o atual diploma constitucional, de instrumentos capazes de ampliar o controle externo da atuação do Poder Público, de maneira a tornar mais efetiva e eficaz a defesa dos interesses individuais e coletivos presentes na sociedade⁵. Assim, de uma análise centrada nos poderes e garantias da Administração Pública, passam os administrativistas nacionais a trabalhar, predominantemente, com as formas de limitação da sua liberdade e promoção dos direitos particulares, sob a justificativa de que as categorias jurídicas formuladas com o desenvolvimento da disciplina administrativa (discricionariedade, insindicabilidade do mérito administrativo e indisponibilidade do interesse público, por exemplo), representariam “antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas administrativas do Antigo Regime que a sua superação”⁶.

Em realidade, a melhor compreensão do atual papel do Direito Administrativo não pode se furtar de considerar essa tríplice perspectiva: a matéria deve (I) preocupar-se em avaliar até que medida é legítima a manutenção da autoridade soberana da Administração Pública, garantindo-lhe um espaço de ação que permita exercer adequadamente as competências constitucionalmente atribuídas; (II) estabelecer parâmetros objetivos que permitam limitar, reprimir e punir eventuais excessos nessa atuação, preservando direitos dos particulares, individuais ou coletivos, que venham a sofrer interferências estatais indesejadas pela ordem jurídica⁷; e (III) assegurar a adequada concreção das finalidades públicas mediatamente apresentadas pela ordem constitucional, porção nuclear do interesse público. É,

⁴ “Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. (BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 out. 2010).

⁵ MODESTO, Paulo. Controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

⁶ BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesse Público versus Interesse Privado: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. Embora respeitável a posição do Professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, o problema enfrentado pelo Direito Administrativo atual não parece ser a manutenção dessas categorias clássicas, mas a forma deturpada com que parcela da doutrina jusadministrativista passou a empregá-las, posição que será aprofundada ao longo do trabalho.

⁷ HARGER, Marcelo. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 756, p. 11-36, dez. 1998. p. 13.

destarte, considerando esses objetivos que devem ser revisitadas as categorias jurídicas pensadas e formuladas ao longo do processo de evolução da disciplina no país, mas não para descartá-las ou, necessariamente, superá-las, e sim para adequá-las e reforçar sua importância diante do conjunto normativo vigente a partir da ordem constitucional iniciada em 1988.

Em que pese a inegável relevância da matéria, chama a atenção, considerada a extensa produção jurídica no Brasil, a escassez de estudos que se dedicam a analisar com profundidade algumas das categorias fundantes do Direito Administrativo. Basta, para tanto, observar as poucas linhas que são dispensadas nas obras contemporâneas mais festejadas sobre temas como o princípio da legalidade administrativa ou a quase inexistência de investigação científica acerca do significado do interesse público, em que pese largamente invocados por doutrinadores e magistrados, ainda que sem maior preocupação com a explicitação dos motivos de seu emprego ou argumentação que permita sua recondução à normatividade constitucional. A aparente atrofia na profundidade investigativa dos autores juspublicistas, notadamente nos últimos anos, parece indicar uma dificuldade na percepção da importância do papel das finalidades públicas do Estado para a atividade administrativista, o que traduz um verdadeiro esquecimento do interesse público, capaz de ameaçar a própria sobrevivência e autonomia científica da matéria administrativista⁸. Discussões outrora tidas como fundamentais para o melhor estudo da disciplina foram relegadas a segundo plano, a ponto de serem cada vez mais raros os trabalhos que, antes de adentrar nas especificidades comuns à prática jurídico-administrativa, investigam com profundidade e seriedade acadêmica os mais destacados princípios jurídicos que a fundamentam. O desinteresse pela compreensão do interesse público acaba sendo exemplificativo de uma tendência contemporânea de esquecimento e desprestígio da própria doutrina administrativista clássica⁹.

Nesse sentido, atualmente, à exceção de definições “manualísticas” e de contribuições incidentais, não se constata verdadeiro intento em averiguar e apresentar, prévia e aprofundadamente, o significado jurídico-positivo do conceito de interesse público para a seara administrativa, embora o difundido “princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado” persista sendo amplamente empregado por operadores do Direito como argumento de justificação das ações do Poder Público.

Contribui, por certo, para que o estudo do interesse público tenha sido voltado ao ostracismo a notória complexidade do seu processo de investigação e compreensão, muito em

⁸ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI: Algumas questões**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 12.

⁹ *Ibidem*, p. 15.

decorrência do contexto plural e fragmentário típico da sociedade contemporânea, a partir do qual se revela impraticável extrair uma noção homogênea de vontade geral¹⁰ que permitisse definir como “público” um interesse destacado. Assim, todavia, não deveria sê-lo, já que a indefinição dos critérios de determinação de um conceito com tamanha relevância pode levar, em caso de inadequada interpretação e utilização (como não raro ocorre), tanto a Administração Pública a atuar autoritariamente, empregando-o apenas para justificar eventual atuação incompatível com a ordem jurídica, à semelhança do que se sucedia quando era invocada a antiga noção de “razões de Estado”¹¹, quanto o Poder Judiciário a autorizar, sem referências objetivas necessárias ao controle das ações estatais pautadas pelo interesse público, a invadir âmbito de competência que não é seu, substituindo indevidamente escolhas feitas de maneira legítima pelos órgãos constitucionalmente titularizados para tanto.

Estabelecendo tais críticas como pano de fundo, o presente trabalho apresenta, em um primeiro momento, breve análise dos fundamentos político-normativos que legitimam a atuação dos agentes públicos, reforçando a relevância das normas jurídicas produzidas por autoridades democraticamente investidas na construção das finalidades estatais que configuram o interesse público em perspectiva constitucional ou política. Em um Estado Democrático, a necessária vinculação da atuação administrativa à lei e ao Direito, condição imposta pelo princípio da legalidade para que a Administração Pública tenha circunscrita juridicamente sua atuação, garantindo respeito aos direitos dos administrados e um mínimo de previsibilidade relativamente a suas ações, faz com que a função dos agentes administrativos no processo de concreção do interesse público (em perspectiva administrativa ou jurídica, portanto) seja ulterior e integrativa, caracterizada pela implementação imediata dos fins públicos prévia e normativamente definidos, mormente nas hipóteses em que as normas lhes asseguram uma margem de liberdade, pelo emprego de conceitos indeterminados ou pela ausência de descrição das medidas a serem adotadas para o alcance daqueles objetivos, característica da discricionariedade.

Na sua segunda metade, ocupa-se o trabalho em ressaltar as bases sobre as quais se originou o Direito Administrativo, em especial a busca pela regulação das relações mútuas da Administração com os cidadãos, visando à pacificação do mencionado conflito dialético entre as prerrogativas assecuratórias do exercício da autoridade daquela e as garantias de liberdade e direitos individuais destes. Aborda-se, nesse ínterim, o aventado caráter “supremo” do

¹⁰ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 27.

¹¹ *Ibidem*.

interesse público e sua possível contraposição aos interesses privados, estabelecendo análise do polêmico “princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado” em conformidade com a Constituição Federal de 1988, de modo a evidenciar que, não raro, as normas constitucionais acabam atribuindo aos Poderes Públicos a tarefa de preservação de interesses de diversas ordens (individuais e coletivos, públicos e privados), cuja preponderância decorrerá da interpretação da situação fática, justificando uma prevalência apenas em concreto.

Por fim, conclui-se, diante dos pressupostos assentados ao longo da pesquisa, que a função da norma-princípio de supremacia do interesse público – melhor compreendida como norma-princípio de *persecução* e *tutela* do interesse público, acabou sendo incorporada na ordem constitucional iniciada em 1988 por meio dos princípios apresentados no *caput* do art. 37, especialmente da legalidade e da impessoalidade, os quais deverão atuar como parâmetros necessários ao controle jurisdicional dessa expressão onipresente, já que condicionam a atividade administrativa ao respeito aos limites formais impostos pela regra de competência (*legalidade* na forma da reserva legal) e à observância da determinação da espécie e grau de interesse público incorporado na previsão legal, evitando-se possíveis desvios de finalidade (*impessoalidade*), infortunadamente tão comuns na *praxis* administrativa nacional, imbricação que, inclusive, vem reconhecida no direito positivo pátrio, conforme se pode constatar na redação dos arts. 1º e 2º da Lei nº 9.784/99, a qual estabelece as normas básicas e gerais sobre o proceder da Administração Pública Federal, com vistas ao melhor cumprimento dos seus fins.

1 AS FINALIDADES DO ESTADO E A CONSTRUÇÃO MEDIATA DO INTERESSE PÚBLICO

1.1 A IMPORTÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO NA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

A noção de interesse público surge no Direito Administrativo Brasileiro como critério de distinção entre as atribuições processuais dos órgãos administrativos e dos judiciais, nitidamente inspirada no contencioso administrativo francês, estabelecendo-se que “a primeira [administração] porém, só se ocupa com as leis de interêsse geral, e o segundo [judiciário] com as de interêsse privado; a primeira é incumbida de curar das necessidades gerais ou coletivas, e o segundo de defender os direitos individuais dos associados”¹². Nesse primeiro estágio, a expressão interesse público determinava a distinção entre as atribuições da Administração Pública (direito público) das funções do Poder Judiciário (direito privado). Dessa forma, como indicava Antônio Joaquim Ribas, dentro de seus âmbitos de competência, os Poderes Executivo e Judiciário acabavam satisfazendo duas necessidades advenientes da vida em sociedade, quais sejam, a proteção dos interesses de caráter coletivo e, em contrapartida, a defesa dos direitos individuais¹³.

A divisão de competências apresentada por Ribas tem reconhecida influência dos ensinamentos do citado De Gérando, para quem o Direito Administrativo “baseia-se, principalmente, nas disposições consagradas na legislação francesa de 1789, que, distinguindo e separando os poderes, determina e limita a competência da autoridade administrativa”¹⁴. A necessidade de reconhecimento desses interesses da sociedade era ressaltada pela doutrina administrativista do século XIX, inclusive para que seus pontos de contato com os direitos privados fossem precisados para evitarem-se indevidas invasões recíprocas¹⁵. Tais interesses são comumente caracterizados pelos juspublicistas, em perspectiva abstrata, como sendo os

¹² RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. [Brasília]: Ministério da Justiça, Serviço de Documentação, 1968. p. 65.

¹³ *Ibidem*, p. 66.

¹⁴ “*Le droit administratif actuel se fonde essentiellement sur la legislation de 1789 qui, en distinguant et separation les pouvoirs, a determine et circonscrit les attributions de la autorité administrative*”, (DE GÉRANDO, Joseph-Marie. **Institutes du droit administratif français**. Paris: Nève, 1829-1836. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/>> Acesso em: 20 jan. 2011. t. 1, p. 80).

¹⁵ RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. [Brasília]: Ministério da Justiça, Serviço de Documentação, 1968. p. 23.

elementos definidores dos “fundamentos, fins e limites a que se subordinam os atos e medidas do Poder Público”¹⁶.

Pereira do Rêgo, a propósito, já mencionava que o interesse público deve ser a própria finalidade do aparato estatal, por ser este quem “provê à segurança do Estado, à manutenção da ordem pública e à satisfação das necessidades sociais”¹⁷. Por consequência, as atribuições são exercidas pelos responsáveis pelas funções administrativas “não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas sim por interesse de outrem ou por um interesse objetivo”, estando irremediavelmente vinculadas a uma finalidade pública¹⁸ e despersonalizada, a qual será, no âmbito do Estado Democrático de Direito, sempre vinculatória “de qualquer manifestação do poder estatal, seja ele constitucional, legislativo, administrativo ou judiciário”¹⁹. Trata-se, como afirma Cretella Júnior, do “próprio interesse coletivo colocado pelo Estado entre seus próprios interesses, assumindo-os sob regime jurídico de direito público, exorbitante e derogatório do direito comum”²⁰.

Atua, assim, o aparato administrativo como responsável pela interpretação e execução das ações necessárias ao atendimento do “interesse geral” incorporado nas garantias e direitos positivados, o qual “aparece, ao mesmo tempo, como fundamento, limite e instrumento do poder; configura medida e finalidade da função administrativa”²¹. Por essa razão, o Direito Administrativo abriga institutos e princípios que visam, em última instância, à promoção de um interesse público abstratamente considerado, seja por meio da outorga de poderes e prerrogativas excepcionais à Administração, de forma que lhe possibilite o cumprimento de suas atribuições constitucionalmente consagradas, seja pela proteção dos direitos individuais e coletivos dos administrados diante da interferência indevida do Poder

¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesse Público versus Interesse Privado**: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

¹⁷ REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, para uso das Faculdades de Direito do Império**. 2. ed. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860. p. 2.

¹⁸ ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 145.

¹⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 13.

²⁰ José Cretella Junior é categórico nesse sentido, pois a “atividade de tal modo relevante que o Estado a titulariza, incluindo-a entre os fins que deve, necessária e precipuamente, perseguir”. (CRETILLA JUNIOR, José. Interesse público: direito administrativo. In: FRANÇA, Limongi (Coord.). **Enciclopédia Saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 45, p. 399).

²¹ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 175-6.

Público²². Nesse sentido, a determinação do que consiste o interesse público e a quem corresponde sua definição é questão relevante não apenas em sentido sociológico ou filosófico, mas um problema efetivamente jurídico da maior relevância, pois, como referido, é entendimento consolidado há muito na doutrina nacional que a Administração Pública e sua organização encontram razão de ser na perseguição desse interesse, condição que deve nortear as inevitáveis intervenções do Poder Executivo nas relações sociais e interpessoais²³. A legislação brasileira atual reforça a importância do interesse público na atividade administrativa do país, tanto que incorpora no caput do art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784/99 o princípio do interesse público, ao qual deve obediência à Administração – “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Trata-se de pressuposto para o início da investigação proposta ter presente que a atuação administrativa deve ter por escopo último o atendimento dos anseios e necessidades ordinárias dos membros de uma sociedade, jamais do próprio Estado. Rivero leciona, a propósito, que o motor da atividade administrativa, ao contrário das razões de atuação do particular, é essencialmente desinteressado, já que tem por prerrogativa a persecução do interesse geral²⁴. O mestre francês alertava, todavia, que a descrição desses anseios é variável conforme “as épocas, as formas sociais, os dados psicológicos, as técnicas; mas se o conteúdo varia, o fim continua o mesmo: a ação administrativa tende à satisfação do interesse geral”²⁵, levando à compreensão de que a individualização da noção de interesse público “não ocorre, de uma vez por todas, em um só momento, mas deriva da constante combinação de diversas influências, algumas das quais provêm da experiência passada, enquanto outras nascem da

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: Existe um Novo Direito Administrativo? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 5-6.

²³ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI: Algumas questões**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 15.

²⁴ RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1965. p. 10.

²⁵ A doutrina francesa, todavia, apresenta tendência de afastar a possibilidade de atribuir ao interesse público a posição de conceito norteador e caracterizador do Direito Administrativo, muito em função da impossibilidade de sua determinabilidade diante de situações fáticas específicas. Aponta o administrativista francês que o anseio doutrinário por encontrar um critério central à disciplina jurídica teria razão de ser apenas em perspectiva prática, para estabelecer uma distinção clara entre as matérias apreciadas perante o Juízo Administrativo daquele país (*Conseil D'État*) e os casos a serem levados ao Poder Judiciário. (*Ibidem*, p. 15)

escolha que cada operador jurídico singular cumpre, *hic et nunc*, no exercício da função que lhe foi atribuída”.²⁶

No mesmo sentido é a percepção de Pereira do Rego ao manifestar que a utilidade pública “gyra n'um circulo elástico que o interesse geral, ora amplia, ora restringe. A este respeito é que se manifesta a Administração propriamente dita. A sua missão é tão extensa como as necessidades geraes da sociedade, sobre que ella provê. Para apreciar e satisfazer essas necessidades recorre a Administração á sciencia e á economia politica; atende também aos tempos, aos lugares, e ás circumstancias que podem modificar diversamente a intensidade da necessidade e a oportunidade da satisfação”²⁷. Em sentido aproximado é a lição do administrativista gaúcho Ruy Cirne Lima, para quem:

[...] não tem, todavia, o princípio da utilidade pública²⁸ conteúdo jurídico. [...] bem ao contrário, às ciências não-jurídicas que, como a Sociologia e a Política e a Ciência da Administração, prestam subsídio à obra da lei e do governo, cabe a determinação do largo e variável conteúdo desse princípio fundamental do Direito Administrativo.²⁹

Esse caráter fluido do interesse público, associada a sua a posição angular no Direito Administrativo, faz com que a busca pela sua significação prossiga sendo uma das grandes e mais controversas questões da disciplina³⁰. Possivelmente seja essa a razão pela qual a

²⁶ PASSOS, J. J. Calmon de. Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do código de processo civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 268, n. 916/918, p. 47-57, out./dez. de 1979. p. 55.

²⁷ REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, para uso das Faculdades de Direito do Imperio**. 2. ed. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860. p. 8.

²⁸ Historicamente há uma poligamia conceitual relativa ao interesse público, abrangendo expressões semelhantes ou equivalentes, como utilidade pública, interesse social ou interesse geral, expressões léxicas que, via de regra, buscam uma mesma referência, cuja significação, contudo, é alterada em conformidade com a ordem jurídica vigente ao tempo em que utilizada. Nesse sentido, embora remotamente a utilização da expressão “utilidade pública” traga incorporada uma ideia próxima a de “interesse público”, é inegável que a compreensão desses conceitos jamais poderá ser a mesma se empregados em épocas distintas e sob contextos jurídico-sociais diversos. (ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI**: Algumas questões. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 33).

²⁹ CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios do Direito Administrativo**. 7.ed. rev. reel. por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 24. Em sentido aproximado é a posição do atual Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Teori Zavaski, ao observar com propriedade que “o interesse social não é um conceito axiologicamente neutro, mas, ao contrário [...] é ideia carregada de ideologia e valor, por isso, relativa e condicionada ao tempo e ao espaço em que se deva afirmar”. (ZAVASKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 52).

³⁰ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 25. A jurisprudência norteamericana, por exemplo, chega a argumentar “ser difícil imaginar um conceito “tão vago que possa ser capaz de resistir ao controle judicial” quando se trata da invocação do interesse público” (“*it is difficult to imagine any standard "too vague to survive judicial scrutiny" when the public interest standard has been upheld*”), referindo que o interesse público seria cláusula que “poderia evidenciar o quão longe o Tribunal poderia ir para justificar os poderes delegados” (“*the public interest standard as an indication of how far the Court has been willing to go in sustaining broad delegations*”) (Voto do Justice Scalia em julgamento efetuado pela Suprema Corte no caso “*Mistretta v. United States*”). A doutrina estadunidense

doutrina jusadministrativista o empregue de forma irrestrita, mas sem que se observe, no mais das vezes, intenção em definir o que se entende como seu conceito³¹, chegando ao ponto de defender-se que se trata de “lugar comum e que, justamente por isso, dispensa definição precisa, o que permite utilização mais eficiente”³².

Ocorre que atribuir a qualquer valor, interesse ou direito tamanha importância, sem explicitar os meios aptos a defini-lo ou, ao menos, apresentar os critérios jurídicos capazes de fazê-lo, autoriza o operador do direito a dele se valer aleatoriamente, sem oferecer possibilidade de contraponto e dificultando qualquer espécie de controle dos eventuais abusos na sua utilização, notadamente o controle judicial. Destarte, o principal intento perseguido ao longo do trabalho será, justamente, apresentar elementos que permitam sistematizar o tratamento dado ao tema no âmbito do Direito Público, delimitando a atuação do Direito Administrativo, de maneira a permitir a compreensão do sentido que o ordenamento jurídico brasileiro confere ao interesse público, a forma como é possível chegar a ele e os parâmetros de controle judicial da atuação administrativa por ele norteado.

1.1.1 O interesse público em perspectiva política e em perspectiva jurídica

O escasso debate envolvendo a figura do interesse público na seara do Direito Público carece, habitualmente, de um esclarecimento básico e essencial para a compreensão da discussão: definir sobre qual “interesse público” se está tratando. Para a finalidade do estudo, as considerações serão limitadas ao interesse público enquanto conceito afeito à ciência do direito, manifestado regularmente por meio da atividade estatal, embora se reconheça que em uma sociedade pluralista tal compreensão compreenda apenas um dos

adota posição análoga, ao referir, por meio do *Professor Law* da George Mason University, Ernest Gellhorn, que normas decorrentes do exercício do Poder Legislativo que “autorizam o administrador a determinar quais seriam as razões de conveniência e necessidade representativas do interesse público não cumpririam com seu objetivo, pois deixariam definições básicas da legislação em aberto e ao arbítrio do poder delegado” (“[s]tatutes that allow administrators to determine what is in the ‘public interest, convenience or necessity’ simply fail as exercises of that power [...] because they leave basic normative issues unanswered and thus within the realm of the delegate”). (MAY, Randolph J. The public interest standard: is it too indeterminate to be constitutional? **Federal Communications Law Journal**, Bloomington, v. 53, may 2001).

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo**. Disponível em: <<http://www.justenfilho.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 21 set. 2006. p. 2.

³² FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Interesse público. **Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região**, São Paulo, n. 1, p. 9-20, 1995. p. 2. No âmbito do Direito Administrativo, dada a conflitualidade na relação Administração-administrado, não parece ser a melhor opção abster-se do estabelecimento do processo intelectual de definição dos conceitos que a permeiam, sob pena de se observar atuações públicas imotivadas e autoritárias.

aspectos da ampla ideia de “bem comum”³³, expressão igualmente cara, por exemplo, à sociologia, à filosofia e à economia.

Restringindo-se à temática proposta, o jurista francês George Vedel refere que a expressão em apreço pode ser observada em duas perspectivas distintas, quais sejam: a (I) constitucional (denominada “política” pela doutrina francesa) e (II) a administrativa (denominada “jurídica” pelos autores franceses)³⁴. Não raro, todavia, essa dicotomia é ignorada na doutrina que trata da questão, o que acaba levando a um confronto de concepções que dizem respeito a “níveis de expressão”³⁵ completamente diversos. Explica-se.

O interesse público sob o ponto-de-vista político-constitucional está relacionado “à manifestação dominante da sociedade no Estado democrático, ou seja, à *soberania da vontade popular*”³⁶. Trata-se, pois, da referência mais básica e antiga do termo, presente nas comunidades em que a democracia representativa garante aos agentes políticos a prerrogativa de transmutar interesses “difusos” na sociedade em expressões políticas voluntárias, abstratas e genéricas no momento em que legislam³⁷.

Essa perspectiva de abordagem do interesse público também é denominada pela doutrina, ainda que com pequenas variações, como “material” ou “abstrata”, vinculando-se à realização de uma finalidade pública geral, como uma norma-princípio que norteia a atuação administrativa, assim qualificada abstratamente pela necessidade de observância das normas jurídicas, adquirindo conotação político-constitucional. Em linhas gerais, o citado autor francês (Vedel) aponta a necessidade de afastar dois equívocos muito comuns: o de que o interesse público poderia ser compreendido como algo equivalente à simples soma dos interesses particulares e, por outro lado, de que poderia significar algo que nada tem a ver com os objetivos das pessoas ou grupos que compõem a nação³⁸.

Nesse primeiro plano, a própria Constituição do país acaba por definir interesses diversos como “públicos”, como pode se observar, facilmente, nas finalidades do Estado consagradas nos preâmbulos e nas normas constitucionais que apresentam caráter programático (no caso brasileiro, é exemplificativo o art. 3º da Constituição Federal de 1988). Portanto, geralmente é ao legislador (constitucional ou infraconstitucional) que se atribui a responsabilidade pela precisão dos elementos necessários à composição do interesse público

³³ GRIFFITH, Ernest S. Os Fundamentos Éticos do Interêsse Público. In: FRIEDRICH, Carl J. (Ed.). **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967. p. 26.

³⁴ VEDEL, George. **Droit Administratif**. Paris: PUF, 1958. p. 173.

³⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 429.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*, p. 429.

³⁸ VEDEL, op. cit., p. 173.

em perspectiva política, definindo, por exemplo, um objetivo a ser alcançado por meio da criação de um serviço público destinado a atender determinado número de interessados³⁹. Vale registrar, por oportuno, que “nem todas as expressões políticas do interesse público positivam-se juridicamente; mas, uma vez que isso ocorra, a expressão torna-se paradigmática e mandamental: a lei passa a ser a definição incontestável e inviolável do interesse público”⁴⁰.

Essa visão de interesse público tem razão de ser apenas nos regimes democráticos, tradição iniciada no século XX e que recebe a credibilidade popular por se tratar do regime mais propício para que tal interesse seja definido mediante mecanismos de representação política (representação indireta) e de debates públicos (participação direta). A democracia tem, inclusive, a capacidade de evitar a prevalência de um aparente consenso social, que nem sempre representa o interesse público. Assim, uma população que, majoritariamente, concorda com uma guerra injusta, um genocídio ou quaisquer outras práticas estatais inaceitáveis sob a perspectiva da preservação dos direitos humanos, pode revelar uma concordância direcionada a determinada medida, mas que não indicam uma política pública necessariamente correta, do que decorre a possibilidade de o interesse público ser atingido pelo agir administrativo que não atende à vontade de uma suposta maioria, mas que evita o atingimento do interesse de alguns ou, até mesmo, de um indivíduo⁴¹.

No Estado Democrático, por conseguinte, a definição do interesse público depende do sucesso desse debate político-social por meio do qual as autoridades públicas e entidades privadas podem chegar a um acordo sobre valores e ações necessárias, embora se reconheça que nem sempre o interesse público possa ser definido em uma base consensual. Neste caso, como afirmava Montesquieu, o sábio legislador deve compreender o “espírito do povo” a fim de elaborar leis justas e adequadas ao atendimento dos anseios deste, ou seja, leis que promovam esse interesse público em perspectiva política⁴².

No caso brasileiro, independentemente da modalidade de participação popular na definição da vontade política do Estado, pela via representativa (indireta), consagrada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, ou pela via direta ou semidireta,

³⁹ VEDEL, George. **Droit Administratif**. Paris: PUF, 1958. p. 174.

⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 430.

⁴¹ MÉTHOT, Jean-François. **How to Define Public Interest?** College dominician de philosophie et de theologie, Ottawa, jan., 2003. Pode-se observar atenção da Constituição Federal de 1988 a tal particularidade ao estabelecer alguns dispositivos constitucionais expressos como “cláusulas pétreas”, impassíveis de spureensão pelo poder constituíte derivado (art. 60, §4º), ainda que apoiado por uma maioria popular eventual.

⁴² Numa democracia, as pessoas não têm apenas direitos, mas também obrigações, as quais incluem, além de votar ou pagar impostos, uma participação que contribua positivamente para os debates nos quais o interesse público é definido. (MÉTHOT, Jean-François. **How to Define Public Interest?** College dominician de philosophie et de theologie, Ottawa, jan., 2003).

extraídas, por exemplo, dos arts. 14, incisos I, II e III; e 29, incisos X e XI, da mesma Carta da República, a ordem jurídica busca criar instrumentos que contribuam para o Poder Público atuar em conformidade com os anseios populares, emprestando, assim, legitimidade às suas ações⁴³.

Portanto, o interesse público passa a ser juridicamente relevante quando é incorporado no sistema normativo positivado, o qual atribuirá tal qualidade a determinado objetivo ou interesse a ser alcançada na prática, ainda que possa haver uma inclinação social sentido contrário. Em nosso sistema jurídico, essa qualificação é estabelecida, inicialmente, pela Constituição Federal de 1988, que estabelece os fins mediatos a serem perseguidos pelo Estado (Preâmbulo e art. 3º, por exemplo), e, a partir dela, pelo exercício das funções políticas legitimadas a partir das vias representativas garantidas pelo princípio democrático, seja com a edição de atos genéricos e abstratos oriundos do Poder Legislativo, seja por meio das medidas programáticas apresentadas pelo Poder Executivo, as quais permitem que a Administração Pública transforme em ações concretas o interesse público mediata ou imediatamente reconhecido pelo direito positivo, respeitadas, por óbvio, as hipóteses e limites da discricionariedade conferida pela norma jurídica⁴⁴.

Essa é a razão pela qual, racionalmente, se rejeitam regimes políticos despóticos, tiranos e totalitários, porque o interesse caracterizado como público é determinado por um indivíduo ou um grupo restrito, o que, obviamente, não leva em conta o que a sociedade ou nação vê como seu interesse primordial.

Diversa é a compreensão do interesse público em sentido jurídico-administrativo, que se relaciona intrinsecamente com a observância das normas jurídicas e, nos moldes do Estado de Direito, à supremacia da lei⁴⁵. Ao abordar essa perspectiva, também denominada substancial ou essencial, Vedel afirma que o interesse público deve ser determinado pelas autoridades competentes para avaliarem a prevalência entre os interesses especiais e particulares no caso concreto, cabendo ao legislador estabelecer as regras jurídicas que incorporarão o fim a ser perseguido, inclusive nomeando a autoridade competente para intervir imediatamente na matéria⁴⁶. Considera-se, no aspecto, que o interesse público apresentado direta e indiretamente pela norma jurídica que atribui determinada competência a

⁴³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 430.

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A Noção Jurídica de “Interesse Público”. In: **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 190.

⁴⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 430.

⁴⁶ VEDEL, George. **Droit Administratif**. Paris: PUF, 1958. p. 174.

um ente administrativo exige definição concreta, alcançando um grau significativamente maior de determinação⁴⁷. Assim, embora a Administração não seja, juridicamente, competente para definir as finalidades gerais de interesse público, assume com frequência a tarefa de tomar atitudes que o concretize na atividade cotidiana, valendo-se de um amplo poder de apreciação casuística⁴⁸. É aqui que se insere o âmbito de apreciação do Direito Administrativo⁴⁹.

Dessa forma, se, por um lado, a noção de interesse público é reconhecida no ordenamento jurídico como um critério inspirador da criação, interpretação e aplicação das normas jurídicas, revelado por meio dos fins mediatos do Estado consagrados na Constituição Federal, por outro, traz consigo a ideia de conceito jurídico que necessita ser interpretado e concretizado diante das circunstâncias fáticas, mormente quando se encontra expresso ou implícito no texto normativo⁵⁰, assumindo a condição de elemento nuclear e norteador das decisões administrativas. Nesse sentido, a indeterminação do interesse público atinge o seu grau mais elevado quando considerado em sentido político, por vezes tratado como sinônimo de bem comum, na condição de fim último do Estado capaz de penetrar em toda ação institucional⁵¹; tal indeterminação, todavia, é consideravelmente restringida quando o conceito é empregado em sentido jurídico-positivo nos diversos ramos da ciência jurídica e “diferentes setores de atuação do Estado, como saúde, educação, justiça, segurança, transportes, cada qual com um interesse público delimitado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional”⁵².

A relação entre as duas perspectivas apresentadas acima determina até que ponto a compreensão do interesse público é matéria afeta ao Direito Constitucional e a partir de que momento passa a ser peculiar ao Direito Administrativo, permitindo, como ressalta Vedel, que se estabeleçam algumas premissas necessárias. Inicialmente, a procura de um objetivo de interesse público deve ser encarada com a condição positiva da legalidade na ação

⁴⁷ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI: Algumas questões**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 51.

⁴⁸ VEDEL, op. cit., p. 174.

⁴⁹ Como acentua o Professor Almiro do Couto e Silva: “A par do fim genérico, a que tende toda a atividade estatal, pode existir, e geralmente existe, um fim especial, que é o fim imediato do ato administrativo”. (COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003. p. 101).

⁵⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos JCR**, Bauru, v. 24, p. 61-113, dez./mar. 1999.

⁵¹ GRIFFITH, Ernest S. Os Fundamentos Éticos do Interêsse Público. In: FRIEDRICH, Carl J. (Ed.). **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967. p. 25.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: Existe um Novo Direito Administrativo? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 98.

administrativa, uma vez que, se aos particulares é reconhecida a possibilidade de agir com vistas aos mais variados fins, de acordo com seus objetivos pessoais, à Administração não é dada a possibilidade de decidir de forma alheia ao interesse público⁵³. Assim, não é suficiente que o administrador haja segundo um objetivo que, no entender de muitos, possa ser definido como de interesse público, mas que refoge à finalidade estabelecida na regra de competência.

Ademais, se a finalidade de interesse público é imposta pela legislação à Administração, a escolha dos meios para atendê-la fica muito mais ao cargo da sua apreciação discricionária, já que “a perseguição do interesse público sempre será um elemento próprio da legalidade; os meios são muitas vezes típicos da oportunidade”⁵⁴. Sua incumbência é, justamente, externar as prévias definições políticas (interesse público em perspectiva constitucional) e jurídicas (interesse público em perspectiva governamental) que objetivam atender às necessidades sociais imediata e concretamente⁵⁵. De Gérando já evidenciava compreender esses dois níveis de percepção quando, analisando as medidas próprias do poder de polícia administrativa (“*mesure de police*”), afirmava que “o interesse público é o objetivo comum dos regulamentos e medidas administrativas. Ela deve ser definida primeiro pelas regras, posteriormente declarados em formas legais e determinadas”⁵⁶. Dessa maneira, “se a lei, por exemplo, ao constituir poder de polícia, limita-se a declarar que os agentes públicos deverão tomar as medidas necessárias à preservação da ordem e da segurança pública, as providências que forem tomadas para a prevenção de incêndios, atingirão de uma só vez o fim específico do ato, fixado pela autoridade administrativa, e o fim genérico, expresso na lei ou que é inseparável da atividade do Estado”⁵⁷.

De qualquer sorte, para a finalidade proposta na pesquisa, o interesse público deve ser considerado como conceito que perpassa todo o processo de criação e aplicação das normas jurídicas de Direito Público, seja norteando a conduta do legislador no momento da deliberação legislativa (constitucional e infraconstitucional), seja indicando a finalidade última da atuação do administrador, em especial quando a ele é dada a liberdade de

⁵³ VEDEL, George. **Droit Administratif**. Paris: PUF, 1958. p. 175.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 176.

⁵⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 430.

⁵⁶ Ao comentar o *mesure de police*, o autor francês asseverou: “*l'utilite publique est le but commun et constant de ces règlements et de ces mesures. Elle doit donc avant tout être définie par le règles certaines, et declaree dans des formes légales et déterminées*”. (DE GÉRANDO, Joseph-Marie. **Institutes du droit administratif français**. Paris: Nève, 1829-1836. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/>> Acesso em: 20 jan. 2011. t. 1, p. 40).

⁵⁷ COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003. p. 101.

concretização dos pressupostos teóricos contidos na lei. Nesse sentido, para compreensão de como se dá o preenchimento de seu significado na atividade administrativa cotidiana, é importante ter em vista que a construção do interesse público impescinde de uma investigação dos fundamentos constitucionais que garantem à sociedade participação direta ou indireta na definição dos fins mediatos do Estado (*Democracia*) e à Administração Pública a prerrogativa de agir com vistas à concretização do *Direito*, reforçando, sobremaneira, a importância do princípio da legalidade administrativista, objetivo que perpassa todo o trabalho.

1.2 AS NORMAS JURÍDICAS COMO EXPRESSÃO DO INTERESSE PÚBLICO: A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E A LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

1.2.1 Democracia, Direito e Interesse Público

É posição assente na doutrina que as lições de Rousseau permitiram a compreensão de que o interesse denominado geral é diverso da mera soma dos interesses particulares do “corpo social”, dando ensejo à elevação dos atos gerais e abstratos (lei) como corolário máximo da ordem social e exteriorização dos interesses do homem que convive em sociedade, indivíduo na condição de cidadão⁵⁸. Ou seja, a vontade geral é exercida por meio da soberania popular e deve, necessariamente, ser instrumentalizada a partir das disposições legais, produto do labor tipicamente atribuído ao Poder Legislativo, que justificariam, pela generalidade e abstração que lhe são ínsitas, impor restrições às liberdades e direitos individuais⁵⁹.

⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: Existe um Novo Direito Administrativo? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 89. Rousseau assevera, a propósito, que a chamada “alienação total” dos direitos individuais de “cada associado com todos os seus direitos a favor de toda a comunidade, porque primeiramente, entregando-se cada qual por inteiro, a ‘condição é igual para todos, e, por conseguinte, sendo esta condição idêntica para todos, nenhum tem interesse em fazê-la onerosa aos outros”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Porto Alegre: L&PM, 2007. p. 20).

⁵⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Porto Alegre: L&PM, 2007. Fica evidente, no aspecto, a distinção da sua posição na relação com a concepção política anteriormente apresentada por John Locke em 1690, para quem a comunidade política era edificada sobre as necessidade e aspirações meramente individuais dos homens e não, necessariamente, aquilo que é comum aos seres humanos, razão pela qual asseverava que a sociedade civil existe em razão da utilidade *privada* e não da utilidade pública. Não obstante, asseverava com propriedade acerca da necessidade de fixação de leis fixas e imutáveis como os

Impregnado por tais ideais, o modelo de Estado inaugurado a partir da Revolução Francesa de 1789 e da ideia de divisão de Poderes de Montesquieu alçou a atividade legislativa à posição destacada, muito em razão da concepção de que as leis seriam produto direto do “corpo coletivo” resultante da união indivisível e inalienável de indivíduos com objetivo de autopreservação e realização de sua vontade comum⁶⁰. O interesse público na seara do Estado Liberal, assim, vinculava-se a uma ordem pública orientada para a utilidade privada, visando à manutenção da propriedade privada e sua compatibilização com a necessária direção ou regulamentação estatais; ou seja, como refere Niemeyer, “tende a ir do *laissez-faire* até a administração pública do trabalho e dos recursos, estando tãda a gama de suas atividades sob o título de administração pública das satisfações privadas”⁶¹.

O constitucionalismo moderno é, pois, inaugurado pela incessante busca por instrumentos jurídicos capazes de impor limitações às imunidades do Poder Público, outrora impraticáveis, diante do caráter absolutista dos regimes estatais comumente vigentes até então⁶². Dessa realidade adveio a submissão jurídica do Poder estatal, seja por meio da criação de direitos individuais de imperiosa observância, seja por meio da imposição de deveres e contornos da Administração Pública, evitando o exercício arbitrário de suas ações⁶³. A ausência de limitação de um determinado Poder estatal revelou-se claramente incompatível com a atual forma de Estado, o que inspirou a necessidade de proteger os indivíduos singulares contra o arbítrio e opressão de parte dos governantes⁶⁴.

O resguardo da liberdade individual passou a depender, assim, da atuação do Estado na consecução de uma vontade geral, tarefa exercida, primordialmente, pela ainda incipiente Administração Pública⁶⁵. Foram essas as bases da construção do Direito Administrativo Francês: o respeito à individualidade, mediante atuação legislativa pautada pela observância de uma vontade geral incorporada pelo órgão legislativo e executada por meio de um

meios mais convenientes para que o governo pudesse formular hipóteses mais ou menos arbitrárias acerca de objetivos individuais. (LOCKE, John. **Second Treatise of Government**. Cambridge: Hackett Publishing Company, 1980. p. 124).

⁶⁰ 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 (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 28.

⁶¹ NIEMEYER, Gerhart. O Interêsse Público e o Interêsse Privado. In: **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967. p. 20.

⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Lucha contra las Inmunidades del Poder**. 3.ed. Madrid: Cívitas, 1995. p. 10 e ss.

⁶³ 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 (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 47.

⁶⁴ ALESSI, Renato. **Principii di Diritto Amministrativo**. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1974. t. 1, p. 196.

⁶⁵ GABARDO; HACHEM, op. cit., p. 30.

organismo capaz de por em prática o escopo consagrado na lei. Não por outro motivo, a Constituição francesa de 1791 incorporou, pioneiramente, a supremacia da legislação na disposição do art. 3º do capítulo II (“*De la Royauté, de la Régence et des ministres*”), nos seguintes termos: “*Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance*”.

Essa posição de destaque reservada à lei remanesceu e fortaleceu-se como um dos corolários do Direito Público ao longo dos últimos dois séculos, regulando juridicamente os poderes políticos⁶⁶ e amparando a construção de um princípio da legalidade nesse ramo do Direito, o qual teve por objetivo original estabelecer uma garantia de preservação da liberdade dos membros do “corpo social” frente aos mandos e desmandos do Soberano⁶⁷. Permaneceu hígido, por conseguinte, no atual estágio do Estado de Direito o ideário publicizado por Rousseau, para quem a justificação do poder estatal, capaz de impor condições necessárias ao convívio em sociedade, decorria da vontade concordante dos indivíduos que compõem o todo social, configurando uma manifestação de caráter democrático – verdadeira homenagem à soberania popular⁶⁸. Basta que se observe, para tanto, a previsão do art. 1º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 (“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”), em conjunto com a tripartição dos Poderes assegurada no seu art. 2º (“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”), os quais determinam, necessariamente, o “cumprimento dessa vontade geral fixada, em primeiro plano, no texto constitucional, e, de seguida, na lei” por parte das autoridades estatais⁶⁹.

Portanto, a norma jurídica em uma ordem constitucional democrática, pelo seu conteúdo eminentemente conceitual, jamais nascerá de uma atuação arbitrária ou por mero acaso; decorrerá, necessariamente, de uma ponderação de interesses sociais e individuais, tanto que, como alerta Massimo Severo Giannini, os termos “escopo” da norma ou “função” normativa são adotados para indicar que o conteúdo normativo exerce uma tarefa de pacificação entre anseios diversos, os quais devem obediência aos resultados substanciais e concretos decorrentes dos efeitos jurídicos previstos abstratamente na própria norma⁷⁰.

⁶⁶ 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 (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 28.

⁶⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A Noção Jurídica de “Interesse Público”. In: **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 186.

⁶⁸ *Idem*. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 11.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 12.

⁷⁰ GIANNINI, Massimo Severo. **Lezioni di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 82.

1.2.2 As funções do princípio da legalidade no Direito Administrativo Brasileiro

A necessidade de limitação do Poder do Estado encontra seus instrumentos, no atual ordenamento jurídico brasileiro, nos denominados princípios peculiares da Administração Pública, insculpidos, primordialmente, no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, os quais estabelecem os limites da sua atuação regular e o norte da interpretação do Direito Administrativo no Brasil, conformando “a interpretação/aplicação das regras do sistema e, no campo das práticas encetadas pela Administração, garantem venha a ser efetivamente exercido pelo Poder Judiciário o seu controle”⁷¹. Dentre eles, a hermenêutica constitucional destaca o princípio da legalidade como aquele que impõe ao agente administrativo uma necessária vinculação de suas ações e decisões à previsão normativa precedente, o que assegura à lei um caráter de primazia na relação com os demais atos normativos e administrativos, assim como estabelece o condicionamento da atuação administrativa à prévia e expressa autorização legal⁷².

Nesse ínterim, o princípio da legalidade é apresentado na doutrina como uma composição dos “subprincípios” da (I) *primazia da lei*, o qual indica que o ato normativo produzido por meio de processo legislativo regular possui supremacia na relação com os atos estatais infraconstitucionais provenientes dos demais órgãos públicos, condicionando, destarte, a atuação do agente administrativo e vedando a possibilidade de agir em desconformidade com a previsão legal; e da (II) *reserva legal*, o qual determina que a performance administrativa perante situações concretas deve estar amparada por autorização legislativa específica (norma atribuidora de competência), sob pena de agir de maneira inválida⁷³. Deste modo, o exercício das atribuições típicas do Poder Executivo, em especial quando presentes eventuais restrições e/ou modificações de direitos individuais, é dependente “daquilo que a legislação ordinária específica estipula, servindo ela sempre (e somente) não apenas como limite de ação da Administração Pública (princípio da supremacia da lei), mas

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 24.699, Relator(a): Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01/07/2005.

⁷² MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 45.

⁷³ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa do Brasil. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 54-56.

também e sobretudo como o próprio fundamento previamente autorizador dessa ação (princípio da reserva legal)”⁷⁴. A previsão do art. 68, § 1º, II, da Constituição Federal é esclarecedora a respeito, pois indica que qualquer atuação administrativa passível de atingir, restringindo ou modificando, direitos individuais deve seguir disposição expressa e específica em lei, cuja iniciativa não poderá ser do chefe do Poder Executivo⁷⁵.

A adoção dessa premissa decorre da exigência, advinda da necessária efetivação do Estado de Direito, de que a relação entre Administração e administrado seja dotada da estabilidade e previsibilidade garantidas unicamente por meio da prévia regulação normativa⁷⁶. Ou seja, como reconhece a jurisprudência nacional, a legalidade “delineia as possibilidades de atuação da Administração Pública, direta e indireta, no cumprimento do interesse público, colocando na esfera das condutas contrárias ao ordenamento jurídico aquelas desprovidas de embasamento constitucional ou legal”⁷⁷.

É possível, assim, estabelecer que o princípio da legalidade administrativa exerce um duplo papel, pois tanto se faz “limite à atividade administrativa, tal como ocorre com as relações jurídicas privadas”, quanto “impõe ser a lei a própria fonte de atuação da Administração Pública, isto é, o seu próprio fundamento”⁷⁸. Decorre dessa condição protagonista uma posição inegavelmente decisiva da legislação na definição das finalidades próprias do Estado e, por consequência, do aparato administrativo, uma vez que a própria lei, após um processo legislativo democraticamente legitimado por meio do sufrágio popular, determina as ações que atenderão ao interesse público material e abstrato no espaço de incidência deduzido a partir dos objetivos consagrados explícita ou implicitamente pelo texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal, em diversos julgados, reforça essa posição angular ao reconhecer que “a Administração Pública submete-se, nos atos praticados, e pouco

⁷⁴ A presente observação foi efetuada pelo Prof. Itiberê Rodrigues no que se refere ao exercício do poder de polícia administrativa no Brasil, mas, pela pertinência temática à proposta do trabalho, contribuí para fundamentar a posição que se pretende defender. (RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídicos de um poder de polícia administrativo à brasileira. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 17, 2008. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 mar. 2010).

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 64.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.068.944/PB, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12/11/2008, DJe 09/02/2009.

⁷⁸ MAFFINI, Rafael Da Cás. O Direito Administrativo nos Quinze Anos da Constituição Federal. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 5, mar./maio 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

importando a natureza destes, ao princípio da legalidade”⁷⁹, o que, de plano, afasta a ideia de que o interesse público possa justificar, *per se*, a ação administrativa, como norma jurídica autônoma, alheia e apartada das exigências impostas pela adoção daquela norma-princípio positivada na Constituição Federal de 1988⁸⁰, posição aprofundada na segunda metade do trabalho.

Com efeito, essa submissão da Administração Pública é de tal ordem que, por vezes, o conteúdo da previsão normativa acabará por condicionar a atuação do administrador de forma que o interesse público concreto restará atendido apenas e, inevitavelmente, se houver o estrito cumprimento do escopo e requisitos legais, não remanescendo margem para sua liberdade de agir. Veja-se, por exemplo, a determinação o art. 37, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 no sentido de que “a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional *interesse público*”. Trata-se de regra que excepciona a realização de concurso público para a investidura em cargo ou emprego público (art. 37, inciso II, da CF/88), condicionando os meios de atendimento do interesse público na prática. Acatando o comando constitucional, o legislador ordinário elaborou a Lei nº 8.745/93, que regulamenta a contratação de trabalhadores por necessidade temporária de excepcional interesse público no âmbito da Administração Pública Federal, definindo, em seu art. 2º, quais seriam as situações de “excepcional interesse público”⁸¹,

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 359.444/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, Pleno, julgado em 24/03/2004, DJ 28/05/2004.

⁸⁰ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário. **Revista Boletim Jurídico**, Uberaba, n. 171, 2005. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1172>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

⁸¹ “Considera-se necessidade temporária de **excepcional interesse público**: I - assistência a situações de calamidade pública; II - assistência a emergências em saúde pública; III - realização de recenseamentos e outras pesquisas de natureza estatística efetuadas pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE; IV - admissão de professor substituto e professor visitante; V - admissão de professor e pesquisador visitante estrangeiro; VI - atividades: a) especiais nas organizações das Forças Armadas para atender à área industrial ou a encargos temporários de obras e serviços de engenharia; b) de identificação e demarcação territorial; d) finalísticas do Hospital das Forças Armadas; e) de pesquisa e desenvolvimento de produtos destinados à segurança de sistemas de informações, sob responsabilidade do Centro de Pesquisa e Desenvolvimento para a Segurança das Comunicações – CEPESC; f) de vigilância e inspeção, relacionadas à defesa agropecuária, no âmbito do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, para atendimento de situações emergenciais ligadas ao comércio internacional de produtos de origem animal ou vegetal ou de iminente risco à saúde animal, vegetal ou humana; g) desenvolvidas no âmbito dos projetos do Sistema de Vigilância da Amazônia - SIVAM e do Sistema de Proteção da Amazônia - SIPAM. h) técnicas especializadas, no âmbito de projetos de cooperação com prazo determinado, implementados mediante acordos internacionais, desde que haja, em seu desempenho, subordinação do contratado ao órgão ou entidade pública. i) técnicas especializadas necessárias à implantação de órgãos ou entidades ou de novas atribuições definidas para organizações existentes ou as decorrentes de aumento transitório no volume de trabalho que não possam ser atendidas mediante a aplicação do art. 74 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; j) técnicas especializadas de tecnologia da informação, de comunicação e de revisão de processos de trabalho, não alcançadas pela alínea *i* e que não se caracterizem como atividades permanentes do órgão ou entidade; l) didático-pedagógicas em escolas de governo; e m) de assistência à saúde para comunidades indígenas; VII -

hipóteses das quais não pode o agente público se afastar, ainda que, a seu juízo ou no sentir de uma maioria identificável de indivíduos, outro(s) interesse(s) supostamente público(s) justificasse(m) a contratação de servidores públicos em caráter emergencial e temporário.

Decorre, portanto, necessária e logicamente de um Estado compreendido como *Democrático* e de *Direito* a concepção de que, se cabe à Administração a persecução do interesse público, desde que observadas as finalidades normativamente predeterminadas, “não resta outra possibilidade que não seja a de reconhecer que compete ao legislador e, portanto, à lei, à luz de critérios constitucionais, avaliar e qualificar, em primeira mão, a relevância de uma necessidade colectiva intensa como susceptível de integrar a noção de interesse público”⁸². Ou seja, diante do exemplo suprarreferido, ainda que em matéria notoriamente administrativa, vinculada à contratação de pessoal para a prestação de serviço público temporário em situações excepcionais, nomeadas como de “interesse público”, à autoridade pública não é dada liberdade para agir com vistas a dar particular concretude ao conceito, já que a tarefa fora exercida em sua integralidade pelo Poder competente para a edição de atos normativos gerais e abstratos, ao quais podem, e muitas vezes o fazem, vincular o Poder Executivo com tamanha intensidade que a este remanesce apenas a possibilidade de aferir se o caso avaliado enquadra-se ou não nas hipóteses legalmente registradas.

Essa parece ser a razão pela qual De Gérando afirmava que a Administração “em primeiro lugar, reporta-se direta e imediatamente ao fim demarcado [*na lei*], deve obediência à utilidade pública, ela atende a diversos serviços públicos através dos meios alçados a seu poder, ela age espontaneamente, sem necessidade de ser provocada”⁸³. Tal submissão às finalidades legais não foi ignorada pelos primeiros administrativistas brasileiros, bastando, para tanto, observar que, para Pereira do Rego, a Administração teria “dous objectos: a execução da Lei, e a utilidade publica. A nossa forma de Governo dá ao Imperador o direito de «expedir Decretos, Instrucções, e Regulamentos adequados á boa execução das Leis» (Const. art. 102 § 12). Os Ministros d'Estado também proferem ás vezes decisões, e dirigem

admissão de professor, pesquisador e tecnólogo substitutos para suprir a falta de professor, pesquisador ou tecnólogo ocupante de cargo efetivo, decorrente de licença para exercer atividade empresarial relativa à inovação; VIII - admissão de pesquisador, nacional ou estrangeiro, para projeto de pesquisa com prazo determinado, em instituição destinada à pesquisa; e IX - combate a emergências ambientais, na hipótese de declaração, pelo Ministro de Estado do Meio Ambiente, da existência de emergência ambiental na região específica” (grifou-se).

⁸² ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI: Algumas questões**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 43.

⁸³ “*L'administration d'abord, en se portant directement et immédiatement au but qui lui est marqué, elle consulte l'utilité publique; elle pourvoit aux différents services publics par le moyens qui sont en son pouvoir; elle agit spontanément, sans être encore provoquée;*”. (DE GÉRANDO, Joseph-Marie. **Institutes du droit administratif français**. Paris: Nève, 1829-1836. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/>> Acesso em: 20 jan. 2011. t. 1. p. 85).

circulares aos agentes das suas repartições para fazerem executar a Lei”⁸⁴. No mesmo sentido são as palavras do mestre Rivero, ao registrar que a Administração “é uma função essencialmente executiva: ela encontra na lei os fundamentos e os limites de suas ações”⁸⁵.

Dessa forma, o interesse público, como observa o insigne mestre Pontes de Miranda, é conceito inerente à própria elaboração da lei e encontra-se concretizado e aprimorado pela participação estatal na relação jurídica que demanda sua aplicação⁸⁶. A variabilidade na significação do conceito, dependente do lugar e da época em que é utilizado, fica limitada pela obediência à previsão legal por parte do agente administrativo, o qual deve se abster de empregar parâmetros extrajurídicos em decisões a serem tomadas ou atos a serem praticados se a norma jurídica atrela sua atuação a um fim determinado e especificado⁸⁷.

De todo modo, estabelecendo a ordem constitucional brasileira a Democracia e o Direito como os instrumentos aptos à consecução do interesse geral, deve a conduta do agente público ser orientada e condicionada pela afirmação do princípio da legalidade, buscando, inicialmente, aquilo que a legislação define como sendo uma finalidade a ser alcançada imediatamente por meio das iniciativas estatais. Ou seja, o próprio sistema normativo acaba determinando e delimitando os objetivos a serem buscados pelo Estado, além de assegurar as medidas necessárias (poderes-deveres) para sua perseguição⁸⁸.

Esse reconhecimento está presente nas obras mais comentadas e referidas pela doutrina brasileira contemporânea. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, consigna que o interesse público “é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social”⁸⁹. Diogo Moreira Neto, por sua vez, entende que, independentemente de atuar na promoção de interesses individuais e coletivos constitucionalmente cometidos a seus cuidados ou de gerenciar seus próprios interesses, o Poder Público age totalmente subordinado “ao que é definido em lei como interesse

⁸⁴ REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, para uso das Faculdades de Direito do Império**. 2. ed. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860. p. 7.

⁸⁵ “*L’administration est un fonction essentiellement exécutive: elle trouve dans la loi le fondement et la limite de son action*”. (RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1965. p. 15).

⁸⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda n. 1, de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. v. 1, p. 111.

⁸⁷ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 316.

⁸⁸ RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Princípios da Administração Pública: a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. **GENESIS – Revista de Direito Aplicado**, Curitiba, v. 10, p. 681-683, jul./set. 1996. p. 677.

⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 99.

público”⁹⁰. Em posição análoga, Lúcia Valle Figueiredo refere que o interesse público deve ser definido como “aquilo que a lei assim quis”, ou seja,

[...] o bem jurídico de interesse coletivo que, por lei, deve ser perseguido pela Administração, (pois) o interesse público dentro de determinado ordenamento jurídico-positivo, é aquele a que a Constituição e a lei deram tratamento especial; fins públicos são aqueles que o ordenamento assinalou como metas a serem perseguidas pelo Estado, de maneira especial, dentro do regime jurídico de direito público.⁹¹

Atua a Constituição, nesse aspecto, como diploma referencial do direito positivo, qualificando determinados interesses como públicos para que, a partir deles, a tarefa seja exercida pelo “Estado, primeiramente através dos órgãos legislativos, e depois por via dos órgãos administrativos, nos casos e limites da discricionariedade que a lei lhes haja conferido”⁹². Vale, por oportuno, referir que a aludida Lei nº 9.784/99 explicita a necessidade de “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação” (art. 2º, parágrafo único, inciso XIII), estabelecendo como obrigação da função administrativa no Brasil a realização das finalidades públicas assinaladas no sistema normativo vigente, ganhando *status* de público aquele interesse a que a Constituição ou legislação infraconstitucional deu tratamento diferenciado⁹³, na medida em que, reitere-se, são as normas jurídicas, notadamente as constitucionais, que detêm aptidão para “publicizar” o interesse a ser protegido e fomentado legitimamente pela Administração Pública.

1.2.3 A liberdade da Administração Pública por decisão do legislador: os meios de transferência da definição do interesse público ao agente administrativo

Assevera com propriedade o Professor Almiro do Couto e Silva que “num modelo ideal, o Estado de Direito estaria a exigir que os executores da lei, fossem eles juízes, administradores ou legisladores (suposta, neste último caso, a existência de uma lei superior),

⁹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 429.

⁹¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 30.

⁹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A Noção Jurídica de “Interesse Público”. In: **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 190.

⁹³ FIGUEIREDO, op. cit., p. 30.

se limitassem a ser aplicadores mecânicos dos comandos contidos na norma”⁹⁴. No atual estágio evolutivo do Estado Democrático de Direito, todavia, as exigências da sociedade organizada com relação aos entes públicos ultrapassam a mera necessidade de proteção aos direitos de seus membros, alcançando a promoção e efetivação destes, o que condiciona o Parlamento a se valer de normas de caráter finalístico ou programático, embasadoras da implementação de políticas públicas pelas organizações administrativas, as quais, invariavelmente, não apenas executam automaticamente a previsão normativa estabelecida, como também a interpretam e buscam dar-lhe concretude⁹⁵.

Ganham destaque nesse processo de concretização das finalidades legais e, por conseguinte, construção do significado de interesse público as regras de competência, que podem definir, se esta for a escolha ou a necessidade do legislador, a faculdade de o administrador optar pela ação que entende mais adequada, conveniente e oportuna dentre as juridicamente aceitas, determinando “a feição concreta que o ato deverá ter”⁹⁶. Essa compreensão já vem, há muito, sendo difundida pelos administrativistas brasileiros, como se pode constatar nas palavras de Visconde do Uruguay, que no seu *Ensaio sobre o Direito Administrativo* afirmava:

A ação governamental do Poder Executivo deve ser livre, e o seu poder mais ou menos discricionário, sujeito somente às leis (em cuja confecção intervém), à opinião e à Representação Nacional. A ação administrativa do Poder Executivo, como Poder administrativo, somente é discricionária enquanto graciosa. Como contenciosa não. Pelo menos não o deve ser. [...] As funções do Poder Executivo, como governo, são mais propriamente de iniciativa, de apreciação e direção geral, de conselho. Cabe-lhe imprimir na administração o seu espírito geral, e o seu pensamento. O Poder administrativo é portanto secundário e subordinado ao Poder político. Organiza o pensamento deste e o põe por obra.⁹⁷

Ao abordar a temática relativa às relações da Administração com o Poder Legislativo, Antônio Joaquim Ribas alertava com extrema lucidez, ainda em meados do século XIX, que “o legislador é a inteligência que formula a regra: a administração é a força mecânica que a executa. É a administração quem transporta o pensamento legislativo do mundo subjetivo para o objetivo, quem torna sensível e ativo, quem o traduz em fenômenos

⁹⁴ COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS*, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003. p. 95.

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 22.

⁹⁶ COUTO E SILVA, op. cit., p. 95.

⁹⁷ URUGUAY, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. v. 1, p. 18.

materiais sociais”⁹⁸. Seguindo o raciocínio, o autor, um dos expoentes do Direito Administrativo no país, completa referindo que, para superar os obstáculos de aplicação das disposições legais, o agente administrativo deve objetivar a adoção sistemática “às hipóteses variáveis da vida prática o pensamento da lei, esclarecendo e completando a palavra de que ela se serve, e decretando as medidas secundárias de mera execução”⁹⁹, razão pela qual o “Legislador porém não devia entregar aos caprichos da Administração a apreciação e declaração da utilidade pública”¹⁰⁰.

Cabe, assim, ao intérprete “enunciar e determinar a regra de direito”, para utilizar as palavras do mestre gaúcho Ruy Cirne Lima, o qual reafirma que “supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria”¹⁰¹. A respeito, Seabra Fagundes igualmente lecionava que, para a determinação do modo de agir,

[...] a competência da Administração é estritamente determinada na lei, quanto aos motivos e modo de agir. A lei lhe determina que, existentes determinadas circunstâncias, proceda dentro de certo prazo e de certo modo. [...]. Noutros casos, a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricção está em poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender. Nestes casos a competência é livre ou discricionária.¹⁰²

A exigência de regulação prévia do agir administrativo é a forma de preservação de interesses públicos e individuais, ressaltando Ribas que “Para segurança do interesse público, que a administração é incumbida de promover, e dos direitos dos particulares, com quem se põem em contato, é preciso que ela se submeta a certo processo e os seus atos a formas prefixas”¹⁰³. Hartmut Maurer, um dos administrativistas alemães de maior prestígio na atualidade, é enfático ao afirmar que o “dador da lei delimita o quadro e indica a direção de

⁹⁸ RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. [Brasília]: Ministério da Justiça, Serviço de Documentação, 1968. p. 59.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, para uso das Faculdades de Direito do Império**. 2. ed. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860. p. 132.

¹⁰¹ CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios do Direito Administrativo**. 7.ed. rev. reel. por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 40.

¹⁰² SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 82-83.

¹⁰³ RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. [Brasília]: Ministério da Justiça, Serviço de Documentação, 1968. p. 199.

objetivos, a administração encontra, sob a observância desses ajustes legais e sob a consideração das circunstâncias concretas”¹⁰⁴.

Com amparo nos ensinamentos dos autores suprarreferidos, não resta dúvida que a definição da forma de atuação do administrador, se vinculada à estrita previsão legal ou se pautada por juízos de oportunidade e conveniência, é decorrência da produção normativa do Poder Legislativo, que, por sua vez, tanto pode exigir uma atividade meramente subsuntiva, em razão da qual apenas uma ação será regular, quanto pode apresentar finalidade para cuja concretização esteja legitimada mais de uma forma de atuação, igualmente válidas perante o ordenamento jurídico vigente¹⁰⁵.

Ou seja, *prima facie*, quem determina as hipóteses nas quais se concretiza o interesse público é a própria legislação, por meio da competência outorgada constitucionalmente ao Parlamento, remanescendo à Administração o poder-dever de agir para implementar tal finalidade previamente determinada, o que leva à conclusão de que é apenas residual a possibilidade de o agente público afirmar livremente quando há interesse público diante da situação concreta¹⁰⁶. Observe-se ser exatamente essa a opção constitucional brasileira ao atribuir ao Poder Executivo a tarefa de “fiel execução” da lei, por meio, por exemplo, de regulamentos executivos, como indica o art. 84, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, a qual disciplina as competências vinculada ou discricionária a serem exercidas pelos órgãos da Administração, regulando e limitando sua apreciação subjetiva no âmbito de atuação concedida pela disposição legal, bem como fixando parâmetros que remetem à atividade administrativa a determinação dos conceitos previstos na norma¹⁰⁷. A vinculação do Poder Executivo decorre, igualmente, da interpretação do próprio art. 85 da Constituição Federal de 1988, que estabelece como crime de responsabilidade “os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal” (*caput*) e, especialmente, contra “o cumprimento das leis e das decisões judiciais” (inciso IV).

Friedrich Müller, a respeito, manifesta que pelos “imperativos de clareza e de determinabilidade impostos pelo princípio do Estado de Direito, o texto da norma constitui,

¹⁰⁴ MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 49.

¹⁰⁵ MAFFINI, Rafael Da Cás. O Direito Administrativo nos Quinze Anos da Constituição Federal. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 5, mar./maio 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

¹⁰⁶ NEQUETE, Eunice Ferreira. **Fundamentos Históricos do Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Porto Alegre, 2005. 238 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

¹⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 9, fev./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 14 abr. 2009.

em caso de conflito, o ponto de referência prioritário da aplicação do Direito, na medida em que ele fixa os limites das possibilidades lícitas de decisão”¹⁰⁸. É defeso, portanto, ao intérprete das regras constitucionais, assim como o das infraconstitucionais, abster-se de observar o núcleo mínimo de onde não podem fugir os conceitos e objetivos lá consagrados, justamente por, ao invés de promovê-los, fulminar sua própria existência, o que levaria o administrador público ou aquele que controla seus atos a valer-se de nova ponderação de interesses, em detrimento daquela já realizada e consagrada na norma¹⁰⁹. Com isso não se está dizendo que “todas as respostas” são encontradas nos diplomas constitucional e legislativos, apenas que é a partir destes, e sem fugir daquilo que minimamente preveem, que a margem de liberdade de atuação dos agentes públicos deve se limitar.

Trata-se de um silogismo decorrente da ordem constitucional do país: elegendo a lei ser predominante um interesse especificado em determinada hipótese fática, compete à Administração Pública, enquanto ente competente para executar *a posteriori* as opções legislativas, gerenciar e regular a relação que é estabelecida com os administrados, zelando pelo fiel cumprimento da finalidade legal¹¹⁰. Por conseguinte, “se a lei dá à Administração os poderes de desapropriar, de requisitar, de intervir, de policiar, de punir, é porque tem em vista atender ao interesse geral”¹¹¹, a ser concretizado imediatamente por aquela.

No ordenamento jurídico italiano, como registra Giannini, optou a jurisprudência por adotar o critério nominalístico: considera-se público aquele interesse que a lei qualifica como tal¹¹². Essa definição prévia é relevante para que se estabeleçam as finalidades inalienáveis do Estado, garantindo um critério essencial para o controle externo dos órgãos públicos, vedando, com isso, a atuação arbitrária e motivada por interesses alheios aos desejados pela sociedade e pelos seus membros individualmente considerados.

¹⁰⁸ MÜLLER, Friedrich. **Discours de Méthode Juridique**. Trad. Olivier Jouanjan. Paris: PUF, 1996. p. 325-7, *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

¹⁰⁹ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./mar, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 14 abr. 2010.

¹¹⁰ Em sentido próximo, José Antonio Pimenta Bueno manifestou-se no sentido de que “é desde logo manifesto que a gerência das relações do cidadão com o Estado, daquelas em que a lei deu o predomínio ao interesse coletivo, em que colocou este debaixo da alçada e proteção do direito Público ou Administrativo, que é ramo seu: é manifesto, dizíamos, que essa gerência deve pertencer ao poder executivo ou administrativo, pois que é o encarregado de zelar por esse domínio”, PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. [s.l.]: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de documentação, 1958. p. 7.

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 63.

¹¹² GIANNINI, Massimo Severo. **Corso di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1965. p. 125.

Correta, portanto, a ideia de que o interesse público, em perspectiva política, pode ser compreendido como “aquilo que o povo quer ver preservado ou promovido, segundo uma escala prévia de valores ou uma síntese previamente estabelecida, extraídos de debates públicos a respeito das decisões públicas”, privilegiando a “atividade criadora do Direito, notadamente a legislativa, que expressa, por essência, o querer social, e que depende, para concretizar-se, do regular exercício da atividade (função) administrativa”¹¹³. Destarte, “o *Senhor* do interesse público é a lei e não a Administração”¹¹⁴.

Como visto, o objetivo da legislação no Estado de Direito deve ser, ineludivelmente, o de disciplinar do modo mais estreito possível a atividade da Administração, exigindo, pois, a finalidade buscada pela lei plena conformidade com o interesse público concreto¹¹⁵. É diante dessa realidade que se abre a necessidade de o legislador discriminar com maior ênfase a questão procedimental da atuação administrativa, relativizando a busca pela regulamentação pormenorizada dos fatos da vida, mas garantindo a legitimidade da legislação por meio da participação de outras esferas da sociedade, de modo a ampliar a consideração de outros interesses potencialmente afetados pela atuação administrativa¹¹⁶. Isso não significa, entretanto, que a sujeição da ação estatal à lei demande sempre execução automática dos preceitos que a integram, pois à Administração é resguardada, justamente para garantir a melhor realização da finalidade imposta na norma, uma margem de livre atuação, sobre a qual o controle jurisdicional fica prejudicado¹¹⁷. O Prof. Almiro do Couto e Silva esclarece a posição defendida acima ao lecionar que

¹¹³ SILVA, Danielle Souza de Andrade. Atividade administrativa discricionária e determinação do conceito de interesse público. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 6, p. 199-214, abr. 2004. Disponível em: <http://www.jfpe.gov.br/biblioteca/juizes/danielle_rev06_p199-214.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2010. Posição análoga é defendida por PENNOCK, J. Roland. A Unidade e a Multiplicidade: uma observação sobre o conceito. In: **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967. p. 183.

¹¹⁴ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI: Algumas questões**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 45. Este também é o entendimento de García de Enterría, para quem a Lei é responsável pela determinação dos fins públicos concretos e outorga de competência discricionária à Administração para a realização daqueles, mormente por regular a competência e as especificidades do procedimento empregado para seu exercício. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Administración Pública y la Ley. **Revista Española de Derecho Administrativo**, Madri, n. 108, oct./dic. 2000. p. 570.

¹¹⁵ ALESSI, Renato. **Principii di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1966. t. 1, p. 210.

¹¹⁶ KRELL, Andreas J. Discricionarietà administrativa, concetti giuridici indeterminati e controllo giudiziale. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 8, p. 177-224, dez. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27203/discricionarietade_administrativa_conceitos_juridicos.pdf?sequence=3>. Acesso em: 04 fev. 2010.

¹¹⁷ COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003. p. 98.

[...] a noção de que a Administração Pública é meramente aplicadora das leis é tão anacrônica e ultrapassada quanto a de que o direito seria apenas um limite para o administrador. Por certo, não prescinde a Administração Pública de uma autorização legal para agir, mas, no exercício de competência legalmente definida, têm os agentes públicos, se visualizado o Estado em termos globais, um dilatado campo de liberdade para desempenhar a função formadora, que é hoje universalmente reconhecida ao Poder Público.¹¹⁸

Carl Friedrich, na mesma linha, entende que a estabilidade institucional garantida pela legislação não exige completamente a autoridade pública de estimativas pautadas pela conveniência, já que aquela não é capaz de abranger, descritivamente, todas as eventualidades a serem enfrentadas na prática. Assim, é inevitável que o exercício da discricção leve-a, frequentemente, a agir de acordo com sua própria interpretação do interesse público¹¹⁹, mormente se reconhecido que

[...] um legislativo que delegue a um órgão administrativo o direito de regular de acôrdo com o interêsse público não está simplesmente passando a responsabilidade para outrem; está promovendo os meios de aplicar uma política dinâmica e cada vez mais precisa, baseada na experiência, num contínuo contato com interêsses especiais e na liberdade de buscar o bem-estar geral conforme são levados a encará-lo.¹²⁰

Portanto, embora possa haver, por vezes, a indicação exata da conduta do agente pela lei, em inúmeras outras há considerável outorga de “liberdade, a qual pode consistir não só na faculdade de praticar ou de deixar de praticar certo ato, como também no poder, dentro dos limites legais, de escolher no rol das providências possíveis aquela que lhe parecer mais adequada à situação concreta”¹²¹. Ainda que a vinculação da Administração à lei exija a adoção de medida pautada por apenas uma consequência, no mais das vezes a norma jurídica não estabelece os meios determinados para atingir finalidade normativa, havendo, como leciona Maurer, uma flexibilização na referida vinculação, permitindo que a autoridade possa

¹¹⁸ COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003. p. 98.

¹¹⁹ FRIEDRICH, Carl J. Authority, Reason and Discretion. In: **Authority**. Cambridge: Harvard University Press, 1958.

¹²⁰ PENNOCK, J. Roland. A Unidade e a Multiplicidade: uma observação sôbre o conceito. In: **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967. p. 184.

¹²¹ COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003. p. 98.

agir com certa liberdade no seu âmbito de atuação e decisão¹²². Nesse sentido, manifestou-se o Superior Tribunal de Justiça, asseverando com propriedade que

[...] o princípio da legalidade não impede que o administrador, orientado pelas diretrizes genéricas e abstratas traçadas pela lei, dê visibilidade, consistência e particularidade a direitos e obrigações (muitas vezes estabelecidos originalmente pela própria Constituição) com ela compatíveis. Se é certo que somente a lei pode criar, modificar ou extinguir direito, não é menos correto que à Administração compete muitas vezes dar concretude e desdobrar os direitos e obrigações previamente estatuídos.¹²³

Bem observa o supracitado autor alemão, a propósito, que a definição do grau de vinculação administrativa à lei é determinada de acordo com “regulações legais respectivas”, provenientes do órgão legitimado constitucionalmente para tanto e que possui competência para decidir “se e até que ponto ele quer liberar a administração”¹²⁴. Limitando-se, no entanto, à temática da investigação proposta, tem-se que no processo de construção do sentido do interesse público, embora certo que a conduta da Administração Pública é restringida pelas normas jurídicas, as quais elegem aquilo que, dentro do contexto social, pode ser tido como de interesse geral, a definição legislativa não esgota as possibilidades relativas à aplicação do Direito, porquanto, não raro, outra disposição normativa impõe ao agente público a necessidade de proteção de um interesse mais qualificado, facultando-lhe exercer uma potestade caracterizada pela valoração da atuação que entende atender ao interesse público na eleição que adota¹²⁵.

Dessa realidade decorre a impossibilidade efetiva de o Legislador prever e regular previamente todas as situações da dinâmica e multidimensional sociedade contemporânea, a qual exige atuações imediatas e eficazes do Poder Público, optando pela concessão de uma margem de liberdade para que os membros do Poder Executivo cumpram as funções que lhe são constitucionalmente atribuídas¹²⁶. Em contrapartida, é fundamental que uma Administração Pública moderna possua instrumentos que lhe permitam responder pronta e

¹²² MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 47-48.

¹²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.068.944/PB, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 12/11/2008, DJe 09/02/2009.

¹²⁴ MAURER, op. cit., p. 49.

¹²⁵ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 33.

¹²⁶ KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 8, p. 177-224, dez. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27203/discricionariedade_administrativa_conceitos_juridicos..pdf?sequence=3>. Acesso em: 04 fev. 2010.

adequadamente às múltiplas e imponderáveis necessidades com que se defronta habitualmente, possíveis de serem atendidas apenas se uma margem mínima de liberdade de atuação seja assegurada pela delegação legislativa¹²⁷.

Logo, conquanto a norma jurídica possa não indicar objetivamente qual seria o interesse público a ser perseguido, é o arcabouço normativo que serve de referência para a necessária ponderação e a unidade hermenêutica entre interesses conflitantes nas situações concretas¹²⁸. O texto normativo, de todo modo, configura “um elemento necessário, mas insuficiente para a concreta realização jurídica, já que essa realização exigirá, para além daquela norma e em função agora do caso concreto (do problema jurídico do caso concreto)”¹²⁹, revelando a “importância assumida pelas fontes infralegais do Direito Administrativo”, atos administrativos revestidos na forma de regulamentos, resoluções, circulares e portarias que influem diretamente na solução dos problemas habitualmente enfrentados pelos agentes públicos¹³⁰.

Pode-se dizer que a norma jurídica figura, na relação com o ato administrativo, como uma “remissão de segundo grau” da decisão administrativa, em que pese esta última esteja condicionada às exigências legais previstas para causas específicas (terra improdutiva para fins de desapropriação, por exemplo). À Administração possibilita-se indicar e motivar em cada caso a realização do suporte fático descrito na norma, sendo-lhe defeso, conseqüentemente, impor uma decisão com mera invocação abstrata de atendimento ao interesse público, dada a necessidade de justificação concreta e específica do ato administrativo¹³¹.

A aludida determinação normativa do interesse público necessário a legitimar o uso das prerrogativas de ação administrativa pode se apresentar de maneira mais ou menos precisa. No primeiro caso, é feita exclusivamente mediante a indicação das condições fáticas passíveis de uma avaliação objetiva que confirme sua ocorrência, com a exclusão de avaliação subjetiva decisiva, como é o caso, por exemplo, da concessão de carteira de habilitação para

¹²⁷ SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 110.

¹²⁸ OHLWEILER, Leonel. Os princípios constitucionais da Administração Pública a partir da filosofia hermenêutica: condições de possibilidade para ultrapassar o pensar objetificante. **A & C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 4, out./dez. 2004. p. 136-137.

¹²⁹ NEVES, António Castanheira. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 145.

¹³⁰ COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado Contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 13-31, dez. 2003. p. 20.

¹³¹ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 34.

dirigir se cumpridos os requisitos legais – atuação vinculada¹³². Em contrapartida, como descreve Renato Alessi, as hipóteses de imprecisão na indicação normativa do interesse público a ser alcançado ocorrem (I) quando, embora estabelecidas as circunstâncias fáticas caracterizadoras do interesse público, remanesce à Administração, após a avaliação dos pressupostos de fato, a possibilidade de avaliar se o proceder é ou não oportuno relativamente aquele fim normativo (concessão de licença para servidor público por motivo de afastamento do cônjuge, art. 84 da Lei nº 8.112/90, por exemplo); (II) no caso de haver uma simples indicação genérica da finalidade pública a ser atingida satisfatoriamente pela atividade, como no caso de avaliação do interesse concernente à ordem pública, ao meio ambiente ou à preservação da cultura; (III) na hipótese de implícita referência a um fim de interesse público, concebendo ser este um limite sempre presente na atividade administrativa¹³³.

Em sintonia, observa Prosper Weil que as conexões entre as normas jurídicas e a ação administrativa estão intrincadas mais ou menos estreitamente, oscilando entre uma conexão mínima (relação de compatibilidade) e uma conexão máxima (relação de conformidade)¹³⁴. Neste caso, pode ocorrer de a competência administrativa estar totalmente regulada, exigindo uma conduta estritamente conforme a previsão legal; naquela hipótese, contudo, inexistente possibilidade de que o poder da Administração esteja totalmente desconectado de uma previsão normativa anterior, pois está limitada por regras de competência, pela obrigação de atuar com vistas a um fim de interesse público e pela proibição de basear sua decisão em suportes fáticos materialmente inexatos ou adotá-la viciada por erro manifesto¹³⁵.

Nas palavras de Rivero, observa-se a competência vinculada quando a regra de direito impõe aos agentes administrativos a decisão resultante da reunião das condições definidas na legislação; o “poder” discricionário ocorre nos casos em que a lei garante certa liberdade de apreciação no exercício das prerrogativas do administrador¹³⁶. Ressalva o autor francês, entretanto, que não existem atos inteiramente discricionários, uma vez que o necessário atendimento à legalidade implicará imposição de algumas condições de ação à administração, as quais não escaparão ao controle jurisdicional. Duas são as condições registradas: a primeira relativamente à autoridade competente para a execução da previsão

¹³² ALESSI, Renato. **Principii di Diritto Amministrativo**. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1974. t. 1, p. 204.

¹³³ *Ibidem*, p. 204.

¹³⁴ WEIL, Prosper. **Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1986. p. 142.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1965. p. 76.

legal, e a segunda concernente à finalidade perseguida pelo direito, qual seja, o interesse público; sobre esses dois aspectos, pelo menos, a Administração sempre estará vinculada¹³⁷.

Como conclusão parcial, pode-se sintetizar o raciocínio no sentido de que, não obstante a persecução do interesse público seja o escopo último da atividade administrativa, a possibilidade de qualificação do conceito é exercida de forma integrativa, ou seja, não existindo prévio e específico indicativo legal da atividade/decisão a ser praticada, reconhece-se que, por opção ou necessidade legislativa, à autoridade administrativa é remetida tal tarefa, por entender ser mais adequado fazê-lo *in concreto*¹³⁸. Há, portanto, uma transferência política das decisões que melhor atingiriam o interesse público. A problemática consequente passa a ser o esclarecimento do processo hermenêutico e de compreensão da norma que fixa e/ou qualifica um interesse determinado como público, já que é a partir disso que se define qual a margem de liberdade da Administração na sua realização¹³⁹.

Certo é, nesse sentido, que a previsão legislativa legítima e constitucional, no mais das vezes, acaba dando margem, expressa ou tacitamente, ao desempenho de função formadora do agente administrativo, tanto por meio de determinação para preenchimento de conceitos como o interesse público, autorizando a determiná-lo perante o caso concreto (art. 57, §6º, II, da Constituição Federal e art. 58, I, da Lei nº 8.666/93, por exemplo), quanto em razão da ausência de estabelecimento de um *modus operandi* específico para o atingimento do escopo da norma jurídica, abrindo espaço à atividade criadora do intérprete na aplicação da norma ao caso concreto¹⁴⁰.

De qualquer sorte, seja mediante interpretação de conceitos indeterminados, seja por meio de atuação discricionária, a persecução e tutela do interesse público pelo administrador deve se submeter à previsão normativa constitucional, aos termos previstos nas leis e, ainda, às especificidades dos atos normativos infralegais expedidos pelos órgãos públicos da Administração direta ou indireta (decretos, portarias, regulamentos, etc.)¹⁴¹. Diante dessas duas possibilidades, pertinente que se aborde, para que se avance no objetivo do estudo, a forma como é compreendida no Brasil a intrincada relação entre conceitos jurídicos

¹³⁷ RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1965. p. 77.

¹³⁸ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI: Algumas questões**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 42.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 52.

¹⁴⁰ COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003. p. 97.

¹⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 11.

indeterminados e discricionariedade administrativa, sempre tendo a realização dos fins do Estado, aspecto material do interesse público, como norte do debate.

1.2.3.1 Interesse público enquanto conceito jurídico indeterminado

Pelo fato de a Administração Pública voltar-se, predominantemente, para o futuro, revelar-se-ia impensável, na complexidade contemporânea da organização estatal, “que a lei sempre determinasse, até os últimos pormenores, qual deveria ser o comportamento e a atuação dos diferentes agentes administrativos”¹⁴². Assim, a necessidade de tomada de decisões e adoção de medidas concretas diante de situações corriqueiras, sem que se possa recorrer a uma solução legislativa prévia e acabada, é cada vez mais evidente na atividade administrativa atual¹⁴³. Ou seja, nos dizeres de Maurer, a tarefa típica e indisponível das autoridades administrativas possui a ser, efetivamente, a concretização do Direito, feita por meio da adequação dos preceitos legais abstratos às situações concretas, cuja análise vincula-se, indissociavelmente, à compreensão da divisão de Poderes típica do Estado hodierno¹⁴⁴.

Como forma de viabilizar o cumprimento dessa atribuição constitucionalmente outorgada à Administração¹⁴⁵, ganha destaque o emprego de conceitos jurídicos indeterminados pelos textos normativos, técnica legislativa comumente adotada para ampliar o alcance da norma jurídica, já que carece de complementação hermenêutica ulterior, tarefa peculiar ao concretizador dos comandos legais¹⁴⁶. Os conceitos jurídicos indeterminados demandam, destarte, permanente abertura no cotejo com a realidade a ser analisada, atributo

¹⁴² COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003. p. 98.

¹⁴³ KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 8, p. 177-224, dez. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27203/discricionariedade_administrativa_conceitos_juridicos..pdf?sequence=3>. Acesso em: 04 fev. 2010.

¹⁴⁴ MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 45.

¹⁴⁵ Vide, a propósito, o art. 84, inciso IV, da Constituição Federal, que estabelece a competência privativa do Presidente da República, chefe do Poder Executivo Federal, para “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos **para sua fiel execução**” (grifou-se).

¹⁴⁶ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 71.

que lhes são conferidos de maneira a permitir melhor aplicação casuística e uma “aproximação do sistema normativo à riqueza do mundo real”¹⁴⁷.

Assim, quando uma norma apresenta um conceito indeterminado, seu objetivo é que a finalidade por ela prevista seja implementada, diante da situação fática, a partir da conduta que o administrador, após interpretar o sentido buscado com a inclusão do conceito no texto, entenda ser capaz de fazê-la. Não se trata de autorizar o intérprete a preenchê-lo, diante do caso concreto, da forma que lhe aprouver, mas de vincular o preenchimento do conceito àquele objetivo que traduziria o atingimento do escopo público pretendido¹⁴⁸.

No estudo dos referidos conceitos, também designados na doutrina como “plurissignificativos”, “abstratos” ou “fluidos”, a questão que acaba se impondo, inexoravelmente, vincula-se à existência ou não de margem de livre apreciação na sua aplicação, debate que remonta aos ensinamentos de Bernatzik e Tezner. A controvérsia estabelecida pelos mestres austríacos referia-se, em resumo, ao fato de que este defendia uma dissociação entre a possibilidade de agir discricionário e o emprego de conceitos jurídicos indeterminados no desenvolvimento das ações administrativas, ao passo que aquele asseverava a existência de uma margem de discricionariedade condicionada à observância de parâmetros técnicos, denominada discricionariedade técnica, em face da complexidade prática normalmente apresentada pelos problemas administrativos¹⁴⁹.

A maior das consequências acarretadas pelo debate diz com a intensidade da investigação a ser promovida pelo controle jurisdicional do ato administrativo que aplica ou que tem por fundamento um conceito indeterminado, uma vez que, se decorrerem de mera interpretação jurídica, alheia ao subjetivismo típico da atuação discricionária, será objeto de sindicabilidade judicial ampla “quanto à correção ou incorreção de sua aplicação, ou da subsunção do caso concreto no preceito abstrato, pois logicamente só existirá uma única aplicação certa”¹⁵⁰. O desenvolvimento das teorias apresentadas pelos autores austríacos no direito alemão revelou inclinação doutrinária e jurisprudencial, até hoje perceptível naquele país, para a posição de que a problemática referente aos conceitos indeterminados, encontrados normalmente no suporte fático da norma, diz respeito à mera interpretação da

¹⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo**. Disponível em: <<http://www.justenfilho.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 21 set. 2006. p. 3.

¹⁴⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. O Controle Jurisdicional da Administração Pública. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 2, maio 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 nov. 2009.

¹⁴⁹ COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003. p. 101.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 102.

regra jurídica, o que, via de regra, leva à possibilidade de obtenção de uma resposta vinculada, sem que se possa reconhecer a prerrogativa de eleição dos efeitos jurídicos¹⁵¹.

Excepcionalmente, todavia, normas que condicionam a atuação da Administração à promoção de determinados conceitos vagos estabelecem uma liberdade expressiva na sua concreção¹⁵², próxima ou, até mesmo, equivalente à competência discricionária. São conceitos jurídicos que, por sua natureza e por eventual ausência de definição legislativa acerca de seu conteúdo, inviabilizam a recondução do caso concreto sempre a uma zona de certeza segura quanto ao seu significado. Em tais situações, dentre as quais se inclui a utilização da expressão “interesse público”, não há como serem abolidas por completo as incertezas quanto à medida que melhor incorpora o sentido buscado com o emprego do conceito, sendo o administrador “encarregado de sopesar com exclusividade as circunstâncias do caso, ante a impossibilidade do juiz pretender que a intelecção dada pela autoridade administrativa desbordou dos limites do direito - ressalvada sempre a hipótese de identificação de desvio de poder”¹⁵³.

Dessa forma, uma conclusão unívoca acerca da restrição à liberdade do administrador quando da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não pode ser estendida a todas as hipóteses trazidas pelo legislador, pois as normas jurídicas apresentam, por vezes, expressões cuja “equivocidade dificilmente pode ser sanada”¹⁵⁴. Essa realidade é mais facilmente perceptível na apreciação de “conceitos de interpretação difícil e aplicação ainda mais complexa”, o que se dá, como visto, tanto em função de ato volitivo do legislador, quanto, no mais das vezes, por impossibilidade concreta de detalhar o conteúdo da norma diante da complexidade dos múltiplos fatores sociais¹⁵⁵.

Não por outro motivo, abalizada doutrina defende que, em determinados casos envolvendo expressões valorativas e juízos de prognose, por demandarem maior complexidade na ponderação das considerações fáticas, considerável margem de liberdade é

¹⁵¹ COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003. p. 102.

¹⁵² KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 8, p. 177-224, dez. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27203/discricionariedade_administrativa_conceitos_juridicos..pdf?sequence=3>. Acesso em: 04 fev. 2010.

¹⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Relatividade” da Competência Discricionária. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 5, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14 abr. 2009.

¹⁵⁴ HARGER, Marcelo. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 756, p. 11-36, dez. 1998. p. 32.

¹⁵⁵ SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 17.

concedida à Administração como forma de assegurar a própria autonomia das suas decisões¹⁵⁶. No aspecto, Walter Jellinek ensina haver uma liberdade de conformação do intérprete da norma com relação aos conceitos fluidos, pois, no seu entender, o “juízo discricionário é também a faculdade de delimitar ou circunscrever um conceito legal indeterminado, com a ressalva de que não incorra em erro”¹⁵⁷.

É relevante, portanto, saber se o conteúdo do conceito indeterminado é determinável a partir da experiência empírica, da interpretação com cunho valorativo ou auxiliada por conhecimentos técnicos específicos, pois a ampliação da margem de liberdade subjetiva do intérprete é excepcional e somente observada na apreciação de conceitos eminentemente valorativos, ou seja, “o emprego, na lei, de conceitos jurídicos indeterminados pode ou não gerar discricionariedade, dependendo do tipo de conceito e da sua aplicação diante dos casos concretos”¹⁵⁸.

Tais considerações somente ganham sentido se sucederem um prévio esclarecimento acerca da distinção entre as diversas espécies de conceitos indeterminados, pois, reitere-se, normalmente tais expressões exigem do administrador o emprego de um processo interpretativo avalorativo, permitindo que se encontre com maior precisão o significado que o conceito busca exprimir, o que lhe reduz sensivelmente a margem de liberdade de escolha¹⁵⁹ – são os denominados “conceitos normativos”, passíveis de ampla sindicabilidade judicial. Por outro lado, outros conceitos revelam-se “verdadeiramente indeterminados”, por não limitar a atividade hermenêutica típica a critérios extrajurídicos, esgotando a capacidade do processo subsuntivo de maneira objetiva, já que remanesce âmbito de apreciação subjetiva restritiva de controle jurisdicional quanto ao seu conteúdo¹⁶⁰.

¹⁵⁶ KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 8, p. 177-224, dez. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27203/discricionariedade_administrativa_conceitos_juridicos..pdf?sequence=3>. Acesso em: 04 fev. 2010.

¹⁵⁷ JELLINEK, Walter. *Gesetzanwendung und Zweckniässigkeitserwagund*, p. 36/37 *apud* CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. 1, p. 28.

¹⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 9, fev./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 14 abr. 2009.

¹⁵⁹ PENNOCK, J. Roland. A Unidade e a Multiplicidade: uma observação sôbre o conceito. In: **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967. p. 180.

¹⁶⁰ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 160 e seguintes. Registre-se, por oportuno, a observação do português António Francisco de Souza, da Universidade do Porto, ao reconhecer a existência de conceitos discricionários, que demandam valoração caso a caso, de caráter fortemente subjetivo. Isso porque, na prática, conceitos “valorativos” ou “discricionários” concedem ao operador do direito público grau equivalente de liberdade de conformação, limitando indistintamente a intensidade de controle por parte do Poder Judiciário, já que, em ambas as hipóteses, esse estará limitado pela atuação conforme o Direito. (SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 91).

Nesse sentido, chega a doutrina a asseverar que não é, verdadeiramente, uma atividade interpretativa a busca pela aplicação de normas que apresentem expressões indeterminadas, sendo defeso ao Judiciário controlar aspectos do ato que não sejam o cumprimento das regras procedimentais para a complementação normativa e a interpretação coerente com os critérios de avaliação “universalmente vigentes”, abstendo-se de avaliar a influência de considerações subjetivas na decisão administrativa¹⁶¹.

No caso do interesse público, por exemplo, por se situar implícita ou explicitamente no fim mediato ou imediato da disposição legislativa, o administrador é levado a preenchê-lo por meio de juízos valorativos ou prognósticos, atribuindo-lhe os mais diversos sentidos, já que a dificuldade de interpretação e aplicação surge tanto no momento em que se busca o sentido que o legislador intende imprimir com o seu emprego, quanto na tentativa de subsumir a situação fática ao conteúdo possível atribuído à expressão¹⁶². Admite-se, a respeito, a presença de prerrogativas análogas às discricionárias nas hipóteses em que a norma o apresenta sem esclarecer previamente seu conteúdo ou o procedimento apto a obtê-lo, uma vez que a opção livre ou condicionada do legislador foi, justamente, por autorizar a apreciação do caso concreto com base em juízos de conveniência e oportunidade.

Deve-se, todavia, ressaltar que “nem toda indeterminação significa livre discricionariedade. Todo o conceito legal indeterminado é pluridimensional, mas nem toda a pluridimensionalidade de um conceito legal indeterminado é querida pela lei. Neste caso, é possível uma passagem para a unicidade, isto é, é possível que o conceito legal indeterminado passe a ser determinado”¹⁶³.

¹⁶¹ GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). **Perspectivas do Direito Público**: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 331. O jurista deixa clara sua posição sobre a distinção entre conceitos indeterminados e discricionariedade em voto proferido no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 24.699, à época em que compunha a Suprema Corte nacional, ao consignar que “a discricionariedade, bem ao contrário do que sustenta a doutrina mais antiga, não é consequência da utilização, nos textos normativos, de “conceitos indeterminados”. Só há efetivamente *discricionariedade* quando expressamente *atribuída*, pela *norma jurídica válida*, à autoridade administrativa, essa margem de decisão à margem da lei. Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar *discricionariamente* apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Insisto em que a *discricionariedade* resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultem, por obra de interpretação, as normas jurídicas”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.699, Relator(a): Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01/07/2005).

¹⁶² MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 55.

¹⁶³ SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p. 82-83. A Professora Di Pietro, a respeito, consigna que “os conceitos de valor – objeto de maiores polémicas doutrinárias – podem ou não gerar discricionariedade ou, melhor dizendo, certa margem de apreciação. Um conceito que, na lei, se apresenta como indeterminado, por exemplo, moralidade, interesse

Embora não faça menção específica ao interesse público, o Professor Almiro do Couto e Silva, abordando as características inerentes aos conceitos jurídicos indeterminados, manifesta-se em sentido aproximado, ao referir que “conquanto, no plano estritamente lógico, não se cogite aí do poder discricionário do agente administrativo com competência para aplicar a norma, é irrecusável que, em termos práticos, passa ele a gozar de uma área de decisão que torna semelhante os atos de aplicação destes conceitos aos de exercício de poder discricionário”¹⁶⁴.

No aspecto, importa reiterar que a construção teórica apresentada tem por finalidade abordar um conceito específico – o interesse público – o qual, pelas peculiaridades que vêm sendo ressaltadas e pela onipresença em todas as searas da atividade administrativa, acaba por levar à existência de espaços livres de atuação que não se resumem à mera interpretação da norma, conferindo margem de apreciação na hipótese normativa que se assemelha à discricionariedade. Daí porque se aplica aqui a tese de que a interpretação de determinadas normas não pode ser demasiadamente simplificada a ponto de justificar a possibilidade de existência de apenas uma resposta correta¹⁶⁵, dependente, entretanto, do tipo de conceito em apreço.

Veja-se, a título de exemplo, a redação apresentada pelo art. 49, *caput*, da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos): “A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de *interesse público* decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta”. Os atos revogatórios, como regra, fundam-se em juízos de oportunidade e conveniência, desfazendo-se a Administração de um ato anterior por entender que não mais se revela compatível com os interesses sob sua tutela e com as funções que lhe são atribuídas¹⁶⁶. Na espécie, a regra que exige a ocorrência de “fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta” evidencia

público, utilidade pública, notório saber, pode tornar-se determinado no caso concreto, pelo exame da situação de fato”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 9, fev./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 14 abr. 2009).

¹⁶⁴ COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado Contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 13-31, dez. 2003. p. 99.

¹⁶⁵ KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 8, p. 177-224, dez. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27203/discricionariedade_administrativa_conceitos_juridicos.pdf?sequence=3>. Acesso em: 04 fev. 2010.

¹⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 614.

preocupação em alertar o agente público para a necessidade de motivação do ato, ressalva que sequer deveria ser necessária diante do atual estágio da ordem constitucional brasileira. Parece extreme de dúvidas, contudo, que a legislação utiliza a expressão interesse público, embora condicione seu atendimento à comprovação de “fato superveniente” capaz de justificar a revogação da licitação, para delegar à autoridade competente prerrogativa pautada por juízos de conveniência e oportunidade, conquanto limitada a atuação do órgão que promove o certame licitatório pela necessária observância do interesse público imediato, concreto, uma vez que, como visto anteriormente, este conceito figura como fim e fundamento condicionador de todas as medidas do Poder Público.

No mesmo sentido é a posição do Supremo Tribunal Federal ao se manifestar a respeito da disposição normativa supratranscrita, indicando que sua invocação revela a prática de “ato discricionário, pautado por juízo de conveniência e oportunidade da autoridade administrativa”, pois “antes da homologação da licitação, não exsurge aos concorrentes nenhum direito subjetivo capaz de impedir a revogação da abertura do processo licitatório, inspirada por óbvia e declarada conveniência pública, nem tampouco alguma lesão patrimonial de que se lhe irradiasse direito a indenização”¹⁶⁷.

O raciocínio é equivalente na apreciação da regra contida no art. 78, inciso XII, da mesma Lei de Licitações e Contratos Administrativos, o qual estabelece a prerrogativa extraordinária de rescisão contratual por “razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato”. Ao introduzir condições para a caracterização do “interesse público”, buscou o legislador criar para a Administração Pública uma limitação no seu âmbito de liberdade, exigindo que esse interesse público não possa ser invocado de maneira abstrata e desfundamentada. Trata-se de positivação da exigência imposta pelo Estado de Direito para eliminação do arbítrio, demandando a “necessidade das decisões administrativas serem relacionadas e proporcionadas aos interesses fundamentais atribuídos ao Estado, o que demanda sua explicitação em termos definidos e concretos”¹⁶⁸.

Diante da análise apresentada, pode-se estabelecer que o processo interpretativo do conteúdo e significado do interesse público não tolhe a liberdade conformadora do

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso em Mandado de Segurança nº 24188, Relator(a): Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 14/08/2007, DJe 13/09/2007. O Superior Tribunal de Justiça não adota posição distinta, como é possível observar, a título de exemplo, no Recurso em Mandado de Segurança nº 23.360 (Relator(a): Min. Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 18/11/2008, DJe 17/12/2008).

¹⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 785.

administrador na busca pela sua aplicação à hipótese fática, dependendo o grau de liberdade que se permita à Administração da posição do conceito na norma e da extensão de detalhamento por ela apresentada¹⁶⁹. Nesse sentido, a investigação científica do processo de construção do significado do interesse público no âmbito do Direito Administrativo parece indicar “o uso de conceitos jurídicos indeterminados, bem como a concessão de discricionariedade, como manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação”¹⁷⁰. Destarte, ao analisar a adequação e pertinência do ato administrativo, caberá ao executor da prerrogativa legal, após o processo interpretativo e remanescendo nebulosa a significação concreta do conceito, defini-lo por meio de sua apreciação subjetiva, situação que leva alguns autores a garantir “que outra coisa não é que a própria discricionariedade”¹⁷¹.

O reconhecimento do interesse público, destarte, envolve, normalmente, avaliações ou valorações dotadas de um inafastável grau de imprecisão, pois sua compreensão “pelo intérprete não é um dado apriorístico do sistema, mas se revela apenas no complexo argumentativo da interpretação e aplicação do direito. Segundo a opção normativa, tal operação estimativa ou valorativa deve ser realizada, prioritariamente, pelo administrador público”¹⁷². Registre-se, por oportuno, que a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello não destoaria da ora apresentada, pois manifesta que

Em despeito de fatores que concorrem para delimitar o âmbito de intelecção dos conceitos imprecisos [...] seria excessivo considerar que as expressões legais que os designam, ao serem confrontados com o *caso concreto*, ganham, *em todo e qualquer caso*, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do conceito por elas recoberto. *Algumas vezes isto ocorrerá. Outras não.* Em inúmeras situações, mais de uma intelecção seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vezos de senhoria da verdade, que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado, isto é, *objetivamente reputável como incorreto.*¹⁷³

¹⁶⁹ COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n. 29, p. 79-108, jun. 1988. p. 52.

¹⁷⁰ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 72 e ss.

¹⁷¹ COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n. 29, p. 79-108, jun. 1988. p. 98.

¹⁷² BINENBOJM, Gustavo. Direito Administrativo em 2006: uma breve resenha. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 25-54, jan./mar. 2007. p. 37.

¹⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 75-6. Em posição diametralmente oposta, Eros Grau defende que “a administração, ao praticar atos discricionários, formula juízos de oportunidade, escolhe entre indiferentes jurídicos. Aí há decisão à margem da lei, porque à lei é indiferente a escolha que o agente da Administração vier então a fazer. Indiferentes à lei, estranhas à legalidade, não há porque o Poder Judiciário controlar essas decisões. Ao contrário, sempre que a Administração formule juízos de legalidade, interpreta/aplica o direito e, pois, seus

Diante disso, parece pecar pelo excesso de objetividade a posição seguida por alguns autores, segundo a qual a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados dará, invariavelmente, ensejo a uma solução “única e justa”¹⁷⁴, sem o estabelecimento de quaisquer ressalvas, pois, como refere Eros Grau, a interpretação não é ciência com resultado exato, mas atividade intelectual que demanda uma opção intuitiva, por não haver óbice ao fato de existirem várias interpretações possíveis e adequadas, dependendo da situação concreta¹⁷⁵. Deve o aplicador do Direito, deste modo, valer-se dos elementos fáticos que a realidade social fornece, objetivando tomar uma decisão norteada pelo conceito indeterminado que seja juridicamente válida e aceitável, ainda que não possa, na prática, ser a “melhor” ou a “verdadeira”¹⁷⁶.

Nesse ínterim, embora haja respeitável posição doutrinária defendendo a ausência de margem discricionária na atividade voltada à concretização do interesse público enquanto conceito indeterminado, hipótese que decorreria logicamente do fato de ser objeto de hermenêutica normativa, é inegável que, na prática, o agente administrativo possui uma margem de liberdade decisória no momento de aplicação que em muito se assemelha à discricionariedade¹⁷⁷, aproximando sensivelmente a forma de controle externo da atuação voltada ao atingimento das finalidades públicas.

É conclusão consectária do referido acima que a característica comumente atribuída aos conceitos indeterminados em geral, qual seja, a de ser um “processo vinculado, que se esgota no processo intelectual de compreensão de uma realidade, processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador”¹⁷⁸, encontra óbice nas hipóteses em que

atos não de ser empreendido à luz dos princípios, em especial, embora não exclusivamente, os afirmados pelo artigo 37 da Constituição”. Supremo Tribunal Federal, Recurso em Mandado de Segurança nº 24.699, Relator(a): Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01/07/2005.

¹⁷⁴ É por marcante influência da doutrina e jurisprudência administrativista espanhola, em sua posição tradicional e ainda majoritária, que parcela da doutrina brasileira defende que a atividade interpretativa dos conceitos indeterminados é isenta de considerações discricionárias, sendo dever da Administração, a partir da situação fática que se lhe apresenta, encontrar a única e melhor possível. Nas palavras de García de Enterría e Tomás Ramón Fernández: “*En el Derecho Administrativo, no existe diferenciación en cuanto a la utilización de conceptos tales como la urgencia, el orden público, el justo precio, la calamidad pública, las medidas adecuadas o proporcionadas, la necesidad pública o el interés público, etc., no permitiendo una pluralidad de soluciones justas, sino sólo una solución a cada caso concreto*”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998. v. 1. p. 451).

¹⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 211.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 212.

¹⁷⁷ COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003.

¹⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 9, fev./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 14 abr. 2009.

não se revela suficiente a mera subsunção de determinadas situações na categoria legal prevista pela norma, como é o caso da interpretação do interesse público. Diante do exposto, pode-se afirmar com segurança que as características peculiares da atividade interpretativa do interesse público inviabilizam o reconhecimento de uma definição pautada exclusiva e exaustivamente no complexo normativo. Demandam, à evidência, um ônus argumentativo tanto na compreensão dos possíveis sentidos objetivados pela norma, quanto no conteúdo e forma como será aplicado diante da situação fática, cuja competência, por opção constitucional, deve ser do próprio administrador público.

É limitada, pois, a possibilidade de obtenção de uma única solução “justa” na interpretação de conceitos fluidos da mesma estirpe do interesse público, tratando-os indiscriminadamente, mormente em face da existência de um ambiente social de constante embate de interesses contrapostos, todos legítimos perante a ordem constitucional, em meio ao qual a intervenção reguladora da Administração Pública passa a demandar constante ponderação de valores, custos e consequências que acarretam, logicamente, uma multiplicidade de opções juridicamente válidas, contra as quais não há espaço para oposição de outros entes estatais¹⁷⁹.

1.2.3.2 Interesse público, discricionariedade e legalidade administrativa

Considerando-se que o interesse público em perspectiva jurídico-administrativa figura como fim imediato do Estado, a ser alcançado pelos órgãos administrativos, sua caracterização perante as situações concretas exige, muitas vezes, o emprego de juízos de conveniência e oportunidade¹⁸⁰, o que revela a pertinência da compreensão do tratamento dado pelos operadores do Direito às prerrogativas discricionárias asseguradas às autoridades administrativas. Com efeito, o debate é constantemente abastecido pela dinamicidade das relações de administração, definidas pelo Professor Ruy Cirne Lima como sendo aquelas nas quais “somente se nos depara no plano das relações jurídicas, quando a finalidade, que a

¹⁷⁹ GUERRA, Sérgio. Discricionariedade Administrativa - Críticas e Propostas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 21, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-SERGIOGUERRA.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2009. Conforme afirma Sainz Moreno, “*un término es indeterminado cuando no tiene limite preciso, cuando no traza sobre la realidad a la que se refiere una línea clara*”. (MORENO, Fernando Sainz. **Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discricionariedad Administrativa**. Madrid: Civitas, 1976. p. 70).

¹⁸⁰ Ver, nesse sentido: FRIEDRICH, Carl J. Authority, Reason and Discretion. In: **Authority**. Cambridge: Harvard University Press, 1958.

atividade de administração se propõe, nos aparece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros”¹⁸¹, permanecendo dentre as questões de mais alta relevância para a seara jusadministrativista, justamente porque se vincula intimamente à definição da margem de liberdade conferida pelo legislador, bem como aos limites do controle jurisdicional sobre os atos da Administração Pública, o que implica averiguar a própria dimensão do princípio da separação dos Poderes no ordenamento constitucional brasileiro¹⁸². Relaciona-se a questão, portanto, intimamente com o papel constitucionalmente atribuído a cada um dos Poderes Públicos constituídos.

Considerando exatamente a relevância e a complexidade do tema é que Celso Antônio Bandeira de Mello observou, com correção, que “em despeito do muito que já se escreveu sobre o assunto, ainda há muito espaço para que muito mais se escreva, pois há tópicos importantes que precisam ser visitados ou revisitados”¹⁸³. É consabido que a discricionariedade é o “poder de escolha que, dentro dos limites legalmente estabelecidos, tem o agente do Estado entre duas ou mais alternativas, na realização da ação estatal”¹⁸⁴. Trata-se da prerrogativa da Administração de praticar ou deixar de praticar determinado ato, o que exprime a margem mínima de poder discricionário, bem como optar como será praticado tal ato e qual será seu conteúdo, quando sua atuação não está totalmente predeterminada pela lei.

Os atos discricionários, por sua vez, são aqueles “respeito aos quais a autoridade administrativa, embora adstrita a prescrição não-jurídica, possui, face à regra jurídica, liberdade de determinação, quanto ao respectivo destinatário, objeto ou fim”¹⁸⁵. Destarte, a Administração, no exercício des suas atividades discricionárias, deve obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso comum de “pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”¹⁸⁶.

¹⁸¹ CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios do Direito Administrativo**. 7.ed. rev. reel. por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 106.

¹⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 9, fev./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 14 abr. 2009; MAFFINI, Rafael Da Cás. O Direito Administrativo nos Quinze Anos da Constituição Federal. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 5, mar./maio 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

¹⁸³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 9.

¹⁸⁴ COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003. p. 99.

¹⁸⁵ CIRNE LIMA, op. cit., p. 91.

¹⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 108.

Massimo Severo Giannini completa a conceituação ao referir que a atividade discricionária é aquela atividade jurídica livre em seus diversos aspectos, à exceção da escolha do fim a ser seguido, ou seja, à persecução aos interesses predeterminados na norma jurídica¹⁸⁷. Assim, o sujeito investido do cargo público passa a deter um poder-dever (*munus*) de agir de forma mais conveniente e oportuna para atingir à finalidade mediata “imperativamente” estatuída¹⁸⁸. Nas palavras do autor italiano, a “discricionariedade administrativa consiste, pode-se dizer assim, na ponderação comparativa de interesses públicos e privados já tutelados no ordenamento, em relação a um interesse público primário, com a finalidade de encontrar a composição mais oportuna”¹⁸⁹.

Por se tratar de manifestação característica da Administração Pública, decorrente da impossibilidade prática de a legislação estabelecer todas as situações concretas possíveis na atividade pública cotidiana, a discricionariedade deve ser exercida dentro dos limites da regra que a assegura e em conformidade com as demais normas e postulados normativos do ordenamento jurídico¹⁹⁰, notadamente os princípios de Direito Público que guiam a atividade estatal. Nesse sentido, o “poder de instituir as hipóteses de discricionariedade é exclusivo do legislador e jamais do administrador público”, pois “o assim denominado ‘poder discricionário’ é efetivamente exercido pelo Poder Legislativo, quando resolve abrir na lei um espaço decisório substantivo à Administração para que seja por ela integrado, e não por esta, quando preenche os requisitos de legalidade e de legitimidade necessários para torná-la exequível”¹⁹¹.

Pelo conceito construído, observa-se que o poder discricionário está longe de se equiparar a um poder arbitrário, totalmente livre de amarras; trata-se, em verdade, de uma prerrogativa exercida sob a égide da lei, somente sendo regular e legítimo se “exercido dentro da área cujas fronteiras a lei demarca”¹⁹². O Superior Tribunal de Justiça corroborou esse entendimento no julgamento do Recurso Especial nº 531.349/RS, demanda na qual a Governo Federal, por meio do Ministério das Comunicações, havia incorrido em mora abusiva na

¹⁸⁷ GIANNINI, Massimo Severo. **Lezioni di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 94.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 95.

¹⁸⁹ “La discrizionalità amministrativa può dirsi perciò che consista nella ponderazione comparativa di interessi, pubblici e privati, già tutelati nell’ordinamento, ai fini di trovarne la composizione più oportuna [...]” (*Ibidem*, p. 98).

¹⁹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 432.

¹⁹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 299.

¹⁹² COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003. p. 99.

apreciação de pleito de autorização para execução de serviço de radiodifusão à rádio comunitária, nos termos do art. 6º da Lei nº 9.612/98, combinado com o art. 9º, inciso II, do Decreto nº 2.615/98, buscando justificá-la pela presença da competência discricionária na atuação. Manifestou-se o STJ no sentido de que a

[...] Lei 9.784/99 foi promulgada justamente para introduzir no nosso ordenamento jurídico o instituto da Mora Administrativa como forma de reprimir o arbítrio administrativo, pois **não obstante a discricionariedade que reveste o ato da autorização**, não se pode conceber que o cidadão fique sujeito a uma espera abusiva que não deve ser tolerada e que está sujeita, sim, ao controle do Judiciário a quem incumbe a preservação dos direitos, posto que visa a efetiva observância da lei em cada caso concreto.¹⁹³ (grifou-se)

Diante da premissa de rechaçar a arbitrariedade estatal, é relevante reforçar a necessidade de a Administração, dentro de suas prerrogativas discricionárias, apresentar a motivação dos atos praticados, sendo esta uma condição sem a qual não haveria forma de assegurar a imposição de limites e a realização do controle jurisdicional de maneira eficaz. Essa necessidade de explicitação das razões que motivaram a prática de determinado ato decorre e ganha importância com a compreensão de que a discricionariedade deve obediência não apenas à lei em sentido estrito, mas às normas jurídicas como um todo, incluindo, pois, os princípios e postulados normativos constitucionalmente assegurados; daí a pertinência do entendimento de que “ao invés de afirmar-se que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pela *lei*, melhor se dirá que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pelo *Direito*”¹⁹⁴.

Aliás, a necessidade de atuação pautada pela completude das normas jurídicas que compõem o ordenamento do país é apregoada desde longa data em nosso Direito Público, como se observa nas palavras de Vicente Pereira do Rego, quando afirma que “o Estado é um ente *moral*, porque deve dirigir-se em todas as suas acções pelo respeito ao direito; isto é, ao útil, justo e honesto”, sendo defeso à autoridade pública “ordenar senão nos limites da lei, e o subalterno, collocado entre o seu interesse e a sua consciencia, conserva a liberdade de escolha”¹⁹⁵.

¹⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 531.349/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 03/06/2004, DJ 09/08/2004.

¹⁹⁴ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 124-125.

¹⁹⁵ REGO, Vicente Pereira do. **Compendio ou Repetições Escriptas sobre os Elementos de Direito Administrativo para uso das Faculdades de Direito do Imperio**. 3. ed. Recife: D. F. das Neves Guimarães, 1877. p. 2 e 6.

A doutrina atual mais abalizada, representada pelos ensinamentos do Professor Almiro do Couto e Silva, segue a mesma linha ao estatuir que “Os limites do poder discricionário são os traçados na lei que o instituiu ou os que resultam da *ratio legis* e do fim geral de utilidade pública, bem como das normas e princípios constitucionais conformadores da ação do Estado”¹⁹⁶. A margem de discricionariedade conferida à Administração, diante do plexo normativo do ordenamento jurídico pátrio, será sempre limitada pela regra de competência que lhe confere o poder discricionário, bem como, nas palavras de Karl Larenz, “pelas limitações a ter permanentemente em conta, que decorrem da Constituição e de princípios gerais do Direito, como o da proporcionalidade”¹⁹⁷. Ainda que a interpretação normativa indique que a competência administrativa atribuída pela norma seja discricionária, a prévia qualificação de uma finalidade pela lei acaba sendo elemento vinculativo dos seus atos¹⁹⁸.

A atividade administrativa discricionária, dessa forma, deve primar pela realização de um fim para justificar o agir da Administração, o qual impescinde de uma anterior especificação, de modo a garantir que o órgão administrativo fique limitado ao leque de escolhas adequadas ao escopo legal¹⁹⁹. Justamente nesse ínterim, o mestre italiano Massimo Severo Giannini ressalta que o objetivo primordial da concessão de margem de discricionariedade à autoridade administrativa é garantir a possibilidade de busca pela melhor forma possível de realização do interesse público normativamente definido²⁰⁰.

Não destoia, a propósito, a posição do espanhol Garcia de Enterría, para quem “*la Administración está sometida no sólo a la lei sino también a los principios generales del derecho*”²⁰¹, posição que foi expressamente incorporada na legislação nacional, por meio da redação do inciso I do parágrafo único da Lei nº 9.784/99, que estabelece um critério de “atuação conforme a lei e o Direito”. Ou seja, a lei, é certo, vincula o administrador público

¹⁹⁶ COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003. p. 104.

¹⁹⁷ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 417.

¹⁹⁸ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI**: Algumas questões. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 52.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 47.

²⁰⁰ GIANNINI, Massimo Severo. **Lezioni di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 94.

²⁰¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Lucha contra las Inmunidades del Poder**. 3.ed. Madrid: Cívitas, 1995. p. 43. Veja-se, no mesmo sentido, a exposição de motivos da *Ley de la Jurisdicción* espanhola de 1956, por meio da qual se consignou que a discricionariedade “*surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público*”. Assim, segundo o mesmo Enterría: “*No hay, pues, discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente sólo en virtud de la Ley y en la medida en que la Ley haya dispuesto*”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998. v. 1. p. 447).

de forma que seus atos acabam sendo condicionados pela descrição contida na previsão legal, mas os limites de seu agir ultrapassam os impostos pela regra que garante a competência administrativa, alcançando o conjunto normativo do sistema jurídico.

Como decorrência, o conceito de legalidade administrativa, abordado anteriormente, não deve ser empregado de maneira reducionista, ou seja, como mera imposição de atuação em conformidade com a lei formal, desconsiderando o arcabouço normativo-constitucional do ordenamento jurídico brasileiro²⁰². Sua observância, portanto, vincula-se intimamente com o próprio respeito ao princípio democrático, o qual garante maior legitimidade à produção legislativa, cuja finalidade passa a ser a satisfação de parâmetros de juridicidade mais amplos²⁰³, incluindo a observância do núcleo mínimo dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos.

Parece mais preciso, deste modo, incluir na compreensão do controle de *legalidade* um verdadeiro controle de *juridicidade*, porquanto, como observa o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Aires Britto, em voto proferido no julgamento do Recurso em Mandado de Segurança nº 24.699, o art. 37, *caput*, da Constituição Federal

[...] tornou o Direito maior do que a lei ao fazer da legalidade apenas um elo, o primeiro ela de uma corrente de juridicidade que ainda incorpora a publicidade, a impessoalidade, a moralidade e a eficiência. Ou seja, já não basta ao administrador aplicar a lei, é preciso que o faça publicamente, impessoalmente, eficientemente, moralmente. Vale dizer: a lei é um dos conteúdos desse continente de que trata o artigo 37. Então, se tivéssemos que atualizar o conceito de Seabra Fagundes, adaptando-o à nova sistemática constitucional, diríamos o seguinte: administrar é aplicar o Direito de ofício, não só a lei.²⁰⁴

Segue a mesma linha, registre-se, a previsão contida no art. 20 da Constituição Alemã de 1949, que estabelece expressamente a submissão do Poder Executivo à lei e ao Direito²⁰⁵, à semelhança do que prevê o §40 da Lei do procedimento administrativo alemão,

²⁰² FIGUEIREDO, Lucia Valle. O Controle Jurisdicional da Administração Pública. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 2, maio 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 nov. 2009. A autora, ao abordar a incorporação da ação popular na Constituição Federal (artigo 5º, inciso LXXIII), registra: “O objeto da ação popular foi dilargado à medida que expressamente estão contidos, não mais apenas a ilegalidade, mas também a lesividade ao patrimônio público, ou de entidade que o Estado participe”.

²⁰³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Juridicidade, Pluralidade Normativa, Democracia e Controle Social – Reflexões sobre alguns rumos do Direito público neste século. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 24.699, Relator(a): Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01/07/2005.

²⁰⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 9, fev./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 14 abr. 2009.

ao referir que “se uma autoridade está autorizada a atuar segundo seu poder discricionário, ela tem de exercer o seu poder discricionário em conformidade com a finalidade da autorização e de observar os limites legais do poder discricionário”²⁰⁶, razão pela qual se afirma que o poder discricionário não é completamente livre, mas *juridicamente* vinculado. A propósito, jamais haverá, dentro de um Estado Democrático de Direito, uma potestade pública válida que autorize um agente administrativo a tomar medidas com vistas a um fim qualquer, sem qualquer limitação, pois sempre existirá alguma outra norma (regra ou princípio) que fixe certos parâmetros aos quais deverá ajustar sua atuação²⁰⁷.

Em suma, o poder discricionário acaba por incluir na conduta administrativa voltada para o processo aplicativo da lei uma apreciação de caráter eminentemente subjetivo, postura pautada pelos juízos de conveniência e oportunidade, mas que não revela uma faculdade extrajurídica, que surja como uma prerrogativa originária da Administração, anterior ou marginal ao Direito; pelo contrário, trata-se de uma garantia assegurado expressamente pela ordem jurídica, por meio das regras de competência que atribuem à conduta administrativa tal caráter²⁰⁸.

A referida sujeição da atividade estatal à lei demanda, por conseguinte, a observância de uma complexa e múltipla gama de parâmetros jurídico-normativos, além da própria vinculação aos termos da regra de competência, incluindo-se os princípios peculiares da Administração Pública (impessoalidade, publicidade, moralidade e eficiência), a segurança jurídica, a proteção da confiança dos administrados, além dos critérios ditados pelos postulados normativos, especialmente, a proporcionalidade e a razoabilidade. Nesse ínterim, sendo pacífica a noção de que uma atuação que atenda ao interesse público no âmbito da atividade discricionária jamais poderá afrontar o conjunto de normas do ordenamento jurídico, é possível assentar, de plano, que o atendimento do interesse público pressupõe análise prévia da *legalidade* do agir administrativo, exigindo, pois, que os órgãos de controle da atividade pautada pelo interesse público se proponham a analisar, inicialmente, a conformidade dos efeitos do ato administrativo com as finalidades pretendidas a partir da positivação dos parâmetros normativos de sindicabilidade dos atos do Estado.

²⁰⁶ Trata-se da tradução apresentada em MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 50. Como ressalta o autor alemão, mencionar a presença vício na atuação discricionária equivale exatamente a referir ter sido antijurídica ou que há “vício de direito”, hipótese que não somente *pode*, como *deve* ser revisada e anulada pelo Poder Judiciário.

²⁰⁷ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 3.ed. Buenos Aires: Edificiones Macchi, 1980. t. 1, p. 28.

²⁰⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998. v. 1, p. 445.

Diante do exposto supra, pode-se assegurar que tanto a utilização de conceitos jurídicos indeterminados de cunho valorativo, quanto a concessão de discricionariedade ao agente público atuam como verdadeiros instrumentos para a complementação legal e garantem uma abertura das “margens de decisão para os órgãos administrativos por parte do legislador”, reduzindo a vinculação da Administração e conferindo-lhe um “âmbito de responsabilidade própria para avaliação de questões técnicas, políticas, valorativas, a ponderação de interesses contraditórios ou a apreciação de evoluções futuras”²⁰⁹. Logo, embora apresentem características particulares, os dois recursos da técnica legislativa acarretam finalidades e consequências equivalentes, já que acabam por transferir para o administrador “uma parte de sua liberdade de conformação legislativa”²¹⁰, permitindo que se valha de um critério próprio de ponderação de interesses envolvidos, de modo a garantir a máxima realização destes²¹¹, além de assegurar que os fins mediatos do Estado possam ser concretizados com maior eficiência²¹².

Não parece haver equívoco, por esse raciocínio, na tradicional posição acerca da discricionariedade administrativa, que defendia uma liberdade de atuação “perante a lei”, por meio da qual o agente público deveria almejar a concretização dos objetivos que a ordem jurídica lhe impõe abstrata ou concretamente, utilizando-se dos juízos subjetivos exigidos pela situação concreta. É nesse sentido que se defende uma sindicabilidade judicial condicionada pela observância do grau de liberdade conferido pela norma – daí a relevância da compreensão da faculdade atribuída por cada espécie de conceito jurídico indeterminado e da imperiosidade no respeito à finalidade legal e aos direitos eventualmente envolvidos e afetados pelo ato administrativo praticado²¹³.

Importa ter em mente, como premissa para a compreensão da posição defendida, que, conquanto distintas, a discricionariedade e a vinculação administrativas constituem hipóteses comuns de concretização do princípio da legalidade, uma vez que ao agente administrativo

²⁰⁹ KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 8, p. 177-224, dez. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27203/discricionariedade_administrativa_conceitos_juridicos.pdf?sequence=3>. Acesso em: 04 fev. 2010.

²¹⁰ Hofmann, Christian. Der Beitrag der neueren Rechtsprechung des BVerfG zur Dogmatik des Beurteilungsspielraums, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, 1995, p. 745 *apud* KRELL, op. cit.

²¹¹ BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesse Público versus Interesse Privado**: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

²¹² GIANNINI, Massimo Severo. **Lezioni di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 100.

²¹³ BULLINGER, Martin. A Discricionariedade da Administração Pública. Trad. Antônio Francisco de Souza. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, p. 03-23, abr./jun. 1987. p. 4.

não é dada a possibilidade de atuação à margem da prévia definição legal. Daí porque abalizada doutrina reconhece que “em relação a qualquer ato, portanto, coexistirão vinculação e discricionariedade”²¹⁴.

Ora, se é certo que o referido princípio indica que a atividade administrativa deve, necessariamente, observar os limites atribuídos pela regra de competência, sendo esta a responsável pela definição da forma de atuar e da extensão da liberdade do Administrador, se mínima (atuação vinculada) ou se máxima (discricionariedade)²¹⁵, é pressuposto necessário para garantir a legitimidade e a autoridade da atuação pautada por juízos discricionários o respeito a interesses individuais, não sendo significativo, na perspectiva jurídica, apenas “se as medidas respectivas são conforme a finalidade, convenientes e razoáveis”²¹⁶, mas que promovam o objetivo normativo, respeitando direitos fundamentais, sem restringi-los desproporcional ou irrazoavelmente.

Ainda, é consectário lógico do ora exposto o reconhecimento da inexistência de atos discricionários em sentido absoluto, ou seja, decorrentes de margem irrestrita de discricionariedade, remanescendo apenas alguns de seus aspectos albergados pela liberdade de agir do administrador²¹⁷. Nesse sentido, presente que o interesse público é finalidade a ser perseguida pela atividade ordinária da Administração Pública, a discricionariedade acaba relativizada, por ser defeso ao intérprete desvincular-se por completo do domínio mínimo de significado inerente a tal interesse, sob pena de agir de maneira arbitrária, afastando-se dos deveres de legalidade e de impessoalidade inerentes à atuação pública²¹⁸.

São nessa linha os ensinamentos do mestre italiano Alessi, para quem não há possibilidade de ser concebida a prerrogativa como uma esfera de liberdade ilimitada, dadas as restrições de caráter *formal* e *substancial* presentes no ordenamento jurídico: aquelas encontradas nas disposições inerentes à forma e às formalidades para o exercício da prerrogativa, bem como à competência atribuída ao órgão facultado a agir (como é o caso da cessão de servidor público do Poder Executivo com autorização expressa do Presidente da República no Diário Oficial, conforme art. 93, §§ 3º e 4º, da Lei nº 8.112/90); estas ligadas à

²¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Relatividade” da Competência Discricionária. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 5, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14 abr. 2009.

²¹⁵ AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2002. v. 2, p. 43.

²¹⁶ MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 49.

²¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo**. Disponível em: <<http://www.justenfilho.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 21 set. 2006. p. 1.

²¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Relatividade” da Competência Discricionária. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 5, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14 abr. 2009.

indicação legislativa, ainda que imprecisa, do grau mínimo de interesse público cuja atuação concreta deve perseguir e atingir²¹⁹. Como não se concebe, racionalmente, uma disposição legislativa carecedora de objetivo, a necessária vinculação do agir administrativo a tal fim sempre constituirá em restrição substancial na atuação discricionária da Administração, visando, em última instância, ao interesse público jurídico-administrativo.

De qualquer sorte, seja em face de uma abertura legislativa expressa e consciente, via de regra acompanhada de expressão que denota uma faculdade, seja por meio da incorporação de conceitos vagos, abrindo espaço para que o Poder Executivo, exercendo sua função típica, complete o sentido do interesse público²²⁰, a liberdade do agente aparece com muito mais contundência na opção pelos meios a serem empregados para realizar o interesse público, do que propriamente na sua definição²²¹, perspectiva a ser considerada quando da apreciação do preenchimento ou não do conceito pela atividade administrativa.

Pelo exposto, observa-se que a primeira metade do trabalho buscou consolidar a relevância do papel das normas jurídicas na definição do interesse público e do modo de proceder da Administração Pública, vinculando-a a ações determinadas e objetivas e tolhendo a possibilidade de atuação com vistas a uma finalidade pública que não a normativamente indicada, assim como lhe outorgando faculdade de optar entre distintas formas de atuação, remetendo o processo de complementação da norma para estágio posterior, a ser cumprido discricionariamente ou no preenchimento de conceitos indeterminados. Valoriza-se, nesse processo, a participação decisiva do Poder Legislativo, o qual, enquanto órgão democraticamente legitimado para a representação popular, detém competência para atribuir o caráter “público” a necessidades coletivas ou individuais extraídas da conjuntura social, incorporando ao ordenamento princípios e regras que delimitam quais as medidas necessárias para a materialização dos objetivos estatais mediatos e imediatos pela autoridade administrativa.

²¹⁹ ALESSI, Renato. **Principii di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1966. t. 1, p. 206.

²²⁰ GUERRA, Sérgio. Discricionariiedade Administrativa - Críticas e Propostas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 21, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-SERGIOGUERRA.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2009.

²²¹ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI: Algumas questões**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 62.

2 A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E A CONCREÇÃO IMEDIATA DO INTERESSE PÚBLICO

2.1 DETERMINANDO O SIGNIFICADO DO INTERESSE PÚBLICO NA PRÁTICA ADMINISTRATIVA

As reflexões apresentadas até o momento relacionavam-se mais especificamente com a construção do significado do interesse público a partir do processo de criação das normas jurídicas, matéria mais vinculada ao Direito Constitucional, valorizando o papel do princípio da legalidade administrativa e ressaltando a posição da legislação como protagonista na regulação da tensão comumente presente na relação entre Administração Pública e administrados. Nesse segundo momento, estabelecida a premissa de que a forma e a liberdade de atuação administrativa dependem, necessariamente, da opção eleita pela norma, a qual apresenta a finalidade geral a ser perseguida pelo Poder Público, é impositiva a análise da maneira como deve agir o agente administrativo para a concretização desses fins, mormente diante da multiplicidade de anseios que se apresentam na prática administrativa cotidiana.

Habitualmente, diz-se que as ações administrativas estão voltadas para o interesse público como forma de enfrentar ou prevenir eventuais críticas, buscando a aprovação, apenas por essa razão, das suas consequências²²², o que tem reforçado as restrições quanto ao abuso de seu emprego. No entanto, sendo verdadeiro, como antes mencionado, que o interesse público no âmbito do Direito Administrativo é conceito jurídico sem possibilidade de definição conceitual prévia e acabada, sua abstração não inviabiliza que, *a posteriori* e no plano concreto, seja possível apreendê-lo, ou melhor, aferir se as decisões administrativas atendem ou não às necessidades públicas determinadas pela ordem jurídica. Observa-se, pois, que a questão passa a se vincular muito mais com análise da legitimidade e juridicidade da atuação da Administração, buscando *standards* de conduta que levem à compreensão daquilo que significa a atuação pautada no interesse público, do que, propriamente, com a tentativa de estabelecer uma conclusão descritiva e genérica do conceito.

Os autores que se dedicam, ainda que sucintamente, ao tema tem por hábito iniciar uma tentativa de definir o interesse público a partir da compreensão de vertentes distintas,

²²² CASSINELLI, C. W. O Interêsse Público na Ética Política. In: **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967. p. 55.

sempre tomadas em um plano abstrato, muito mais filosófico e sociológico do que propriamente jurídico: conceituam-no, por exemplo, como expressão jurídica do bem comum, como interesse fruto do somatório da totalidade ou maioria dos interesses privados²²³; enquanto conjunto de determinados interesses privados preponderantes; ou como interesse “da sociedade”, compreendida esta como algo que transcende os indivíduos que a integram²²⁴. Tais iniciativas, entretanto, esbarram na fragmentação social de interesses particulares, característica do Estado contemporâneo, que pressupõe a dificuldade de alusão à “maioria” senão como força de expressão. Nesse contexto social, inexistente sequer um conjunto suficientemente homogêneo de interesses privados ao qual se poderia considerar, inquestionavelmente, representativo de um interesse incontroversamente público²²⁵. Com o transcurso do tempo, um número cada vez maior de necessidades ordinárias da sociedade e dos grupos e indivíduos que a compõem alcançou um *status* que lhes permitiram receber a alcunha de públicas, ainda que, historicamente, seja extremamente controversa a forma de caracterização desse adjetivo²²⁶. O doutrinador italiano Sabino Cassese, seguindo posição consolidada no seu país, descreveu com correção a conjuntura contemporânea ao afirmar que “não existe o interesse público, mas os interesses públicos”²²⁷.

Não há, em verdade, como determinar objetiva e descritivamente o que seja “o” interesse público, pois se trata de termo construído a partir da conformação das normas previstas no ordenamento (fins mediatos do Estado) com os objetivos práticos a serem avaliados pelo administrador (fins imediatos do Estado)²²⁸, inviabilizando uma fixação rígida na sua concepção e gerando uma “crise na sua própria objetividade”²²⁹. Assim, “a uma concepção de homogeneidade do interesse público, segue-se, assim, uma situação de

²²³ Trata-se de posição aceita pelos economistas clássicos, que enxergavam a satisfação do consumidor, sinônimo de interesse privado, como padrão de eficiência do sistema econômico, pensamento muito prestigiado por cientistas políticos dos países da *common law*. (NIEMEYER, Gerhart. O Interêsse Público e o Interêsse Privado. In: **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967. p. 13).

²²⁴ A questão foi bem apresentada por JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo**. Disponível em: <<http://www.justenfilho.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 21 set. 2006.

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ GIANNINI, Massimo Severo. **Corso di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1965. p. 124.

²²⁷ CASSESE, Sabino. **Le Basi del Diritto Amministrativo**. Torino: Einaudi, 1992. p. 238.

²²⁸ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_7/DIALOGO-JURIDICO-07-OUTUBRO-2001-HUMBERTO-ÁVILA.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2006.

²²⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Deconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 26.

heterogeneidade; de uma ideia de unicidade, passou-se à concreta existência de multiplicidade de interesses públicos”²³⁰.

A metáfora apresentada por Giannini é esclarecedora: a ordem jurídica seria como uma “colmeia”, na qual cada norma corresponde a um interesse, de modo que os interesses juridicamente relevantes se apresentam entrelaçados de maneira complexa²³¹. Diante disso, interesses particulares e interesses coletivos coexistem e se combinam em meio ao emaranhado normativo, realidade típica em diversos espaços do Direito Administrativo, como, por exemplo, nas hipóteses de concessão de exploração econômica de serviço público por empresa privada prevista no art. 175 da Constituição Federal de 1988.

Esse caráter indeterminado apresentado pelo conceito de interesse público inviabiliza o estabelecimento de uma definição simplificada, compreendendo-o apenas como equivalente a determinados interesses coletivos, por serem consideravelmente cambiáveis em razão do tempo e do lugar de onde são extraídos. Afasta-se, dessa forma, da possibilidade de construção conceitual *in abstracto*, como, por vezes, é feito na doutrina nacional, que define o interesse público, por exemplo,

[...] como um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores e que passa a ser público quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas que o mesmo passa a ser identificado como um querer valorativo predominante da comunidade.²³²

A questão, em verdade, é saber quem e de que forma se dá a definição do que seria tal “somatório de interesses individuais coincidentes” e em que momento tais aspirações receberiam a adjetivação de “público” por dele participarem “um tal número de pessoas que o mesmo passa a ser identificado como um querer valorativo predominante da comunidade”. Como já visto ao longo do trabalho, a ordem constitucional brasileira inaugurada em 1988

²³⁰ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 181-182.

²³¹ GIANNINI, Massimo Severo. **Lezioni di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 86.

²³² BORGES, Alice Gonzáles. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. **Revista Diálogo Jurídico, Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.tudodireito.com.br/cesmac/supremacia.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2010. A definição da professora parece ter sido construída a partir da conceituação apresentada pelo constantemente citado professor argentino Hector Jorge Escola, que apresenta o interesse público como “o resultado de um conjunto de interesses individuais compartilhados e coincidentes de um grupo majoritário de indivíduos”, hipótese que, em tese, afigura-se louvável, mas que, na prática, não apresenta solução satisfatória, por desconsiderar a possibilidade de atendimento do interesse público em face da preservação do interesse de um único indivíduo apenas, como no caso de garantia de um direito individual fundamental. (ESCOLA, Hector Jorge. **El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 236).

trouxe expressas normas-princípios e postulados normativos dos quais jamais poderá se afastar a Administração Pública. Trata-se, como acentua a boa doutrina, dos parâmetros que permitem um controle jurisdicional amplo e efetivo dos atos administrativos, o que assegura, em contrapartida, o grau de liberdade necessário para que a Administração possa exercer legitimamente seu papel. Nesse sentido, pertinente a observação do Professor Marçal Justen Filho no sentido de que

[...] o processo de concretização do direito produz a seleção dos interesses, com a identificação do que se reputará como interesse público em face das circunstâncias. Não há qualquer caráter predeterminado (como, por exemplo, a qualidade do titular) apto a qualificar o interesse como público. Essa peculiaridade não pode ser reputada como negativa. Aliás, muito ao contrário, representa a superação de soluções formalistas, inadequadas a propiciar a realização dos valores fundamentais acatados pela comunidade. O processo de democratização conduz à necessidade de verificar, em cada oportunidade, como se configura o interesse público. O processo de democratização conduz à necessidade de verificar, em cada oportunidade, como se configura o interesse público.²³³

Ou seja, o interesse público somente seria aferível caso a caso; ainda assim, haverá situações em que não seria possível definir a presença de um interesse necessariamente prevalente, pois duas ou mais atuações da Administração Pública encontrarão legitimidade no ordenamento jurídico, não lesionarão ou ameaçarão direitos relevantes, e, tampouco, restringirão desproporcional ou irrazoavelmente interesses individuais ou coletivos. Nesses casos, é evidente a necessidade de permanecer hígida a escolha administrativa, ainda que possa se reconhecer judicialmente uma opção “melhor”²³⁴.

Assume o agente público, nesse contexto, a tarefa interpretativa da norma e subsuntiva dos fatos da vida, visando extrair qual o interesse a ser perseguido na aplicação da previsão legal, estabelecido, pois, como critério objetivo e relevante juridicamente para a ação da Administração Pública. Daí decorre a importância da correta percepção das ocorrências cotidianas pelo agente público, para que permita a melhor aplicação da norma à realidade, alcançando, na prática, um interesse público substancial, elemento causal do agir e das

²³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 46-47. Em sentido próximo: PENNOCK, J. Roland. A Unidade e a Multiplicidade: uma observação sobre o conceito. In: **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967. p. 181.

²³⁴ CARVALHO, Iuri Mattos de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, maio/ago. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/supremacia_interesse_p%C3%BAblic_iuri_carvalho.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2009.

decisões administrativas²³⁵. No aspecto, servirá a técnica ponderativa justamente para “relativizar proporcionalmente o valor e o peso do interesse público específico correctamente contextualizado”²³⁶.

De qualquer forma, não parece haver dissenso doutrinário acerca da invalidade de um ato administrativo que desconsidere esse necessário sopesamento e, desse modo, se encontre dissociado da noção jurídica de interesse público; contudo, por trás dessa singela sentença, encontra-se um emaranhado extenso de questionamentos que se impõe, uma vez que sua compreensão “não se trata de uma noção tão simples que se imponha naturalmente, como algo de per si evidente, que dispensaria qualquer esforço para gizar-lhe os contornos abstratos”²³⁷.

Diferentemente do que ocorre com o Direito Privado, a finalidade pública representada pela tutela dos interesses considerados públicos somente pode ser alcançada mediante uma estreita disciplina na utilização da prerrogativa de ação concedida à Administração pela lei, disciplina esta que consiste, como visto, na prescrição da forma a ser seguida e na indicação do órgão competente para fazê-lo²³⁸. Pode-se dizer, destarte, que a participação do administrador na definição do interesse público é integrativa, pois, sendo correto que tal conceito jurídico admite distintas valorações pelo intérprete, não há como, por fundamentos lógico-normativos, existir sempre uma solução prévia para os problemas habitualmente enfrentados pelo Poder Público, razão pela qual o aparato administrativo deve possuir conhecimento especializado e adquirir experiência na implementação de solução para as necessidades ordinárias da população, características que decorrem da condição de estar mais próximo dos problemas concretos do que legisladores e Tribunais. Tais motivos levam Maurer a destacar que se atribui à Administração “algumas decisões não-fungíveis e não-repetíveis e, por isso, também não-revisíveis; finalmente, não pode ser olvidado, que à administração, como poder estatal democraticamente legitimado, cabe um âmbito de responsabilidade autônomo entre o dador de leis e os tribunais”²³⁹.

Decorre dessa posição intermediária da Administração na tripartição funcional de Poderes o entendimento que, tomando qualquer medida transbordante do essencial para conseguir a finalidade almejada, acarretando desvantagens excessivas ou desnecessárias ao

²³⁵ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI: Algumas questões**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 56.

²³⁶ *Ibidem*, p. 55.

²³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A Noção Jurídica de “Interesse Público”. In: **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 181.

²³⁸ ALESSI, Renato. **Principii di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1966. t. 1, p. 203.

²³⁹ MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001. p. 57.

administrado, estará saindo do campo de sua competência, agindo, portanto, de maneira antijurídica, já que em desconformidade com as circunstâncias factuais no momento do emprego das medidas administrativas²⁴⁰.

2.1.1 A teoria do desvio de poder e o princípio da impessoalidade

Tratou-se ao longo do trabalho da vinculação imperiosa do administrador público às finalidades constitucionais e legais, caracterizadoras do interesse público em sentido político²⁴¹. Importa que se analise, no aspecto, as formas de aferição das hipóteses em que não há o atendimento dessa necessária vinculação, eivando a ação estatal de ilegalidade. Nesse sentido, o interesse público em sentido jurídico seria o fim do Estado colocado em prática, como condição positiva da legalidade na atuação administrativa²⁴², razão pela qual o autor francês, Jean Rivero, alertava que a Administração Pública se desviaria de sua finalidade se exercesse suas competências dissociadas da busca pela satisfação daquele interesse, o qual representa efetivo princípio geral do Direito Público²⁴³.

Para que os administrados obtivessem a possível anulação das decisões executivas revestidas de ilegalidade, criou-se na jurisprudência francesa a teoria do desvio de poder, a qual busca corrigir as ações administrativas que não possuam conformidade com o Direito. Rivero esclarece, a respeito, que *“l’excès de pouvoir ne désigne pas autre chose que la non-conformité au droit: il constitue, par excellence, la sanction du principe de légalité”*²⁴⁴. No mesmo sentido, Laubadère afirma que *“le recours pour excès de pouvoir est un recours contentieux visant à faire annuler par le juge administratif un acte administratif illégal”*, cuja ilegalidade decorre da busca de fim diverso daquele que deveria ter sido objetivado, nos termos em que instituída a competência pela lei²⁴⁵.

Trata-se, assim, o desvio de poder (de finalidade) de vício presente no ato por meio do qual o agente público, violando as normas do ordenamento, persegue uma finalidade distinta daquela assinalada pela lei aplicanda, deturpando, assim, o poder que lhe foi confiado

²⁴⁰ LIMA, Rogério S. O princípio da proporcionalidade e o abuso de poder no exercício do poder de polícia administrativa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 773, p. 124-127, mar. 2000.

²⁴¹ Vide, a respeito, item 1.2 supra.

²⁴² VEDEL, George. **Droit Administratif**. Paris: PUF, 1958. p. 312-3

²⁴³ RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1965. p. 250.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 209.

²⁴⁵ LAUBADÈRE, André de. **Manuel de Droit Administratif**. 10. ed. Paris: LGDG, 1976. p. 459.

pela ordem constitucional²⁴⁶. O controle jurisdicional, por sua vez, não encontra limites quando da apreciação do desvio de finalidade, ainda que deva o Magistrado ingressar nos aspectos internos do ato administrativo, perseguindo quais foram as intenções do agente e interpretando os objetivos da legislação aplicada, de modo a estabelecer o possível afastamento do interesse público caracterizado pela finalidade legal. Por essa razão, registra Rivero, que o controle de finalidade vincula-se intimamente com a própria moralidade e impessoalidade da ação administrativa, atuando como uma sindicância pormenorizada da legalidade²⁴⁷.

Para o Professor Almiro do Couto e Silva, o desvio de poder (discricionário) é característico nos casos em que “o agente público pratica o ato visando a um fim - público ou privado, pouco importa – diverso daquele previsto na regra de competência ou para a qual o poder discricionário foi instituído (p. ex., transferência de funcionário, não por necessidade de serviço, mas por vingança pessoal; desapropriação de um bem porque o proprietário faz oposição ao governo; utilização do poder de polícia para fins fiscais)”²⁴⁸. No mesmo sentido, a doutrina espanhola, representada por García de Enterría, assevera que, para a ocorrência de desvio de poder, “*no es necesario que el fin perseguido sea un fin privado, un interés particular del agente o autoridad administrativa, sino que basta que dicho fin, aunque público, sea distinto del previsto y fijado por la norma que atribuya la potestad*”²⁴⁹.

Diante dessas definições iniciais, pode-se concluir que no Direito Constitucional brasileiro a construção do *Conseil d’Etat* francês foi materialmente incorporada com as vestes do princípio da impessoalidade, cuja definição aproxima o controle judicial no país da ideia gestacionada na França. Isso é, inclusive, perceptível na doutrina nacional precedente ao advento da atual Constituição Federal, com se extrai, por exemplo, da lição de Hely Lopes Meirelles, que apresentava o princípio da finalidade como sinônimo do princípio da impessoalidade, ao referir que “o princípio da finalidade impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal”²⁵⁰.

A respeito, Ruy Cirne Lima igualmente leciona no sentido de que o próprio termo “administração” designa “a atividade do que não é senhor absoluto”, caracterizada pelo fato

²⁴⁶ RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1965, p. 226.

²⁴⁷ *Ibidem*. p. 237.

²⁴⁸ COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003. p. 106.

²⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998. v. 1, p. 467-468.

²⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 85.

de “estar vinculada, - não a uma vontade livremente determinada, - porém, a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou órgão que o exercita”²⁵¹. Não há dificuldade, por conseguinte, de se reconhecer que o interesse do aparato estatal, titularizado para a consecução dos interesses públicos no âmbito da concretização dos comandos legais, encontra-se, em princípio, alheio ao conceito de interesse público²⁵².

Ora, como visto na primeira parte do trabalho, a doutrina juspublicista cogita, com propriedade, a existência de um *princípio de tutela do interesse público*²⁵³, cuja definição passa, inexoravelmente, pela impossibilidade de o administrador público perseguir finalidades dissociadas das consagradas nas normas jurídicas que compõem o ordenamento, atuando com subserviência a interesses pessoais que não encontram reflexo nos anseios sociais²⁵⁴. Não há como passar despercebida a similitude dessa caracterização com o significado comumente atribuído aos princípios da legalidade, especialmente na necessidade de atendimento da conformidade formal entre o ato administrativo e a previsão legal, e da impessoalidade, no tocante à conformidade do conteúdo do ato administrativo com a finalidade prevista na lei, expressamente consagrados no *caput* do art. 37 da Constituição.

O conceito central, portanto, é que, dentro do seu âmbito de liberdade discricionária, à Administração é concedida a garantia de construção do significado do interesse público em cada ato que pratica, desde que respeitados os limites impostos pelo princípio da legalidade, ou seja, desde que sua atuação não configure afronta à norma jurídica, tampouco restrinja de maneira desmedida direitos individuais daqueles que acabam, de alguma forma, sendo atingidos direta ou indiretamente. Não haverá, por óbvio, como defender a presença de interesse público em atos estatais (administrativos, legislativos ou judiciários) que destoem, em algum aspecto, das finalidades normativas, salvo se constatada a presença de um valor maior que justifique sua manutenção no ordenamento – a observância da segurança jurídica é, possivelmente, a mais manifesta das hipóteses²⁵⁵. É exemplificativa, no aspecto, a previsão do

²⁵¹ CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios do Direito Administrativo**. 7.ed. rev. reel. por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 37.

²⁵² JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo**. Disponível em: <<http://www.justenfilho.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 21 set. 2006. p. 3.

²⁵³ Registre-se que parte da doutrina vem revendo a forma de apresentação semântica do princípio em comento, adotando o professor Carlos Ari Sundfeld, por exemplo, a terminologia “prioridade do interesse público”. SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 144.

²⁵⁴ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 114.

²⁵⁵ Vide, a respeito, COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Público de Anular os seus Próprios Atos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n 9.784/99). **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 33-75, dez. 2003.

parágrafo único do art. 78 do Código Tributário Nacional, que, ao fazer referência ao poder de polícia²⁵⁶, condiciona sua regularidade ao exercício “desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder”.

Cabe lembrar, por oportuno, os ensinamentos de Seabra Fagundes, para quem “a infringência legal no ato administrativo, se considerada abstratamente, aparecerá sempre como prejudicial ao interesse público”²⁵⁷. É defeso, por consequência, ao administrador público “representar interesses meramente pessoais, senão que devem atuar sob o influxo da finalidade pública instituída pela lei”, uma vez que a Administração não possui vontade autônoma, apenas o dever de buscar, na sua atuação concreta, realizar a finalidade instituída pelas normas jurídicas²⁵⁸.

Importa ressaltar, todavia, que mesmo sendo a atividade administrativa sempre “polarizada por um fim de utilidade pública. A vinculação a esse fim genérico, não transforma, porém, todo o ato administrativo em ato de cumprimento de dever jurídico, de sorte a eliminar qualquer margem de poder conferido ao agente”²⁵⁹. Nesse sentido, o interesse público, enquanto parâmetro que norteia a conduta administrativa, não elimina a margem de poder discricionário conferida pela legislação, apenas indica que seu ato deve ser praticado de maneira impessoal e voltado para a realização dos valores constitucionalmente consagrados.

Por essa razão, o âmbito de atuação discricionária, essencial para a concretização de conceitos valorativos como o interesse público, deve encontrar sua limitação nas disposições normativas que integram o sistema do direito público, coadunando-se com os parâmetros técnicos e jurídicos estabelecidos na Lei Maior ou nas disposições normativas dela decorrentes, de forma a legitimar o agir administrativo²⁶⁰. Não por outro motivo, afirma a

²⁵⁶ Essa observação pertinente foi feita pelo Prof. Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues em RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídicos de um poder de polícia administrativo à brasileira. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 17, 2008. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

²⁵⁷ O autor faz a menção ao abordar a possibilidade de configuração de interesse público em determinadas situações concretas que justifiquem a manutenção dos efeitos de atos nascidos irregularmente. SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 55-56.

²⁵⁸ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_7/DIALOGO-JURIDICO-07-OUTUBRO-2001-HUMBERTO-ÁVILA.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2006.

²⁵⁹ COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003. p. 101.

²⁶⁰ O Prof. Gustavo Binenbojm chega a mencionar que “Com o incremento da incidência direta dos princípios constitucionais sobre a atividade administrativa e a entrada no Brasil da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, abandona-se a tradicional dicotomia entre ato vinculado e ato discricionário, passando-se a um sistema de *graus de vinculação à juridicidade*”. (BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do

mais abalizada doutrina nacional que a Administração Pública, por ter sua conduta incontroversamente submetida à lei, não possui liberdade para dispor sobre os interesses públicos, “mas apenas o dever de curá-los nos termos das finalidades predeterminadas legalmente”²⁶¹. Isso se dá, porque, como alertava Antônio Joaquim Ribas desde longa data, “a lei formula sínteses gerais e permanentes; a administração desenvolve estas sínteses, aplicando-as às circunstâncias especiais e variáveis do lugar e do tempo”²⁶².

Ou seja, o interesse público não pode servir de instrumento autorizador de uma conduta do agente administrativo da forma que bem entender; não se trata de termo que abre a possibilidade de atuação discricionária livre de amarras, segundo a qual qualquer opção dentre diversas alternativas seria legítima²⁶³, mas de efetiva cláusula materialmente limitadora da atividade estatal, na medida em que exige uma atuação consentânea às restrições impostas pelo ordenamento jurídico, em especial pelos princípios da impessoalidade e da legalidade²⁶⁴.

Mesmo admitindo-se que a indeterminação do conceito de interesse público é atributo que permite uma atuação pública mais adequada ao caso concreto, sempre haverá o risco de que sua utilização seja desnaturada: sob o pretexto de realizar o interesse público, o agente público pode optar pelos fins mais convenientes ao aparato que representa²⁶⁵. A decisão administrativa deve almejar objetivos que tratem todos os membros da comunidade, enquanto indivíduos, com idêntica preocupação e respeito, abstendo-se de considerações de caráter particular²⁶⁶, sob pena de caracterizar atuação materialmente em desvio de finalidade. Nesse sentido, o controle do interesse público representa o próprio controle da finalidade das condutas administrativas, cuja recíproca é verdadeira²⁶⁷.

Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 13, mar./maio 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2009).

²⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 66.

²⁶² RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. [Brasília]: Ministério da Justiça, Serviço de Documentação, 1968. p. 60.

²⁶³ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 31.

²⁶⁴ SILVA, Danielle Souza de Andrade. Atividade administrativa discricionária e determinação do conceito de interesse público. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 6, p. 199-214, abr. 2004. Disponível em: <http://www.jfpe.gov.br/biblioteca/juizes/danielle_rev06_p199-214.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2010.

²⁶⁵ ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 29.

²⁶⁶ DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 17.

²⁶⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse Público: Verdades e Sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 75.

Em suma, a compreensão do que vem a ser o interesse público em um ordenamento constitucional como o brasileiro leva à conclusão de que se trata de conceito vinculado essencialmente com as finalidades pretendidas pela norma e cujo preenchimento impescinde do atendimento dos princípios gerais de Direito Público, explícita ou implicitamente consagrados no ordenamento jurídico, notadamente os da legalidade, enquanto atendimento estrito do escopo legal (sentido formal) e da impessoalidade, como atuação essencialmente desinteressada (sentido material).

Dessa forma, pela estrutura de Estado configurada na Constituição Federal, o administrador público deve assumir o encargo de buscar a promoção, exteriorizado por meio de suas ações, do fim abstratamente pretendido pelas deliberações legislativas, cuja responsabilidade é dos agentes políticos eleitos pela sociedade politicamente organizada para fazê-lo (o que pressupõe um regime profundamente democrático), desde que não aja em desconformidade com sistema normativo que lhe legitima, exigência esta imposta pelas normas-princípios aplicáveis à Administração Pública (exigência de um Poder Público submetido ao Direito).

2.1.2 A função integrativa dos agentes administrativos

A posição ora apresentada indica que o incremento das atividades estatais e a crescente pluralidade da sociedade, a qual passa a exigir cada vez mais a participação quantitativa e qualitativa do Estado na promoção e preservação de interesses de toda ordem, provocaram a derrocada da possibilidade de conceituação unívoca “do” interesse público, já que este deve ser tanto plural, quanto menos abstrato possível²⁶⁸. Essa realidade demanda que a construção de um significado juridicamente válido para o conceito inicie-se por uma atividade interpretativa que parta da análise do enquadramento da situação fática ao fim público consagrado na previsão normativa²⁶⁹, dado que o processo “de realização do direito não se opera em dimensão única, da norma para a realidade, mas os fatores podem,

²⁶⁸ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI: Algumas questões**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 17.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 62.

reflexamente, a partir da realidade, determinar o conteúdo jurídico da norma, ou seja, ter efeito normativo”²⁷⁰.

O processo de identificação e concretização do interesse público é, reiterar-se, resultado de um procedimento conjugado pela interpretação normativa com a individualização do seu conteúdo diante das peculiaridades do caso concreto²⁷¹. Nesse sentido, “quando for suficiente a interpretação, deve-se procurar a solução hermenêutica prevista na lei, no sentido de buscar a significação dos termos abertos previstos na lei, mas se terminado o trabalho de interpretação ainda restar à Administração o poder de optar, dentre várias soluções, por aquela que melhor atenda ao bem comum”²⁷². Logo, reconhece-se que a atividade da Administração é eminentemente *integrativa* do conteúdo normativo do interesse público, ou seja, a caracterização da noção jurídico-administrativa do interesse público é ulterior e complementar à sua definição político-constitucional, visto que os “poderes atribuídos ao Estado, no âmbito da função administrativa, não são voltados a produzir um interesse público abstrato, difuso ou apenas cognoscível por parte do governante”²⁷³.

Importa ressaltar, no aspecto, que a conceituação do interesse público por meio da atividade discricionária do administrador não significa que a tarefa deva ser atribuída ao seu mero arbítrio, mas que deve ser respeitada a opção eleita, mormente se for aferido que decorreu de um juízo de ponderação dos valores envolvidos na espécie, realizando de maneira proporcional direitos fundamentais, individuais ou coletivos, consagrados constitucionalmente²⁷⁴. É nesse sentido a menção feita por Gustavo Binenbojm, Professor da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, no sentido de que a

[...] fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais (e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade), impõe à Administração Pública o dever jurídico de *ponderar* os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.²⁷⁵

²⁷⁰ DEL CLARO, Maria Ângela Marques. O direito administrativo e a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados. **Revista da Faculdade de Direito a Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 40, p. 163-176, 2004.

²⁷¹ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI**: Algumas questões. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 59.

²⁷² MELLO, Célia Cunha. Interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 12, n. 3, p. 169-186, jul./set. 1994. p. 176.

²⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo**. Disponível em: <<http://www.justenfilho.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 21 set. 2006. p. 20.

²⁷⁴ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 13, mar./maio 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

²⁷⁵ *Ibidem*.

O interesse público impescinde, assim, de um suporte ou de uma mínima área de atuação identificável, embora se apresente como expressão indeterminada, demandando verdadeira concretização no momento da aplicação, pois a indeterminação lógica do enunciado não revela uma indeterminação absoluta na aplicação, de forma a justificar qualquer posição possível²⁷⁶.

A definição do que é interesse público decorre, por conseguinte, do processo legítimo de produção e aplicação normativa, porquanto inexistente, a não ser como recurso a um mero lugar-comum retórico, “interesse público prévio ao Direito, senão como manifestação abstrata insuficiente para determinar uma solução definida”²⁷⁷. Não por outro motivo, Alessi aponta que os órgãos administrativos poderão fazer prevalecer coativamente determinado interesse coletivo sobre interesses individuais ou outros interesse coletivos, contanto que se trate de interesse cuja prevalência esteja abstrata e preventivamente disposta em um ato legislativo primário, o qual deve ser concretamente aplicado por meio de ato posterior poderes atribuídos ao Estado²⁷⁸. Nesse sentido, o mestre italiano estabelece a necessidade de o interesse tido como público prevalecer quando previamente estabelecido pelo direito positivo, atuando como efetivo limitador da atividade do Poder Público. Em assim não sendo, o ato administrativo carecerá de suporte jurídico regular, baseando-se o agente administrativo simplesmente em uma “supremacia” de fato, em um argumento de força inadmissível no ordenamento constitucional atual²⁷⁹.

Passa ao largo, portanto, do puro subjetivismo do administrador as decisões que pretendam concretizar os objetivos do Estado, devendo ser buscada a partir dos juízos ponderativos decorrentes do entrechoque não excludente entre direitos fundamentais e “outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados”²⁸⁰, jamais inclinados para a prevalência das pretensões do aparato estatal (“interesse público secundário”) ou para a

²⁷⁶ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 43.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 23.

²⁷⁸ “*Gli organi amministrativi, adunque, possono bensì in concreto imporre coativamente la propria volontà facendola prevalere su quella dei soggetti privati, ma allora soltanto che siffatta prevalenza è stata in astratto disposta, con riferimenti a future applicazioni concrete dell’atto primario astratto, da una norma legislativa; il che significa che l’amministrazione potrà bensì far prevalere coativamente gli interessi pubblici (dei quali essa ha la cura) sugli antitetici interessi individuali, ma soltanto allorchè si tratti di interessi la cui prevalenza sia stata in astratto già preventivamente disposta da un atto primario legislativo la cui applicazione concreta presuponga appunto un futuro atto concreto da parte dell’amministrazione*”. (ALESSI, Renato. **Principii di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1966. t. 1, p. 197).

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ BINENBOJM, Gustavo. Direito Administrativo em 2006: uma breve resenha. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 25-54, jan./mar. 2007. p. 28.

submissão absoluta dos direitos individuais. Não por outro motivo Rawls inicia sua mais célebre obra estatuidando que

[...] a Justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade decorrente dos ‘sistemas de pensamento’. Um teoria, embora elegante e pertinente economicamente deve ser rejeitada ou revisada se não for verdadeira; da mesma forma que as leis e instituições, independentemente do sua estrutura e grau de eficiência, devem ser rejeitadas se revelarem-se injustas. Cada indivíduo possui um âmbito de inviolabilidade fundada no ideário de justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode suprimir. Por essa razão, a justiça condena a perda da liberdade por alguns em benefício compartilhado por outros. Isso não permite que o sacrifício imposto sobre alguns seja compensado pela grande soma de vantagens desfrutada por muitos.²⁸¹

O professor Gustavo Binembojm manifesta pertinente consideração a respeito ao asseverar que o “melhor” interesse público somente poderia ser obtido “a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível”²⁸². A ponderação de interesses pela Administração ganha sentido essencial, deste modo, quando da ausência de norma constitucional ou legal que não o tenha feito previamente²⁸³, visto que a ideia de que o significado conceitual do interesse não é passível de apresentação prévia, mas dependente da apreciação casuística, salvo nos casos em que a própria norma de competência estabelece objetivo determinado. Revela-se, pois, imperiosa a previsão normativa para legitimar a intervenção do Estado na ordem jurídica individual baseada na consideração do interesse público, não havendo como lhe atribuir significado autônomo²⁸⁴.

No mesmo sentido, somente é possível aludir a um interesse público de fato “como resultado de um longo processo de produção e aplicação do direito. Não há interesse público

²⁸¹ “Justice is the first virtue of social institutions, as truth is of systems of thought. A theory however elegant and economical must be rejected or revised if it is untrue; likewise laws and institutions no matter how efficient and well-arranged must be reformed or abolished if they are unjust. Each person possess an inviolability founded on justice that even the welfare of the society as a whole cannot override. For this reason justice denies that the loss of freedom for some is made right by a greater good shared by others. It does not allow that the sacrifice imposed on a few are outweighed by the larger sum of advantage enjoyed by many”. (RAWLS, John. **A Theory of Justice**: original edition. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 3-4).

²⁸² BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesse Público versus Interesse Privado**: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_7/DIALOGO-JURIDICO-07-OUTUBRO-2001-HUMBERTO-ÁVILA.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2006.

prévio ao direito ou à atividade decisória da Administração Pública”²⁸⁵. Uma decisão produzida por meio de um procedimento de aplicação da norma que se revele satisfatório e respeitoso dos direitos fundamentais e interesses legítimos (isto é, atendendo formalmente ao “bloco da legalidade”²⁸⁶ com a amplitude defendida) poderá ser reputada como manifestadora do interesse público²⁸⁷. Esse último deve estar, como refere o Prof. Humberto Ávila, “intimamente relacionado com os objetivos estatais, com as normas de competência, com o conteúdo dos atos administrativos e, principalmente, com os direitos fundamentais”²⁸⁸.

Trata-se de um legítimo interesse de “síntese”, resultado de um processo ponderativo entre o interesse prévia e legitimamente definido em lei como juridicamente relevante para o Estado, com a análise da multiplicidade de fatores advindos da realidade fática, afastando-se por completo da hipótese de decisão autoritária da Administração, tampouco tolhendo desta um âmbito legítimo de discricionariedade, essencial para sua existência autônoma²⁸⁹.

Os franceses George Vedel e Pierre Devolvé indicam que o sentido do conceito de interesse público é, por isso, atribuído àquele que detém a competência para sopesar os diversos interesses particulares atingidos pelas medidas administrativas, determinando a noção de interesse público com base em critério de autoridade. Assume, por essa verdadeira atividade arbitral, um caráter distinto da mera soma de interesses individuais ou equivalente a determinado(s) interesse(s) coletivo(s). Observam os administrativistas franceses que o processo de definição dos contornos de um interesse taxado de público inicia-se, em um primeiro momento, pelas normas da Constituição, em um segundo momento, pela produção normativa do Parlamento, em um terceiro momento, pela ação da Administração visando à concretização de tais previsões normativas, para, em um último momento, pelo Judiciário na tarefa de apreciar e resolver eventuais conflitos de interesses²⁹⁰.

Portanto, a segunda etapa do processo de construção do significado de interesse público exige que se socorra e respeite as prerrogativas discricionárias do agente administrativo, já que impraticável sua compreensão como resultado de apenas uma única ação possível – em diversas situações “mais de uma inteligência seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vezos de senhoria da verdade, que um entendimento

²⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 45.

²⁸⁶ A expressão foi cunhado, originalmente, pelo mestre francês HAURIOU, Maurice. **Précis Elementaire de Droit Administratif**. 5. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1943. p. 230.

²⁸⁷ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 46.

²⁸⁸ ÁVILA, op. cit.

²⁸⁹ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI: Algumas questões**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 45.

²⁹⁰ VEDEL, George; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif**. Paris: PUF, 1980.

divergente do que se tenha será necessariamente errado, isto é, objetivamente reputável como incorreto”²⁹¹.

Ou seja, no âmbito do Direito Administrativo o interesse público nada mais representa do que a atuação da Administração conforme o Direito, “resultado do procedimento de determinação da medida administrativa que melhor atenda a realização dos direitos fundamentais no caso concreto”, realização esta que impescinde do sopesamento de interesses afetados pelo ato administrativo, hipótese na qual é impescindível a observância dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade²⁹². A sistemática, em princípio simplória, não prescinde de complexidade, em especial porque o Direito é resultante de um complexo “processo interintegrativo ou de uma tensão dialética entre norma e fato”²⁹³ que exige atenção máxima do intérprete às particularidades que potencialmente preenchem as finalidades do Estado, conteúdo essencial desse interesse público. A imprecisa compreensão deste, entretanto, tem levado a doutrina administrativista nacional (e a jurisprudência, conseqüentemente) a defender seu emprego como princípio de justificação autônoma das ações do Poder Público, o que veio a ser contestado por alguns autores de renome, temática que se mostra essencial para completa apreciação do tratamento dado à matéria no Brasil.

2.2 A “SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO” ENQUANTO PRINCÍPIO AUTÔNOMO DE AÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Parcela majoritária da doutrina administrativista brasileira tem, invariavelmente, apresentado o *princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado* como um dos valores basilares do Direito Administrativo, cláusula que atua como verdadeira condição *sine qua non* para a própria afirmação da autoridade da Administração Pública no país. Não obstante seja figura invocada e exaltada há algumas décadas por diversos autores, pode-se constatar que a referência mais marcante a uma defesa do interesse público como

²⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 22.

²⁹² CARVALHO, Iuri Mattos de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, maio/ago. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/supremacia_interesse_p%C3%BAblic_iuri_carvalho.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2009.

²⁹³ COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003. p. 100.

princípio de supremacia na relação com os interesses privados, efetivo elemento de justificação da atuação administrativa, é extraída da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello. O festejado autor atribui posição privilegiada à Administração em relação aos particulares, amparando suas reflexões no chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o qual possuiria caráter de “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público”, pois “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”²⁹⁴.

Com pequenas distinções que não atingem o fundamento básico da teoria, porção considerável dos administrativistas pátrios defende a adoção sistemática do referido princípio de supremacia, ao argumento de que se trata de medida que legitima a atuação estatal e fundamenta o controle do exercício das competências discricionárias²⁹⁵, posição que, diante do significado apresentado ao conceito de interesse público, deve ser aprofundada.

O citado De Gérando, há muito, já esclarecia que o Direito Administrativo diz respeito a “regras que regulam as relações mútuas da administração com os cidadãos, tendo, justamente, por característica estabelecer a finalidade das funções administrativas, o que configura uma organização corporativa a partir da fixação das competências e atribuições de cada agente”²⁹⁶. A disciplina, dessa forma, impõe condições normativas capazes de regular as relações recíprocas entre os administrados e a Administração, marcando os limites do “domínio administrativo” e autorizando a atuação “com um fim de utilidade pública”, consistente na adoção de “certas medidas para a sustentação da ordem, salubridade, viabilidade, segurança individual, moral, pública, etc.”²⁹⁷. Completa o raciocínio o pioneiro autor francês ao estabelecer, ainda no início do século XIX, que “o direito [administrativo],

²⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 41. Contudo, o ilustre professor Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que o interesse público é conceito jurídico encontrado efetivamente no direito positivo, registrando que, em perspectiva jurídica, “será de interesse público a solução que haja sido adotada pela Constituição ou pelas leis quando editadas em consonância com as diretrizes da Lei Maior”. (*Ibidem*, p. 66).

²⁹⁵ CARVALHO, Iuri Mattos de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, maio/ago. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/supremacia_interesse_p%C3%BAblic_iuri_carvalho.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2009.

²⁹⁶ “*Le droit administratif a pour objet les règles qui régissent les rapports réciproques de l’administration avec les administrés*”. (DE GÉRANDO, Joseph-Marie. **Institutes du droit administratif français**. Paris: Nève, 1829-1836. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/>> Acesso em: 20 jan. 2011. t. 1, p. 62-63).

²⁹⁷ RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. [Brasília]: Ministério da Justiça, Serviço de Documentação, 1968. p. 27.

assim considerado, tende a conciliar ou equilibrar o interesse de diversas ordens, ao invés de reconhecer e atribuir valores positivos, absolutos e rigorosos”²⁹⁸.

Em sintonia com os ensinamentos de De Gérando, o italiano Massimo Severo Giannini assevera que o Direito Administrativo disciplina as formas de coexistência e encontro dos interesses da coletividade com os interesses dos particulares, aqueles vinculados historicamente ao princípio de autoridade estatal e estes ao da liberdade individual, mas que, de qualquer forma, devem resultar em uma disciplina jurídica que atenda a ambas as necessidades²⁹⁹.

É necessário, destarte, que se estabeleça uma premissa no que se refere à possibilidade de estabelecimento de um “princípio” relativo ao interesse público: uma coisa é defender que a atuação do administrador público, como a dos agentes estatais em geral, deve se pautar, como fim imediato, pela máxima realização daquilo que se entende por interesse público, ainda que este, via de regra, somente possa ser aferido caso a caso; outra é propagar a existência de um princípio de supremacia do interesse público sobre o interesse privado, sem esclarecer os fundamentos jurídico-normativos que legitimam sua caracterização como “princípio” supremo e, principalmente, qual o significado do referido interesse, como poderia ser definido abstratamente, o motivo pelo qual seria prevalente e antagônico ao interesse privado, bem como sua distinção formal e material, relativamente aos princípios constitucionais da legalidade e da impessoalidade.

Nesse aspecto, pertinente a observação do professor Humberto Ávila, em artigo que “incentivou” a polêmica ora instaurada – *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”*, no sentido de que interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e a supremacia do interesse público sobre o interesse particular não denotam o mesmo significado³⁰⁰. Transcorrido pouco mais de uma década do trabalho publicado pelo autor gaúcho, a consagração na doutrina administrativista mais celebrada da teoria do interesse público enquanto fundamento para a legitimação autônoma da atuação da Administração Pública apresenta crescente contestação, especialmente pelo fato de

²⁹⁸ “Le droit, ainsi considéré, tend à concilier ou à balancer des intérêts d’ordres divers, plutôt qu’à reconnaître et à consacrer des titres positifs, absolus et rigoureux”. (DE GÉRANDO, op. cit., p. 63).

²⁹⁹ “[...] il diritto amministrativo disciplini le forme di coesistenza e incontro di interessi della collettività e di interessi dei privati [...] i primi riconducono al principio di autorità, i secondi a quello di libertà: onde i risultati coincidono, da ambedue i punti di vista dai quali si prenda in esame la materia”. (GIANNINI, Massimo Severo. **Lezioni di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1950. p. 87).

³⁰⁰ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_7/DIALOGO-JURIDICO-07-OUTUBRO-2001-HUMBERTO-ÁVILA.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2006.

que a assunção da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pelo modo como ordinariamente empregado, pode levar ao entendimento de que atua como cláusula geral que não permite qualquer argumento de oposição, dando ensejo à emergência de uma política autoritária de suposta realização das finalidades constitucionais.

Assim, a crítica apresentada ao longo do trabalho direciona-se precipuamente à inconsistência jurídico-científica de um princípio que apregoe a supremacia do interesse público *sobre o interesse privado*, já que, como visto, não há, necessariamente, contraposição entre eles, definindo interesses públicos e privados como o verso e o reverso da moeda, como a tese e a antítese que ilustram a relação de Administração. Nesse sentido, pode-se dizer, com segurança, que há equívoco na própria compreensão das objeções apresentadas por alguns autores ao chamado “princípio da supremacia do interesse público sobre interesse particular”, pois a fundamentação formulada pela parcela da doutrina que defende a existência do princípio e busca o estabelecimento de uma “crítica da crítica” parte da ideia de que há “um aumento no número de juristas que encontram na noção de interesse público [...] um caráter autoritário”³⁰¹, o que não se observa efetivamente.

Ressalvados exageros eventuais, não há quem negue a relevância do interesse público para o Direito Administrativo, posição de destaque reconhecida desde os primeiros estudos jusadministrativistas elaborados ainda no continente europeu, como foi apresentado na parte inicial do trabalho. As restrições comumente referidas dizem respeito à existência juridicamente válida e compatível com a ordem constitucional de um “princípio” que apregoe a “supremacia” de uma categoria jurídica, estabelecendo uma definição prévia, pronta e acabada que tolhe a atividade ponderativa, além da necessária contraposição entre as esferas pública e privada, como se fossem reciprocamente excludentes, o que, à evidência, não se sustenta, mormente diante do sistema normativo consagrado na Constituição Federal de 1988.

Não se trata, registre-se, de uma discussão de caráter apenas ideológico, inaugurada para a defesa de “interesses econômicos, representados pela liberdade de iniciativa, a liberdade de competição, a liberdade de indústria e comércio”³⁰², ou de assunção de uma

³⁰¹ 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 (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 13.

³⁰² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Introdução: Existe um Novo Direito Administrativo? In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 8.

postura “neoliberal” nociva ao Estado³⁰³, mas de aprofundar a investigação das finalidades públicas consagradas no texto constitucional, de forma a consolidar a necessidade de apurar a justa medida entre o exercício da autoridade administrativa e a defesa dos direitos dos administrados.

Em verdade, a própria expressão “supremacia”, definida como “total e incontestável superioridade; hegemonia, primazia, preponderância”³⁰⁴ e “superioridade ou grandeza maior que todas as outras”³⁰⁵, já indica uma concepção de que “o interesse público está acima da própria ordem jurídica, atuando como uma cláusula de justificação da atuação administrativa alheia ao Direito e à própria legalidade”³⁰⁶, o que, como visto, não encontra justificativa juridicamente plausível. Ressalte-se que não se nega a existência de um “poder-dever” do agente de adotar a opção que vise ao melhor atendimento do interesse público³⁰⁷, mas sim que esse fim de concretização do interesse público não é justificativa para o estabelecimento de um princípio autônomo de ação administrativa que não permita recondução do ato administrativo aos critérios exigidos pela legalidade.

Nesse sentido, a compreensão comumente apresentada do referido princípio abonaria a impossibilidade de declarar a ilegalidade de qualquer ato que favorecesse interesse coletivo em detrimento de interesse(s) privado(s) que com aquele pudesse colidir, inviabilizando o controle relativo à proporcionalidade e razoabilidade da conduta estatal³⁰⁸. Destarte, quando Vicente Pereira do Rego afirma que a Administração, “independente na sua marcha, é formada no interesse público, fonte da razão governamental, é sempre senhora de fazer novos regulamentos, de revogar, ou alterar os antigos. Nem tão pouco pôde ficar atada pelos actos d'outra Administração anterior; o que todavia não priva a terceiros de se prevalecerem dos direitos adquiridos em virtude da Lei ou dos regulamentos geraes da Administração

³⁰³ BORGES, Alice Gonzáles. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. **Revista Diálogo Jurídico, Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.tudodireito.com.br/cesmac/supremacia.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2010.

³⁰⁴ HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico Houaiss**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. v. 10.

³⁰⁵ MICHAELIS: Moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

³⁰⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 143. Inclusive autores que defendem a existência de amparo constitucional ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado reconhecem que a expressão “supremacia” poderia ser revista. Nesse sentido, registre-se, por exemplo: OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito administrativo brasileiro? **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 220, p. 69-107, abr./jun. 2000. p. 75.

³⁰⁷ NUNES JÚNIOR, Armandino Teixeira. A discricionariedade administrativa e o controle judicial de seus limites. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 127, p. 207-221, jul./set. 1995.

³⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesse Público versus Interesse Privado: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

anterior”³⁰⁹, deve-se entender que a adoção do princípio de supremacia do interesse público jamais poderá significar “o total desrespeito ao interesse privado, já que a Administração deve obediência ao direito adquirido, à coisa julgada e ato jurídico perfeito”³¹⁰.

Em sintonia, o próprio Professor Celso Antônio Bandeira de Mello reconhece que jamais poderia haver a invocação do referido princípio de supremacia do interesse público “abstratamente, com prescindência do perfil constitucional que lhe haja irrogado, e, como é óbvio, muito menos caberia recorrer a ele contra a Constituição ou as leis. Juridicamente, sua dimensão, intensidade e tônica são fornecidas pelo Direito posto [...]”³¹¹. Reforçam-se, por conseguinte, dois aspectos relevantes para a melhor colocação do problema: em primeiro lugar, a Administração, ainda que atue com fundamento no referido “princípio”, deve guardar obediência às normas jurídicas do ordenamento; em segundo lugar, a atribuição de caráter “supremo” ao conceito revela-se temerosa, por ignorar a posição angular da norma jurídica, notadamente a constitucional, no âmbito do Direito Administrativo, o que, à evidência, vem ocorrendo na doutrina nacional majoritária, bem como na jurisprudência dominante.

Se é verdade que o processo de construção do significado do interesse público leva à análise dos interesses potencialmente atingidos pelo ato administrativo, a atividade ponderativa não poderia ser orientada por uma regra abstrata e absoluta de prevalência, com abdicção de bens jurídicos relevantes, justificadora de qualquer decisão, o que acabaria lhe retirando o real significado e, como consequência, sua própria importância e utilidade no ordenamento jurídico³¹². E mais, no momento em que se assume posição de que a doutrina jusadministrativista contemporânea, “ao sustentar a existência e aplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público no ordenamento jurídico pátrio, nada mais faz do que evidenciar a imperatividade da observância dos mandamentos constitucionais e jurídicos em geral na atividade do Estado”³¹³, defende-se, em última análise, que a “supremacia do interesse público” (como princípio jurídico) equivaleria à *supremacia das normas-princípios constitucionais* peculiares ao Direito Administrativo, especialmente se empregadas de modo a

³⁰⁹ REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, para uso das Faculdades de Direito do Império**. 2. ed. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860. p. 8.

³¹⁰ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 19.

³¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 30.

³¹² GUERRA, Sérgio. Discricionariedade Administrativa - Críticas e Propostas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 21, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-SERGIOGUERRA.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2009.

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 Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 43.

regular harmonicamente as incompatibilidades entre interesses da Administração Pública e dos administrados.

2.2.1 A interpretação do interesse público conforme a Constituição Federal de 1988

Invariavelmente, o princípio de supremacia do interesse público é justificado pela existência de regras jurídicas, constitucionais ou não, originárias de uma ponderação prévia entre os valores envolvidos na hipótese fática a ser regulada, optando-se pela preponderância de um interesse coletivo em detrimento de eventuais interesses particulares, tal como ocorre, no entender dessa posição, com as normas constitucionais acerca da desapropriação de imóveis (art. 5º, XXIV, da CF/88) ou da requisição administrativa (art. 5º, XXV, da CF/88)³¹⁴.

De início, impende observar que os institutos da cessão de propriedade particular ao Estado são abordados desde o nascimento do Direito Administrativo no país, tanto que Pereira do Rego manifesta a “necessidade de fazer ceder o interesse particular ao interesse geral exige que se conceda ao Governo o poder de obrigar o cidadão a ceder-lhe a sua propriedade”. O autor ressalta, todavia, que esse poder do Estado “nunca tem lugar senão como exceção da regra, segundo a qual na cidade deve-se decidir somente pelas Leis civis o que diz respeito á propriedade. Segue-se pois: 1.º que o Estado só tem o direito de apropriar-se d'uma propriedade particular nos casos determinados pela Lei política; 2.º que ainda mesmo n'esses casos deve observar a Lei civil a respeito de todas as cousas que não foram subtrahidas ao império della”³¹⁵. Ainda que a questão tenha sido abordada sob a égide de Constituição distinta, é pertinente notar que essa prevalência do poder estatal (“interesse geral”) possuía caráter excepcional, limitadas às situações taxadas na Constituição (“lei política”) e reguladas pelas leis infraconstitucionais (“lei civil”). De Gérando também referia que o instituto da expropriação da propriedade privada pelo Estado deveria ser extraordinário e aplicado com total respeito à manutenção do patrimônio do particular, visto que, no seu entender, “do

³¹⁴ ARAGÃO, Alexandre Santos. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 25.

³¹⁵ REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, para uso das Faculdades de Direito do Império**. 2. ed. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860. p. 131-132.

princípio de que o interesse particular deve ceder ao público resulta a regra que permite a expropriação quando o fim público assim o exige. Mas o princípio que garante o respeito à propriedade privada, decorre, ao mesmo tempo, a regra de que a desapropriação deve ser precedida por uma compensação justa”³¹⁶.

Veja-se, nesse sentido, que a Constituição Federal de 1988 está a indicar que a intenção do constituinte foi, no mais das vezes, preservar ao máximo os direitos individuais dos cidadãos, estabelecendo, por exemplo, a dignidade humana como valor fundante da sociedade (art. 1º, inciso III) e a garantia de preservação da intimidade e vida privada frente ao próprio Estado (art. 5º, inciso X), “cuja proteção normativa busca erigir e reservar, sempre em favor do indivíduo – e contra a ação expansiva do arbítrio do Poder Público – uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade desenvolvida pelo aparelho de Estado”, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.801³¹⁷. A exegese constitucional não indica uma necessária sobreposição do interesse particular pelo interesse público ou daquele sobre este, mas, tão-somente, uma normatização que permita a coexistência entre essas duas instâncias. Ora, não se deve confundir a necessidade de atendimento de interesses públicos por parte da Administração Pública, consubstanciado em um princípio (de persecução e tutela) do interesse público, com a defesa de uma primazia abstrata e absoluta dos interesses coletivos sobre os individuais, mormente quando estes estão resguardados por meio de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados³¹⁸. O fato de, em determinados momentos, haver indicação prévia da prevalência de alguns interesses coletivos ou do próprio Estado não autoriza a apreensão da existência de um princípio geral de supremacia, até porque, em regra, o interesse público não nega ou contradiz interesses privados³¹⁹. Não raro, a compreensão sistemática da Carta Constitucional acaba por estabelecer a necessidade de realização de uma determinada finalidade pública por meio de norma que vise à promoção ou defesa de direitos individuais.

³¹⁶ “*Du principe que l'intérêt privé doit céder à l'utilité publique, est résultée la règle qui autorise l'expropriation quand l'utilité publique l'exige. Mais, du principe qui consacre le respect dû à la propriété, est résultée, en même temps, la règle qui veut que l'expropriation soit précédée d'une juste indemnité*”. (DE GÉRANDO, Joseph-Marie. **Institutes du droit administratif français**. Paris: Nève, 1829-1836. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/>> Acesso em: 20 jan. 2011. t. 4, p. 352).

³¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.801. Relator(a): Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2007, DJe-047 13/03/2008.

³¹⁸ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 89.

³¹⁹ SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 217-246.

Parece mais correta, por conseguinte, a “intelecção do que seja o interesse público vai apontar não para a ocorrência de colisão, mas sim para a convergência entre este e interesses legítimos dos indivíduos, sobretudo aqueles que se qualificarem como direitos fundamentais”³²⁰. Ou seja, embora ordinariamente a doutrina mencione que o legislador constituinte, na previsão do art. 5º, XXIV, da CF/88, fez opção, relativamente ao direito de propriedade, pela prevalência de um interesse público ao qual deve se subordinar integralmente o interesse privado, não parece ser equivocado considerar que se trata de uma forma de acomodação entre interesses abstratamente conflitantes, tanto que estabelece condições indispensáveis para o resguardo do patrimônio do expropriado³²¹ – “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante *justa e prévia indenização em dinheiro*”. A ausência de percepção dessa realidade constitucional, a qual revela uma opção do legislador ordinário pela fiel composição de distintos interesses, é explicada pelo citado professor Binenbojm com base no fato de que a origem “pré-constitucional” de alguns conceitos clássicos do Direito Administrativo, como a noção de interesse público, resiste “em alguns países até os dias de hoje completamente alheia à juridicização de princípios e objetivos do Estado e da coletividade, operada pela Constituição”, permitindo, dessa forma, que se lhe atribuam conceituações dissociadas das prescrições da Lei Maior.

Nesse ínterim, tendo a Constituição Federal de 1988 estabelecido que o Poder Público deverá responder “pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros” (art. 37, §6º), qualificou-se como “público”, como uma finalidade pública, o interesse do particular lesado em ser indenizado na proporção da lesão que lhe foi causada pelo Estado, não obstante se trate de direito subjetivo de caráter estritamente individual³²². Não se pode afirmar, no entanto, que em matéria de responsabilidade objetiva do Estado haveria uma supremacia do interesse particular sobre o interesse público, apenas porque o aparato estatal e seu respectivo patrimônio deve se submeter ao pleito ressarcitório do

³²⁰ SARMENTO, op. cit., p. 81.

³²¹ BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesse Público versus Interesse Privado**: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 37. O autor estabelece severa crítica à evolução do Direito Administrativo e do seu estudo no país, consignando que “o discurso da autonomia científica do direito administrativo serviu de pretexto para liberar os administradores públicos da normatividade constitucional”. (BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 13, mar./maio 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

³²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A Noção Jurídica de “Interesse Público”. In: **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 184.

particular, raciocínio que, em contrapartida, inviabiliza que se extraia das normas constitucionais que garantem prerrogativas excepcionais ao Estado um princípio de supremacia do interesse público *sobre o interesse particular*, até porque se tratam de interesses complementares e não, essencialmente, colidentes. O exemplo do suprarreferido §6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988 é esclarecedor nesse aspecto, na medida em que o interesse público encontrar-se-á atendido apenas se o direito individual do lesado à reparação indenizatória for respeitado e promovido, ainda que se pudesse aferir uma majoritária contrariedade popular ao ressarcimento a ser feito pelo Estado em casos específicos, como, por exemplo, na hipótese de pagamento de indenização por danos morais e materiais a detento ferido dentro de estabelecimento prisional³²³, conquanto se trate de indivíduo visto com “maus olhos” pela opinião pública, em razão da gravidade dos crimes praticados.

Importa que não se olvide, ainda, que a atribuição da proteção e fomento de determinada finalidade pelo Estado, assumindo a condição de efetivo interesse público, deriva, muitas vezes, mais de uma convenção de caráter político do que da própria natureza do objetivo (interesse) a ser atingido³²⁴, tanto que as normas que fundamentariam essa supremacia do interesse público sobre o interesse particular podem ser, no mais das vezes, alteradas pelo constituinte derivado, hipótese inviável no que se refere aos direitos e garantias individuais, como se extrai da redação do art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, que lhes assegura a condição de cláusulas pétreas.

Parece correto, desta sorte, reconhecer que a exegese da ordem constitucional indica a necessidade de “respeito simultâneo dos interesses individuais, coletivos e públicos, a fim de que haja o maior atendimento possível de certos princípios – onde esses interesses se traduzem em valores –, com a mínima desatenção aos demais”³²⁵. Dessa forma, relativamente às restrições aos direitos individuais fundamentadas em normas específicas (art. 5º, XXIII, da CF/88, por exemplo), deve o Poder Público atentar para a proporcionalidade e a razoabilidade do seu agir, de modo a estabelecer a medida adequada da restrição, preservando ao máximo os

³²³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 382.054, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 03/08/2004, DJ 01/10/2004.

³²⁴ 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 (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 136.

³²⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 269.

interesses em conflito, pois, reitere-se, não há justificativa normativa para o estabelecimento de prevalência *a priori* e absoluta do coletivo sobre o individual³²⁶.

Ora, por ser um conceito despersonalizado, o atendimento do interesse público não passa, necessariamente, pelo número de anseios que atende, podendo, perfeitamente, estar presente no ato administrativo que beneficia uma individualidade em detrimento de uma coletividade³²⁷. Visconde do Uruguay alertava, a propósito, que a disposição constitucional ou legislativa que estabelece, diante de situações específicas, a prevalência de um interesse coletivo determinado não pressupõe uma superação de uma vontade individual contraposta³²⁸.

Pode-se dizer, deste modo, que pela centralidade e supremacia hierárquica da Constituição Federal, consagradora de diversos direitos fundamentais concernentes à preservação da liberdade individual, a realização do interesse público passa, muitas vezes, pela preservação e satisfação de determinado(s) interesse(s) privado(s) ou, até mesmo, pelo atendimento de uma única pretensão particular³²⁹. Trata-se, inclusive, de exigência da ordem jurídica instaurada a partir do chamado Estado Social uma posição ativa do Poder público, inaugurando e consolidando políticas públicas capazes de fomentar os direitos dos cidadãos (individuais e/ou coletivos), de maneira a assegurar uma proteção dos indivíduos ou grupos de indivíduos menos favorecidos³³⁰.

Por consequência, como o Supremo Tribunal Federal consigna em seus julgados, a atividade administrativa “não pode ignorar o princípio da supremacia da Constituição, nem

³²⁶ BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesse Público versus Interesse Privado**: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

³²⁷ SILVA, Danielle Souza de Andrade. Atividade administrativa discricionária e determinação do conceito de interesse público. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 6, p. 199-214, abr. 2004. Disponível em: <http://www.jfpe.gov.br/biblioteca/juizes/danielle_rev06_p199-214.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2010.

³²⁸ URUGUAY, Visconde do. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. v. 1.

³²⁹ BARROSO, Luís Roberto. Prefácio da obra. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. XV. Renato Alessi refere, a propósito, que “esses interesses públicos, coletivos, de cuja satisfação a administração deve cuidar, não são, note-se bem, simplesmente o interesse da própria administração enquanto um aparato autonomamente organizado, senão aquilo que se convencionou chamar de interesse coletivo primário, formado pelo complexo dos interesses individuais prevalentes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto que o interesse do aparato, que pode ser concebido inclusive como um interesse do aparato considerado individualmente, será simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir no seio da coletividade, e que até podem ser realizados em caso de coincidência, e nos limites dessa dada coincidência, com o interesse público primário. A peculiaridade da posição jurídica da administração pública está precisamente em que a sua função consiste na realização do interesse coletivo, público, primário”. (ALESSI, Renato. **Principii di Diritto Amministrativo**. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1974. t. 1, p. 226-7).

³³⁰ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 68.

desconsiderar os postulados que derivam do sistema consagrado por nosso ordenamento constitucional”³³¹. Para que seja legítima a restrição a direito fundamental individualizado, o suposto interesse coletivo a ser alcançado deve ter correspondência normativa, constitucional ou legal, mesmo que justificada pelo atendimento das necessidades de um número significativo ou majoritário de indivíduos³³².

Observa-se, do exposto, não ser possível “extrair ‘o princípio da supremacia do interesse público’ da análise do conjunto normativo constitucional, haja vista a ampla proteção dispensada aos interesses particulares”; defender posição contrária revela ausência de interpretação sistemática do diploma constitucional e menoscabo da constante busca pela unidade constitucional³³³. A descrição de um princípio ou direito de caráter absoluto, portanto, não pode encontrar fundamento de validade em uma Constituição denominada “cidadã”³³⁴, posição largamente divulgada pela Corte máxima do país:

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam **de caráter absoluto**, mesmo porque razões de relevante interesse público **legitimam**, ainda que **excepcionalmente**, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das liberdades públicas, uma vez **respeitados** os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (grifos no original)³³⁵

Afigura-se indefensável, pelo evidenciado acima, que uma norma-princípio de supremacia possa ser extraída do ordenamento jurídico positivo brasileiro, especialmente com a amplitude pretendida por parte da doutrina, independentemente do método hermenêutico

³³¹ Voto Exmo. Min. Celso de Mello no julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.213 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2002, DJ 23/04/2004.

³³² BARROSO, Luís Roberto. Prefácio da obra. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. XVII.

³³³ BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesse Público versus Interesse Privado**: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

³³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 163.910 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 11/03/1996, DJ 03/05/1996.

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452, Relator(a): Min. Celso De Mello, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12/05/2000.

empregado³³⁶. A posição privilegiada que os órgãos da Administração possuem em alguns casos indicaria apenas que esses exercem uma função pública, para cujo desempenho satisfatório são necessárias regras jurídicas específicas³³⁷, justificando-se tais prerrogativas pela legitimidade funcional dessas instituições públicas, não em razão de uma supremacia decorrente da natureza do ente ou objetivo perseguido.

2.2.2 Interesse público *versus* interesse privado?

A opção pela compreensão do interesse público como resultado do processo de aplicação das normas jurídicas acarreta, logicamente, a impossibilidade de se estabelecer a dicotomia geralmente apresentada entre interesses de ordem pública e de ordem privada, uma vez que, diante da configuração constitucional analisada, aqueles podem, e não raro o fazem, ser atendidos com a promoção dos direitos individuais ou na imbricação entre estes e os direitos de cunho coletivo, vedando que se estabeleça “prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros”³³⁸. Häberle, a propósito, refere oportunamente que

Somente depois que todas as — reconhecidas — tensões entre os interesses públicos e privados forem compreendidas, e que ao princípio do Estado de Direito e do Estado Social de Direito possam corresponder prescrições não indiretamente sobre o interesse particular, mas diretamente sobre o interesse público e que sua posição seja encontrada no conjunto da Constituição, será o interesse público um princípio jurídico imanente. Somente depois disso é que são postas as questões teóricas relativas ao interesse público³³⁹.

Direitos privados e individuais podem, a propósito, representar tanto limitações à ação estatal supostamente voltada para o interesse público, como nos casos em que se busca

³³⁶ ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_7/DIALOGO-JURIDICO-07-OUTUBRO-2001-HUMBERTO-ÁVILA.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2006.

³³⁷ ISENSEE, Josef. **Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat**, in HStR III, § 57 Rn. 62 *apud Ibidem*.

³³⁸ BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesse Público versus Interesse Privado: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

³³⁹ HÄBERLE, Peter. **Öffentliches Interesse als juristisches Problem**. Bad Homburg, Athenäum, 1970. p. 526 *apud* ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_7/DIALOGO-JURIDICO-07-OUTUBRO-2001-HUMBERTO-ÁVILA.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2006.

equilibrar a necessidade de recomposição do erário público com o direito do servidor público acusado do desviar de verbas de permanecer silente para que não produza provas contra si, quanto ser parte dessa atuação estatal pautada pela busca do interesse público em concreto, quando se preserva o sigilo do processo judicial ou administrativo, sob o argumento de que o direito à intimidade ou a um julgamento justo e legítimo desse mesmo indivíduo homenageia o interesse público consagrado na legislação constitucional³⁴⁰.

Os mestres precursores do Direito Administrativo brasileiro já reconheciam a necessidade de preservação dos direitos e interesses “meramente individuais” contra ações do Estado, conclusão que se extrai do pensamento de Antônio Joaquim Ribas quando afirma que as lesões dos direitos ou interesses meramente individuais “não são tidas em igual consideração pelos órgãos da opinião pública, e mais facilmente passam despercebidas; é por isso que as leis, que a êstes direitos se referem, devem ser bem explícitas e amplamente desenvolvidas, para que suas lacunas ou omissões não dêem lugar a abusos e lesões, que por falta de eco poderoso, que as repercute, fiquem sem reparação e repressão”³⁴¹.

Observa-se no trecho supratranscrito preocupação em preservação de interesses particulares frente a atos do Estado (no caso, atos legislativos), motivo pelo qual se invoca a necessidade de explicitação e pormenorização das leis que “dizem respeito às relações individuais e recíprocas dos cidadãos”, de modo que os “grandes e sagrados interêsses da liberdade, da honra, da segurança e da propriedade dos associados não fiquem dependentes do arbítrio, da ignorância ou da má-fé daqueles a quem incumbe a aplicação destas leis”³⁴².

Especialmente nos casos de potencial restrição a direitos individuais, o ideal seria que as normas respectivas estabelecessem previamente as condições para tais ocorrências, vinculando a atuação do aplicador do Direito de tal modo que as “ponderações casuísticas feitas em face das situações concretas” ocorressem apenas de forma excepcional, situação que homenagearia o caráter democrático da escolha realizada, garantindo maior previsibilidade e segurança jurídica ao administrado³⁴³. A questão não passa, à evidência, pela supremacia principiológica do interesse classificado como “público”, mas apenas de respeito às escolhas legislativas e opções administrativas diante de determinadas situações fáticas, pois se

³⁴⁰ PENNOCK, J. Roland. A Unidade e a Multiplicidade: uma observação sôbre o conceito. In: **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967. p. 183.

³⁴¹ RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. [Brasília]: Ministério da Justiça, Serviço de Documentação, 1968. p. 62.

³⁴² *Ibidem*.

³⁴³ SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 94-5.

interesse público e privado “são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre o outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos”³⁴⁴.

Seabra Fagundes, em sentido aproximado, defende que a preservação do mérito do ato administrativo revela proceder que “atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo”³⁴⁵.

Vê-se, pois, que o Direito Administrativo contemporâneo, permeado essencialmente por ideais democráticos, não pode admitir um postulado universal de preferência por qualquer espécie de interesse, ainda que apenas no plano abstrato; a preponderância de um interesse deve decorrer de uma interpretação da situação fática nas quais se evidencia uma colisão principiológica, de maneira a justificar a prevalência em concreto de determinado interesse³⁴⁶. Por conseguinte, “se o interesse público, por ser um conceito jurídico determinado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias concretas”, não há razão para defender sua transmutação em um princípio jurídico determinador de que a solução encontrada, isto é, o interesse público aferido após o processo ponderativo, sempre prevalecerá³⁴⁷.

Não por outro motivo, o professor Justen Filho assevera que a desvinculação entre o interesse individual e o interesse público, decorrência inevitável da incidência do princípio de supremacia (na forma como apresentado), contém o gérmen do autoritarismo³⁴⁸, pois no seio de uma sociedade não há como reconhecer, indubitavelmente, “uma identidade coletiva, mas

³⁴⁴ ESCOLA, Hector Jorge. **El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989. p. 243.

³⁴⁵ SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 180.

³⁴⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 25.

³⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesse Público versus Interesse Privado: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

³⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 41. O autor indica com propriedade que “O conceito de interesse público não se constrói a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica insuperável e frustração de sua função. Definir o interesse como público porque titularizado pelo Estado significa assumir uma certa escala de valores. Deixa de indagar-se acerca do conteúdo do interesse para dar destaque à titularidade estatal. Isso corresponde à concepção de que o Estado é mais importante do que a comunidade e que detém interesses peculiares”. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo**. Disponível em: <<http://www.justenfilho.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 21 set. 2006).

diversas e até mesmo concorrentes, de modo que uma interpretação da Constituição que leve em conta apenas uma identidade, por mais majoritária que seja, pode lançar complicações para o desenvolvimento da democracia”³⁴⁹. Como visto, a normatização apresentada pelo ordenamento jurídico pátrio não atribui a qualquer interesse, abstratamente, um caráter de valor com hierarquia suprema, o que poderia, inclusive, legitimar uma possível atuação arbitrária do Estado³⁵⁰.

Em outros termos, como acentua a doutrina italiana, a primazia pontual de determinado interesse coletivo sobre um individual é concebível exclusivamente por meio de atos concretos que encontram fundamento no direito objetivo, mediante uma concessão explícita ou implícita, específica ou genérica, por parte do Legislativo, Poder que possui a capacidade de emanar um ato contendo referência àquela possibilidade de prevalência ou referir-se expressamente a transferência de poder à Administração³⁵¹. Dessa forma, o ato administrativo desprovido de juridicidade resultará inválido, sendo inidônea a produção dos efeitos jurídicos pretendidos pela Administração, suscetíveis de traduzir uma prevalência de dado interesse coletivo do plano estritamente material, fático, para o plano jurídico³⁵². Tratar-se-ia, desse modo, de uma inversão do sistema de conformidade legal (legalidade) estabelecido pela ordem constitucional.

Constata-se que, até mesmo a corrente doutrinária defensora da existência do princípio da supremacia acaba reforçando a posição defendida ao longo do trabalho quando manifesta que o “princípio da supremacia do interesse público que está na base da atuação administrativa. Não o princípio aplicado livremente pela Administração, mas o princípio aplicado pela forma como está delimitado pelo ordenamento jurídico”³⁵³ e de que “o princípio tem que ser aplicado em consonância com os demais princípios administrativos, em especial o da legalidade”³⁵⁴.

Há consenso, pois, acerca da imperiosidade de ser rechaçada a existência de uma cláusula geral pela qual a Administração esteja investida de uma prerrogativa de tomar

³⁴⁹ PEDRON, Flávio Quinaud. O dogma da supremacia do interesse público e seu abrandamento pela jurisprudência do Superior Tribunal Federal através da técnica da ponderação de princípios. **Revista da Escola da Magistratura Regional Federal**, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 167-92, dez. 2008.

³⁵⁰ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 17.

³⁵¹ ALESSI, Renato. **Principii di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1966. t. 1, p. 198.

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ 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 (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 98.

³⁵⁴ *Ibidem*.

quaisquer atitudes que considere necessárias para atingir a finalidade pretendida. Garcia de Enterría e Fernandez manifestaram-se com propriedade a respeito ao referirem ser

*[...] absolutamente inadmisibile afirmar [...] que la Administración disponga de un poder general implícito o derivado de la cláusula general de orden público (arts. 1 y 2 LOP) para poder condicionar, limitar o intervenir los derechos y libertades constitucionalmente proclamados, en orden a una hipotética articulación de los mismos con la utilidad común o general. Esta es una tesis rigurosamente procedente del absolutismo (y prolongada parcialmente en el XIX por el famoso “principio monárquico”), pero totalmente incompatible con la construcción moderna del Estado. de Derecho, que la Constitución ha librado felizmente de todo equívoco.*³⁵⁵

No âmbito do Direito Administrativo, em especial na interpretação de conceitos indeterminados e na discricionariedade, a natureza jurídica do(s) interesse(s) público(s) deve ser buscada nas atribuições constitucionais titularizadas pela Administração com vistas à realização de interesses essenciais da sociedade³⁵⁶. É mais coerente, inclusive, com a própria definição de interesse público e com a necessária observância do princípio da finalidade (impessoalidade) pelo administrador que se fale apenas de um “princípio do interesse público”, que perpassa todo o processo de construção da estrutura normativa do Direito pátrio, desde a atividade criadora das regras e princípios jurídicos, até a afirmação dos demais princípios do Direito Administrativo, prescrevendo a necessidade de busca, na ação pública, da vontade geral legítima sobre os anseios “egoisticamente articulados”, aproximando-o da realização dos objetivos do Estado (e não do corpo governamental).

Esse interesse geral atingido pela Administração no âmbito da sua atuação regular, enquanto diretriz condicionada por imperativos de igualdade, proporcionalidade e, em última instância, justiça social, deve estar sempre em consonância com os interesses lícitos e legítimos dos cidadãos compreendidos individualizada ou coletivamente³⁵⁷. Trata-se de preceito vinculado umbilicalmente com uma atuação estatal legítima e regular perante a ordem jurídico-normativa, uma vez que o sistema administrativista pátrio não admite o “domínio despótico” do todo sobre o interesse particular e que a invocação em vão desse critério de prevalência, sob o pretexto de justificar medidas restritivas, desvirtua a finalidade

³⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998. v. 1, p. 63-4.

³⁵⁶ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI: Algumas questões**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 42.

³⁵⁷ FREITAS, Juarez. **Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 36.

do próprio Estado, cuja função é servir ao desenvolvimento das pessoas, não o contrário³⁵⁸. Essa parece ser a ideia apresentada pela Suprema Corte brasileira ao defender que:

Motivos de ordem pública ou razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, **ex parte principis**, a **inaceitável** adoção de medidas que **frustram** a plena eficácia da ordem constitucional, **comprometendo-a** em sua integridade e **desrespeitando-a** em sua autoridade – **não podem** ser invocados para viabilizar o **descumprimento** da própria Constituição, que, em tema de atuação do Poder Público, impõe-lhe limites inultrapassáveis [...]. (grifos no original)³⁵⁹

Admitindo-se, diante do exposto, que o ordenamento constitucional não autoriza a dedução de um princípio de primazia alheio à legalidade e à impessoalidade administrativas; que inexistente necessária oposição entre interesses públicos e privados; que o termo “interesse público” é um conceito indeterminado valorativo que não leva a definições descritivas e unívocas, outorgando ao agente administrativo uma margem de atuação sem correspondência nos demais conceitos fluidos; é pertinente, por derradeiro, que se analise de que forma e qual a extensão do controle judicial sobre as condutas pautadas pela realização especificada do interesse público³⁶⁰, especialmente diante normas constitucionais que conduzem a Administração Pública.

2.3 O CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PAUTADA PELO INTERESSE PÚBLICO

Com o advento do século XX, em especial no período pós 2ª Guerra Mundial, a atual fronteira entre o político e o jurídico passou a beneficiar enormemente este último, não mais bastando aos governantes a invocação de motivos eminentemente políticos para que o controle judicial de seus atos ficasse afastado. Observou-se crescente preocupação em deixar de reconhecer à Administração a faculdade de determinar, por si mesmo (discricionariamente), os limites de sua submissão ao Direito, atribuindo ao Juiz a decisão de

³⁵⁸ *Ibidem*, p. 35-6.

³⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 244.578/RS, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 23/06/1999, DJ 18/08/1999.

³⁶⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. O Controle Jurisdicional da Administração Pública. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 2, maio 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 nov. 2009.

exercer ou declinar sua possibilidade de controle da atuação governamental – o traçado da referida fronteira passou, deste modo, a caber ao Poder Judiciário³⁶¹.

Prossegue, todavia, sendo uma das grandes discussões do Direito Administrativo atual a intrincada relação entre a possibilidade de controle ilimitado da atuação do Poder Executivo pelo Poder Judiciário e a existência e extensão da zona de autonomia na qual se assegura a insindicabilidade das escolhas feitas pelo administrador diante das situações concretas, desde que observados os limites legais³⁶². Sendo assim, o chamado controle dos atos administrativos, os quais são vistos por alguns autores como redutos remanescentes de um antigo período arbitrário, deve, indubitavelmente, respeito à legítima liberdade de decisão do administrador³⁶³.

A discussão acerca da linha divisória entre as atribuições funcionais dos órgãos jurisdicionais e da Administração Pública, ora apresentada sob a perspectiva do preenchimento do significado do interesse público, é, igualmente, observada no âmbito das ideias que condicionam, em maior ou menos grau, a vinculação do administrador à legalidade (ampla discricionariedade, plena vinculação, etc.), remetendo, em última instância, ao debate envolvendo o atual sentido dos princípios democrático e da separação de poderes, verdadeiros indicadores da presença da finalidade pública em órgão com funções especializadas, passíveis de controle e coordenação no âmbito de competência que lhes é outorgado pela Constituição Federal³⁶⁴. Ou seja, o controle jurisdicional da Administração Pública, em verdade “dá concreção ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que, por seu turno, dá sustentáculo à tripartição funcional de poderes, nos moldes do que é estabelecido nos Artigos 2º e 60, § 4º, III, ambos da Constituição Federal”³⁶⁵.

Pois bem, diante das formas de expressão do interesse público que se apresentam no ramo do Direito Público, a doutrina costuma estabelecer que o controle das atividades dos atos do Estado é dividido entre controle de legitimidade e de legalidade. Naquela hipótese, a conformidade da atuação estatal com a vontade política dos representantes da sociedade –

³⁶¹ Conforme decisão do *Conseil d’Etat* no caso Napoleon, em 1875, *apud* WEIL, Prosper. **Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1986. p. 134.

³⁶² SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 23-38, out./dez. 2002. p. 24.

³⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998. v. 1, p. 448.

³⁶⁴ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um Estudo Comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 45 e ss.

³⁶⁵ MAFFINI, Rafael Da Cás. O Direito Administrativo nos Quinze Anos da Constituição Federal. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 5, mar./maio 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

“formalmente intitulados em razão de seus respectivos mandatos” – deve ser aferida, precipuamente, pelos próprios agentes públicos responsáveis por expressar essa legitimidade, daí porque se assenta na doutrina a posição de que se trata de uma atuação *interna* e de *autotutela* dos órgãos públicos. Dessa forma, como refere o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o exercício do controle de legitimidade dar-se-á por meio de atividades *fiscalizatória*, capaz de “detectar possível desconformidade da ação administrativa com o interesse público”; *revogatória*, desconstituindo um ato que se mostra em descompasso com o interesse público pretendido; e *substitutiva*, por meio da constituição de novo ato, mais adequado à satisfação da finalidade pretendida³⁶⁶.

Interessa, entretanto, no presente estudo, aprofundar a investigação acerca do controle da atividade administrativa que ocorre eminentemente no plano *externa corporis* – o controle de legalidade. Trata-se, como se sabe, de atividade fiscalizatória de caráter eminentemente *jurisdicional*, destinada à invalidade de ato “que se apresente em desconformidade com a lei, ou seja, com a expressão legislada do interesse público”, cujas consequências podem chegar à anulação da medida e eventual punição do agente responsável³⁶⁷, mas *jamais à sua substituição*.

É inegável que a Constituição Federal de 1988, em especial por meio do inciso XXXV, do artigo 5º, garante que “qualquer lesão ou ameaça de lesão poderá ser submetida à apreciação do Judiciário”, eliminando possibilidade de discussão acerca da apreciação judicial dos atos provenientes da Administração Pública. O indivíduo lesado em seu interesse “juridicamente protegido” por um ato ilegítimo da Administração não possui, destarte, outra possibilidade de reagir senão buscando os meios de controle (interno ou externo) concebidos para a tutela jurídica do interesse público, por se tratar de efetiva atuação pública em desvio de poder³⁶⁸.

As ações administrativas que obriguem o cidadão a suportar restrições a seus direitos ou obstem o exercício de uma garantia não autorizada por lei caracteriza indubitável ilegalidade, seja pela ausência de amparo normativo à limitação imposta, seja pela agressão direta ao direito fundamental de liberdade desse indivíduo, posto que a “oposição a um ato

³⁶⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996p. 431.

³⁶⁷ *Ibidem*.

³⁶⁸ ALESSI, Renato. **Principii di Diritto Amministrativo**. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1974. t. 1, p. 207.

ilegal é, em última instância, uma defesa da liberdade de quem foi injustamente afetado pelo referido ato”³⁶⁹.

Como se sabe, ao Judiciário é dada a prerrogativa de correção tanto de ilegalidades denominadas subjetivas, quando o descompasso entre o agir e a lei resulte na violação ou possibilidade de violação de um direito particular (“interesse juridicamente protegido”), quanto de ilegalidades denominadas objetivas, caso em que há desconformidade do agir administrativo com a ordem jurídica genericamente considerada. Nesse sentido, os desvios da conduta estatal que afrontem a legalidade e a impessoalidade autorizam que a defesa do interesse público passe a ser possível a partir da iniciativa de cada particular, seja em razão de usurpação ou sonegação de direito garantido por lei, quando se valerá da prerrogativa alcançada pelo inciso XXXV do art. 5º da CF/88, seja em razão de “atos ou abstenções da Administração Pública, que não ferindo direito seu, afetem, de qualquer modo, o direito objetivo no que concerne aos serviços públicos, ao domínio do Estado, às servidões administrativas e às obrigações públicas”³⁷⁰, hipótese em que a ordem constitucional autoriza a proposição de ação popular (inciso LXXIII do art. 5º da CF/88).

A interpretação efetuada pelo Supremo Tribunal Federal do texto constitucional segue a mesma linha, entendendo que ao Poder Judiciário foi garantido o poder para impedir eventuais desvios e excessos praticados pelo Poder Executivo, em especial se essa atuação desvirtuada implicar lesão ou ameaça a direito de quem quer que seja, o que não caracteriza, por si só, sobreposição das funções de uma esfera sobre outra, como se observa no julgamento do Recurso Extraordinário nº 259.335 Agr/RJ, assim ementado:

[...] Reexame da decisão administrativa pelo Poder Judiciário. Ofensa ao princípio da separação de poderes. Inexistência. A Carta Federal conferiu ao Poder Judiciário a função precípua de controlar os excessos cometidos em qualquer das esferas governamentais, quando estes incidirem em abuso de poder ou desvios inconstitucionais³⁷¹.

³⁶⁹ “[...] *la oposición a un acto administrativo ilegal es, en último extremo, una defensa de la libertad de quien há resultado, injustamente afectado por dicho acto*”. (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998. v. 1, p. 452).

³⁷⁰ SEABRA FAGUNDES, Miguel. **Da ação popular**. Rio de Janeiro: Forense, 1947. p. 05.

³⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 259.335 Agr/RJ, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 07/12/2000. No mesmo sentido foi o julgamento do STF no MS nº 23.452/RJ, assim ementado: “[...] O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República. O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. - O

A possibilidade de sindicância irrestrita dos atos discricionários, aliás, também é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula nº 473, que consagra: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e **ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial**” (grifou-se).

A maior das controvérsias se estabelece, contudo, a respeito da intensidade desse controle acerca da atuação administrativa, em especial quanto aos limites autorizadores da atuação discricionária³⁷², seara própria para o preenchimento do conteúdo do interesse público. O entendimento consolidado na doutrina juspublicista nacional anterior a 1988 indicava ser inviável a sindicabilidade judicial das decisões emitidas pelo administrador nos limites de seu poder discricionário, desde que produzidos dentro das lindes legais e com vistas ao atendimento do interesse público³⁷³. Como se sabe, todavia, a posição defendida no âmbito do Direito Administrativo contemporâneo admite a necessidade do exame em profundidade da discricionariedade administrativa pelo Judiciário, hipótese sequer considerada até meados do século passado, ainda que, no fim das contas, a opção seja pela preservação integral da decisão da autoridade pública.

Em seus julgados, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo que “a doutrina moderna tem convergido no entendimento de que é necessário e salutar a ampliação da área de atuação do Judiciário, tanto para coibir arbitrariedades - em regra praticadas sob o escudo da assim chamada discricionariedade -, quanto para conferir-se plena aplicação ao preceito

sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. OS PODERES DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO, EMBORA AMPLOS, NÃO SÃO ILIMITADOS E NEM ABSOLUTOS. - Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23.452/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJ 12.05.2000.

³⁷² FIGUEIREDO, Lucia Valle. O Controle Jurisdicional da Administração Pública. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 2, maio 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 nov. 2009.

³⁷³ ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 2, p. 205-210, 1993.

constitucional segundo o qual ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’ (art. 5º, XXXV, CB/88)³⁷⁴. Vem sendo, assim, relativizada a posição tradicional da doutrina jusadministrativista, que defendia o controle jurisdicional do poder discricionário restrito aos aspectos formais do ato praticado ou aos seus pressupostos de validade, sem adentrar no mérito e na análise dos juízos de conveniência ou oportunidade da ação estatal. A limitação do referido exame dá-se, *a priori*, pela lei, “a qual fixou desde logo as linhas dentro das quais poderá a autoridade administrativa livremente tomar suas decisões” ou pelo fim geral de utilidade pública ou, ainda, pelos princípios constitucionais que conformam a ação estatal³⁷⁵. E não pode ser outro o entendimento.

O controle da atividade guiada por um norte de interesse público, por conseguinte, deve ser realizado por meio de uma tutela dos limites e da finalidade que regem a atividade administrativa. Assim, como assevera corretamente Alessi, o primeiro parâmetro a ser seguido é a necessidade de explicitação concreta dos fundamentos e adequação normativa à prerrogativa legal, o que ressalta a importância da *motivação* dos atos administrativos, instrumento que serve para evitar o favorecimento de interesses escusos (moralidade). O segundo seriam os limites formais da atuação administrativa, quais sejam, a forma do ato e a competência do órgão público (legalidade em sentido estrito), seguidas, em terceiro lugar, pela observância da adequação substancial da prerrogativa de atuação da Administração à determinação, mais ou menos precisa, da espécie e grau de interesse público capaz de legitimar o seu uso³⁷⁶, momento em que a sindicabilidade judicial deve-se valer da teoria do desvio de finalidade (desvio de poder), incluído na Constituição Federal com as vestes do princípio da impessoalidade – ou, como acentua a doutrina nacional mais festejada, o desvio de poder evidencia a “utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição”³⁷⁷.

Os motivos de anulação dos atos administrativos eivados de vícios de ilegalidade são divididos por Prosper Weil em externos, o que inclui o atingimento das acepções extrínsecas do ato, como no caso da incompetência ou do vício formal; e internos, que pode se dar pelo fim pretendido pela decisão ou por seu próprio objeto. Nessas hipóteses, a anulação da decisão por desvio de poder deverá ocorrer quando o ato que exterioriza a vontade

³⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 24.699, Relator(a): Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01/07/2005.

³⁷⁵ COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003. p. 104.

³⁷⁶ ALESSI, Renato. **Principii di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1966. t. 1, p. 207.

³⁷⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Desvio de Poder. In: **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 120.

administrativa encontra aparentemente regular, mas (I) visa a um fim distinto aquele que assinala a regra de direito; (II) a objetivo alheio ao interesse público, por estarem inspiradas em animosidades e/ou favoritismos pessoais; (III) a finalidade que, embora caracterizada pela perseguição de interesse geral, não seja a alçada pela norma³⁷⁸. O mesmo autor reafirma, com propriedade, que o controle dos desvios de poder leva a noção de legalidade até seus limites mais extremos, já que atua como “critério limitador da atuação do agente à impessoalidade e à moralidade”³⁷⁹.

Diante das informações apresentadas desde o início do estudo, busca-se demonstrar que o interesse público, ou a “supremacia” do interesse público, foi incorporado na Constituição Federal de 1988 nas vestes dos princípios do *caput* do art. 37, especialmente a legalidade, a impessoalidade e, em menor escala, a moralidade, o que retira, em verdade, utilidade prática ao abrodado princípio de supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Não distoa dessa posição o pensamento de Paulo Alberto Pasqualini que, ao glosar a mais célebre obra do mestre Cirne Lima, afiança: “A *impessoalidade* é decorrência do princípio da utilidade pública”³⁸⁰.

Veja-se, ainda, que o próprio direito positivo pátrio incorpora essa equivalência entre o atendimento do interesse público e os princípios da impessoalidade e da moralidade ao consagrar a observância, nos processos administrativos, dos critérios de “objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades” (art. 2º, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 9.784/99). As normas-princípios referidas são, ao mesmo tempo, as ferramentas que autorizam a investigação jurisdicional da ação administrativa e os limites dessa própria sindicabilidade, na medida em que, caso ultrapassados tais parâmetros de controle do interesse público, não há nada a ser feito a não ser respeitar e manter hígida a decisão da Administração.

Importa relembrar, no aspecto, os ensinamentos de Seabra Fagundes, para quem o mérito do ato administrativo, enquanto aspecto do procedimento da Administração relacionado a circunstâncias e prognoses possíveis apenas ao administrador, em razão dos “processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida”, não pode ser substituído pelo Judiciário, pois exorbitaria a competência de “apreciação jurídica (legalidade e legitimidade), que lhe é reservada como órgão específico de preservação da ordem legal, para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade), próprio dos órgãos

³⁷⁸ WEIL, Prosper. **Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1986. p. 161.

³⁷⁹ WEIL, Prosper. **Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1986. p. 162.

³⁸⁰ CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios do Direito Administrativo**. 7.ed. rev. reel. por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 54.

executivos”³⁸¹. Habermas, por exemplo, sustenta posição análoga, embora com referência ao controle de constitucionalidade das leis, ao defender que o Tribunal Constitucional deve se limitar à tarefa de compreender o processo da Constituição, ou seja, apenas para proteger um processo democrático de criação da lei³⁸², de maneira a não exceder as funções que lhe são cabíveis em razão da divisão funcional de Poderes. Ora, a própria legitimação do sistema de controle é colocada em xeque com a possibilidade substituição de uma decisão “subjetiva” do administrador por uma decisão igualmente “intuitiva” do magistrado³⁸³.

A substituição das decisões administrativas pelos Tribunais, pela supressão da “flexibilidade própria” da Administração Pública, acabaria por sacrificar “os interesses públicos à supersticiosa, servil e material observância dos textos legislativos”³⁸⁴, pois, como refere Ribas, “em regra o administrador somente deve administrar, e o juiz julgar”³⁸⁵. É por essa razão que se revela essencial o desenvolvimento de critérios objetivos que possibilitem decisões racionalmente fundadas por parte do órgão de controle, de modo a justificar a apreciação de decisões e ações provenientes dos demais Poderes. Não por outro motivo, insiste-se que a supressão da oportunidade ou conveniência da ação administrativa, próprias do processo de concreção do interesse público, não é função jurisdicional, já que, de outro modo, o juiz substituiria “pela sua a vontade do administrador. A injustiça ou a inconveniência ou o desacerto do ato administrativo são territórios vedados à apreciação judicial”³⁸⁶.

Dessa forma, sendo ao Poder Judiciário resguardado constitucionalmente a prerrogativa de rechaçar qualquer espécie de lesão a direito, não há como defender a existência de atos alheios à apreciação jurisdicional, o que não se confunde, todavia, com a possibilidade de usurpação das escolhas discricionárias da Administração Pública, devendo limitar-se a decidir, nesses casos, se a conduta adotada enquadra-se ou não na moldura

³⁸¹ SEABRA FAGUNDES, Miguel. Conceito de mérito no direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 23, jan./mar. 1951. p. 1.

³⁸² HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1, p. 297-298.

³⁸³ Em sentido análogo é a posição de MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 3, jun.2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_3/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-03-2001-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: 21 set. 2009. O atual Ministro do STF observa com propriedade que “se já se tem dificuldade de aceitar uma decisão tipicamente voluntarista ou intuitiva do órgão de representação popular, certamente não se pode sequer cogitar de uma eventual substituição de um voluntarismo do legislador pelo voluntarismo do juiz”.

³⁸⁴ RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. [Brasília]: Ministério da Justiça, Serviço de Documentação, 1968. p. 65.

³⁸⁵ *Ibidem*.

³⁸⁶ TÁCITO, Caio. O desvio de poder em matéria administrativa. In: **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 74.

legal³⁸⁷ e respeita o âmbito de incidência dos direitos dos administrados. Deste modo, decorre lógica e necessariamente da conformação da atividade administrativa com as normas jurídicas (regras e princípios) o fato de que a redução da densidade normativa diminui a própria densidade do controle da Administração, que garante independência tanto com relação ao legislador, quanto com relação aos Tribunais³⁸⁸.

Assim, se é certo que a atuação do Poder Judiciário deve ser conduzida pela ampla incidência do princípio da legalidade, igualmente é correto que a utilização de critérios de controle da atividade ponderativa do Poder Executivo, em especial por meio dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, como formas de condicionamento da atuação discricionária, encontra limite na preservação da autonomia deste, sob pena de usurpar a participação administrativa no processo de construção do interesse público. O controle das ações da Administração Pública exercido pelo Poder Judiciário será, tendo essa percepção, tanto mais intenso quanto maiores forem as condições para que construa um juízo seguro quanto à matéria tratada, com aferição de eventual equívoco evidente na justificativa utilizada para adotar a medida, a qual, de fato, restrinja bem jurídico resguardado por direito fundamental constitucionalizado e que, pela sua relevância, merece ser protegido³⁸⁹.

Daí porque se acentua que a realização do princípio democrático somente ocorre se o agente público optar, no caso concreto, pela determinação que vise à promoção da finalidade pública motivadora de sua ação, justificando a escolha feita. Nesse sentido, é dever do administrador, após a interpretação da norma, “valorar, dentro de um critério de razoabilidade, e afastado de seus próprios *standards* ou ideologias, portanto, dentro do critério de razoabilidade geral, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada”³⁹⁰. Apenas se houver manifesta inadequação da ação administrativa para atingir a finalidade legalmente prevista restará configurado o excesso da Administração no uso de suas

³⁸⁷ FIGUEIREDO, Lucia Valle. O Controle Jurisdicional da Administração Pública. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 2, maio 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 nov. 2009.

³⁸⁸ BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 84, *apud* KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 8, p. 177-224, dez. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27203/discricionariedade_administrativa_conceitos_juridicos.pdf?sequence=3>. Acesso em: 04 fev. 2010.

³⁸⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 162.

³⁹⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 206.

prerrogativas, podendo o Judiciário, dessa forma, analisar a regularidade do mérito do ato, declarando sua ilegalidade ou inconstitucionalidade³⁹¹.

Foi nesse sentido, por exemplo, a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso em Mandado de Segurança nº 24.901³⁹², na qual o Ministro Carlos Aires Britto consignou que: “embora o Judiciário não possa substituir-se à Administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal”. Logo, está imune de restrição a prerrogativa do administrador de ponderar e sopesar as circunstâncias factuais com vistas a concretizar o intento legal, obstando terceiros de rechaçar a inteligência e a ação da autoridade que não tenha sido a “melhor” possível para concretizar o pretendido, ao argumento de que extrapolou os limites da razoabilidade³⁹³ ou da proporcionalidade. Cabe, na hipótese, aferir se houve utilização dos meios aptos a concretizarem o objetivo almejado, ainda que, por algum motivo, não o concretizem de maneira “ótima” na prática³⁹⁴.

Dessa forma, a busca por um controle mais efetivo das ações e omissões ilícitas do administrador público, a pretexto de impedir ações arbitrárias, não pode conduzir à atuação arbitrária dos próprios órgãos jurisdicionais, consubstanciada na substituição de escolhas legítimas daquele por decisões despóticas destes³⁹⁵. Hans Kelsen, a respeito, alertava para o fato de que a atividade interpretativa autoriza a opção dentre distintas possibilidades de aplicação normativa, desde que observado a moldura normativa estabelecida pelos níveis superiores do ordenamento, sendo, por conseguinte, defeso ao Judiciário revisar o ato administrativo além dos limites da observância ou contrariedade ao Direito, ao atendimento da finalidade legal e à abertura normativa possibilitada pela atividade hermenêutica³⁹⁶.

O controle das razões de conveniência e oportunidade do administrador e, como consequência, da atividade administrativa pautada pelo interesse público, deve ser amplo e aprofundado, mas sempre negativo, jamais substitutivo; o que está ao alcance da apreciação

³⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991. p. 202.

³⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 24.901, Relator(a): Min. Carlos Aires Britto, Primeira Turma, julgado em 26/10/2004, DJ 11/02/2005.

³⁹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legalidade – Discricionariedade – seus Limites e Controle. In: **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

³⁹⁴ Sobre as razões que têm levado os Tribunais a extrapolar as funções que lhes são garantidas constitucionalmente, vide ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./mar, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 14 abr. 2010.

³⁹⁵ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 13, mar./maio 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

³⁹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 466-467.

pelo Poder Judiciário são, deste modo, as eventuais ilegalidades decorrentes dessa atuação pautada na discricionariedade administrativa. Coaduna-se, portanto, com a visão apresentada pelo Superior Tribunal de Justiça quanto ao controle judicial do ato administrativo discricionário no julgamento do Recurso Especial nº 493.811/SP, no sentido de que: “Na realidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador”³⁹⁷.

Ora, o julgador, ao sindicarem os atos administrativos, deve utilizar os mesmos critérios que embasam (ou deveriam embasar) a realização do ato pelo administrador, tais como, as condições de fato que determinam a edição do ato, equivalência entre o ato exigido pelos fatos e o concretizado, a existência de motivação do ato e “relação causal entre o conteúdo do ato, os motivos e a finalidade por ele visada”³⁹⁸. Não deve, todavia, haver transferência dos juízos de oportunidade e conveniência, pois o exame jurisdicional tem que envolver unicamente a observação de atendimento da legalidade e finalidade pública do ato³⁹⁹, pois é o mérito da atuação administrativa que consagra, caso inexistir antijuridicidade, o interesse público em sentido concreto, qualquer que seja o seu conteúdo.

Reforça-se, por oportuno, que a idoneidade das ações estatais deve ser aferida mediante um juízo fiscalizatório e revogatório, devendo ser anulados os atos administrativos apenas quando clara e inequivocamente mostrarem-se alheios à finalidade pública⁴⁰⁰, razão pela qual remanesce não havendo possibilidade de controle direto do mérito do ato administrativo, mas sempre do seu demérito, já que, como dito, a autoridade política ou administrativa não possui “liberdade pura de escolha ou conformação a ponto de agir em desvinculação com os princípios constitucionais”⁴⁰¹. Assim, o papel do Judiciário deverá ser o do “administrador negativo”, em analogia ao do “legislador negativo”, pois “se é certo que o Poder Judiciário não pode dizer, substituta e positivamente, como o administrador deveria agir, está obrigado a emitir juízo sobre como não deveria agir”⁴⁰².

³⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. nº 493.811/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11/11/2003, DJ 15/03/2004. Decisão referida em MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário. *Revista Boletim Jurídico*, Uberaba, n. 171. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1172>> Acesso em: 15 mar. 2010.

³⁹⁸ ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 2, p. 205-210, 1993

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 210.

⁴⁰⁰ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 65.

⁴⁰¹ FREITAS, Juarez. *Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 38.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 226. Vide, a *contrario sensu*, o exemplo da ADI nº 3.510/DF, que apreciou a questão envolvendo pesquisas com células-tronco. No caso, os integrantes do STF, conquanto favoráveis às pesquisas,

Nas palavras do ilustre professor Bandeira de Mello,

[...] se em determinada situação real o administrador reputar, em entendimento razoável (isto é, comportado pela situação, ainda que outra opinião divergente fosse igualmente sustentável), que lhe aplica o conceito normativo vago e agir nesta conformidade, não se poderá dizer que violou a lei, que transgrediu o direito. E se não violou a lei, se não lhe traiu a finalidade, é claro que terá procedido na conformidade do direito. Em assim sendo, evidentemente terá procedido dentro de uma liberdade intelectual que, in concreto, o direito lhe facultava. Logo, não haveria título jurídico para que qualquer controlador de legitimidade, ainda que fosse o Judiciário, lhe corrigisse a conduta, pois a este incumbe reparar violações de direito e não procedimentos que lhe sejam conformes.⁴⁰³

Dessa forma, a necessária vinculação da Administração Pública à previsão legal jamais implicará possibilidade de redução da sua margem de liberdade a zero, mas apenas que a atuação discricionária deve ser exercida dentro dos parâmetros ditados normativamente pelo ordenamento jurídico. Observadas tais hipóteses, a margem de discricionariedade deve ser respeitada e garantida ao administrador, não sendo crível defender a sindicância ilimitada da existência ou inexistência de interesse público no resultado do ato administrativo praticado, assim como os meios adotados para tanto, pois a efetiva realização da utilidade pública está justamente na observância das regras e princípios jurídicos que regem as relações da Administração Pública. Ou seja, o espaço para apreciação dos fatos relaciona-se intimamente com a realização do interesse público inserido na norma, o que viabiliza plenamente o controle judicial sobre eventuais violações normativas diretas ou, indiretamente, pela constatação do desvio de poder ou finalidade, além de possível falha na ponderação de interesses envolvidas em concreto, por configurar desproporcionalidade ou irrazoabilidade na atuação⁴⁰⁴.

Importa reiterar, a propósito, que o controle jurisdicional da ação administrativa que incorre em desvio de poder, a despeito de investigar o conteúdo material do ato praticado, não implica restrição à discricionariedade do agente, por se tratar de exame de estrita legalidade, o que pressupõe exame completo do ato administrativo, atividade fiscalizatória destinada à sua possível invalidade. Assim, estabelecendo uma investigação externa de caráter negativo, voltada a elidir eventual afronta normativa pelos efeitos do ato praticado, o controle efetuado

exprimiram posições paralelas em seus votos, introduzindo inovação na legislação abordada, acrescentando ressalvas à lei ou acréscimos interpretativos.

⁴⁰³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 23.

⁴⁰⁴ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI: Algumas questões**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 58.

pelo Judiciário não deve implicar ofensa à liberdade do administrador, já que o exercício da discricção deverá ser preservado sempre que não se constatar vício que o acoberte de ilegalidade⁴⁰⁵.

Ao Poder Judiciário compete examinar e avaliar o preenchimento do conceito jurídico indeterminado em apreço, averiguando se a interpretação analisada deu-se em consonância com a norma que conferiu a titularidade ao agente⁴⁰⁶; ou seja, verificar *se* o ato é correto e não *qual* o ato correto⁴⁰⁷. Não pode o magistrado, destarte, interpretar o interesse público no âmbito do direito público da mesma forma que o faz com conceitos indeterminados comuns a outros ramos do direito, tais como o abuso de direito do direito civil, a falta grave no direito laboral ou o motivo torpe no direito penal⁴⁰⁸, pois, nesses casos, inexistente âmbito de discricção assegurado a quaisquer das partes envolvidas na relação jurídica submetida à apreciação judicial. Aferindo-se que a atuação administrativa, vinculada ou discricionária, observou os limites da legalidade, seguindo as previsões normativas constitucionais e infraconstitucionais, não se pode negar está alcançando, em determinada medida, a dimensão do que possa ser o referido conceito⁴⁰⁹.

Inegavelmente há uma dificuldade prática de a sindicabilidade judicial interpretar o “verdadeiro sentido” ou o “sentido originário” da norma jurídica quando se trata de controle do atendimento do interesse público, uma vez que é o intérprete direto dessa norma (o administrador, no caso) que constrói seu sentido por meio de um ato volitivo que entender conveniente aos interesses perseguidos pelo Estado (e não pela aparato estatal)⁴¹⁰, sendo papel do Judiciário controlar se a “avaliação” feita revela-se compatível formal e materialmente

⁴⁰⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Desvio de Poder. In: **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 141.

⁴⁰⁶ BORGES, Alice Gonzáles. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. **Revista Diálogo Jurídico, Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.tudodireito.com.br/cesmac/supremacia.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2010.

⁴⁰⁷ Voto do Min. Eros Grau no Recurso em Mandado de Segurança nº 24.699 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Mandado de Segurança nº 24.699, Relator(a): Min. Eros Grau, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01/07/2005).

⁴⁰⁸ Em sentido diverso, vide SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 40.

⁴⁰⁹ BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesse Público versus Interesse Privado: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

⁴¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Heremênutica Jurídica e(m) Crise**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 82. No mesmo sentido, OHLWEILER, Leonel. Os princípios constitucionais da Administração Pública a partir da filosofia hermenêutica: condições de possibilidade para ultrapassar o pensar objetificante. **A & C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 4, out./dez. 2004. p. 71e seguintes.

com o Direito. Em assim não sendo, reitere-se, deve permanecer intocada a opção administrativa⁴¹¹.

Importa ressaltar, no aspecto, que não há incompatibilidade entre a posição defendida e a garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da CF/88)⁴¹², já que é da essência do Estado de Democrático de Direito um Poder Executivo autônomo e independente, com liberdade para atuar livremente dentro do âmbito de atuação que lhe confere o ordenamento jurídico, desde que exercida motivadamente e com impessoalidade⁴¹³. O princípio da inafastabilidade do controle judicial é, na verdade, a garantia de defesa dos direitos dos administrados e da própria ordem jurídica objetiva, devendo ser elemento condutor da análise da sindicabilidade judicial da atuação administrativa⁴¹⁴.

Diante do exposto, pode-se afirmar que o Poder Judiciário se apresenta como o terceiro avalista no processo de construção do significado do interesse público no Direito Administrativo, atuando com vistas ao estabelecimento dos limites dentro dos quais deve ser exercida a atividade do administrador. Isso porque, o “ideal do Estado não é o extermínio da

⁴¹¹ KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 8, p. 177-224, dez. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27203/discricionariedade_administrativa_conceitos_juridicos..pdf?sequence=3>. Acesso em: 04 fev. 2010. Tendo como exemplo os pressupostos de *urgência* e *relevância* para a edição de medida provisória, nos termos do art. 62 da Constituição, admite-se que estes podem e devem ser controlados no que tange à legalidade do ato praticado com base neles, ou seja, houve relevância e urgência para a prática do ato, se não houve malferimento dos demais pressupostos constitucionais, em sentido formal e material, se sua prática na lesiona ou ameaça lesionar direitos e se não há desproporção entre o meio empregado e a finalidade pretendida, tampouco irrazoabilidade na medida adotada. Afora tais aspectos, compete exclusivamente ao Congresso Nacional fazer controle político da medida provisória, ou seja, se foi oportuna e conveniente a expedição da medida (FIGUEIREDO, Lucia Valle. O Controle Jurisdicional da Administração Pública. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 2, maio 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 nov. 2009). O STF, a propósito, se manifestou no sentido de que “os pressupostos da urgência e da relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indeterminados e fluidos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n 2.213 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/04/2002, DJ 23/04/2004).

⁴¹² Art. 5º, XXXV, CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

⁴¹³ KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 8, p. 177-224, dez. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27203/discricionariedade_administrativa_conceitos_juridicos..pdf?sequence=3>. Acesso em: 04 fev. 2010.

⁴¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 376.

discricionariiedade, mas a sua juridicidade, entendida como modo de realização do direito”⁴¹⁵. Inexistindo indícios satisfatórios de que a operação valorativa não encontra lastro no sistema jurídico, é defesa a modificação dessa decisão, ainda que, ao entendimento do órgão judicante, a opção eleita não tenha sido a esperada pelo Tribunal ou por parcela da sociedade⁴¹⁶.

A preocupação com a preservação do âmbito de liberdade do agente administrativo na construção do interesse público tem razão de ser pela constatação de que, habitualmente, as decisões judiciais revelam excessiva subjetividade, decorrente dos desvios permitidos pelos mecanismos metodológicos da ponderação de interesses, mormente quando, de modo a justificá-las, há “mera invocação de valores metajurídicos”⁴¹⁷, tais como a própria supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Entende-se necessário, diante disso, o emprego de parâmetros jurídicos derivados diretamente das regras incidentes, os quais devem prevalecer sobre argumentos extrajurídicos e/ou genéricos, priorizando-se a previsão da regra constitucional ou legal, que é resultado de um processo ponderativo de interesses prévio e legítimo⁴¹⁸.

Em suma, o controle judicial encontra seus limites nas hipóteses em que está envolvida atuação pautada por juízos de oportunidade e conveniência do administrador, resguardada a apreciação da legalidade (em sentido amplo) da ação estatal, o que permite concluir que a competência discricionária apenas é tolhida quando há abuso do agente administrativo, por extrapolar a esfera de livre atuação que lhe é concedida pela lei⁴¹⁹. Se este não for o caso, permanecerá hígida a solução eleita pela Administração Pública, ainda que dela haja discordância.

Especificamente no caso da atuação administrativa voltada para o atendimento do interesse público, limitá-la a apenas uma possibilidade condicionaria o reconhecimento de que ao Judiciário caberá, sempre e em qualquer hipótese, determinar qual o significado do

⁴¹⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário. **Revista Boletim Jurídico**, Uberaba, n. 171, 2005. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1172>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

⁴¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 13, mar./maio 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

⁴¹⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 26-7.

⁴¹⁸ *Ibidem*, p. 27-28.

⁴¹⁹ COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003.

conceito no plano concreto, reconhecendo como contrárias ao direito (ilegais, portanto) quaisquer outras decisões que não se coadunem com a opção judiciária⁴²⁰. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou corroborando tal posição, na medida em que decidiu ser vedado ao Judiciário, “no exercício do controle jurisdicional, apreciar o mérito dos atos administrativos, para dizer do acerto da Justiça, da utilidade, da moralidade, etc., de cada procedimento. Não pode o juiz substituir-se ao administrador; compete-lhe, apenas, contê-lo no estrito limite da ordem jurídica ou compeli-lo a que os retorne”⁴²¹.

Dessa forma, conquanto se reconheça que ao juiz é dada a última palavra na relação de subsunção dos fatos às hipóteses normativas, é inegável que, em situações limites, como na atividade que visa à promoção do interesse público, a função criativa do Direito fica prejudicada, dada a ausência de legitimação democrática para validar a substituição da vontade legítima do administrador pela decisão do magistrado⁴²². Por derradeiro, não havendo ilegalidade na opção eleita, deve-se, por estar a Administração Pública em melhores condições de valorar as situações fáticas, em face da proximidade e do aparelhamento técnico disponível, reconhecer e acatar a determinação adotada, não sendo possível aceitar um controle judicial do interesse público que se proponha a rediscutir a solução adotada a ponto de modificar ou de substituir a decisão administrativa.

⁴²⁰ GUERRA, Sérgio. Discricionariiedade Administrativa - Críticas e Propostas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 21, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-SERGIOGUERRA.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2009.

⁴²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 165.977/SP, Relator: Min. Celso de Mello, julgado em 20/10/1993, DJ 27/10/1993.

⁴²² COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003.

CONCLUSÃO

- Embora ignorado por muitos autores, a expressão “interesse público” vem sendo abordada pela doutrina juspublicista em duas perspectivas distintas, a constitucional (“política”) e a administrativa (“jurídica”), o que acaba levando a um confronto de ideias acerca de manifestações completamente diversas do conceito. A primeira diz respeito ao exercício das funções políticas legitimadas a partir das vias de representação popular garantidas pelo princípio democrático, com a incorporação dos interesses predominantes na sociedade em atos normativos abstratos e genéricos, normalmente apresentados na Constituição do país e, a partir dela, na legislação infraconstitucional, as quais estabelecem as finalidades a serem buscadas pelo Estado. A segunda forma de abordagem vincula-se à atividade de interpretação e concretização desses fins positivados pela atividade legislativa em face das circunstâncias concretas enfrentadas pela Administração Pública, cujo papel constitucionalmente designado é a “fiel execução” das leis (art. 84, inciso IV, da Constituição Federal), o que permite a concretização efetiva das definições políticas prévias, de modo a atender às necessidades sociais concretas. A relação entre as duas perspectivas determina até que ponto a compreensão do interesse público é matéria afeta ao Direito Constitucional e a partir de que momento passa a ser peculiar ao Direito Administrativo.

- O constitucionalismo moderno é caracterizado pelo estabelecimento de instrumentos jurídicos capazes de limitar às imunidades do Poder Público, restrição outrora impraticável diante do caráter absolutista dos regimes estatais vigentes. Dessa realidade adveio, por influência direta dos ensinamentos de Rousseau e sua repercussão na revolução francesa de 1789, a necessidade de submissão jurídica do Estado, por meio do reconhecimento de direitos invioláveis dos cidadãos que impuseram deveres de conduta à Administração Pública, tolhendo a possibilidade de exercício arbitrário de suas ações. Reservou-se à lei o papel decisivo de instrumento regulador do poder político, o que amparou a conformação de um princípio da legalidade que veio a caracterizar o então incipiente Estado de Direito, capaz de promover condições necessárias ao convívio em sociedade a partir de deliberações que representassem a vontade concordante dos indivíduos, configurando uma manifestação que revela a essência dos regimes democráticos.

- Como a ordem constitucional brasileira estabelece a Democracia e o Direito como os instrumentos capazes de levar o Estado à realização do interesse geral, deve a conduta do agente político ser sempre orientada por critérios constitucionais, avaliando e qualificando a relevância de uma necessidade coletiva ou individual suscetível de integrar a noção de interesse público, além de condicionar a atuação da autoridade administrativa pela afirmação do princípio da legalidade, buscando aquilo que a legislação define como sendo uma finalidade a ser alcançada mediata ou imediatamente pelas ações estatais.

- Dessa forma, no âmbito do Direito Público, a construção do interesse público demanda investigação dos fundamentos constitucionais que garantem ao Poder Legislativo a prerrogativa de transpor para os atos normativos determinações capazes de representar os fins últimos do Estado, bem como asseguram à Administração Pública a potestade de agir como responsável pela concretização do escopo da norma jurídica. Nesse sentido, caso a decisão ou necessidade aferida pelo legislador seja limitar a liberdade da autoridade administrativa, vinculando sua atuação a uma mera opção de agir ou não agir, a própria lei, após um processo legislativo democraticamente legitimado pelo sufrágio popular (arts. 1º, parágrafo único, e 14, *caput*, da Constituição Federal de 1988), acaba definindo o agir cogente ao atendimento do interesse público, este último consubstanciado no próprio objetivo consagrado explícita ou implicitamente no texto normativo. Por outro lado, se o intento legislativo for conceder à Administração Pública margem à discricionariedade, a análise dos limites da atuação administrativa ultrapassa a observância da regra atribuidora de competência, submetendo-se à regulamentação normativa ampla, já que a regularidade e a compatibilidade das ações administrativas com a ordem jurídica passam a ser elemento nuclear do interesse público em perspectiva imediata.

- A variabilidade na significação do conceito de interesse público, reconhecida desde os primórdios do Direito Administrativo, fica, assim, condicionada pela necessidade de obediência aos termos da previsão legal por parte do agente administrativo, o qual deve buscar evitar o emprego de critérios extrajurídicos nas decisões tomadas ou atos praticados com o escopo de atender ao fim determinado pela norma. Ao administrador público possibilita-se, destarte, indicar em cada caso a realização do suporte fático descrito na norma, sendo-lhe defeso, entretanto, impor uma decisão baseada na mera invocação do interesse público, dada a necessidade de motivação concreta e específica para a prática de cada ato administrativo.

- A Administração Pública, assim, exerce atividade integrativa no processo de concreção do interesse público mediato, uma vez que, não existindo prévio e específico indicativo legal da atividade a ser praticada, reconhece-se que, por deliberação própria do legislador, à autoridade administrativa é remetida a realização da tarefa *a posteriori*, por se entender mais adequado fazê-lo caso a caso ou, na maioria das vezes, pela impossibilidade de os atos normativos alcançarem todas as particularidades da atividade cotidiana. Ganha importância, no aspecto, o processo hermenêutico da norma que fixa e/ou qualifica o interesse público, já que é a partir dessa exegese que se define qual a margem de liberdade da agente público na definição dos meios e das atitudes tendentes aos objetivos normativos.

- É defeso, portanto, aos intérpretes das normas constitucionais e infraconstitucionais absterem-se de observar ao seu núcleo mínimo de interpretação, justamente por, ao invés de promover os conceitos e objetivos consagrados na Carta da República, fulminar sua própria existência. Deve-se minimizar a possibilidade de o administrador público ou aquele que controla seus atos realizar nova ponderação de interesses diante do caso concreto, em detrimento daquela já realizada pelo Legislador.

- No processo de construção do significado do interesse público, embora certo que o escopo imediato das condutas da Administração Pública seja definido pelas normas jurídicas, as quais elegem aquilo que, dentro do contexto social, pode ser tido como de interesse geral, a previsão legislativa, no mais das vezes, não esgota as soluções possíveis relativas à aplicação do Direito, porquanto, não raro, outra disposição normativa impõe ao agente público a necessidade de proteção de um interesse igualmente qualificado como relevante, facultando que seja exercida uma potestade caracterizada pela valoração da atuação concreta garantidora do atendimento do interesse público imediato.

- Dessa forma, a busca pela adoção de medidas imediatas que satisfaçam o interesse público acaba por levar o administrador a agir em espaços livres que não se resumem a mera atividade interpretativa do conceito, conferindo-lhe margem de apreciação livre próxima da discricionariedade, o que limita sobremaneira a possibilidade de uma exegese normativa demasiadamente simplificada a ponto de justificar a existência de apenas uma única atuação possível por parte do agente público.

- O papel exercido pelo interesse público na seara do Direito Administrativo, portanto, ganha maior relevo na atuação discricionária do agente administrativo ou naquela pautada pelo preenchimento dos conceitos indeterminados; no âmbito da atuação vinculada, o debate é norteado pela interpretação das finalidades das normas jurídicas, atendendo à importância e extensão do princípio da legalidade, bem como ao respeito dos princípios democrático e da separação dos Poderes, razão pela qual se trata de matéria mais próxima do Direito Constitucional.

- Sendo o interesse público elemento informador tanto da atividade legislativa, quanto da administrativa, o atendimento desse parâmetro finalístico resta evidenciado quando o comando normativo é adequadamente seguido pelo agente público, sem que se possa identificar ilegalidade no seu proceder, seja por afronta irrazoável ou desproporcional a direito fundamental, individual ou coletivo, seja por agir em desvio de poder, quando a finalidade buscada diverge da efetivamente pretendida pela legislação aplicanda, do que resultará malferimento do princípio da impessoalidade.

- Portanto, limitada ao âmbito de atuação garantido pelo ordenamento jurídico, à Administração Pública é concedida a atribuição de construção do interesse público em cada ato que pratica, desde que respeitados os limites impostos pelos princípios constitucionais que lhe são peculiares, em especial a legalidade e a impossibilidade; ou seja, desde que sua atuação não configure afronta formal ou material à regra de competência, tampouco restrinja de maneira desmedida direitos individuais ou coletivos daqueles que acabam, de alguma forma, sendo atingidos direta ou indiretamente pelos efeitos do ato administrativo. Inviável, assim, a presença de interesse público em atos estatais que não encontrem amparo no ordenamento jurídico ou afrontem, de alguma forma, normas constitucionais ou leis editadas em conformidade com a ordem constitucional, ressalvadas as situações excepcionais em se constata a presença de um valor maior que justifique sua manutenção no ordenamento, como no caso da segurança jurídica.

- O processo de identificação e concretização do interesse público resulta, por conseguinte, de um procedimento conjugado entre a interpretação normativa e a individualização do seu conteúdo mediante as peculiaridades do caso concreto; logo, a

interpretação será suficiente se a significação da expressão estiver em condições de ser buscada diretamente na lei, caso contrário, restará à Administração Pública a prerrogativa de optar, dentre várias soluções, por aquela que melhor atenda ao fim normativamente consagrado.

- Conquanto se reconheça que há um dever do agente administrativo de adotar a opção que vise ao melhor atendimento do interesse público, não há amparo constitucional que justifique o estabelecimento de um princípio autônomo de ação administrativa que inviabilize a recondução do ato administrativo aos critérios exigidos pela legalidade, já que a exegese da Constituição Federal indica que somente atende à finalidade pública a atuação administrativa que observe as normas legitimamente incorporadas ao ordenamento e opere em conformidade com as finalidades que são propostas por meios dos atos normativos genéricos e abstratos.

- Ainda que o ordenamento jurídico brasileiro estabeleça uma hierarquia normativa que dá prioridade aos objetivos do Estado, não existe qualquer determinação acerca da prevalência abstrata entre interesses diversos, sejam eles coletivos ou individuais, tampouco entre os titulares desses interesses, se entes privados ou públicos. A própria redação da Constituição Federal revela a impossibilidade de contraposição entre interesses tidos como públicos e privados, pois a intenção do constituinte originário foi de acomodar objetivos distintos em diversas questões pontuais e relevantes, preservando, muitas vezes, a esfera individual do cidadão de eventuais invasões indevidas, tanto que estabelece, por exemplo, a dignidade humana como valor fundante da sociedade (art. 1º, III, da CF/88) e garantia de preservação da intimidade e vida privada frente ao próprio Estado (art. 5º, X, da CF/88). Pressupõe-se, nesse sentido, que o interesse público não nega ou contradiz interesses privados, já que, não raro, a compreensão sistemática da Carta Constitucional acaba por atribuir aos Poderes Públicos a tarefa de preservação de interesses de diversas ordens (individuais, coletivos, difusos), cuja preponderância decorrerá da interpretação da situação fática, justificando uma prevalência apenas em concreto, casuística.

- É mais coerente com a própria definição de interesse público e com a necessária observância dos princípios constitucionais pelo administrador público que se fale apenas de um “princípio do interesse público”, que perpassa todo o processo de construção da estrutura normativa do Direito pátrio, desde a atividade criadora das regras e princípios jurídicos, até sua afirmação no âmbito do Direito Administrativo, prescrevendo a necessidade de busca, na

ação pública, da vontade geral legítima. Dessa forma, pode-se concluir que a norma-princípio do interesse público (não escrita), ou da “supremacia” do interesse público, acabou sendo incorporada na Constituição Federal de 1988 por meio dos princípios apresentados no *caput* do art. 37, especialmente a legalidade, a impessoalidade e, em menor escala, a moralidade. Os parâmetros para definição de uma atividade administrativa concretizadora do interesse público devem partir da observância dos limites formais do ato administrativo, notadamente sua forma e a competência determinada pela norma que lhe dá embasamento (*legalidade* na forma da reserva legal), passando pela apuração dos fundamentos que justificam sua adoção – motivação dos atos administrativos, exigência que serve para evitar o favorecimento de interesses escusos e, por conseguinte, ajustá-lo ao princípio da moralidade, chegando à observância da adequação substancial da prerrogativa de atuação da Administração à determinação, mais ou menos precisa, da espécie e grau de interesse público incorporado na previsão legal, capaz, portanto, de legitimar a apreciação casuística das necessidades prevalentes, evitando-se um possível desvio de finalidade (desvio de poder), incluído no ordenamento constitucional com as vestes do princípio da impessoalidade.

- A imbricação do interesse público com os princípios constitucionais expressos vem, inclusive, reconhecida no direito positivo pátrio, conforme se constata na redação da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em especial no *caput* do art. 1º e incisos II, III e XIII do parágrafo único do art. 2º.

- As normas-princípios que regem a Administração Pública atuam, simultaneamente, como as ferramentas que autorizam e condicionam a investigação jurisdicional da ação administrativa e como os limites dessa própria sindicabilidade, na medida em que, caso ultrapassados tais parâmetros de controle da atuação voltada para o atendimento interesse público, não há nada a ser feito a não ser respeitar e manter hígida a decisão do agente administrativo.

- Logo, sendo ao Poder Judiciário resguardada constitucionalmente a prerrogativa de rechaçar qualquer espécie de lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo (art. 5º, XXXV, da CF/88), não há como defender a existência de atos administrativos alheios à apreciação jurisdicional, o que não se confunde, todavia, com a possibilidade de substituição das escolhas discricionárias da Administração Pública, devendo a sindicabilidade judicial limitar-se a emitir juízos negativos, ainda que investigação do chamado “mérito” do ato

administrativo se opere com profundidade. Não obstante, o magistrado, no processo de construção do significado do interesse público, deve buscar o estabelecimento dos limites dentro dos quais deve ser exercida a atividade do administrador, porquanto, embora se reconheça que ao Judiciário é dada a possibilidade de emitir um juízo final com relação à adequação normativa do ato administrativo, é inegável que em situações limites, como ocorre, invariavelmente, com as normas que envolvem a promoção do interesse público, não havendo ilegalidade na opção eleita, deve-se reconhecer a validade e acatar a decisão tomada, justamente por estar a Administração Pública em melhores condições de valorar as necessidades sociais a serem perseguidas na prática, não sendo possível aceitar um controle judicial que se proponha rediscutir a solução adotada a ponto de modificar ou de substituir a decisão administrativa.

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. **Principii di Diritto Amministrativo**. 3.ed. Milano: Giuffrè, 1974. t. 1.
- ALESSI, Renato. **Principii di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1966. t. 1.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2002. v. 2.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI: Algumas questões**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. A “Supremacia do Interesse Público” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 17, jan./mar, 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 14 abr. 2010.
- ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_7/DIALOGO-JURIDICO-07-OUTUBRO-2001-HUMBERTO-ÁVILA.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2006.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Relatividade” da Competência Discricionária. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 5, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14 abr. 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A Noção Jurídica de “Interesse Público”. In: **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Desvio de Poder. In: **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legalidade – Discricionariedade – seus Limites e Controle. In: **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio da obra. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 13, mar./maio 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesse Público versus Interesse Privado: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. Direito Administrativo em 2006: uma breve resenha. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 25-54, jan./mar. 2007.

BORGES, Alice Gonzáles. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. **Revista Diálogo Jurídico, Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 15, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.tudodireito.com.br/cesmac/supremacia.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 out. 2010.

BULLINGER, Martin. A Discricionariedade da Administração Pública. Trad. Antônio Francisco de Souza. **Revista de Ciência Política**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 2, p. 03-23, abr./jun. 1987.

CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. 1.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse Público: Verdades e Sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

CARVALHO, Iuri Mattos de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 16, maio/ago. 2007. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/supremacia_interesse_p%C3%BAblic_iuri_carvalho.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2009.

CASSESE, Sabino. **Le Basi del Diritto Amministrativo**. Torino: Einaudi, 1992.

CASSINELLI, C. W. O Interêsse Público na Ética Política. In: **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967.

CIRNE LIMA, Ruy. **Princípios do Direito Administrativo**. 7.ed. rev. reel. por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, n. 29, p. 79-108, jun. 1988.

COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular os seus Próprios Atos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei n 9.784/99). **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 33-75, dez. 2003.

COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 93-106, dez. 2003.

COUTO E SILVA, Almiro Régis Matos do. Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado Contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do RS**, Porto Alegre, v. 27, n. 57, supl., p. 13-31, dez. 2003.

CRETELLA JUNIOR, José. Interesse público: direito administrativo. In: FRANÇA, Limongi (Coord.). **Enciclopedia Saraiva do direito**. São Paulo: Saraiva, 1980. v. 45.

DE GÉRANDO, Joseph-Marie. **Institutes du droit administratif français**. Paris: Nève, 1829-1836. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/>> Acesso em: 20 jan. 2011. t. 1.

DE GÉRANDO, Joseph-Marie. **Institutes du droit administratif français**. Paris: Nève, 1829-1836. Disponível em: <<http://gallica.bnf.fr/>> Acesso em: 20 jan. 2011. t. 4.

DEL CLARO, Maria Ângela Marques. O direito administrativo e a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados. **Revista da Faculdade de Direito a Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, n. 40, p. 163-176, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, n. 9, fev./abr. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 14 abr. 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Introdução: Existe um Novo Direito Administrativo? In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia**

do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2010.

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 (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1991.

DWORKIN, Ronald. **Freedom's Law.** Cambridge: Harvard University Press, 1996.

ESCOLA, Hector Jorge. **El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo.** Buenos Aires: Depalma, 1989.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Interesse público. **Revista do Ministério Público do Trabalho da 2ª Região,** São Paulo, n. 1, p. 9-20, 1995.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. O Controle Jurisdicional da Administração Pública. **Revista Diálogo Jurídico,** Salvador, v. 1, n. 2, maio 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 17 nov. 2009.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 1979.

FREITAS, Juarez. **Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRIEDRICH, Carl J. Authority, Reason and Discretion. In: **Authority.** Cambridge: Harvard University Press, 1958.

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 (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros Temas Relevantes do Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Administración Pública y la Ley. **Revista Española de Derecho Administrativo,** Madri, n. 108, oct./dic. 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La Lucha contra las Inmunidades del Poder.** 3.ed. Madrid: Cívitas, 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo.** 8. ed. Madrid: Civitas, 1998. v. 1.

- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GIANNINI, Massimo Severo. **Corso di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1965.
- GIANNINI, Massimo Severo. **Lezioni di Diritto Amministrativo**. Milano: Giuffrè, 1950.
- GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 3.ed. Buenos Aires: Edificiones Macchi, 1980. t. 1.
- GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes (Coord.). **Perspectivas do Direito Público**: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRIFFITH, Ernest S. Os Fundamentos Éticos do Interêsse Público. In: FRIEDRICH, Carl J. (Ed.). *O Interêsse Público*. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos JCR**, Bauru, v. 24, p. 61-113, dez./mar. 1999.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. In: **Direito Constitucional**: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUERRA, Sérgio. Discricionariedade Administrativa - Críticas e Propostas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, n. 21, jan./mar. 2010. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-SERGIOGUERRA.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2009.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- HARGER, Marcelo. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 87, n. 756, p. 11-36, dez. 1998.
- HAURIOU, Maurice. **Précis Elementaire de Droit Administratif**. 5. ed. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1943.
- HOUAISS, Antônio. **Dicionário eletrônico Houaiss**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009. v. 10.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12.ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Conceito de Interesse Público e a “Personalização” do Direito Administrativo**. Disponível em: <<http://www.justenfilho.com.br/artigos.htm>>. Acesso em: 21 set. 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um Estudo Comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 8, p. 177-224, dez. 2004. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27203/discricionariedade_administrativa_conceitos_juridicos..pdf?sequence=3>. Acesso em: 04 fev. 2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LAUBADÈRE, André de. **Manuel de Droit Administratif**. 10. ed. Paris: LGDG, 1976.

LIMA, Rogério S. O princípio da proporcionalidade e o abuso de poder no exercício do poder de polícia administrativa. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 773, p. 124-127, mar. 2000.

LOCKE, John. **Second Treatise of Government**. Cambridge: Hackett Publishing Company, 1980.

MAFFINI, Rafael Da Cás. O Direito Administrativo nos Quinze Anos da Constituição Federal. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 5, mar./maio 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário. **Revista Boletim Jurídico**, Uberaba, n. 171, 2005. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1172>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

MAURER, Hartmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

MAY, Randolph J. The public interest standard: is it too indeterminate to be constitutional? **Federal Communications Law Journal**, Bloomington, v. 53, may 2001.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Célia Cunha. Interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 12, n. 3, p. 169-186, jul./set. 1994.

MENDES, Gilmar. Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 3, jun.2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_3/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-03-2001-GILMAR-MENDES.pdf>. Acesso em: 21 set. 2009.

MÉTHOT, Jean-François. **How to Define Public Interest?** College dominician de philosophie et de theologie, Ottawa, jan., 2003.

MICHAELIS: Moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 1998.

MODESTO, Paulo. Controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública no Brasil. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 13, abr./maio 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 11 nov. 2009.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Juridicidade, Pluralidade Normativa, Democracia e Controle Social – Reflexões sobre alguns rumos do Direito público neste século. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MORENO, Fernando Sainz. **Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discricionaridad Administrativa**. Madrid: Civitas, 1976.

NEQUETE, Eunice Ferreira. **Fundamentos Históricos do Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Porto Alegre, 2005. 238 f. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

NEVES, Antônio Castanheira. **Metodologia Jurídica**: problemas fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

NIEMEYER, Gerhart. O Interêsse Público e o Interêsse Privado. In: **O Interêsse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967.

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 (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

NUNES JÚNIOR, Armandino Teixeira. A discricionariedade administrativa e o controle judicial de seus limites. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 127, p. 207-221, jul./set. 1995.

OHLWEILER, Leonel. Os princípios constitucionais da Administração Pública a partir da filosofia hermenêutica: condições de possibilidade para ultrapassar o pensar objetificante. **A & C, Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, v. 4, out./dez. 2004.

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

PASSOS, J. J. Calmon de. Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do código de processo civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 268, n. 916/918, p. 47-57, out./dez. de 1979.

PEDRON, Flávio Quinaud. O dogma da supremacia do interesse público e seu abrandamento pela jurisprudência do Superior Tribunal Federal através da técnica da ponderação de princípios. **Revista da Escola da Magistratura Regional Federal**, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 167-92, dez. 2008.

PENNOCK, J. Roland. A Unidade e a Multiplicidade: uma observação sobre o conceito. In: **O Interesse Público**. Trad. Edilson Alkmin Cunha. Rio de Janeiro: Edições O Cruzeiro, 1967.

PIMENTA BUENO, José Antônio. **Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império**. [s.l.]: Ministério da Justiça e Negócios Interiores – Serviço de documentação, 1958.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967**: com a Emenda n. 1, de 1969. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. v. 1.

RAMOS, Dora Maria de Oliveira. Princípios da Administração Pública: a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. **GENESIS – Revista de Direito Aplicado**, Curitiba, v. 10, p. 681-683, jul./set. 1996.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**: original edition. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

REGO, Vicente Pereira do. **Compendio ou Repetições Escriptas sobre os Elementos de Direito Administrativo para uso das Faculdades de Direito do Imperio**. 3. ed. Recife: D. F. das Neves Guimarães, 1877.

REGO, Vicente Pereira do. **Elementos de Direito Administrativo Brasileiro, para uso das Faculdades de Direito do Imperio**. 2. ed. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C., 1860.

RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. [Brasília]: Ministério da Justiça, Serviço de Documentação, 1968.

RIVERO, Jean. **Droit Administratif**. 3. ed. Paris: Dalloz, 1965.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídicos da história do princípio da legalidade administrativa do Brasil. In: ÁVILA, Humberto (Org.). **Fundamentos do Estado de Direito**: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Fundamentos dogmático-jurídicos de um poder de polícia administrativo à brasileira. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n. 17, 2008. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 mar. 2010.

ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. Porto Alegre: L&PM, 2007.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados**: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. Conceito de mérito no direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 23, jan./mar. 1951.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **Da ação popular**. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

SILVA, Danielle Souza de Andrade. Atividade administrativa discricionária e determinação do conceito de interesse público. **Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região**, Recife, n. 6, p. 199-214, abr. 2004. Disponível em: <http://www.jfpe.gov.br/biblioteca/juizes/danielle_rev06_p199-214.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, 1992.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, v. 4, n. 16, p. 23-38, out./dez. 2002.

TÁCITO, Caio. O desvio de poder em matéria administrativa. In: **Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

URUGUAY, Visconde do. **Ensaio sobre o Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. v. 1.

VEDEL, George. **Droit Administratif**. Paris: PUF, 1958.

VEDEL, George; DEVOLVÉ, Pierre. **Droit Administratif**. Paris: PUF, 1980.

WEIL, Prosper. **Derecho Administrativo**. Madrid: Civitas, 1986.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade na Constituição de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, v. 2, p. 205-210, 1993.

ZAVASKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. **Curso de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.