

# A utilização do termo “interesse público” na teoria geral do direito como promotor ou limitador da atuação estatal

**Marcílio da Silva Ferreira Filho**

Doutorando pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Procurador do Estado de Goiás e Advogado Privado. Autor de obras e artigos jurídicos. *E-mail*: contato@marcilioferreira.com. *Curriculum Lattes*: <http://lattes.cnpq.br/2817314211126999/>.

**Resumo:** Este artigo tem por objeto investigar a existência ou não de uma norma jurídica consubstanciada no interesse público como promotor ou limitador da atuação administrativa do Estado. As discussões atuais sobre a manutenção, recusa ou reeleitura de um princípio de supremacia do interesse público frente ao interesse privado encontram-se entre os principais paradigmas a serem enfrentados pelo direito administrativo, mas exigem uma perspectiva sob a ótica da teoria geral do direito, especialmente sobre a teoria da norma jurídica. O objetivo é verificar se a atuação administrativa, de fato, pode ser limitada por uma perspectiva argumentativa de violação ao interesse público. Partindo de uma análise bibliográfica inserida no campo da teoria geral do direito, o estudo partirá para a contextualização da discussão sobre a existência ou não de uma norma jurídica voltada à limitação da administração pública.

**Palavras-chave:** Interesse público. Norma jurídica. Princípio.

**Sumário:** 1 Introdução – 2 Contextualizando o termo “interesse público” na discussão atual – 3 Discussão sobre norma jurídica e a importância dos termos linguísticos na teoria geral do direito – 4 O interesse público como norma jurídica limitativa ou promotora da atividade administrativa – 5 Conclusão – Referências

## 1 Introdução

O termo linguístico “interesse público” é utilizado em vários trechos da legislação e, especialmente, na doutrina dos ramos do direito público (constitucional, administrativo, tributário, ambiental, previdenciário etc.), tendo por objeto a promoção ou limitação da atuação administrativa. A Constituição Federal, nesse mesmo sentido, utiliza a expressão literal em algumas de suas passagens com a mesma intenção.<sup>1</sup> No âmbito doutrinário, fala-se, inclusive, em dois princípios implícitos<sup>2</sup> que fundamentam o regime jurídico administrativo e seus diversos institutos: o princípio da *supremacia do interesse público* e da *indisponibilidade do interesse público*.<sup>3</sup>

Esse termo jurídico serviu de fundamento à criação de diversos institutos no direito, tais como: desapropriação e demais tipos de intervenção do Estado na propriedade; cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos; prazo em dobro em processos judiciais; responsabilidade civil do Estado com regime diferenciado; regime de improbidade administrativa etc. Não obstante, o estímulo ou limitação à atuação do gestor público com base no interesse público é cada vez mais discutido do ponto de vista prático e teórico, em especial com a intensificação dos debates sobre fenômenos como constitucionalização do direito, neoconstitucionalismo, transconstitucionalismo,<sup>4</sup> prevalência da garantia de direitos fundamentais, entre outros temas correlacionados, os quais vêm reestruturando estruturas tradicionais criadas nas diversas disciplinas jurídicas.

A complexidade social e econômica do mundo globalizado, no que se incluem o fluxo constante de informações, exigências sociais cada vez mais intensas, necessidade de solução qualitativa de conflitos e assim por diante, fez nascer novas dúvidas sobre o papel do Estado e os argumentos utilizados pelo gestor público quando entra em conflito com direitos de natureza privada.

o princípio da supremacia do interesse público seria “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. 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”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 69.

<sup>4</sup> Marcelo Neves, ao descrever a categoria do transconstitucionalismo, afirma que a sociedade moderna é multicêntrica ou policontextual. Segundo ele, isso significa “em primeiro lugar, que a diferença entre sistema e ambiente desenvolve-se em diversos âmbitos de comunicação, de tal maneira que se afirmam distintas pretensões contrapostas de autonomia sistêmica. E, em segundo lugar, na medida em que toda diferença se torna ‘centro do mundo’, a policontextualidade implica uma pluralidade de autodescrições da sociedade, levando à formação de diversas racionalidades parciais conflitantes. Falta, então, uma diferença última, suprema, que possa impor-se contra todas as outras diferenças. Ou seja, não há um centro da sociedade que possa ter uma posição privilegiada para sua observação e descrição; não há um sistema ou mecanismo social a partir do qual todos os outros possam ser compreendidos”. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 23-24.

<sup>1</sup> CF, art. 19, I; art. 37, IX; art. 57, §6º, II; art. 66, §1º; art. 93, XIII e IX, 95, II; art. 114, §3º; art. 128, §5º, I, b; art. 231, §6º; e ADCT, art. 51, §§2º e 3º.

<sup>2</sup> Os princípios são considerados implícitos por não haver previsão expressa acerca da sua existência na Constituição Federal. No entanto, é de se destacar sua presença no art. 2º da Lei nº 9.784/99.

<sup>3</sup> A existência desses princípios, segundo a perspectiva encartada no direito administrativo, seria a base do regime jurídico de direito público, garantidor de uma posição privilegiada do Estado perante os cidadãos. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

A questão se agrava ainda mais quando o embate se dá entre um interesse do Estado em face de direitos fundamentais do cidadão.

Tendo isso por base, há necessidade de se investigar se o interesse público pode constituir, de fato, parte integrante de uma norma jurídica para o fim de promover ou restringir a atuação administrativa. Este artigo se propõe a analisar, do ponto de vista da teoria geral do direito, como a norma jurídica pode ser construída para viabilizar a determinação, em concreto, do que é o interesse público e se ele realmente existe como algo superior ao interesse privado para fins de composição da norma jurídica.

Dentre as hipóteses analisadas, enfrentaremos os seguintes questionamentos: o interesse público e sua supremacia sobre o privado podem compor normas jurídicas para definir a solução de conflitos com interesses contrários aos do Estado? A alegação genérica de interesse público, embasada em princípios implícitos, pode legitimar atuações estatais restritivas de direitos individuais, sem carga argumentativa apropriada para demonstrar a presença do referido interesse no caso concreto? Existe um interesse público predefinido em normas jurídicas ou há necessidade de se concretizar a norma a cada caso?

Essas discussões geraram perspectivas múltiplas sobre a (re)construção ou (des)construção do interesse público como princípio e como parte de uma norma jurídica voltada à atuação administrativa e como garantia do cidadão frente ao Estado. O debate, contudo, não fica adstrito ao campo do direito administrativo e constitucional, inserindo-se em uma ampla rediscussão em sede de teoria geral do direito e da teoria da norma jurídica. Neste trabalho, pretende-se analisar se o interesse público faz parte da construção de normas jurídicas voltadas à limitação da atuação estatal e como isso pode afetar, em concreto, a definição de soluções jurídicas correlacionadas.

## 2 Contextualizando o termo “interesse público” na discussão atual

A necessidade de proteção de um interesse além do individual possui registros históricos antigos, mas ganha evidência especialmente a partir do advento do Estado de Direito. Com a decadência do Estado Absolutista, no qual o interesse do rei ou príncipe prevalecia em quase todas as vezes sem respeito aos interesses individuais privados

ou interesses além do indivíduo, surgiu o Estado de Direito e, conseqüentemente, a necessidade de limitar a atuação invasiva da administração pública na vida privada.

Essa contextualização leva a vários marcos históricos revolucionários que apontam para a construção de documentos e decisões limitantes do poder do governante, como, por exemplo, a Revolução Gloriosa (1688), Revolução Francesa (1789), Revolução Americana (1776) e os vários adventos posteriores que geraram construção de normas jurídicas voltadas à definição do que seria a estrutura administrativa e suas limitações.<sup>5</sup> Várias denominações foram atribuídas aos modelos e filosofias de Estado adotados posteriormente: Estado Liberal, Estado de Bem-Estar Social, Estado Pós-Social, Estado Desenvolvimentista, Estado Neodesenvolvimentista, Estado Regulador, etc.

Não cabe aqui adentrar cada aspecto histórico e jurídico desses modelos individualmente considerados, até porque esse não é o escopo do trabalho, mas apenas ressaltar a presença da noção de interesse público que esteve registrada em todos os momentos e modelos de Estado. O fundamento de atuação mais ou menos interventiva utilizava como base uma filosofia de atuação política pautada no interesse público. É possível verificar, por exemplo, a presença do termo ao longo das constituições editadas pelo Brasil, às vezes com a roupagem de “interesse público”, outras vezes com termos que representavam, à época, conceitos muito semelhantes, embora atualmente possam representar outros sentidos.

A primeira Constituição brasileira foi a do Império de 1824, após um golpe do imperador que dissolveu a Assembleia Legislativa anteriormente por ele convocada e editou o texto constitucional de maneira outorgada. Essa Constituição extraiu muitos fundamentos do modelo jurídico francês (que utilizava o interesse público como base de atuação administrativa), inclusive surgindo os primeiros escritos que originaram a disciplina no direito administrativo com os autores Vicente Pereira do Rego e Veiga Cabral, que comentaram

<sup>5</sup> Isso, contudo, não significa dizer que não havia registro histórico do interesse público como fundamento de atuação estatal. Muito pelo contrário, os regimes jurídicos criados mesmo na antiguidade já traziam noções transindividuais para justificar a atuação o aparato administrativo, como na Grécia, Egito, Roma etc. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do Direito Administrativo: passado, presente e novas tendências. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, nov. 2005, p. 1.229-1.234.

as estruturas iniciais com base nos modelos teóricos franceses.

O primeiro texto constitucional não chegou a utilizar o termo “interesse público”, mas se referiu a expressões que tangenciaram a sua noção, tais como “publica Administração” (art. 102, XIII, e art. 142), “interesses do império” (art. 56), “interesses geraes da Nação” (art. 83, I), “interesses da Casa Imperial” (art. 114), “bem geral” (art. 15, IX, art. 86 e art. 103). Isso já demonstrava uma procura pelo estabelecimento de uma caracterização aproximada de um interesse além do indivíduo a ser tutelado pelo ordenamento jurídico.

A decaída do Império foi marcada com a edição da Constituição de 1891, que também trouxe expressões semelhantes às do “interesse público” para caracterizar um interesse além dos governantes, em que pese não ter utilizado a sua literalidade em qualquer de seus artigos. Isso se observa, por exemplo, nas expressões encontradas como “interesse geral” (art. 9, §4º), “interesses nacionaes” (art. 37, §1º), “interesses da República” (art. 72, §33), “bem publico” (art. 34, §5º). Apesar das variações e discussões existentes sobre o seu conteúdo, todos os dispositivos apontaram para um interesse além de uma autoridade isolada, indicando a necessidade de limitação dos poderes estatais.

A Constituição de 1934, por sua vez, foi considerada um marco na garantia de direitos sociais e trouxe acabou por trazer, pela primeira vez, a expressão literal de “interesse público” em suas disposições. Influenciado pela ocorrência de revoluções e pela necessidade de garantia dos direitos de segunda geração (saúde, educação, trabalho etc.), esse texto constitucional elevou o direito público em seu nível de importância e estimulou, conseqüentemente, os estudos relacionados ao direito administrativo como disciplina de grande importância e cada vez mais sistematizada. É possível encontrar a expressão em dispositivos como o art. 64, b, art. 113, itens 13 e 35, art. 116, art. 169, parágrafo único, bem como no art. 2º das disposições transitórias.

A Constituição de 1937 (conhecida como Constituição Polaca, porque inspirada no modelo polonês) foi editada pouco tempo depois de maneira outorgada por Getúlio Vargas, que implantou a ditadura no Estado Novo. Embora rompendo com o ordenamento jurídico antecedente, esse texto constitucional também manteve a expressão no seu texto (art. 91, b, art. 113, parágrafo único,

art. 122, item 15, c, e art. 157). O interesse público continua sendo utilizado para justificar as atuações do Estado e limitar também, de forma mitigada, as escolhas estatais.

Em seguida, a Constituição de 1946 rompeu com o ordenamento anterior, restabelecendo a democracia, e manteve também o termo “interesse público” como fundamento de atuação do Estado em diversas de suas passagens (art. 70, §1º, art. 95, II e §4º, art. 141, §36, IV, e art. 146). Esse regime trouxe a redemocratização para o Estado brasileiro e, por isso, colocou o interesse público como forma de restringir a intervenção excessiva do Estado sob a vida privada.

A Constituição de 1967, enquadrada como uma carta ditatorial, mesmo rompendo com o regime democrático pela segunda vez, acabou mantendo a expressão “interesse público”, agora para justificar a consecução dos atos do novo regime autoritário (art. 9º, II, art. 58, *caput*, art. 62, §1º, art. 108, II, e §2º). A utilização da expressão, nesse novo contexto, serviu para fundamentar a atuação do Estado sob a vida dos cidadãos, visando proteger um interesse maior do que os interesses meramente individuais.

Por fim, teve-se o advento da Constituição de 1988 (denominada de Constituição Cidadã), que, conforme já dito anteriormente, contemplou também a expressão interesse público no seu contexto, agora trazendo a redemocratização para o Brasil e exaltando a proteção de direitos fundamentais em seu texto. O registro histórico do interesse público como fundamento da administração pública sobreveio até o momento atual, constando discussões em praticamente todas as obras jurídicas administrativistas.

No mesmo sentido, outros regimes jurídicos de tradição romano-germânica também apontam o interesse público como mote de agir da administração pública. A título de exemplo, a Constituição Portuguesa de 1976, em seu artigo 266, item 1, estabelece que: “A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”.

Apesar disso, é preciso dizer que a noção que se dá a esse termo e a necessidade de sua manutenção como princípio vêm sendo objetos de profundas discussões no campo acadêmico, especialmente a partir do pós-positivismo e dos novos movimentos de releitura das bases da teoria geral do direito. Só pelas indicações formuladas acima

nas constituições brasileiras, é possível verificar que essa expressão flutuou durante os regimes jurídicos instalados no Estado brasileiro, mesmo com ideologias e ações estatais tão distintas. Logo, surge a dúvida se, de fato, é adequado falar na existência de um interesse público limitador da atuação estatal, bem como caracterizado pela sua “supremacia” e “indisponibilidade” indicadas como vetores básicos do direito administrativo brasileiro.

Uma das principais tendências é recusar a autolegitimação da atuação administrativa a partir do discurso genérico de interesse público, sem atendimentos a outros ditames adjacentes, como os da publicidade, motivação, proporcionalidade e razoabilidade, entre outros. A justificação do que seja o “interesse público” como argumento legitimador de atuação da administração pública vem sendo exigida cada vez mais pelo contexto social, especialmente diante do modelo de Estado Democrático de Direito, do princípio republicano e pela necessidade de submissão da administração pública à lei e ao direito (princípio da juridicidade).

A compreensão que se lança sobre o interesse público pode gerar situações completamente distintas no âmbito da atuação administrativa. Há quem defenda, por exemplo, que a existência de um interesse público genérico e abstrato vincula a atuação do administrador, que não possuiria liberdade de agir e, conseqüentemente, não teria atuação criativa, dada a necessidade de observar estritamente a lei para poder agir.<sup>6</sup> Por outro lado, há quem defenda a impossibilidade de se concretizar um conceito único e singular de interesse público, sendo necessário adequar a cada caso os interesses a serem protegidos.<sup>7</sup>

O interesse público já chegou também a ser classificado pela doutrina administrativista em

algumas categorias. Já se dividiu, por exemplo, em interesse público primário e secundário, como proposto pela doutrina italiana de Renato Alessi.<sup>8</sup> O primário seria aquele inerente aos interesses da população em geral, enquanto o secundário estaria relacionado ao interesse estrito do ente público (pessoa jurídica de interesse público).<sup>9</sup> Também já se considerou o interesse público a partir de um sentido amplo, caracterizado por uma carga axiológica, e de um sentido estrito, mais vinculado ao ponto de vista normativo de vinculação da administração pública dentro de um ordenamento jurídico válido.<sup>10</sup>

A necessidade de releitura do que seria o “interesse público” surgiu no contexto de uma profunda discussão sobre as próprias bases do direito administrativo tradicional.<sup>11</sup> A complexidade social e econômica aponta que as estruturas administrativas precisam ser rediscutidas para se adequar à fluidez de informação e às relações travadas na contemporaneidade.<sup>12</sup> Por isso,

<sup>8</sup> ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970. p. 184-185.

<sup>9</sup> Isso exige do Poder Público e de todas as autoridades do Estado a radical transparência e a publicidade material das razões de suas ações e também das omissões, que devem ser justificadas e legitimadas a partir do sistema constitucional de regras e princípios, sob pena de insuprimível déficit de legitimação e verdadeira usurpação do poder. Já não há qualquer espaço para práticas de autolegitimação administrativa. Nenhuma atuação estatal (comissiva ou omissão) pode ser presumida como de interesse público porque advinda do Estado. Qualquer política de autolegitimação (é de interesse público porque é do Estado!) é mais do que uma odiosa tautologia, representa sim verdadeira usurpação de poder e quebra de legitimidade da ação administrativa. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O interesse público no divã da psicanálise: para um conceito bidimensional de interesse público. *Revista Jurídica UNICURITIBA*, v. 3, n. 52, Curitiba, 2018. p. 275-299, p. 295.

<sup>10</sup> Como explica: “Em ambas as noções, o interesse público desempenha uma de suas funções mais importantes para o Direito Administrativo: limitar juridicamente o exercício de competências administrativas”. HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em Direito Administrativo. *Revista de Dir. Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011, p. 67.

<sup>11</sup> Edilson Pereira Nobre Júnior destaca que: “Não se pode olvidar que, aproximadamente a contar das duas últimas décadas do século XX, o papel do Estado vem sendo alvo de mudança, a refletir na atividade da administração pública. O antes não imaginado desenvolvimento tecnológico, a culminar no desaparecimento das fronteiras territoriais com o surgimento da internet, aliado ao desmedido fortalecimento das instituições financeiras e à globalização dos mercados, implicou diminuição do aparato estatal”. NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do Direito Administrativo: passado, presente e novas tendências. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, nov. 2005, p. 1.245.

<sup>12</sup> Patrícia Baptista destaca o fundamento da rediscussão sobre o interesse público, ressaltando que: “Parece já não restar mais dúvidas de que a lei não é capaz de alcançar todas as áreas da complexa vida da sociedade contemporânea; sobretudo no Estado intervencionista, quando o aumento substancial do espectro de interesses públicos a serem atendidos tornou incerta até mesmo a divisão tradicional entre os interesses públicos e privados. Assim, não podendo a lei dar conta de todos os interesses que o Estado passou a tutelar, alargaram-se amplamente

<sup>6</sup> [...] parte-se do acordo semântico de que não há Liberdade no agir público. Todo e qualquer ato estatal precisa de linhas limítrofes objetivamente estabelecidas para que se viabilize o controle de tudo aquilo que é público – pois não pertence ou está disponível a este ou a aquele, mas a todos e para o bem de todos (nos limites da possibilidade de alcance do maior número de pessoas possível). FRANÇA, Phillip Gil. *Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 62.

<sup>7</sup> Afirma-se a “[...] inexistência de um único e singular interesse público, partindo da premissa de que a pluralidade é a marca da sociedade brasileira e elemento constitucionalmente protegido, de modo que tal termo é para onde convergem valores, interesses e direitos variados de sujeitos distintos, públicos e privados, sendo a sua abertura textual a estrada viabilizadora da harmonização de valores aparentemente contraditórios”. SIQUEIRA, Mariana. *Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016. p. 269.

atualmente se verificam discussões sobre temas variados: limites da discricionariedade administrativa, atuação normativa diante do princípio da legalidade, instrumentos de inovação do procedimento licitatório, meios atuais de controle da administração pública, atuação consensual do Estado, manutenção ou releitura do interesse público, entre outros.

A crítica sobre o tema lançado no presente artigo diz respeito especialmente à consideração do interesse público como supremo em relação ao interesse privado. Há quem discorra sobre a desconstrução desse princípio no contexto atual, especialmente diante da prevalência dos direitos fundamentais. De outro lado, há também quem defenda a sua permanência, propondo uma releitura do seu conceito a partir do contexto atual de releitura das bases do direito administrativo.

Nesse sentido, para que se possa compreender a correta posição do “interesse público” no âmbito do direito e o seu papel como promotor ou limitador da atuação administrativa, é preciso repassar as bases da teoria geral do direito, especialmente o que se tem por “norma jurídica”. Isso servirá de fundamento, inclusive, para se analisar a existência ou não de normas jurídicas promotoras ou limitadoras da atuação administrativa com base no interesse público.

### 3 Discussão sobre norma jurídica e a importância dos termos linguísticos na teoria geral do direito

A teoria geral do direito apresentou uma evolução que perpassou por importantes autores e construções do pensamento que fundamentam estruturas jurídicas até os dias atuais. As teorias desenvolvidas pelos pensadores foram ensinadas e debatidas no âmbito acadêmico com vertentes envolvendo naturalismo, positivismo, realismo, pragmatismo, pós-positivismo, entre outros. A pretensão deste artigo não é adentrar todos os aspectos filosóficos que envolvem essas correntes, mas, sim, trazer uma contextualização sobre a situação atual do que é norma jurídica e se as contribuições da teoria geral do direito permitem inferir a existência ou não de uma composição normativa voltada ao interesse público como promotor ou limitador da atuação administrativa.

as possibilidades de fixação do interesse público pela própria Administração”. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 195.

O autor que escreveu uma das principais obras sobre a norma jurídica na era do positivismo na teoria geral do direito foi Hans Kelsen em sua obra *Teoria pura do direito*.<sup>13</sup> Kelsen defendeu uma separação da análise jurídica em relação a outros ramos do conhecimento tentando evitar um sincretismo metodológico e, com isso, permitir a criação de uma base teórica estritamente voltada ao campo do direito. Para ele, o elemento distintivo do direito se encontra no conceito de norma, que está diretamente relacionado com a substância do dever ser.

Para o autor, o direito é também uma ordem coativa, possuindo a coerção como uma de suas características que o diferencia das demais ordens sociais. Ele tem o poder de estatuir sanções, ordens coativas, tais como pena privativa de liberdade, de bens econômicos, entre outros. Não se trata, portanto, apenas do sentido psicológico da questão. Serve, inclusive, como forma de garantia da segurança coletiva. O direito estabelece coerções, mas também atua garantindo um mínimo de liberdade, na medida em que permite as pessoas fazerem aquilo que não foi proibido. Na teoria desenvolvida por Kelsen, a norma jurídica é o que caracteriza o direito, e o seu centro é o dever jurídico estabelecido, tendo como destinatário as relações humanas.<sup>14</sup>

É de se destacar, no entanto, que o último capítulo da obra do autor, ao tratar da “interpretação” e abordar a fixação do sentido das normas jurídicas, acaba por dar abertura para o preenchimento das normas abertas pelo intérprete, acabando por reconhecer uma margem de liberdade no ato interpretativo. Para ele, existe uma relativa indeterminação do ato de aplicação do direito, ora maior, ora menor, que permite uma livre apreciação do intérprete. Às vezes, existiria uma intencional ou não intencional indeterminação do direito. Os métodos de interpretação não forneceriam uma só solução possível, pois não existe prévia determinação, até mesmo na escolha do método.

Outro autor relevante na teoria geral do direito quanto à construção teórica do conceito de norma jurídica foi Norberto Bobbio. Com diversas

<sup>13</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>14</sup> É preciso destacar que Kelsen, na sua obra, não abordou a questão dos princípios enquanto norma jurídica, pois o seu foco estava na análise da estrutura da norma a partir do dever ser. Isso gerou diversas críticas na leitura do autor por escritos posteriores a ele, o que não retira a sua importância, até os tempos atuais, de suas obras na teoria geral do direito.

obras publicadas e discutidas por todo o mundo, o autor se dedicou a estruturar e classificar as normas jurídicas de forma didática. Dentre seus principais escritos, a obra *Teoria da norma jurídica* foi uma das grandes contribuições, trazendo lições sobre o seu conceito, concepção do direito como regra de conduta, classificações, funções da linguagem, características, prescrições, entre outros aspectos relacionados. O autor, considerado por muitos como positivista, não chegou a analisar a questão da inserção de princípios como norma jurídica, embora tenha admitido o papel da linguagem aberta no desempenho do intérprete.

O seu estudo se desenvolveu sob o ponto de vista formal, ou seja, analisando o ponto de vista formal da norma, conforme ele mesmo destaca. Bobbio afirma que, “como qualquer outra proposição, a norma também tem uma estrutura lógico-linguística que pode ser preenchida com os mais diversos conteúdos”. Com isso, o autor afirma que a norma jurídica é uma preposição prescritiva, a partir da qual ele desenvolve toda a sua teoria de estruturação.<sup>15</sup>

Ainda na perspectiva positivista, H. L. A. Hart também adota uma perspectiva filosófica semelhante, discutindo sobre a possibilidade de um conceito de direito. Ele adota uma concepção que admite uma condição de validade preexistente para o direito, refutando o ponto de vista dos jusnaturalistas. Interessante perceber que, como Hart adota uma postura vinculada a uma teoria descritiva, ele não afirma que o direito deve ser separado da moral, mas, sim, que ele é, descrevendo, segundo ele, uma situação de fato a ser estudada pelo jurista no seu campo.<sup>16</sup>

O positivismo foi objeto de críticas desenvolvidas por novos autores, especialmente na perspectiva de isolamento da análise da norma jurídica em relação aos valores intrínsecos para compreensão e aplicação do direito. O processo de edição de constituições garantidoras de direitos fundamentais e contendo princípios com expressões cada vez mais abstratas iniciou uma rediscussão das bases da própria teoria geral do direito.<sup>17</sup>

Com uma abordagem diferente do positivismo tradicional, Ronald Dworkin desenvolveu sua teoria em uma série de obras relevantes até o contexto atual, sendo citado em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) e de outros países, especialmente pela sua pegada voltada à consideração dos princípios como norma jurídica. Dentre as suas diversas contribuições, a principal foi inserir os princípios na categoria de norma jurídica, ao lado das regras, com a finalidade de indicar – em uma interpretação sistêmica – a solução jurídica adequada para cada caso.<sup>18</sup> O conjunto de regras e princípios levados em consideração no processo de análise jurídica levaria o juiz a um processo interpretativo coerente com o ordenamento para se chegar à solução mais adequada em cada situação.

Assim, Dworkin apresentou uma proposta do direito com uma característica diferente do positivismo até então encartado pelos autores anteriores. Ele defendeu o direito como integridade, abrangendo uma teoria quanto ao produto da interpretação e sua fonte de inspiração.<sup>19</sup> Nesse contexto, as normas jurídicas seriam constituídas de regras e de princípios que norteariam o juiz (a que ele denomina de juiz Hércules, o qual detém a difícil missão de encontrar a solução adequada) para chegar à melhor solução para o caso concreto.

O ponto discutido na teoria de Dworkin diz respeito à sua afirmação de que o exercício de interpretação dessas regras e princípios poderia levar o magistrado a encontrar “a melhor” solução para o caso concreto. Nessa concepção, o autor não aborda a possibilidade de haver mais uma interpretação válida para cada caso e a existência de um suposto juízo de discricionariedade do julgador na sua escolha. Para ele, o juiz seria levado

*la versión fuerte del positivismo jurídico tropieza con una dificultad tradicional en el caso de los sistemas de common law, en los que la contribución de los jueces al desarrollo del derecho adquiere una dimensión muy destacada*. RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del derecho: indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Macial Pons, 2012. p. 89-90.

<sup>15</sup> Na sua concepção, o direito não se esgota em um grupo de regras ou princípios, mas é construído a partir de uma atividade criativa para encontrar a melhor solução em cada caso: “A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter”. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 492.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 273.

<sup>15</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: EDIPRO, 2016. p. 69.

<sup>16</sup> HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

<sup>17</sup> Segundo Ángeles Ródenas: “La discusión sobre la inclusión o no de estándares valorativos de cara a la identificación del derecho tiene consecuencias muy importantes a la hora de dar cuenta de fenómenos jurídicos reales. Así, por ejemplo,

à solução do caso a partir da análise do conjunto de regras e princípios, sendo a sua conclusão a realmente mais válida para o caso concreto. Isso acabou por indicar que o intérprete teria sempre uma melhor interpretação para cada caso.

Se, de um lado, a teoria de Dworkin foi importante para inserir os princípios como base para construção de normas jurídicas, também foi polêmico ao indicar o possível juízo interpretativo para uma posição mais adequada a cada caso. Isso fez surgir teorias mais recentes, que, ao concordarem parcialmente com a teoria de Dworkin, demonstram outro ponto de vista: o de que nem sempre será possível chegar a uma solução unívoca que se possa qualificar como “a melhor” para cada caso. Não se trata, é claro, de se propor um anarquismo na interpretação do direito, mas, sim, de reconhecer que, em algumas hipóteses, seja possível chegar a mais de uma interpretação sobre a norma jurídica para um mesmo caso.

A título de exemplo, Robert Alexy traz uma importante contribuição na sua obra: teoria da argumentação jurídica. O autor desenvolve o raciocínio de uma teoria do discurso racional, que é uma teoria normativa do discurso, apontando quatro rotas possíveis para desenhar a argumentação nesse campo. Não cabe aqui detalhar os aspectos dessa teoria, mas é interessante destacar que o próprio autor ressalta a incapacidade de uma teoria dessa espécie de prever sempre um resultado único para o desenho da solução normativa em cada caso:

Para qualquer pessoa preparada a aceitar uma teoria da argumentação jurídica racional, um procedimento que garanta a certeza do resultado, a teoria proposta aqui é inaceitável por esse único motivo. No entanto, nenhum procedimento que garanta a certeza está à vista ainda. Qualquer pessoa que equipare racionalidade com certeza terá de renunciar à ideia de uma teoria da argumentação jurídica racional.<sup>20</sup>

Em outra obra, o mesmo autor analisa o constitucionalismo discursivo e as críticas que existem à técnica da ponderação por ele sugerida para fins de exercício de um juízo em caso de conflito entre direitos fundamentais. Para ele, a ponderação, através do discurso, deve ser utilizada para se chegar a conclusões adequadas em cada caso,

enlaçando os conceitos de direitos fundamentais, ponderação, discurso, jurisdição constitucional e representação. O interesse público, com fundamento constitucional, também entra nesse contexto, devendo se valer das técnicas adequadas para solução de eventuais conflitos com direitos fundamentais.<sup>21</sup>

Essa perspectiva permite chegar à conclusão de que o ato interpretativo não é unívoco e, por isso mesmo, não é possível prever a solução jurídica adequada para cada situação, sendo possível a existência de mais de uma conclusão válida e até admitida certa discricionariedade do julgador na escolha mais adequada.<sup>22</sup> Trata-se de um reconhecimento de que a atividade interpretativa é construtiva e não declaratória, bem como de que essa construção varia de acordo com o tempo e lugar, permitindo chegar a conclusões diferentes a partir da subjetividade linguística do texto legal.

A afirmação de que o texto não se identifica com a norma, pois esta é construída a partir de um ato interpretativo (de natureza construtivista) que leva em consideração todo o ordenamento jurídico em um *tempo* e um *lugar*, traz uma perspectiva voltada a uma nova ótica do positivismo: o *pós-positivismo*. Esse momento vivenciado na teoria geral do direito afeta todas as suas disciplinas correlacionadas, passando por um processo, inclusive, de *constitucionalização do direito*.

Da mesma forma que afeta diversas disciplinas, as quais voltam os olhos aos princípios para construção de suas bases teóricas, o direito administrativo e a análise sobre a atuação da administração pública também passam pelo mesmo processo. Nesse contexto, o pós-positivismo permite uma releitura da perspectiva sobre legalidade envolta do campo administrativo. Admite-se que “os princípios são alicerces sem os quais a ordem jurídica não subsistiria por falta de fundamento, porque a lei, na solidão do seu texto

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 272.

<sup>21</sup> Segundo Alexy, “um dos problemas principais do debate atual sobre a interpretação dos direitos fundamentais é a ponderação. Muitos autores fazem a objeção do irracionalismo e da subjetividade. A contribuição tenta mostrar que essa objeção é infundada. Para essa finalidade, a ponderação é encaixada em uma teoria do constitucionalismo discursivo, que enlaça o conceito de ponderação com os direitos fundamentais, de discurso, de jurisdição constitucional e de representação”. ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. rev. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 155.

<sup>22</sup> Essa discricionariedade do julgador, inclusive, é reconhecida por Hans Kelsen em seu último capítulo do livro da teoria pura do direito, como dito anteriormente. Há, nesse ponto, uma interseção entre o pensamento manifestado na teoria da argumentação e o pensamento daquele autor.

frio e abstrato, não atrai o encanto que a justiça representa”.<sup>23</sup>

Todo esse contexto afeta diretamente o tema discutido no presente trabalho. O interesse público, seja enquanto princípio, seja enquanto argumento de limitação ou promoção da atuação administrativa, não levaria o intérprete a uma solução única pra cada caso, segundo a visão atual da teoria da norma jurídica. Muito pelo contrário, trata-se de um termo linguístico que é aberto e que, conseqüentemente, pode levar a mais de uma interpretação válida a cada caso, sendo necessário admitir essa condição para passar a exigir a contextualização, por meio da argumentação, da sua aplicação prática.

A existência de um termo com carga linguística aberta, contudo, não retira a sua possibilidade de compor uma norma jurídica promotora ou limitadora da atuação administrativa. A própria textura aberta do direito demonstra que a linguagem utilizada no texto normativo é cada vez mais considerada como subjetiva e que, por isso mesmo, demanda uma atividade contextualizadora do jurista, em especial do magistrado. A questão, por outro lado, é debater o seguinte questionamento: *como esse interesse público, enquanto elemento da norma jurídica, pode afetar, de fato, a atuação do Poder Público na prática?*

#### 4 O interesse público como norma jurídica limitativa ou promotora da atividade administrativa

Antes de responder à pergunta lançada no tópico anterior, é preciso compreender, do ponto de vista prático, como o interesse público tem servido de carga argumentativa na limitação ou promoção da atuação administrativa. Esse termo tem sido utilizado para fundamentar diversos institutos jurídicos no direito administrativo, tais como desapropriação, regime de responsabilidade civil, cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos, existência de poderes administrativos, entre outros. Os textos normativos são criados sob o fundamento de que esses institutos servem à proteção do interesse público, seja para limitar a atuação administrativa, em outras para promovê-la.

Um exemplo de limitação bastante discutido diz respeito à realização de acordos pelo Estado

e o uso de meios alternativos de resolução de disputas. A Lei nº 13.140/2015 dispõe sobre a mediação envolvendo a administração pública e estabelece, em seu art. 3º, que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. Embora não utilize expressamente o termo “interesse público”, muito do que se tem escrito na atualidade defende que os acordos realizados pela administração pública não podem envolver matéria que contrarie tal interesse, afirmando-se que ele seria indisponível, dado o princípio da indisponibilidade do interesse público, mencionado no início deste artigo.

De outro lado, um exemplo também relevante é o art. 58 da Lei nº 8.666/93, que traz as denominadas cláusulas exorbitantes do contrato administrativo. Dentre elas, consta do inciso I a possibilidade de modificação unilateral do contrato, atendidos os limites estipulados pela lei, porém, “para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado”. Assim, esse dispositivo garante uma prerrogativa à administração pública (possibilidade de alterar unilateralmente o contrato) e coloca uma limitação a essa atuação (deve adequar às finalidades de interesse público).

Em várias outras hipóteses legais, a expressão aparece, seja para viabilizar a atuação do poder público mediante o estabelecimento de suas prerrogativas, seja com o fim de limitar a ação do Estado. A título de exemplo, veja: alienação de bens (Lei nº 8.666/93, art. 17, *caput*); revogação de licitação (Lei nº 8.666/93, art. 49, *caput*); rescisão de contrato administrativo (Lei nº 8.666/93, art. 78, XII); princípio do processo administrativo federal (Lei nº 9.784/99, art. 2º, *caput*); convalidação de atos administrativos (Lei nº 9.784/99, art. 55), entre outros. A questão que se discute é: o que seria esse interesse público e como caracterizá-lo na prática?

Para esclarecer isso, é preciso observar que as noções do que seja um termo linguístico e o seu respectivo conceito são coisas diferentes. Segundo Eros Roberto Grau, o termo é apenas um signo linguístico. O conceito, por sua vez, é expressado nesse termo, mas construído a partir significações que são conferidas a partir de reflexões sobre o tempo e lugar de sua aplicação.<sup>24</sup> Por

<sup>23</sup> NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública, legalidade e pós-positivismo. In: *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 220.

<sup>24</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 193.

isso, o termo “interesse público” não representa, por si só, um conceito, mas apenas uma expressão linguística. O conceito deve ser refletido a cada situação e devidamente adaptado ao contexto argumentativo de tempo e lugar.<sup>25</sup>

Esse é, inclusive, o ponto de vista manifestado por Celso Antônio Bandeira de Mello ao analisar o interesse público em face da vinculação do administrador com a lei (princípio da legalidade). O autor reconhece a margem de liberdade do gestor para definir, em concreto, a solução adequada ao termo jurídico abstrato empreendido pela lei:

[...] a lei, inúmeras vezes, ao regular abstratamente as situações, o faz de maneira a irrogar ao administrador o encargo de eleger, perante o caso concreto, a solução que se ajuste com perfeição às finalidades da norma, para o que terá de avaliar conveniência e oportunidade caso a caso.<sup>26</sup>

Não há como se negar que o interesse público foi utilizado como base de construção das normas jurídicas e das estruturas teóricas administrativistas, mesmo com vivências econômicas e sociais tão distintas com o passar do tempo. A razão disso é que, embora o interesse público sirva como importante expressão para viabilizar e, ao mesmo tempo, limitar a atuação do gestor público para não fazer prevalecer seus interesses individualistas, ele deve ser considerado como uma expressão que não permite a construção de uma norma jurídica definidora – de forma antecedente – de um interesse público predefinido, mas, sim, com necessidade de justificação argumentativa a cada caso.

Sobre o assunto, Gustavo Binbenbom bem esclareceu o dever do administrador público de percorrer etapas necessárias para chegar à conclusão adequada de cada caso, focando no dever de proporcionalidade e razoabilidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito):

O interesse público, na espécie, consiste na intervenção administrativa que preserva e promove, ao mesmo tempo, ambos os interesses consti-

tucionalmente relevantes. Na maioria dos casos, todavia, nem a Constituição nem a lei realizam o juízo de ponderação, por completo, entre os interesses conflitantes. Aqui, tal como o legislador, incumbirá ao administrador público percorrer as etapas de adequação necessidade e proporcionalidade em sentido estrito para encontrar o ponto arquimediano de justa ponderação entre direitos individuais e metas coletivas.<sup>27</sup>

Perceba-se, com isso, que o administrador público deverá avaliar a cada caso os interesses em jogo, não havendo como identificar, previamente, qual solução jurídica se adapta ao que se convencionou denominar de interesses público.<sup>28</sup> Há hipóteses, por exemplo, em que a ação do Estado poderá conflitar com interesses individuais, nos quais a sua proteção pode ser considerada de interesse público só pelo fato de estar prevista em normas jurídicas pretéritas de proteção a esse interesse ou por estar relacionada a deveres paralelos do Estado. O cumprimento da ordem jurídica geral, mesmo garantidora apenas de um direito individual, está gerando reflexivamente também o cumprimento do interesse público (v.g. fornecimento de um medicamento para garantia do direito à vida de pessoas sem condições financeiras).<sup>29</sup>

Dessa forma, percebe-se que a argumentação genérica de interesse público supremo em relação ao interesse privado já não mais prevalece, sem a adequada justificação em cada hipótese.<sup>30</sup> Isso, contudo, não nos permite afirmar que não

<sup>25</sup> Humberto Ávila, no mesmo sentido, afirma que: “Normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. rev., atual. e ampla. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 50.

<sup>26</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 77.

<sup>27</sup> BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 239, p. 1-31, jan./mar. 2005, p. 31.

<sup>28</sup> Essa análise, inclusive, não deve ser formulada a partir de um texto isolado. Segundo Eros Roberto Grau, “a norma jurídica não tem existência isolada, mas sim em um complexo de outras normas relacionadas entre si”. GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 235.

<sup>29</sup> Se essa “ordem jurídica estabelecida” é composta pelas regras e princípios que integram o ordenamento jurídico-positivo, e se os direitos subjetivos individuais provêm desse mesmo ordenamento, não há dúvidas de que a “observância da ordem jurídica estabelecida” conduz, pelo menos em abstrato, à sua realização. MADUREIRA, Claudio Penedo. Supremacia do interesse público sobre o privado – Uma necessária desconstrução da crítica. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 161, p. 9-24, jul. 2014, p. 21.

<sup>30</sup> [...] o interesse público, notadamente o em sentido amplo, não é um prius, não é um dado, mas um construído, localizado dentro de uma conjuntura multifária que não irá sempre apontar para uma mesma direção, mas sim se delineará de acordo com os representantes eleitos em questão, a conjuntura econômica envolvida, 53 grupos de pressão, movimentos sociais, condições geográficas, dentre tantas outras. GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017, p. 283-284.

exista tutela do interesse público no direito brasileiro ou que o princípio da supremacia do interesse público não seja válido. Pelo contrário, a presença do termo linguístico como promotor ou limitador da atuação administrativa é evidenciada em diversas passagens do ordenamento jurídico e presente na maior parte da construção teórica realizada ao longo dos anos nessa disciplina.

O que há de se compreender é que existem situações distintas que vêm sendo trabalhadas e discutidas da mesma forma pela doutrina e jurisprudência. Aqui, cabe distinguir esses três coisas a partir das seguintes afirmações:

- 1) A proteção do interesse público e a sua supremacia sobre o interesse privado não se confundem – embora possam se identificar por vezes – com o interesse primário do ente público.<sup>31</sup>

O interesse público protegido constitucionalmente como supremo em relação ao interesse privado é o primário,<sup>32</sup> ou seja, aquele pertencente a toda a população, não se restringindo ao interesse da mera pessoa jurídica de direito público. Assim, não é adequado utilizar, por exemplo, o princípio da supremacia do interesse público para negar o cumprimento de direitos fundamentais.

- 2) A alegação genérica de interesse público não legitima atuações estatais restritivas de direitos individuais sem que haja a carga argumentativa necessária para preencher e demonstrar a presença desse interesse no caso concreto.

Da mesma forma, a alegação genérica de proteção ao interesse público não justifica ações ilegais ou excessivas do poder público em relação ao particular. A sua utilização para ações deve

ser pautada na legalidade e, ainda assim, buscar sempre uma carga argumentativa necessária para preencher e demonstrar a presença desse interesse no caso concreto.<sup>33</sup>

Nesse sentido, quando o interesse público é utilizado na argumentação de gestores públicos com uma intenção subliminar diferente, objetivando legitimar abusos, isso deve ser coibido. Nessa situação, é possível a intervenção do Poder Judiciário para formular o controle de legalidade decorrente do desvio de finalidade que torna nulo o ato administrativo.<sup>34</sup>

- 3) O interesse público pode compor a existência de normas jurídicas, que, no entanto, devem ser aferidas e adaptadas a cada caso concreto, com a devida justificação, especialmente quando resultar na restrição ou eliminação de direitos individuais.

Essas três afirmações são formuladas diante de hipóteses distintas e que não podem ser tratadas da mesma maneira. A expressão linguística “interesse público” constitui norma jurídica do ordenamento jurídico brasileiro e pode chegar a limitar ou promover a atuação estatal. Isso, contudo, não significa fazer afirmações genéricas de que “o Estado pode tudo” ou de que “o interesse público justifica tudo”. Pelo contrário, a compreensão atual de interesse público exige o exercício de carga argumentativa para demonstrar a sua presença em cada caso.

## 5 Conclusão

A releitura de institutos jurídicos do direito administrativo e constitucional não retirou o papel do interesse público como fundamento de atuação administrativa. Da mesma forma, esse conceito jurídico indeterminado também faz parte da

<sup>31</sup> Nesse sentido: “[...] os interesses secundários não são atendíveis senão quando coincidirem com interesses primários, únicos que podem ser perseguidos por quem axiomáticamente os encarna e representa. Percebe-se, pois, que a Administração não pode proceder com a mesma desenvoltura e liberdade com que agem os particulares, ocupados na defesa das próprias conveniências, sob pena de trair sua missão própria e sua própria razão de existir”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008. p. 73.

<sup>32</sup> Assim já destacou Cláudio Grande Júnior: o autêntico interesse público é o primário, um conceito jurídico indeterminado, cujo conteúdo deve ser buscado caso a caso concreto, equacionando-se os diversos interesses constitucionalmente relevantes abrangidos. É da ponderação racional dos diversos interesses particulares, difusos, coletivos, individuais homogêneos e estatais (públicos secundários) que se descobre o verdadeiro interesse público primário, sempre protegido pelo sistema constitucional. GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A proporcionalização do interesse público no direito administrativo brasileiro. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 6, n. 65, 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=36333>. Acesso em: 8 set. 2019.

<sup>33</sup> Como destaca Emerson Affonso da Costa Moura: “[...] como a expressão interesse público alberga um conceito vago ou fluido, que pode abranger distintos significados e são definidos por critérios políticos, abre-se inúmeras possibilidades, para que a mesma, sob o manto do interesse público, exerça as prerrogativas e poderes sobre os indivíduos, ainda que estejam ausentes, de fato, as necessidades coletivas em questão”. MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo: o princípio da prossecução do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 76.

<sup>34</sup> Quando o interesse público é utilizado como roupagem para ilegalidades, o controle do Poder Judiciário se mostra imprescindível para garantir o princípio democrático. Como já destacou Alice Gonzalez Borges: “Cabe ao Judiciário uma tarefa mais delicada ainda, a de decidir tal conflitualidade, certamente inafastável, pois que, conforme vimos, aferir e qualificar o interesse público como determinante de uma ação administrativa representa, afinal, um juízo de legalidade”. BORGES, Alice Gonzalez. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 205, p. 109-116, jul/set. 1996. p. 115.

construção de normas jurídicas que podem ensejar o controle de legalidade de atos administrativos. Contudo, é preciso destacar que o interesse público não deve ser utilizado como argumento para viabilizar atuações administrativas abusivas. Muito pelo contrário, o seu intento é permitir o cumprimento de funções republicanas e, dessa forma, deve ser considerado na prática para fins da construção de soluções jurídicas pela administração pública.<sup>35</sup>

Podemos afirmar, como Odete Medauar em sua tradicional obra, que o conceito de interesse público “não corresponde a uma realidade direta e univocamente definível”.<sup>36</sup> Assim, não é possível defini-lo de plano, sem uma carga argumentativa aplicável a cada caso. A teoria geral do direito traz exatamente essa perspectiva decorrente da aceitação dos princípios como norma jurídica e da releitura das bases da hermenêutica.

É importante destacar que a defesa de novos institutos jurídicos e releituras das bases tradicionais do direito administrativo não importa em abandono ou mesmo restrição ao interesse público. Esse tipo de interesse continua sendo o fundamento do regime jurídico administrativo e, conseqüentemente, da atuação do Estado, que deve levar em consideração o novo momento social e econômico vivido em uma sociedade globalizada. Uma administração pública aproximada do cidadão, que busca o consenso e a eficiência dos seus atos, está em consonância com o próprio papel do Estado e a nova perspectiva sobre o interesse público.<sup>37</sup>

<sup>35</sup> Há quem defenda, inclusive, que o papel do arcabouço jurídico é garantir a igualdade e, nisso, se inclui a atividade do Estado como garantidor do interesse público: “Em sua função-chave no desenvolvimento, o arcabouço jurídico não apenas não deve ser conservador no sentido de fossilizar desigualdades, como deve, dentro de certos limites, considerando os inaceitáveis níveis de desigualdade brasileiros, privilegiar resultados progressivos, isto é, em favor dos mais pobres, desempenhando, assim, um papel-chave na superação do subdesenvolvimento”. COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 129.

<sup>36</sup> MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 179.

<sup>37</sup> Nesse sentido, já se afirmou que: “Admitir a administração concertada, é bom que se esclareça, não significa advogar o abandono de toda e qualquer forma de atuação administrativa unilateral impositiva; visa-se, ao revés, a colocar em relevo a necessidade de superar o modelo de atuação administrativa unicamente unilateral, dando ênfase a formas consensuais”. Interesse Público e Administração Concertada. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, n. 12, ano 5, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12215>. Acesso em: 8 set. 2019.

**Abstract:** This article aims to investigate the existence or not of a legal norm embodied in the public interest as a promoter or limiter of the State’s administrative performance. Current discussions about the maintenance, refusal or rereading of a principle of supremacy of the public interest over the private interest are among the main paradigms to be faced by administrative law, but require a perspective from the general theory of law, especially on the theory of legal norm. The objective is to verify if the administrative performance, in fact, can be limited by an argumentative perspective of violation to the public interest. Starting from a bibliographical analysis inserted in the field of the general theory of Law, the study will start to contextualize the discussion about the existence or not of a legal norm aimed at the limitation of Public Administration.

**Keywords:** Public interest. Legal norm. Principle.

## Referências

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Barcelona: Bosch, 1970.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 4. ed. rev. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 155.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. rev., atual. e ampla. São Paulo: Malheiros, 2014.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 239, p. 1-31, jan./mar. 2005.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. 6. ed. São Paulo: EDIPRO, 2016.

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

COUTINHO, Diogo R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O interesse público no divã da psicanálise: para um conceito bidimensional de interesse público. *Revista Jurídica UNICURITIBA*, v. 3, n. 52, Curitiba, 2018. p. 275-299.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FRANÇA, Phillip Gil. *Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

GABARDO, Emerson; REZENDE, Maurício Corrêa de Moura. O conceito de interesse público no direito administrativo brasileiro. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 115, p. 267-318, jul./dez. 2017.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A proporcionalização do interesse público no direito administrativo brasileiro. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 6, n. 65, 2006. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=36333>. Acesso em: 8 set. 2019.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

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

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MADUREIRA, Claudio Penedo. Supremacia do interesse público sobre o privado – Uma necessária desconstrução da crítica. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 14, n. 161, p. 9-24, jul. 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Um fundamento do regime administrativo: o princípio da prossecução do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NETTO, Luisa Cristina Pinto e. Interesse Público e Administração Concertada. *Revista Brasileira de Direito Municipal – RBDM*, Belo Horizonte, n. 12, ano 5, abr./jun. 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=12215>. Acesso em: 8 set. 2019.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração Pública, legalidade e pós-positivismo. In: *Princípio da legalidade: da dogmática jurídica à teoria do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma história do Direito Administrativo: passado, presente e novas tendências. *BDA – Boletim de Direito Administrativo*, nov. 2005.

RÓDENAS, Ángeles. *Los intersticios del derecho: indeterminación, validez y positivismo jurídico*. Madrid: Macial Pons, 2012.

SIQUEIRA, Mariana. *Interesse público no direito administrativo brasileiro: da construção da moldura à composição da pintura*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. A utilização do termo “interesse público” na teoria geral do direito como promotor ou limitador da atuação estatal. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 19, n. 224, p. 36-47, out. 2019.

---