INTERESSE PÚBLICO: UM CONCEITO A DETERMINAR

ALICE GONZALEZ BORGES*

1 — Conceitos Jurídicos indeterminados na moderna doutrina. 2 — Em busca de uma determinação do interesse público. 3 — Interesse público e interesse individual. 4 — Descompassos e conflitualidade na determinação do interesse público.

Todo o direito administrativo é construído sobre dois pilares básicos: a supremacia do *interesse público* sobre o interesse privado e a indisponibilidade do *interesse público.* Sobre esses dois pilares é que se estruturam, de um lado, as chamadas *prerrogativas de potestade pública* e, de outro, as *sujeições de potestade pública,* que corporificam o conteúdo da atividade administrativa. Tais prerrogativas e limitações encontram sua única razão de ser em face do *interesse público* que as justifica, sem cuja existência perderiam qualquer significado.

Quando mais não fosse, o direito administrativo é dedicado ao estudo das regras que disciplinam o exercício da função administrativa. Se, no dizer de SANTI ROMANO, *"a função é poder que se exerce, não por interesse próprio, ou exclusivamente próprio, mas sim por interesse de outrem ou por um interesse objetivo"* [1], a função administrativa *está irremediavelmente* vinculada a uma finalidade de *interesse público,* do qual é ancila e serviente.

Sem dúvida, as *demais* funções *estatais também são vinculadas ao* interesse público. *Mas à* função *administrativa incumbe, em* nosso ordenamento jurídico, *a* responsabilidade específica e precípua de prover a respeito, em caráter concreto, direto, contínuo, imediato, cotidiano. Caberá Administração Pública, no seu dia-a-dia, interpretar o *interesse público,* para aplicá-lo às hipóteses da realidade viva.

1 *Princípios de Direito Constitucional Geral,* São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977, pg. 145.

* Professora titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Salvador. Coordenadora Adjunta do Curso de Especialização em Direito Administrativo, em nível de pós-graduação *lato sensu,* da Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Membro do Conselho Superior do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

Daí afirmar HECTOR JORGE ESCOLA que o direito *administrativo* é *o direito do interesse público.*

Mas, afinal, o que constitui exatamente esse tão invocado *interesse público,* cujo papel se revela tão importante?

De certo modo, reflexão mais aprofundada sobre o tema nos leva, muitas vezes, a invocar o dilema camoniano, a respeito de felicidade: "está *onde* a *pomos, mas nunca a pomos onde nós estamos".*

Pois, freqüentemente, o perplexo e indefeso cidadão, ante certas experiências, planos e "medidas salvadoras" adotadas pelos governantes, *sempre em* nome *do interesse público,* mas acarretando profunda confusão e desastradas conseqüências, se vê tentado a repetir a patética exclamação atribuída a Madame ROLAND, antes de ser guilhotinada pelos revolucionários franceses de 1789, também em nome de um pretenso "interesse da salvação nacional": "*Ó Liberdade, quantos crimes se cometem em teu nome!*"

Tanto quanto *liberdade, salvação* nacional, ou *felicidade, o interesse público* representa, assim, o que se chama, na doutrina, de *conceito indeterminado.* Bem o define EROS ROBERTO GRAU:

"São indeterminados os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos — especialmente imprecisos —, razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Neste sentido, talvez *pudéssemos referi-los como conceitos carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade...*

"... os parâmetros para tal preenchimento — quando se trate de conceito aberto por imprecisão — devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções políticas predominantes, concepções, essas, que variam conforme a situação das forças sociais..."[2]

Temos, então, que, não tendo sido o legislador preciso, quando se refere a conceitos abertos plurissignificativos, tais como *interesse público, utilidade pública,* ordem *pública, segurança nacional,* e tantos outros, deverá fazê-lo o aplicador da norma. De referência ao interesse público, o seu aplicador há de ser, em um primeiro momento, a Administração Pública, pois essa é, repita-se, sua finalidade precípua. Em um segundo momento, o Poder Judiciário, no controle dos atos da Administração, por força de indeclinável dever, a que não se pode escusar. Como também não se escusa, em relação a outros ramos do direito, a "preencher" conceitos como "boa conduta", "boa-fé", "justo preço", "premeditação", diligência do bom pai de família", "motivo fútil", e outros.

Pois, como adverte GARCIA DE ENTERRÍA, trata-se sempre, em última análise, da aplicação e interpretação da lei que criou o conceito, para verificar se, em verdade, a solução a que se chegou é a única, a melhor, a mais justa, que a norma pretendeu alcançar. Portanto, sustenta o ilustre autor, a tarefa do intérprete de conceitos jurídicos indeterminados constitui-se, afinal, em verdadeiro *juízo de legalidade.* Decerto, porquanto já se acha de todo superada, na moderna doutrina, a concepção tradicional de que o preenchimento de conceitos indeterminados estaria

2 *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo, Editora RT, 1988, pg. 72.

estritamente situado no campo da discricionariedade administrativa. Tal concepção traz, como inevitável corolário, a conclusão de que, tratando-se de matéria eminentemente discricionária, a aplicação pela Administração de conceitos indeterminados, sobretudo o de interesse público, estaria totalmente subtraída à apreciação do Poder Judiciário, porquanto estaríamos em face de noções ligadas à conveniência e oportunidade das decisões, ao seu mérito, pois.

A moderna doutrina vem dedicando particular atenção ao reexame de tal colocação, que, praticamente, resguardaria a Administração Pública de quaisquer freios. Busca-se, a todo custo, a exata definição do que seja conceito jurídico indeterminado, para determinar o seu preciso alcance e a sua controlabilidade.

Nesse sentido, são preciosas as lições de GARCIA DE ENTERRÍA:

"A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou, se se prefere, entre indiferentes jurídicos, porque a decisão se fundamenta em critérios jurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da Administração. Pelo contrário, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal (configurada, não obstante sua imprecisão de limites, com a intenção de demarcar uma hipótese concreta) umas circunstâncias reais determinadas; justamente por isso é um processo regulado, que se esgota no processo intelectivo de compreensão de uma realidade, no sentido que o conceito legal indeterminado tem pretendido; processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é próprio de quem exerce uma potestade discricional.

As conseqüências desse contraste são capitais. Sendo a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados um caso de aplicação e interpretação da lei que criou o conceito, o juiz pode fiscalizar sem esforço algum tal aplicação, avaliando se a solução a que com ela tem-se chegado é a única solução justa que a lei permite. Esta avaliação parte de uma situação de fato determinada — a que a prova lhe oferece —, porém sua apreciação jurídica é feita desde o conceito legal e é, portanto, uma aplicação da lei. Entretanto, o juiz não pode fiscalizar a entranha da decisão discricional, já que, seja esta do sentido que for, caso se tenha produzido dentro dos limites da remissão legal à apreciação administrativa (e com respeito aos demais limites gerais que veremos, é necessariamente justa (como o seria igualmente a solução contrária) .....

Assim, conceitos como urgência, ordem pública, justo preço, calamidade pública, medidas adequadas ou proporcionais, inclusive necessidade pública, utilidade pública e até interesse público, não permitem em sua aplicação uma pluralidade de soluções justas, senão uma só solução em cada caso."[3]

Essa preocupação teórica, a respeito da interpretação, aplicação e preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados, é tanto mais procedente, quando, como alerta AGUSTIN GORDILLO, *"a grande questão do direito contemporâneo é a de como*

3 *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990, pgs. 394 e 395.

controlar uma administração pública que, por seu natural crescimento, tem incrementado consideravelmente, de fato, as possibilidades de abuso e excesso" .

Cresce de ponto, entre nós, tal espécie de preocupação, na medida em que temos um ordenamento jurídico que consagra, em patamar constitucional, a universalidade e a inafastabilidade do controle jurisdicional sobre as lesões e até simples ameaças aos direitos dos cidadãos (art. 5º, inc. XXV — CF).

A Constituição-Cidadã, abrigada nos postulados do Estado Democrático de Direito, assegura, ainda, o controle participativo dos cidadãos, a provocar, por sua vez, o reexame da aplicação de tais conceitos, perante os três poderes estatais e por diversas formas, sobretudo, precisamente, quanto à definição do *interesse público.*

Pois, força é convir, ao exame dos alentados tratados doutrinários que se debruçam sobre o fascinante e controvertido tema: entre os *conceitos jurídicos indeterminados* invocáveis no direito público, é o *interesse público o de mais difícil determinação.*

2. *Em busca de uma determinação do interesse público*

ANDRÉ DEMICHEL prefere, à denominação corrente de *interesse público,* a de *interesse geral,* justificando:

"O vocábulo 'público' se mostra aqui ambíguo, na medida em que poderia fazer pensar em um interesse ou uma utilidade próprias do Estado. O termo 'interesse geral' expressa melhor a idéia, que é do Estado burguês, segundo a qual existe um interesse comum a toda a sociedade, pelo qual o Estado é o responsável".[4]

Para DEMICHEL, a noção de interesse geral — que, irreverentemente, qualifica de *'illusion idéologique',* a servir de cobertura exata para todas as finalidades da atuação administrativa e para todas as técnicas jurídicas que ela pode utilizar para consegui-lo — admite duas concepções possíveis: ou pode ser concebida como um interesse específico da sociedade, distinto, por sua própria essência, dos interesses particulares; ou, "mais modestamente", como uma arbitragem entre os diversos interesses individuais (este é, entre outros, segundo assinala, o pensamento de GEORGES VEDEL[5] e o de JEAN RIVERO).[6]

A esse propósito, cumpre lembrar o sempre luminoso pensamento de ARISTÓTELES, que coloca muito bem as coisas, na caracterização do que chama de *sumo bem comum,* e do seu entrelaçamento, em relação aos indivíduos e ao Estado:

"Ora, não será porventura o conhecimento dele de grande importância para a nossa vida e, semelhantes aos arqueiros, certos da mira, não alcançaremos mais

4 *Le Droit Administratif — Essai de réflexion théorique,* Paris, LGDJ, 1978, pg. 99, nota 27.

5 "O interesse público não é, por essência, distinto do interesse de pessoas e grupos; é uma arbitragem entre os diversos interesses particulares" (apud DEMICHEL, ob. cit., pg. 102, nota 3).

6 "O interesse geral não é, portanto, o interesse da comunidade considerada como uma entidade distinta daqueles que a compõem e a eles superior; é, mais simplesmente, um conjunto de necessidades humanas — aquelas às quais o exercício das liberdades não provê de maneira adequada, e cuja satisfação, entretanto, condiciona o cumprimento dos destinos individuais" (apud DEMICHEL, ob. cit., pg. 102, nota 32).

facilmente aquilo que se deve? Se assim é, esforcemo-nos por delinear em esboço o que seja ele, e de qual, dentre as ciências ou faculdades, seja objeto. Ninguém duvidará de que o seu estudo pertença à ciência principal e mestra de todas as outras. Tal é, vê-se claramente, a ciência política. Pois que esta dispõe, na cidade, as ciências de que necessitais, e quais cada um as deve aprender e até que ponto. Vemos que também as faculdades tidas em maior apreço, como a arte militar, a economia, a oratória, lhe estão sujeitas. E, valendo-se ela de todas as demais ciências práticas, e, além disso, estabelecendo por lei que coisa se deve fazer e de que coisas se abster, pode dizer-se que o seu fim abrange os fins de todas as outras. Donde ser o bem humano o seu fim. E, embora sendo idêntico o bem do indivíduo e o da cidade, todavia obter e conservar o bem da cidade é coisa maior e mais perfeita. Em verdade: o bem é digno de ser amado também por um único indivíduo; porém, é mais belo e mais divino quando referente a povos e cidades".[7]

"*Evidentemente, o Estado está na ordem da natureza e antes do indivíduo; porque, se cada indivíduo isolado não se basta a si mesmo, assim também se dará com as partes em relação ao todo. Ora, aquele que não pode viver em sociedade, ou que de nada precisa por bastar-se a si próprio, não faz parte do Estado: é um bruto ou um deus.*"[8]

3. *Interesse público e interesse individual*

À luz dos ricos ensinamentos citados, e com o auxílio de HECTOR ESCOLA — autor que dedicou ao tema específico uma obra substancial[9] —, vejamos um pouco como, em uma ordem democrática, se relacionam a *parte* com o *todo*, isto é, o interesse individual dos cidadãos e o *interesse público* (ou bem comum, ou interesse geral, ou que outro nome tenha).

Tudo se torna mais fácil, se o intérprete, o revelador do interesse público é simplesmente o "Príncipe", iluminado pela centelha divina, que faz de sua vontade a presumida e incontestável expressão da vontade de todos em geral.

Ou, de outra parte, se é chamada para interpretar e realizar o interesse público a Administração de um regime totalitário, no qual se impõem coativamente, à consciência dos administrados, e se transmudam em interesse público, suas próprias "razões de Estado".

Mas quando se pensa em um *interesse público* livremente aceito pelos *cidadãos*, e, sobretudo, quando os próprios cidadãos assumem a responsabilidade de sua defesa, na qualidade de substitutos processuais de toda a comunidade, cabem algumas mais detidas reflexões.

7 *A Ética*, Rio, Tecnoprint, trad. de CASSIO M. FONSECA, pgs. 22-23 — 2 a 9 são nossos os destaques.

8 *A Política* — Rio, Tecnoprint, trad. de NESTOR SILVEIRA CHAVES, pg. 19 — I, §11.

9 *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo* — Buenos Aires, DEPALMA, 1989, pgs. 236 e seguintes.

1. O interesse público é 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.

2. Esse interesse passa a ser público, quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo, ou, pelo menos, como um querer valorativo predominante da comunidade.

3. Sem dúvida, pode bem acontecer que uma parcela da comunidade não reconheça ou identifique aquele interesse como seu, ou cujo próprio interesse se ache, até, em colisão com esse querer valorativo predominante. O interesse público, em uma ordem democrática, não se impõe coativamente. Somente prevalece, em relação aos interesses individuais divergentes, com prioridade e predominância, por ser um interesse majoritário. O interesse público e o interesse individual colidente ou não coincidente, são *qualitativamente iguais*; somente se distinguem *quantitativamente*, por ser o interesse público nada mais que um interesse individual que coincide com o interesse individual da maioria dos membros da sociedade. No dizer de ESCOLA,

"Os indivíduos que não reconhecem em um interesse público seu próprio interesse individual, ficam, entretanto, constrangidos a aceitá-lo e até contribuir para sua obtenção, porque, formando parte da comunidade, aquele querer valorativo majoritário lhes é imposto obrigatoriamente sobre a base de uma igualdade de possibilidades e obrigações, já que outros interesses públicos, em que tais indivíduos reconhecem seu próprio interesse individual, são impostos a outros indivíduos que deles não participam, e assim sucessivamente.

"É, pois, esse princípio de igual distribuição e participação nos efeitos, exigências e resultados do querer social, como querer majoritário dos componentes da comunidade, que dá lugar a sua imposição aos indivíduos que do mesmo não participam, exteriorizando-se através de um claro sentimento de solidariedade e integração social." (Ob. cit., pg. 238.)

4. Na medida em que o interesse público e o particular, em uma ordem democrática, são qualitativamente iguais e respeitados, quando o interesse individual é alijado ou substituído pela natural predominância do *interesse público,* tem de ser compensado pela perda de seus direitos e interesses, mediante sua eqüitativa conversão em outro valor equivalente.

É o que acontece, por exemplo, com o despojamento de uma propriedade particular, mediante desapropriação, para um fim de interesse público, em que o direito de propriedade deve ser eqüitativamente convertido na justa indenização constitucionalmente assegurada pelo art. 24, inc. XXIV. Tal indenização, para ser justa, há de possuir um valor necessariamente equivalente ao do bem expropriado.

O mesmo ocorre no campo dos contratos administrativos. Pode a Administração, unilateralmente, para dar satisfação a um interesse público relevante, rescindir antecipadamente o contrato celebrado com um particular. Mas, exige o art. 79, § 2º da Lei Geral de Licitações (nº 8.666/93), deverá ser integralmente ressarcido de seus prejuízos.

Também na Lei das Concessões de Serviços Públicos, de nº 8.987/95, é assegurado esse mesmo princípio de equivalência, relativamente à encampação do serviço concedido, por motivo de interesse público (art. 37).

4. *Descompassos e conflitualidade na determinação do interesse público*

À vista do quanto exposto, há de depreender-se quão delicada e importante é a tarefa da Administração Pública, para dar uma exata interpretação da "vontade geral da sociedade", na satisfação diária do interesse público, em um Estado Democrático de Direito alicerçado na satisfação dos interesses da coletividade, encarados estes como a síntese de interesses individuais coincidentes, *que devem ser considerados.*

Aí, o preenchimento deste que, por natureza, é o mais amplo e plurissignificativo dos conceitos indeterminados, há de resultar de um cuidadoso trabalho de sopesamento das condições oferecidas pela realidade. Nessa avaliação, não deve entrar nenhuma dose de discricionariedade do governante. Será o melhor intérprete aquele que melhor se identificar com os legítimos reclamos e aspirações sociais de seu tempo, em uma postura que nosso ordenamento jurídico exige, como luminoso ponto cardeal de sua atuação (art. 37, *caput*, da Constituição) seja impessoal e descompromissado com outros interesses estranhos.

Fácil é ver-se que, servindo a invocação do interesse público de ampla e legítima cobertura da atuação administrativa, freqüentemente se verifica um *descompasso* entre a interpretação governamental e o efetivo interesse da coletividade: aquilo que a doutrina denomina *conflitualidade de interesses.*

Certamente não queremos referir-nos à conflitualidade que diríamos *patológica,* consubstanciada no chamado *desvio de poder,* que significa o maior descompasso entre o interesse público e o interesse do governante. A desconformidade de eventual interesse subjetivo da autoridade administrativa, expresso em um ato administrativo, com o interesse objetivo cristalizado na edição de uma norma, representa, por si só, um tema à parte, sobre o qual se têm debruçado, de modo inexcedível, os melhores autores de direito administrativo.

Nossa atenção se volta para outras formas de descompasso que ocorrem na atuação de administradores bem ou mal-intencionados, mais ou menos sensíveis, ao procurarem interpretar e realizar o interesse público a ser satisfeito e atendido em determinado momento. Mais precisamente, para as situações de declarada *conflitualidade* entre as concepções governamentais do interesse público, em que a Administração persegue um interesse público real, mas conflitante com outro, que lhe é superior, por ser a legítima e real expressão das aspirações da sociedade brasileira e de seus cidadãos.

Aí, então, 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.*

Há de entender-se, demais disso, que a satisfação do interesse público transcende os simples limites da legalidade, para ir abrigar-se no domínio da legitimidade.

Pois há um interesse público contido e delimitado pela Constituição e pela lei, que já corresponde à expressão positiva do bem comum.

Pode ocorrer, por exemplo, uma conflitualidade na definição do que seja interesse público, quando uma ação administrativa, exercida no melhor dos propósitos para o atingimento de um interesse relevante, porém imediato, representa, entretanto, um dano ecológico. Aí, nem há maior dificuldade para a apreciação do Judiciário, uma vez que o art. 225 da Constituição da República JÁ IMPÕE, "ao *Poder Público e à coletividade, o dever de defender o meio ambiente e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*

Mas há também um interesse público possivelmente conflitante, que *legitima* a atuação da Administração Pública, somente na exata medida em que corresponda à expressão da vontade geral da sociedade, democraticamente expressa, positiva ou não, relativamente a determinado momento histórico-sociológico.

Aí, sim, é que a definição do interesse público corresponde a uma noção ideológica, como quer DEMICHEL. De qualquer sorte, um conceito indeterminado que precisa ser "preenchido", para cada sociedade e para cada tempo, tendo, como *ultima ratio*, o atingimento do ideal aristotélico do sumo bem comum que corresponda à aspiração dos indivíduos, sim, mas que se torne *"mais belo e mais divino quando referente a povos e cidades"*.

Bibliografia

SANTI ROMANO — *Princípios de Direito Constitucional Geral*, São Paulo, Ed. RT, 1977.

HECTOR JORGE ESCOLA — *El Interés Público*, Buenos Aires, DEPALMA, 1989.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO — *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, São Paulo, Malheiros Editores, 1992.

EROS ROBERTO GRAU — *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, São Paulo, Editora RT, 1988.

GARCIA DE ENTERRÍA E TOMÁZ ANTONIO FERNANDEZ, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Editora RT, 1990.

ANDRÉ DEMICHEL — *Le Droit Administratif — Essai de Réflexion Théorique*, PARIS, LGDJ, 1978, pg. 99, nota 27.

ARISTOTELES — *A Ética* — Rio de Janeiro, TECNOPRINT.

_____. *A Política* — Rio de Janeiro, TECNOPRINT.

DIOGO FIGUEIREDO MOREIRA NETO — *Curso de Direito Administrativo*, Forense, Rio de Janeiro, 1989.

_____. *Constituição e Revisão* — Rio de Janeiro. Forense, 1991.

GIANNINI — *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffré, 1988, 2ª ed.,vl.1º.