

ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA E DETERMINAÇÃO DO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

Danielle Souza de Andrade Silva

Juíza Federal Substituta em Pernambuco

Mestre em Direito Público pela UFPE

SUMÁRIO: Introdução; PARTE I – A determinação dos conceitos jurídicos vagos através da atividade administrativa discricionária; 1. Vinculação e discricionariedade administrativas: subsunção à lei; 2. Os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”; 3. A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados; PARTE II – Parâmetros para a determinação do conceito de interesse público pelo administrador; 1. Interesse público: etimologia como referência para o intérprete; 2. Distinções necessárias: a demarcação negativa do conceito; 3. Complexidade e conflitualidade na determinação do interesse público; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O estudo do Direito Administrativo, como do fenômeno jurídico em geral, oferece-nos uma ampla gama de conceitos indefinidos, não limitados em seu conteúdo – denominados pela doutrina de “conceitos jurídicos indeterminados” –, o que chega a oferecer-nos alguma dificuldade, até insegurança quanto à construção da disciplina e a sua aplicação prática. Situar-se-iam eles no âmbito da atividade administrativa vinculada ou admitiriam, no seu desvendar, uma certa discricionariedade?

O interesse público é, indiscutivelmente, um desses dados, mostrando-se sempre presente no estudo das instituições de direito público, a começar dos

princípios – elementos informadores de todo um sistema –, que o alçam a pata-mar de prevalência sobre o interesse individual, para a própria possibilidade de exercício deste. Ao mesmo tempo, o conceito é criticado por juristas, operadores do direito e acadêmicos, não raro insatisfeitos com a maleabilidade que o instituto pode apresentar nas mãos dos que compõem a administração pública.

Põe-se, portanto, a problemática da determinação conceitual do interesse público pelo administrador, primeiro responsável pela aplicação da norma de direito público.

Embora o tema sob análise esteja correlacionado ao do controle dos atos administrativos, não nos propomos, por ora, enfocá-lo. A questão do controle sobre a atividade administrativa discricionária ou vinculada bem pode constituir um trabalho à parte, como já o foi em inúmeras e valiosas monografias.

Procurando afastar concepções destrutivas de toda uma doutrina erguida sobre a base desse conceito, objetivamos, com o presente ensaio, traçar parâmetros que nos subsidiem na delimitação mais clara da expressão e por conseguinte, na compreensão mais sistemática do tema, inserindo-o dentro da realidade que ora se apresenta.

PARTE I – A DETERMINAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS VAGOS ATRAVÉS DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA

1. VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVAS: SUBSUNÇÃO À LEI

Na concepção do moderno Estado de Direito, que operou uma divisão e pressupôs um inter-relacionamento entre as funções estatais, a atividade administrativa está jungida à legalidade – esta que constitui, entre nós, um princípio constitucional da Administração Pública (Constituição Federal, art. 37, *caput*). É na lei que o administrador da res publica encontra o fundamento, a orientação e os limites do seu agir, dela não se podendo arredar, pena de invalidar-se seu ato.

Para realizar as atividades que lhe cabem, encontra-se a Administração munida de poderes administrativos, verdadeiros instrumentos¹ a serem utilizados com vistas à consecução do *interesse público*. Como alerta o festejado

¹ É justamente devido ao caráter instrumental que Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 11-15) os situa como deveres de alcançar a finalidade legal, enfatizando, assim, o vínculo que liga, no Estado de Direito, o poder público a um quadro normativo posto.

jurista Celso Antônio B. de Mello (1996, p. 23-30), a Administração exerce função administrativa, e os poderes de que é dotada são apenas instrumentais para a realização do dever que lhe incumbe nessa função: a satisfação dos interesses públicos, ou seja, interesses da coletividade. Nos Estados democráticos, esses poderes serão legítimos à medida que afetos a uma finalidade instituída no interesse de todos, devendo, pois, ser vistos como “poderes-deveres”, sobressaindo seu aspecto finalístico, daí resultando diversas limitações.

Costuma-se distinguir os poderes administrativos (ou a competência para o exercício desses poderes) em discricionários e vinculados, extraíndo-se de antiga lição de Miguel Seabra Fagundes (1967, p. 82-83) que:

“Para a prática de alguns atos, 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. É essa a competência vinculata dos italianos, ou *liée* dos franceses. (...) 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.”

Extraí-se do excerto colacionado que, em um como em outro caso, a atividade administrativa representará aplicação da lei, porque a margem de liberdade outorgada, em determinadas hipóteses, ao administrador, para decidir, no caso concreto, de acordo com a conveniência e a oportunidade (o chamado “mérito administrativo”), não se exerce acima ou fora da lei, senão com sujeição a ela. Vislumbra-se, nesse ponto, o “poder-dever do agente de adotar a opção que melhor atenda ao interesse público” (NUNES JÚNIOR, 1995, p. 213).

Se, por um lado, na atividade vinculada, o regramento legal abrange todos os aspectos do ato administrativo, na competência discricionária percebe-se uma certa margem de liberdade de atuação da autoridade pública, em relação a algum ou alguns aspectos do ato, dentro dos limites da lei – em um âmbito, portanto, já demarcado pela regra jurídica.

De observar-se a imprecisão dos limites entre vinculação e discricionari-
idade, o que, nas palavras de José Souto Maior Borges (1995, p. 87-88), não

se afigura preocupável, pois, nada obstante, é possível operar cientificamente com tais conceitos, importando mais para a ciência do direito a sua operacionalidade que uma inútil precisão conceitual. Ressalta ainda o tributarista pernambucano a impossibilidade de existirem atos puramente discricionários ou totalmente vinculados. Um ato absolutamente discricionário seria um ato político, escapando ao âmbito das normas jurídicas e ao controle jurisdicional.

Não se lhes detecta uma oposição absoluta. Haverá sempre aspectos vinculados e restará ainda, por menor que seja, uma margem de liberdade ao administrador, para escolha da opção mais vantajosa em cada caso. De igual forma, será sempre possível acionar-se o Judiciário para o exame e controle de tais atos, embora, tratando-se de atos discricionários, deva cingir-se à apuração da inocorrência de abuso ou desvio de poder ou de finalidade.

2. OS CHAMADOS “CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS”

O Direito, tal qual o pensamento e a comunicação, não prescinde da linguagem, esta que lhe é veículo essencial.

A linguagem jurídica, responsável pela imposição de regras de disciplina de condutas sociais, há de ser compreensível a todos os seus destinatários, guardando, ao máximo, uma correspondência à linguagem daqueles por ela obrigados. E é justamente pela aproximação do Direito à linguagem natural (cotidiana) que se lhe transportam certos termos imprecisos e equívocos, característicos da linguagem não-formalizada. Com um particular: ao serem transpostos à linguagem jurídica, sofrem certa mutação em seu significado originário, motivada, ora pela reiterada utilização em raciocínios jurídicos, ora pela delimitação do seu significado mediante uma definição legal (REGINA HELENA COSTA, 1989, p. 35).

Vem-se utilizando, no mundo jurídico, a expressão “conceitos jurídicos indeterminados” para designar tais vocábulos ou expressões imprecisos, fluidos, ambíguos ou plurissignificativos.² São, entretanto, sempre determináveis, estabelecendo-se seu sentido conforme a realidade que se apresentar, podendo, pois, apresentar variações significativas conforme o conteúdo axiológico que se lhes queira imprimir. Daí o caráter funcional (instrumental) que lhes é peculiar: expressam e valoram condutas, relações e objetos materiais.

² Registre-se a advertência, feita por Eros Roberto Grau (1998, p. 147), de que a indeterminação residiria não nos conceitos – idéias abstratas e universais, portanto determinadas –, mas nos termos utilizados pela norma jurídica, entendidos estes como expressões do conceito.

Rogério Ehrhardt Soares, em distinção apontada por Germana Moraes (1999, p. 62), aparta os conceitos indeterminados em função da natureza da imprecisão: os *classificatórios* demandariam apenas juízos objetivos nos processos de interpretação e aplicação e corresponderiam a uma classe de acontecimentos substancialmente idênticos (v. g., “doença incurável”, “boa-fé”); os *conceitos-tipo* (ou de prognose ou verdadeiramente indeterminados) reclamariam uma valoração subjetiva, envolvendo um tipo difuso de situações da vida em relação ao qual os fatos concretos se projetam apenas como manifestações ou expressões (e. g., “interesse público”, “ordem pública”).

A magistrada cearense nos lega outra classificação, ao distinguir os conceitos indeterminados *vinculados*³ dos *não-vinculados* – conforme conduzam a uma única ou a mais de uma solução juridicamente sustentável. Os conceitos não-vinculados, de seu turno, podem ser ou não discricionários, consoante envolvam, ou não, uma valoração comparativa de interesses (MORAES, 1999, p. 64-65). Na doutrina jusadministrativista, contudo, os conceitos indeterminados não-vinculados são incluídos todos no domínio da discricionariedade (sejam ou não discricionários).

A tipologia exposta nos interessa à proporção que facilita a localização da discricionariedade administrativa no âmbito de valoração dos conceitos jurídicos indeterminados. Por insuscetíveis de uma determinação objetiva, esses conceitos (os verdadeiramente indeterminados ou não-vinculados) justificam o exercício da atividade discricionária.

Passemos, então, a analisar a confluência entre a discricionariedade e o preenchimento dos conceitos abertos pela Administração.

3. A DISCRICIONARIEDADE E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Por muito tempo se sustentou, de modo unívoco, em influência da doutrina alemã, que os conceitos jurídicos indeterminados teriam migrado do domínio da discricionariedade para o da vinculação legal, sujeitando-se, por conseguinte, a controle jurisdicional pleno.⁴ Essa doutrina veio a ser revista, com o impulso do direito francês, voltando-se a os inserir no campo da discricionariedade, na “margem de livre apreciação” do administrador, em que reduzida a sindicabi-

³ Em sua lição, seriam vinculados os conceitos classificatórios.

⁴ Entre os adeptos da teoria da univocidade, cita Germana Moraes (1998, p. 107): Bühler, Sheuner, Jöhr, Lemayer, Laun e Jellinek.

lidade judicial (continuando, porém, válida no que tange aos conceitos vinculados). Saliente-se, contudo, que a questão ainda divide a opinião de doutrinadores.

O ilustrado professor paulista Eros Roberto Grau (1998, p. 149), ao discorrer uma crítica da discricionariedade, posiciona-se contrário à inclusão dos conceitos indeterminados na seara discricionária⁵. A seu ver, opera-se uma distinção entre as técnicas da discricionariedade e da inserção de conceitos indeterminados nos textos normativos. A aplicação desta última seria um caso de aplicação da lei, ao passo que aquela permitiria uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas consoante critérios extrajurídicos. Naquela, o sujeito emitiria juízos de oportunidade (opções entre *indiferentes jurídicos*, feitas subjetivamente pelo agente); nesta, juízos de legalidade (derivados da interpretação autêntica, procedida no campo da *prudência*, nos limites do *texto*). Quer nos parecer que há uma preocupação do autor em diferenciar o controle judicial nos atos discricionários e na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Em outra ponta, há os que reconhecem que, em alguns casos, a subsunção de conceitos indeterminados (conceitos de valor) a certas realidades suscita controvérsias de difícil resolução, por ensejar pelo menos duas valorações razoáveis: tanto que o fato se amolda à norma que contém o conceito, quanto que não se enquadra naquele modelo normativo. É clássico o exemplo: “no caso de perturbações da ordem pública, a polícia intervirá com as medidas necessárias” – a expressão *medidas necessárias* traduz uma determinação parcial dos efeitos do ato a ser praticado, o que remete à liberdade de escolha do administrador, característica da discricionariedade.

Celso Antônio B. de Mello (2000, p. 19-22) elenca, entre as causas geradoras de discricionariedade, a *finalidade* da norma, quando esta se reporta a um conceito de valor ou plurissignificativo, quais os de “salubridade pública”, “interesse público”, “moralidade pública”. Acrescenta, porém, que é no conteúdo do ato que realmente se traduz a discricionariedade administrativa. A seu ver, “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*”.

Buscando uma conciliação entre as teses expostas, Célia Cunha Mello (1994, p. 176) realça que os limites impostos ao sujeito do preenchimento dos

⁵ Na mesma linha, Eduardo Garcia de Enterría e Tomás Ramón Fernandez.

conceitos jurídicos indeterminados podem ser tratados sob dois prismas: “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, ter-se-á alguma liberdade discricionária”.

Em que pese a forte tendência em se considerarem vinculados os conceitos indeterminados, admitimos a presença de certa parcela de liberdade no seu preenchimento. Pode acontecer de, em determinada situação real, o administrador proceder dentro de uma liberdade intelectual que lhe faculta o direito, aplicando, assim, o conceito vago conforme um entendimento razoável, ainda que outra opinião fosse igualmente sustentável na situação. Afinal, e aqui vale lembrar a lúcida exposição de Hans Kelsen (1984, p. 466-467), a atividade interpretativa implica a eleição dentre uma variedade de possibilidades de aplicação, dentro de uma certa moldura. Caberá ao Judiciário, aí, conferir se a Administração, ao aplicar a regra legal descrita mediante conceito indeterminado, manteve-se no campo de sua aplicação ou contrariou o direito. Será um controle apenas de contornos.

PARTE II – PARÂMETROS PARA A DETERMINAÇÃO DO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO PELO ADMINISTRADOR

Destinaremos as linhas seguintes a uma breve exposição sobre os parâmetros que devem guiar o administrador na determinação do conceito de *interesse público*.

É sabido que a disciplina normativa do Direito Administrativo assenta-se na base de dois postulados: a) supremacia do interesse público sobre o privado, cânone do moderno direito público; b) indisponibilidade dos interesses públicos pela Administração. Tais princípios representam pontos fundamentais daquela disciplina jurídica, sendo validados como sua fonte matriz, tendo importância intrínseca e perene.

Por isso, o interesse público, além de ser um conceito indeterminado, reclamando, para sua interpretação, um senso apurado do jurista (um domínio não só do direito positivo, mas dos princípios que informam a atividade interpretativa), é, em si, uma limitação ao exercício da discricionariedade administrativa, um contrapeso a todo excesso da administração, em busca de um adequado

equilíbrio entre as liberdades e direitos individuais e as exigências da vida em comunidade.⁶

Em uma perspectiva ainda mais ampla, Cretella Júnior (1968, p. 4) sabiamente anota que “o princípio da supremacia do interesse público, que informa todo o direito administrativo, norteador da ação dos agentes na edição dos atos administrativos e dos órgãos legiferantes nos processos nomogenéticos, de maneira alguma é princípio setorial, típico, específico do direito administrativo, porque é comum a todo o direito público, em seus diferentes desdobramentos, já que se encontra na base de toda processualística, bem como na raiz do direito penal e do constitucional.” É, todavia, no Direito Administrativo que tal princípio se erige de maneira mais veemente, afirmando-se como inarredável mandamento a ser seguido pelos administradores.

Enfim, as máximas declinadas servem de fundamento a toda a organização e a função administrativa,⁷ orientando a prática de atos e a celebração de contratos administrativos, a imposição de limitações administrativas sobre a propriedade privada, a criação de serviços públicos, as atividades de fomento e coação frente aos administrados, a responsabilidade do Estado pelos seus atos que causarem prejuízos aos administrados. A atividade estatal, dentro do nosso sistema constitucional, deve estar sempre orientada à realização das finalidades de interesse público, que são as que beneficiam não só a coletividade, mas também, de algum modo, a cada um de seus componentes, donde a relevância do estudo do tema.

1. INTERESSE PÚBLICO: ETIMOLOGIA COMO REFERÊNCIA PARA O INTÉRPRETE

A primeira aproximação que se tem da noção de interesse público deriva de sua origem etimológica. Os dicionários vinculam a palavra “interesse” ao valor ou à importância que uma coisa ou bem tem para uma pessoa, de onde a estimativa valorativa, ligada ao proveito que esses bens têm, à sua conveniência ou necessidade moral ou material. “Interesse” deriva da forma verbal latina “inte-

⁶ Sobre os limites à discricionariedade administrativa, indispensável a consulta da obra *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, de Maria Sílvia Di Pietro.

⁷ Como assinala Diogo de Figueiredo Moreira Neto (1989, p. 13), “no Estado Democrático de Direito, o interesse público será sempre vinculatório de qualquer manifestação do poder estatal, seja ele constitucional, legislativo, administrativo ou judiciário”.

rest”, que vem dos vocábulos “inter” e “esse”, que significam literalmente “estar entre”. Posteriormente, essa forma verbal se substantivou, passando a significar “aquilo que é importante”. O interesse é, pois, sempre uma relação de complementaridade entre uma pessoa (sujeito) e um bem ou valor (objeto), relação esta que se traduz em *necessidade*, quando enfocada sob o prisma do sujeito, e em *utilidade*, pela ótica do objeto.

“Público”, de sua vez, refere-se ao que pertence ou interessa ao povo, aos vizinhos, à comunidade, ao Estado. O interesse, portanto, passa a ser público quando não é exclusivo ou próprio de uma ou de poucas pessoas, mas quando dele participam um número tal de pessoas de uma comunidade determinada que podemos chegar a identificá-lo como de todo o grupo, inclusive daqueles que não compartilham desse interesse.

Teoricamente, seria possível existir um querer comunitário que envolvesse a totalidade dos componentes de um dado grupo, mas a consciência social se forma, na prática, em bem maior grau, com a existência de vontades individuais coincidentes ostensivamente majoritárias, não só porque de outro modo deixaria de ser social, público, mas porque somente tal condição justificaria a imposição deste querer valorativo a quem, individualmente, não participa dele.

Assim, o interesse público pode ser um querer valorativo geral e total numa comunidade, mas não tem necessariamente que o ser, bastando aparecer como a consciência de uma maioria. Os diversos interesses públicos não são senão uma pretensão majoritária que admite a possibilidade de que certa parte da comunidade não reconheça neles seu próprio interesse individual, não deixando a minoria de contribuir para a obtenção deste interesse majoritário, podendo inclusive ser estrangida a tanto.

É bem de se ressaltar, todavia, que nos regimes de fundo totalitário o interesse público não representa um querer valorativo majoritário da comunidade, mas é definido e precisado pelo governo, pela administração pública, pelo Estado, pelo partido dominante, pelo chefe de governo. Trata-se de um interesse, na medida em que é querido e pretendido por quem os propõe, mas não de um interesse público, porquanto falta a coincidência com os interesses individuais majoritários. Tendo conteúdo axiológico, o interesse público somente pode ser coativamente imposto a toda a comunidade se for resultado de um querer voluntária e livremente formulado, não forçadamente imposto. Em alguns regimes, esse interesse imposto pode ser válido, mas nunca será “interesse público”, na concepção de um ideal de Estado Democrático.

2. DISTINÇÕES NECESSÁRIAS: A DEMARCAÇÃO NEGATIVA DO CONCEITO

O conceito jurídico de “interesse público” (abstráidas, assim, as definições traçadas pela Filosofia, pela Economia, pela Sociologia, etc.) tem sido revelado de várias formas.⁸ Frequentemente a locução aparece associada a outras igualmente vagas, como ordem pública, interesse geral, interesse coletivo, utilidade pública, interesse difuso, expressões mencionadas ora como sinônimos, ora com sentidos diferentes.

A “ordem pública”, por exemplo, foi definida com largueza pelo ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal José Néri da Silveira, explicitando que “nesse conceito se compreende a ordem administrativa em geral, ou seja, a normal execução do serviço público, o regular andamento das obras públicas, o devido exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas”.⁹

Por se destinar a função administrativa à realização dos fins públicos assinalados no sistema, Lúcia Valle Figueiredo afirma que o interesse público, dentro de um determinado sistema jurídico-positivo, é aquele a que a lei deu tratamento especial (1975, p. 55). Essa definição vem corroborar o berço legal do interesse público, no sentido de ter a lei (aqui no sentido mais amplo, para abranger também normas constitucionais e infralegais, cada uma em seu espaço de atuação) como ponto de partida. E como interesses estão comumente ligados a fins, é válida a asserção de que a atividade administrativa deve conter uma finalidade de interesse público.

É imperioso, aqui, fazer-se uma demarcação negativa do conceito, excluindo-se, de logo, aqueles que não podem ser apontados como significados da expressão. Não se confunde o interesse público com o interesse da Administração Pública. A expressão “público” refere-se aos beneficiários da atividade administrativa, não assim aos entes que a exercem. A Administração é apenas guardiã do interesse público, daí não poder dele dispor. É de lembrar-se a distinção de Renato Alessi, baseada em Carnelutti, entre interesses *primários e secundários*, segundo a qual o interesse coletivo primário é o conjunto de interesses individuais preponderantes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse do aparelhamento organizativo do Estado seria sim-

⁸ Tivemos oportunidade de dissertar sobre a multiplicidade do conceito em nosso Interesse público: necessidade e possibilidade de sua definição no Direito Administrativo.

⁹ *Exemplo citado por Hely Lopes Meirelles (1997, p. 79).*

plesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir na coletividade, e que eventualmente podem ser realizados, quando coincidem com o interesse primário (sempre prevalente, quando em conflito com o secundário) e dentro dos limites da coincidência (Cf. DI PIETRO, 1991, p. 164).

A esse respeito, vaticina Edgar Bodenheimer (1967, p. 210), em substancialmente acerca do tema:

“Embora o interesse público não possa ser determinado por um contador automático de interesses públicos, não é também permissível identificá-lo com as decisões políticas das autoridades públicas. Em outras palavras, não se pode conceder que o interesse público consista em tudo o que as autoridades públicas com seu ‘fiat’ declarem ser. Se os órgãos estatais estiverem sempre e necessariamente dotados da vontade de realizar da melhor maneira possível a capacidade de discernir os melhores interesses da comunidade persistentemente e sem desvio, então talvez haveria lugar para uma identificação do interesse público com a tomada de decisão pelo governo.”

Também parece claro que o interesse público não corresponda ao interesse da totalidade dos cidadãos que compõem determinada comunidade, os quais, em regra, colidem, pela própria característica de uma sociedade pluralista, como é a brasileira. Cumprir o interesse público não é atender ao interesse comum de todos os cidadãos – o que seria impossível –, mas beneficiar uma coletividade de pessoas que tenham interesses comuns, ainda que estes não correspondam à soma dos interesses individuais. O interesse público é despersonalizado.

Tampouco se deve entender o interesse público como sinônimo de interesse coletivo e interesse difuso, estes espécies daquele. Necessário fazer essa distinção no direito brasileiro, ante a existência de determinados institutos jurídicos de proteção a interesses meta-individuais, que transcendem a esfera dos interesses meramente tópicos.

O interesse coletivo respeita ao grupo de pessoas determinadas ou determináveis, que se unem precisamente porque têm um interesse comum. É em regra indisponível e de objeto indivisível: ainda que o titular possa exercê-lo individualmente, não poderá fazê-lo de forma exclusiva, já que outros titulares usufruem do mesmo direito. O interesse difuso, por sua vez, também implica a indivisibilidade e indisponibilidade, entretanto se caracteriza pela determina-

ção dos indivíduos que dele se beneficiam. São modalidades de interesse público (emergentes que são da vida em comunidade), que nem sempre corresponde à soma dos interesses individuais, mas no qual a maioria dos indivíduos reconhece um interesse próprio e direto.¹⁰

3. COMPLEXIDADE E CONFLITUALIDADE NA DETERMINAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO

No plano jurídico-positivo, interesse público é aquele interesse que deve ser curado com prevalência e, para tanto, com a outorga de uma titularidade de poder à Administração, e cujo conteúdo reflete prerrogativas especiais. Impende destacar, contudo, que o interesse público sofre recondiçamentos de ordem metajurídica, os quais podem ser abstraídos conceitualmente, porém jamais olvidados numa análise concreta de sua utilização.

Eis por que inegável a complexidade do conceito de interesse público, que não pode esgotar-se no rótulo formal em que se enquadram as atividades da Administração Pública. Entender que o interesse público é aquele definido pelo Estado, através do Direito, é curvar-nos por demais ao positivismo e ao legalismo, esquecendo-nos que o conceito tem conteúdo valorativo (portanto variável conforme as circunstâncias históricas) – o que não quer dizer que seja múltiplo, ao contrário, objetivo.

Assim como o princípio da legalidade saiu de uma forma rígida e formalista, própria do Estado legal, e chegou a uma fórmula muito mais ampla que ajustada ao Estado de Direito propriamente dito, também o princípio do interesse público começou como proposição adequada do Estado Liberal, não-intervencionista, e assume cunho diverso, para adaptar-se ao Estado social e democrático de direito, hoje preconizado em nossa Carta Política.

O intérprete, o agente administrativo e o aplicador do Direito exercem, aqui, função decisiva, porque o princípio do interesse público está presente tanto no momento de elaboração da lei, como no da sua execução em concreto pela Administração e, ainda, no do controle jurisdicional dos atos administrativos.

Não tendo sido o legislador preciso quando se refere a conceitos plurisignificativos, como *interesse público*, *utilidade pública*, *ordem pública*, dentre outros, deverá sê-lo o aplicador da norma. Quanto ao interesse público,

¹⁰ Recomenda-se, a respeito, a obra de Hugo Nigro Mazzili, A defesa dos interesses difusos em juízo.

deve traduzir, num primeiro momento, a finalidade precípua do Estado administrante e, numa segunda oportunidade, será objeto de interpretação pelo Judiciário.

Trata-se sempre, em última análise, da aplicação e interpretação da lei, para que o administrador tome a providência excelente, e não a sofrível ou eventualmente ruim. E é em busca dessa solução adequada que a norma legal se vê compelida a outorgar ao agente certa parcela de discricionariedade, para que este, sopesando as circunstâncias concretas, satisfaça a finalidade legal.

Consideramos, assim, que o preenchimento dos conceitos indeterminados não se dá estritamente no campo da vinculação administrativa, solução demasiado simplória ofertada pela doutrina alemã. A sua interpretação se faz contextualmente, o que não elimina possíveis dúvidas. Mas essa discricionariedade somente será cabível no campo de inelimináveis dúvidas sobre o cabimento dos conceitos utilizados pela regra do direito aplicanda, porque, em alguns casos, a interpretação não será suficiente para afastar a indeterminação do conceito (Cf. BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 31-32). E mesmo quando há discricionariedade não se prescinde do atendimento à finalidade pública, porque o comando da norma traz essa imposição.

Pelo panorama traçado, vê-se quão delicada e importante é a tarefa da Administração Pública na interpretação da “vontade geral da sociedade” (tida como a síntese de interesses individuais coincidentes, que devem ser considerados), na satisfação diária do interesse público em um Estado Democrático. Essa definição, pelo intérprete, há de resultar de um cuidadoso trabalho de sopesamento das condições oferecidas pela realidade, considerando-se menos a discricionariedade do governante e mais os legítimos reclamos e aspirações sociais de seu tempo, de forma impessoal e descompromissada de interesses estranhos.

A doutrina denomina de “conflitualidade de interesses” a situação em que se verifica um descompasso entre a interpretação governamental e o efetivo interesse da coletividade. Ocorre quando a Administração persegue um interesse público real, mas conflitante com outro, que lhe é superior, por ser a legítima e real expressão das aspirações de uma dada sociedade e de seus cidadãos.

Cabe, então, ao Judiciário, uma tarefa mais delicada ainda, a de decidir tal conflitualidade, certamente inafastável, eis que aferir e qualificar o interesse público como determinante de uma ação administrativa representa, afinal, um juízo de legalidade (Cf. GONZALEZ BORGES, 1996, p. 115). Mas não é só. A satisfação do interesse público transcende os simples limites da legalidade, abri-

gando-se no domínio da legitimidade, pois há um interesse público contido e delimitado pela Constituição e pela lei, correspondendo à expressão positiva do bem comum.

CONCLUSÃO

Demarcado o ponto de intersecção entre a discricionariedade administrativa e a determinação dos conceitos jurídicos abertos, e exposta a importância da identificação do que seja interesse público no campo do Direito Administrativo, passamos a delinear, em suma, os parâmetros básicos na orientação dessa tarefa.

Em primeiro lugar, considera-se como interesse público 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. Não se quer privilegiar, aqui, o subjetivismo individual de cada integrante da comunidade, mas os objetivos consagrados pela 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.

Não nos detenhamos, contudo, como já observado, no simplismo de aceitar que está na lei – entendida no sentido mais lato – a definição do interesse público. Essa consideração não é bastante, pois a lei dificilmente preveria todas as situações que pretende abarcar. Por isso a utilidade da adoção, pelo legislador, de conceitos indeterminados como o de *interesse público*, o que importa a delegação da tarefa de apurar a sua significação, imprimindo-se ao texto positivo a flexibilidade reclamada pelo dinamismo social. É pela visão concreta, perante uma situação real, num contexto específico, que se encontram maiores possibilidades de concluir a respeito do que é o interesse público. Nessa missão exegética, serão valiosos os princípios do Direito e de outras disciplinas sociais, como Economia, Antropologia, Sociologia.

Assim, deve ele ser visto sob a ótica procedimental, à medida que é a expressão de interesses emergentes da vida em comunidade, sob o prisma da finalidade, posto que é grande limitador das ações dos entes que exercem a função administrativa, e sob o aspecto do conteúdo, no que concordamos com Harold Lasswell (1967, p. 64-68), entendendo que o interesse público, como chave essencial da política pública, precisa ser constantemente redefinido e reavaliado, o que é função predominante do estudioso da jurisprudência.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- _____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BODENHEIMER, Edgar. Prolegômenos de uma teoria do interesse público. In: FRIEDRICH, Carl J. (ed.). *O interesse público*. Trad. bras. Edilson Alkmin Cunha. 1. ed. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 207-218.
- BORGES, José Souto Maior. Limites da discricionariedade: uma introdução. *Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco*. Recife: IAP, ano 1, n. 1, p. 85-88, 1995.
- COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Justitia*. São Paulo, ano 51, n. 145, p. 34-54, jan./mar. 1989.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios informativos do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 93, p. 1-10, out. 1968.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *El interés público como fundamento del derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- FERRAZ, Antonio Augusto M. de Camargo. Interesse público, interesse difuso e defesa do consumidor. *Justitia*. São Paulo, ano 49, n. 137, p. 49-56, jan./mar. 1987.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Premissas à elaboração de um conceito de direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 120, p. 49-61, abr./jun. 1975.
- GONZALEZ BORGES, Alice Maria. Interesse público: um conceito a determinar. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, n. 205, p. 109-116, jul./set. 1996.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. port. de João Baptista Machado. 6.ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- LASSWELL, Harold D. O interesse público: sugestões de princípios de conteúdo e método. In: FRIEDRICH, Carl J. (ed.). *O interesse público*. Trad. bras. de Edilson Alkmin Cunha. 1. ed. Rio de Janeiro: O Cruzeiro, 1967, p. 64-88.
- MAMEDE, Gladston. Neoliberalismo e desadministrativização. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 32, n. 127, p. 151-159, jul./set. 1995.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, habeas data*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MELLO, Célia Cunha. Interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, ano 12, n. 3, p. 169-186, jul./set. 1994.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- NUNES JÚNIOR, Armandino Teixeira. A discricionariedade administrativa e o controle judicial de seus limites. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 32, n. 127, p. 207-221, jul./set. 1995.
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- SILVA, Danielle Souza de Andrade e. Interesse público: necessidade e possibilidade de sua definição no Direito Administrativo. *Direito Administrativo, Constitucional, Tributário e Filosofia do Direito*. Coleção Bur.