

O CONCEITO POLÊMICO DE INTERESSE PÚBLICO

João Cântio de Mello Junior

“Na atual crise de valores, o mundo pede aos juristas idéias novas, mais que sutis interpretações.”

(Tulio Ascarelli)

“Uma crise só se torna um desastre quando respondemos a ela com juízos pré-formados, isto é, com preconceitos.”

(Tércio Sampaio Ferraz Jr.)

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O conceito de interesse público na dogmática do Direito Público – “Interesse público positivo” – 2.1. Conceitos abertos e indeterminados e interpretação da Constituição – 2.2. Noção de interesse público no Direito Administrativo – 2.3. Delimitação da noção de interesse público – 2.4. Distinções necessárias – Interesses (difusos, coletivos, individuais e homogêneos – 2.5. Interesse público primário e secundário – 2.6. Interesse público e interesse da Administração Pública – 2.7. A tutela do interesse público pelo Ministério Público – 2.7.1. § 1º – A necessária exclusão do controle judiciário sobre a legitimidade e o interesse do Ministério Público quando atua com base na presença do interesse público – 2.7.2. § 2º – Questões que devem ser apreciadas sobre a legitimação do Ministério Público – “Parâmetros necessários” – 2.7.3. § 3º – Abdicando a função de tutela do interesse público – 3. O conceito teórico-filosófico de interesse público – “Interesse público ideal” – 3.1. Interesse público e bem comum – 3.2. Bem comum (teoria do consenso e crítica) – 3.3. A dicotomia público/privado – 3.3.1. § 1º – Iguais e desiguais – 3.3.2. § 2º – Das fontes das leis de Direito Público e das leis de Direito Privado – 3.3.3. § 3º – Coerência entre o ordenamento jurídico de direito público e o de privado

– 3.4. Primado do público sobre o privado e vice-versa –
3.4.1. § 1º – O primado do privado – 3.4.2. § 2º – O primado
do público – 3.5. Sociedade civil, fins do Estado e liberalismo – 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Não é de pouco tempo que desejamos abordar o conceito de interesse público, posto que, tarefa árdua, inglória, instigante e sobretudo fator de preocupação de uma instituição constitucionalmente desenhada – o Ministério Público.

Sabíamos de antemão que ao buscarmos entre os meandros do ordenamento jurídico definições conceituais ou teoréticas não nos levaria a lugar algum. Daí nos animou a tarefa de pesquisa, descendo na análise do conteúdo deste conceito verdadeiramente *viajante*.

Procuraremos mostrar inicialmente um *conceito positivo* de interesse público conformando-o nos lindes do Direito Público. Em seguida às acepções e matices alcançáveis no ordenamento constitucional-administrativo.

Segue logo após toda a cautela em abordar o interesse público como fator de preocupação e legitimação do Ministério Público. Sendo de destacar que procuramos dar ênfase ao buscar distinguir as correntes divergentes acerca da titularidade do órgão que define, ou quem deva definir da existência do interesse público no processo civil – se Estado-Juiz ou Estado-Ministério Público.

Numa segunda parte, buscamos um *conceito ideal* de interesse público. E por assim dizer uma noção filosófica. Para tanto acudimo-nos do excelente teórico político Norberto Bobbio. Isto porque além de filósofo é largamente traduzido na Alemanha, Espanha e América Latina, sendo que sua teoria está agora começando a receber a atenção merecida, posto tecer comentários doutrinários impecáveis.

Advertimos, ao início, que na abordagem item específico (item 2, subitem 1.7) referente a tutela do interesse público pelo Ministério Público desenvolvemos a matéria consciente de sermos minoria, porém entendendo que teoricamente estamos mais distanciados do erro.

2. O CONCEITO DO INTERESSE PÚBLICO NA DOGMÁTICA DO DIREITO PÚBLICO – “INTERESSE PÚBLICO POSITIVO”

2.1. Conceitos abertos e indeterminados e interpretação da Constituição

Pela dicção constitucional atual entronizada no art. 127, *caput*. c/c art. 129, III, a ação civil pública pelo Ministério Público fora erigida em

meio eficaz para a proteção dos *interesses públicos*, sem dizer que tornou-se esta mesma proteção obrigatória, eis que trata-se de função institucional.

Porém, surge a partir desta mesma regra o início de todo um trabalho para precisar o que venha a ser *interesse público*, porque em verdade o constituinte utilizou-se de conceitos abertos e indeterminados – interesses sociais e interesses individuais indisponíveis, interesses difusos e coletivos.

Portanto, a noção mais ampla e genérica denominada *interesse público* é fator de legitimação ao Ministério Público para a propositura de ações civis públicas em defesa daqueles interesses.

Surge a partir daí a difícil definição do que venha a ser interesse público.

É claro e evidente que a tarefa de precisar a noção do conceito *interesse público* envolve interpretação constitucional.

Antes de externar a opinião sobre determinada questão constitucional, dever de elementar probidade, exige-se que o jurista revele o critério que adotou para chegar à convicção expressa no seu trabalho. Tal cautela, e isto relembra Fábio Konder Comparato,¹ se impõe com redobrado vigor nos dias atuais, porque a jurisprudência atravessa, contemporaneamente, um período de clara mutação de seus cânones em matéria interpretativa.

No século passado, a idéia do trabalho hermenêutico era protagonizada entre os cultores do Direito Privado romanístico da escola alemã. A tarefa do intérprete, por conseguinte, resumia-se em descobrir, por meio de diferentes critérios, conjugados ou hierarquizados – o histórico, o gramatical, o sistemático, o teleológico, o valorativo –, qual a vontade manifestada objetivamente pelo autor da norma, no tocante à hipótese de incidência de que se tratava.

De acordo com esse modo de ver a realidade jurídica – o qual aqui se reduz à sua expressão mais simples, por amor à brevidade –, devendo todos os casos concretos subsumirem-se as hipóteses de incidência normativa (postulado do caráter completo do ordenamento jurídico), era perfeitamente concebível uma interpretação definitiva **in abstracto** da norma a ser aplicada. Interpretação e aplicação, de resto, seriam duas operações mentais distintas e inconfundíveis, sendo a segunda quase mecânica. O exame dos fatos e circunstâncias do caso concreto nada acrescentaria à compreensão do texto normativo, já dada pela sua análise em si mesmo: e somente serviria para a necessária qualificação do caso concreto, segundo as categorias jurídicas adotadas pelo ordenamento, e

1 *Isonomia de Vencimentos*, p. 63.

a subsunção desse **casus** à hipótese de incidência normativa contida na lei.

Daí cabe a pergunta: onde encontrar essa decantada “vontade da lei ou da Constituição? Como assegurar que ela não é mais do que a vontade do intérprete?”

O que se propõe hoje, sobretudo na Alemanha, como sistema embaixador da tarefa hermenêutica, é a ligação vital entre a norma e o fato normado, isto é, a filosofia da concretização (**Fonkretisierung**).

Não há compreensão do alcance de uma norma geral sem ligação com fatos concretos. Sem dúvida, a norma geral pode ser entendida em si mesma, no sentido abstrato de suas palavras. Mas essa inteligência anterior ao exame de um fato concreto da vida social é, mais propriamente, um pré-entendimento (**Voverstundniss**), que está longe de esgotar o verdadeiro âmbito de incidência normativa. A verdadeira compreensão de um texto legal somente ocorre quando ele é confrontado com os eventos da vida. E só então que ele adquire um colorido específico, próprio daquilo que os anglo-saxônicos denominam **law in action**.

A *teoria da concretização* explica e justifica, por conseguinte, a função necessariamente criadora do intérprete. A interpretação corresponde a uma invenção de soluções. Diante dos casos novos – que é onde se dá, originalmente, o autêntico trabalho interpretativo – não é a norma, previamente interpretada, que se aplica como um carinho à realidade fáctica. É, ao contrário, esta última que, bem analisada, permite compreender o texto normativo.

2.2. Noção de interesse público no Direito Administrativo

A contraposição mais usual e simplista entre as formas de interesse levado a distinguir-se tradicionalmente o interesse público (de que é titular o Estado) do interesse privado (de que é titular o cidadão).

Tal visão é simplista, porque mesmo a tutela de um interesse puramente privado traz consigo indisfarçável preocupação do Estado e portanto pública, sem falar na *noção híbrida* dos interesses individuais homogêneos que serve para ressaltar que até interesses privados podem possuir boa dose de carga pública.

O conceito de interesse público tem sido utilizado para alcançar também os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, os interesses coletivos, os difusos, os transindividuais etc.

Reforçando a noção, a expressão mais abrangente: ainda é a do *interesse público*, identificado com o conceito de bem geral, ou seja, o interesse da coletividade como um todo. “Nesse sentido, nem só não

coincide, necessariamente, o interesse público com o interesse do Estado enquanto pessoa jurídica, como ainda se pode adiantar que se confundem com o interesse público os mais autênticos interesses difusos (o exemplo, por excelência é o do meio ambiente). E, num sentido lato, são também públicos todos os interesses que, posto reflexamente, atinjam a sociedade como um todo. Mesmo o interesse coletivo (que atinge uma categoria determinada ou pelo menos determinável de indivíduos) e até o interesse individual, se indisponível, estão de certa forma inseridos na noção mais ampla que é a do interesse público, como bem sintetiza Hugo Nigro Mazzilli.²

No campo do Direito Público, especialmente no Direito Administrativo, o princípio da supremacia do interesse público constitui, sem dúvida alguma, um dos alicerces de todo este ramo do Direito.

A expressão "interesse público" aparece associada, com frequência, a outras expressões semelhantes, como interesse geral, interesse coletivo, interesse social, utilidade pública, interesse difuso, bem comum e tantas outras, mencionadas ora com sentido idênticos, ou com sentidos diversos.

Como bem ressalta Maria Sylvania Zanella Di Pietro,³ "nas origens, o conteúdo do Direito Administrativo era bem restrito, porque no período do Estado liberal, é pequena a interferência do Estado no domínio da atividade privada. Limitando-se apenas a alguns serviços essenciais e à manutenção da ordem pública. A medida que foi se transformando em Estado prestador de serviços, ele passou a desenvolver inúmeras atividades nas áreas da saúde, educação, assistência e previdência social, sempre com o objetivo de promover o bem-estar geral. Cresce a máquina estatal e o campo de incidência da burocracia administrativa. O próprio conceito de serviço público amplia-se, porque o Estado assume e submete a regime jurídico publicístico atividades antes reservadas aos particulares. Além disso, a substituição do Estado liberal, baseado na livre iniciativa, pelo Estado-Providência ampliou, em muito, a atuação estatal no domínio econômico, criando novos instrumentos de ação do Poder Público, quer para disciplinar e fiscalizar a iniciativa privada, com base no poder de polícia do Estado, quer para exercer atividade econômica, diretamente, na qualidade de empresário.

Nascendo com o Estado liberal, o Direito Administrativo impregnou-se, em parte, do cunho individualista que dominava as várias ciências humanas, inclusive o Direito. Mas, paradoxalmente, o Direito Administrativo trouxe em si traços de autoridade, de supremacia sobre o indivíduo, com vistas à consecução de fins de interesse público.

2 *A Defesa dos Interesses em Juízo*, p. 20.

3 *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p. 158.

Como diz Garrido Falla, é curioso observar que “fosse o próprio fenômeno histórico-político da Revolução Francesa a que tenha dado lugar simultaneamente a dois ordenamentos distintos entre si: a ordem jurídica individualista e o regime administrativo. O regime individualista foi se alojando no campo do Direito Civil, enquanto o regime administrativo formou a base do Direito Público Administrativo”.

O Direito Administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas idéias opostas: de um lado, a da proteção aos direitos individuais diante do Estado, que serve de fundamento ao princípio da legalidade, um dos esteios do Estado de Direito; de outro lado, a da necessidade de satisfação de interesses públicos, que conduz à outorga de prerrogativa e privilégios para a Administração Pública, quer para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo (poder de polícia), quer para a prestação de serviços públicos. Daí a bipolaridade do Direito Administrativo: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração; restrições e prerrogativas. Para assegurar-se a liberdade, sujeita-se o Estado à observância da lei; é a aplicação, ao Direito Público, do princípio da legalidade. Para assegurar-se a autoridade da Administração Pública, necessária à consecução de seus fins, são-lhe outorgadas prerrogativas e privilégios que lhe permitem assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular.

Daí se vê que a noção de interesse público é *variável* e historicamente flexível em sua noção, definição e extensão, carregado de forte conteúdo político, ademais como todo conceito jurídico é variável no tempo e no espaço.

2.3. Delimitação da noção e interesse público

Na clássica lição de Hely Lopes Meirelles,⁴ o interesse público se imiscui com os próprios fins da atividade administrativa:

“Os fins da administração pública se resumem num único objetivo: o bem comum da coletividade administrativa. Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo. Se dele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não instituiu a Administração senão como meio de atingir o bem-estar social. Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade.

O fim, e não vontade do administrador – ensina o Prof. Cirne Lima domina todas as formas de administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a

4 *Direito Administrativo Brasileiro*, 15ª ed., p. 77.

administração pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito.

No desempenho dos encargos administrativos, o agente do Poder Público não tem a liberdade de procurar outro objetivo, ou de dar fim diverso do prescrito em lei para a atividade. Não pode, assim, deixar de cumprir os deveres que a lei lhe impõe, nem renunciar a qualquer parcela dos poderes e prerrogativas que lhe são conferidos. Isso porque os deveres, poderes e prerrogativas não lhe são outorgados em consideração pessoal, mas sim, para serem utilizados em benefício da comunidade administrada. Descumpri-los ou renunciá-lo equivalerá a desconsiderar a incumbência que aceitou, ao empossar-se no cargo ou função pública. Por outro lado, deixar de exercer e defender os poderes necessários à consecução dos fins sociais, que constituem a única razão de ser da autoridade pública de que é investido, importará renunciar os meios indispensáveis para atingir os objetivos da Administração.

Em última análise, os fins da Administração se consubstanciam na defesa do interesse público, assim entendidas *aquelas aspirações ou vantagens licitamente almejadas por toda a comunidade administrada*, ou por uma parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade.”

É ainda a ilustre doutora Maria Sylvia Di Pietro⁵ quem informa a tentativa da doutrina em fixar o conceito de interesse público:

“Não é tarefa fácil definir o interesse público. Carl J. Friedrich compilou vários artigos de autores de diversas áreas a respeito do interesse público, assinalando no prólogo da obra que os pontos de vista expressamente nos diversos ensaios variam enormemente em perspectiva e metodologia, flutuando desde uma convicção justificada de que o interesse público é uma preocupação central da filosofia política e legal, até o seu repúdio categórico como mera fachada dos interesses especiais e da posição de seus adeptos na batalha política [...]. Não se pode discernir neles (ensaios) nenhuma tendência claramente filosófica, legal ou científico-política, ainda que alguns se inclinem mais em uma direção e alguns se inclinem em outra. Não se chega a um acordo a respeito do alcance da aplicação desse conceito.

Dalmo de Abreu Dallari realça também as dificuldades na definição do interesse público e a variedade de opiniões a respeito: muitos dizem que o interesse público é uma noção vaga, imprecisa e, inclusive, mutável. É uma noção que varia segundo circunstâncias de tempo e lugar. Lembra o risco de considerar-se o público como sinônimo de oficial. Outra dificuldade que muitos autores ressaltam diz respeito à consideração subjetiva do que seja interesse público,

5 Op. cit., p. 161.

uma vez que os dados de fato podem ser os mesmos e, no entanto, um agente da Administração, a partir daqueles fatos, chega à conclusão de que determinada orientação é de interesse público e outro agente da Administração, utilizando os mesmos fatos, chega à conclusão de que o rumo oposto é que é do interesse público.

Dalmo de Abreu Dallari aponta alguns *critérios* aceitos pela maioria para identificação e consideração do que seja interesse público: em primeiro lugar, considera-se como tal aquilo que o povo quer ver preservado ou promovido, segundo uma escala prévia de valores ou uma síntese previamente estabelecida; para verificar-se o que o povo quer, há necessidade de amplos debates públicos a respeito das decisões públicas. Em segundo lugar, também a maioria entende que o interesse público é algo vago e impreciso, idéia que Dallari rebate parcialmente por entender que 'pela visão concreta, perante uma situação real, 'num contexto específico', há mais possibilidade de concluir a respeito do que é o interesse público.

Outro autor que mostra as dificuldades na conceituação do interesse público é Ernest S. Griffiich. Ele aponta a opinião dos que negam a existência do interesse público; dos que o identificam com o bem-estar geral; e indica principalmente três *métodos* – o *legalista*, o do *economista* e o do *sociólogo* – utilizados para definir o interesse público. O primeiro é utilizado pelos positivistas, que praticamente aplicam a palavra público quase exclusivamente a questões relacionadas com o procedimento: tudo o que observa um procedimento legítimo atende ao interesse público. Os economistas consideram a 'livre opção do consumidor' como o objetivo de interesse público que o governo deve perseguir. Para o sociólogo, o interesse público em uma sociedade específica em um momento dado é o que se ajusta aos costumes da sociedade.

O autor prefere identificar o interesse público pelos seus fundamentos éticos. Para eles o homem exige sentido, mais do que realidade; significação do mesmo modo que consequência [...]. O conceito de interesse público nos leva iniludivelmente a investigar os critérios acerca do bem-estar geral e este último postula valores. Por exemplo, para quem adota os critérios cristãos do bem-estar geral, o interesse público significa o desenvolvimento da espécie de sociedade em que os valores cristãos têm maior oportunidade de prosperar livremente [...]. A criação de um meio ambiente sadio e edificante para a criança e a juventude seria indubitavelmente de interesse e proveito público em termos cristãos. Isto implicaria uma alimentação adequada, oportunidades de educação e desenvolvimento das capacidades artísticas e intelectuais, proteção contra o dano físico e a corrupção moral, condições adequadas para a saúde e o corpo e uma educação do caráter, que incluía questões tais como a compreensão de culturas opostas, aceitação da responsabilidade e oportunidade de prestar serviços não remunerados..."

É assim cabível então a pergunta: delimitada a noção do interesse público, qual é a consequência deste conceito para o estudo do Direito Administrativo?

Quem bem responde é Celso Antônio Bandeira de Mello.⁶ No campo da Administração, deste princípio procedem as seguintes consequências ou princípios subordinados:

- a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares;
- b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações.

Esta posição privilegiada encarna os benefícios que a ordem jurídica confere a fim de assegurar conveniente proteção aos interesses públicos, instrumentando os órgãos que os representam para um bom, fácil, expedito e resguardado desempenho de sua missão. Traduz-se em privilégios que lhes são atribuídos. Os efeitos desta posição são de diversa ordem e manifestam-se em diferentes campos.

Não cabem aqui delongas a respeito. Convém, entretanto, lembrar, sem comentários e precisões maiores, alguns exemplos: a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos; o benefício de prazos maiores para intervenção ao longo de processo judicial: a posição de ré, fruída pela Administração, na maior parte dos feitos, transferindo-se ao particular a situação de autor com os correlatos ônus, inclusive os de prova; prazos especiais para prescrição das ações em que é parte o Poder Público etc.

A posição de supremacia, extremamente importante, é muitas vezes metafóricamente expressada através da afirmação de que vigora a verticalidade nas relações entre Administração e particulares; ao contrário da horizontalidade, típica das relações entre estes últimos.

Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Compreende, em face da sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de constituir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas.

Em face do exposto, justamente em razão das prerrogativas inerentes à supremacia do interesse público sobre o privado, municiando o aparelho estatal de poderes legítimos para o alcance de interesses públicos, não para satisfazer apenas interesses ou conveniências tão-só do aparelho estatal e muito menos dos agentes governamentais, é que

6 *Elementos do Direito Administrativo*, p. 21.

entra em cena o *princípio da indisponibilidade pela Administração dos interesses públicos*, consectário do princípio anteriormente estudado.

Com base na doutrina do preclaro Celso Antônio Bandeira de Mello, em obra recentíssima⁷ acerca da indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, pondera:

“A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que também é um dever – na estrita conformidade do que dispuser a **Intentio legis**.

Cumpra relembrar que a Administração não titulariza interesses públicos. O *titular* deles é o Estado que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos (chamados Administração, em sentido subjetivo ou orgânico), veículos da vontade estatal consagrada em lei, como assevera Caio Tácito.⁸

E finalmente o próprio Celso Antônio⁹ arremata:

“As pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado (e de outras pessoas políticas, cada qual na própria esfera) em sua manifestação legislativa. Por isso a Administração e suas pessoas auxiliares têm caráter meramente instrumental.”

E por assim ver não é difícil perceber que, em decorrência do princípio da indisponibilidade dos interesses públicos, a Administração Pública, constituída pelos mais variados órgãos, só poderá dispor sobre tais interesses desde que haja *manifestação legislativa*, por assim dizer, *lei* pela qual o órgão representativo da vontade popular autorize a disposição. E isto vale para créditos tributários, alienações de bens, contratações etc.

2.4. Distinções necessárias – Interesses difusos, coletivos, individuais, homogêneos

Hugo Nigro Mazzilli¹⁰ explicita que foi a partir de 1974, com os trabalhos de Mauro Cappelletti, que sofreu especial crítica a tradicional dicotomia entre interesse público (o indivíduo em relação ao Estado) e interesse privado (os indivíduos inter-relacionando-se).

7 *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., p. 23.

8 *O Abuso do Poder Administrativo no Brasil*. RDA 56/1.

9 *Curso de Direito Administrativo*. op. cit., p. 24.

10 *Op. cit.*, p. 20 et seq.

Demonstrou-se, inicialmente, a existência de uma categoria intermediária, na qual se compreendiam interesses coletivos, ou seja, aqueles referentes a toda uma categoria de pessoas (como os condôminos de um edifício de apartamentos, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses metaindividuais, porque atingem grupos de pessoas que têm algo em comum.

Contudo, mesmo dentro dessa categoria intermediária, foi possível estabelecer uma distinção entre os interesses que atingem uma categoria determinada de pessoas (ou, pelo menos, determinável) e os que atingem um grupo indeterminado de indivíduos (ou de difícil determinação). Assim, os condôminos, os sócios, os atletas e os empregados que acima foram mencionados, todos eles são determinados ou possíveis de determinar, à vista da certidão imobiliária, dos estatutos, dos registros cabíveis. Interesses há, entretanto, que são comuns a toda uma categoria de pessoas; não obstante, não se pode determinar com precisão quais os indivíduos que se encontram concretamente por eles unidos. É o que ocorre com a situação variável dos moradores de uma região, dos consumidores de um produto, dos turistas que freqüentam periodicamente um lugar de veraneio. Convencionou-se chamar estes últimos interesses de difusos porque, além de transindividuais, dizem respeito a titulares dispersos na coletividade.

Difusos são, pois, interesses de grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso. Em sentido lato, os mais autênticos interesses difusos, como o meio ambiente, podem ser incluídos na categoria do interesse público.

Por sua vez, os interesses coletivos compreendem uma categoria determinada, ou pelo menos determinável, de pessoas. Embora o Código do Consumidor faça uma distinção, que a seguir enunciaremos, na verdade, e em sentido lato, os interesses coletivos compreendem tanto grupos de pessoas unidas pela mesma relação jurídica básica, como grupos unidos por uma relação fática comum. Com efeito, em ambas as hipóteses temos grupos determinados ou determináveis de pessoas, unidas por um interesse compartilhado por todos os integrantes de cada grupo.

Em sentido lato, portanto, os interesses coletivos englobam não só os interesses transindividuais indivisíveis (que o Código do Consumidor chama de interesses coletivos em sentido estrito – art. 81, II), como também aqueles que o Código do Consumidor chamou de interesses individuais homogêneos (art. 82, III). Estes últimos caracterizam-se pela extensão divisível, ou individualmente variável, do dano ou da responsabilidade.

Assim, segundo o mesmo Código, coletivos são os interesses “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base” (art. 81, II).

Inovando na terminologia legislativa, o Código mencionou, pois, os interesses individuais homogêneos (art. 81, III), assim entendidos os decorrentes de origem comum que, como vimos, na verdade não deixam de ser também interesses coletivos em sentido lato.

Consideremos, apenas para exemplificar, a questão do consumidor. Se, dentre uma série de bens de consumo, vendidos ao usuário final, um deles foi produzido com defeito, o lesado tem interesse individual na indenização cabível. Já o interesse pode ser individual homogêneo, ligando inúmeros consumidores, quando toda a série de um produto saia da fábrica com o mesmo defeito: pode, ainda, ser coletivo (em sentido estrito), quando de um aumento indevido das prestações de um mesmo consórcio. Nestes dois últimos casos, em sentido lato, tratam-se de interesses coletivos. Mas o interesse só será verdadeiramente difuso se impossível identificar as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico, decorrente da relação de consumo (como os destinatários de propaganda enganosa, veiculada pela televisão).

Ora, interesses coletivos e interesses difusos sempre existiram, como é óbvio: não é novidade de uma ou duas décadas a existência de categorias mais ou menos determinadas de pessoas, unidas por um ponto em comum, como o interesse dos municípios, no sentido de que particulares não lhes fechem o acesso a uma via pública; o interesse dos advogados dativos, em lhes ser remunerado pelo Estado, o serviço de assistência judiciária que tenham prestado; o interesse da coletividade, em que não se dilapide o patrimônio público etc. Em todos os tempos, sempre existiram categorias intermediárias de interesses; nos últimos anos apenas se acentuou a preocupação doutrinária e legislativa em identificar e proteger jurisdicionalmente tais interesses.

2.5. Interesse público primário e secundário

A perquirição do conteúdo do interesse público ainda nos leva à distinção que fez Renato Alessi, para quem o conceito abrangente dessa expressão alcança não só o interesse público primário (o interesse do bem geral), como o interesse público secundário (ou seja, o modo pelo qual os órgãos da Administração vêem o interesse público). Nem sempre um e outro são uma só e mesma coisa.

Poderia, aparentemente, causar espécie que o interesse público, visto pelos órgãos da Administração, possa não coincidir com o efeito interesse da comunidade. Seria, entretanto, mera presunção ou ficção supor não devesse esta descoincidência ocorrer. Com efeito, quando a Administração se decide a construir uma hidrelétrica e inunda milhares de alqueires de terras produtivas, quando se decide a construir uma usina atômica ou um aeroporto num terreno que a seu ver seria mais propício, ou, em casos mais extremos, quando o governante coloca um país em

guerra – nem sempre essa decisão significará, necessariamente, o melhor para a comunidade, até mesmo quando aja de boa-fé o administrador. Tanto assim que, não raro, os governantes que se sucedem, alteram decisões, revêem planos, abandonam projetos encetados pelos que os antecederam.

O verdadeiro interesse público primário (o do bem geral) identifica-se com o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade.

Do que se vem afirmando, especialmente no tocante ao Ministério Público como guardião dos interesses públicos *ex vi* da Constituição da República (art. 127, *caput*, c/c art. 129, II), vale dizer que, em caso de conflito entre o interesse público primário e o interesse público secundário, o *parquet* deverá tomar as medidas de ofício cabíveis para que aquele venha a prevalecer. Até porque a sua missão institucional reside precisamente nisto, não sendo exagero afirmar que o *Ministério Público exerce verdadeiro controle sobre o interesse público*.

2.6. Interesse público e interesse da Administração Pública

Visto acima que o Ministério Público em sua missão institucional busca a efetivação do interesse público primário (bem geral) cabe a formulação da seguinte pergunta: no campo funcional do Ministério Público, pode ele interferir na atividade administrativa quando no seu entender haja conflito entre o interesse público primário e o interesse público secundário (= a forma com que a Administração vislumbra o interesse público)? Ou ainda: o interesse público almejado pela Administração é fator de legitimação para a atuação de ofício do Ministério Público?

Ambas as indagações devem ser respondidas afirmativamente. Porque onde quer que se pratique atividade de administração, a qual tem por fim o atingimento dos interesses públicos poderá o Ministério Público confrontá-lo com o bem comum, e sendo assim possui o órgão ministerial o *dever de agir* para corrigir ou *enquadrar* a atividade da Administração nos verdadeiros limites do “bem comum”. E nisto, é claro que as *leis* e a *Constituição* darão os paradigmas do real bem comum.

Em primeiro lugar, não se pode dizer que o interesse público seja sempre aquele próprio da Administração Pública; embora o vocábulo “público” seja equívoco, pode-se dizer que, quando utilizado na expressão interesse público, ele se refere aos beneficiários da atividade administrativa e não aos entes que a exercem. A Administração Pública não é a titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã: ela tem que zelar pela sua proteção. Daí a indisponibilidade do interesse público.

Cime Lima, dizendo ser a palavra “administração” designativa da atividade de quem não é proprietário, de quem não é senhor absoluto, faz a seguinte distinção:

“Propriedade **lato sensu** pode dizer-se o direito que vincula à nossa vontade ou à nossa personalidade um bem determinado em todas as suas relações. Opõe-se a noção de administração à de propriedade, visto que, sob administração, o bem se não estende à vontade ou personalidade do administrador, porém à finalidade a que essa vontade deve servir.”

Se a administração não é titular dos interesses que administra, ela não pode deles dispor; nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio (órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-lo, o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a **Intentio legis**.

Precisa, a respeito do assunto, é a lição de Renato Alessi, com a sua distinção, baseada em Carnelutti, entre interesses primários e secundários: estes interesses públicos, coletivos, cuja satisfação está a cargo da Administração, não são simplesmente o interesse da Administração entendida como “aparato organizativo”, mas o que se chamou de interesse coletivo primário, formado pelo conjunto de interesses individuais preponderantes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto o interesse do aparelhamento (se é que se pode conceber um interesse do aparelhamento unitariamente considerado) seria simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir na coletividade, e que podem ser realizados somente em caso de coincidência com o interesse coletivo primário e dentro dos limites de dita coincidência. A peculiaridade da posição da Administração Pública reside precisamente nisto, em que sua função consiste na realização do interesse coletivo, público, primário.

Vale dizer que, em caso de conflito, o interesse público primário deve prevalecer sobre o interesse secundário, que diz respeito ao aparelhamento administrativo do Estado.

2.7. A tutela do interesse público pelo Ministério Público

2.7.1. § 1º – A necessária exclusão do controle judicial sobre sobre a legitimidade e interesse do Ministério Público quando atue com base na presença do interesse público

Pelo nosso objetivo, desde o início insculpido, de delinear o conceito, e com muito maior razão o *conteúdo*, do termo verdadeiramente *viajante* constituído pela expressão “interesse público”, passemos a uma abordagem em nível institucional.

E para não pecarmos pelo excesso de academicismo, descurando do aspecto prático e útil, não poderia passar em branco o enfrentamento da questão inglória da atuação do Ministério Público nas causas em que ele esteja evidenciado pela natureza da lide (art. 82, III, do Código de Processo Civil) iniciando ou ingressando no processo civil.

Apesar de muita coisa e muitos doutos haverem escrito sobre o tema – a nós, e para tanto rogo súplicas antecipadamente e escusas pela ousadia –, a questão foi colocada estritamente nos cânones do Direito Processual Civil e sobretudo objeto de preocupação de processualistas.

Tem-se a impressão que o conceito de interesse público a legitimar a intervenção e a proteção pelo Ministério Público é diferente do conceito de interesse público do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, sendo estes reinos por excelência do estudo do conceito de interesse público.

Desde já cumpre-nos informar que o interesse público como fator de legitimação do Ministério Público no processo civil não é diferente do conceito aberto e indeterminado e com idêntico conteúdo teorizado no Direito Administrativo, o qual lhe cabe constitucionalmente tutelar, à similitude.

O que é pior não é só a impressão da existência de dois tipos diferentes de interesse público: 1º) o interesse público processual e 2º) o interesse público nos lindes do Direito Público.

A questão inglória, e justamente majoritária na doutrina e jurisprudência é que a intervenção do Ministério Público, na hipótese prevista pelo art. 82, III, é obrigatória e compete ao juiz julgar a existência do interesse que a justifica.

Assim, este embate pode ser representado pelo confronto entre aqueles que iniciam sua teorização sobre o arquétipo dos sujeitos da relação processual levando em conta a direção do processo pelo juiz, tais como Celso Agrícola Barbi, Monis de Aragão, Jacy de Assis, Frederico Marques, J. J. Calmon de Passos, sustentando que o reconhecimento do interesse público fica a cargo do juiz.

Por sua vez a *corrente contrária*, à qual nos filiamos, postula uma atitude de prospecção entre o conceito real de interesse público em face da natureza jurídica da instituição do Ministério Público sustentando o *caráter discricionário* da avaliação do interesse público pelo próprio órgão.

Entre nós, prevalece entendimento de: Milton Sanseverino;¹¹ Arruda Alvim, Antônio César Peluso, Clito Fornaciari Júnior, Luiz Sérgio de Souza Rizzie e Thereza Alvim;¹² Antônio Edving Caccuri;¹³ Amaro Alves

11 "O Ministério Público e o interesse público no processo civil". *Revista Forense* 254/197.

12 "Interpretação do art. 82, III, do Código de Processo Civil", *Revista de Processo* 1/116.

de Almeida Filho;¹⁴ Sérgio de Andréa Ferreira;¹⁵ Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, *et al.*¹⁶

No Direito italiano, onde o nosso buscou inspiração na elaboração do disposto no art. 82, III, do CPC, a doutrina é unânime no sentido de reconhecer o caráter discricionário da avaliação, por parte do Ministério Público, da existência ou inexistência do interesse coletivo no caso concreto.

Assim, o art. 82, III, é norma discricionária. O titular deste poder discricionário é o Ministério Público. Ao Judiciário cabe, no nível da legalidade, controlar o exercício deste poder e *não o mérito dele*.

No que concerne à legitimação, tem-se, por conseguinte, o vínculo muito estreito com o interesse juridicamente tutelado e que por se encontrar insatisfeito reclama, para seu atendimento, se recorra ao Estado-Juiz.

Conseqüentemente, ninguém pode ser parte em juízo, de modo eficaz, ou liberar-se da condição de parte, sem que o seja ou deixe de sê-lo mediante decisão judicial, que lhe tenha apreciado a legitimidade e o interesse. Nem se pode permanecer no processo, na qualidade de parte, se o processo não foi regularmente instaurado. E assim é de forma razoável.

Tal exigência, contudo, há de ser *temperada* quando o Judiciário haja sido provocado *sendo o interessado o Estado – Ministério Público*, cuja razão de ser prende-se na proteção dos interesses públicos como consta da Constituição.

Não obstante, reconhece-se ao Estado-Juiz quem defere, de modo soberano e absoluto, o poder de definir o conteúdo da atividade e natureza da atividade do administrador ou do legislador. Mesmo naquelas matérias em que por construção doutrinária ou definição legal se libera o administrador do controle jurisdicional de sua atividade – a atuação discricionária da avaliação do interesse público.

Os atos exclusivamente políticos, as questões **Interna corporis** e o aspecto de merecimento dos atos administrativos, em relação aos quais não incide o controle jurisdicional, são reconhecidos como tais não porque assim os tenham definido os interessados (Estado-Administrador, Estado-Legislator, Estado-Ministério Público), mas porque o sujeito desinteressado do processo (o Estado-Juiz) nesse sentido se pronunciou.

13 "O Ministério Público e as causas de Interesse público". *Revista dos Tribunais* 494/17.

14 "O Interesse público no Código de Processo Civil e o Ministério Público". *Justitia* 89/275.

15 "A intervenção do Ministério Público nos processos cíveis, segundo o Código de 1973". *Justitia*, 88/23.

16 "Nunciação de obra nova – Infringência de zoneamento – Interesse público – Intervenção obrigatória do Ministério Público". *Justitia* 129/174.

Na verdade tal posicionamento doutrinário, se levado às últimas conseqüências, acarreta verdadeiro aniquilamento da destinação intrínseca dos órgãos de outros poderes estatais exercentes de parcela da soberania. Especialmente quando se trata da intervenção do Ministério Público sob o fundamento da presença do interesse público e por ele perseguido e reconhecido.

O poder de direção processual do juiz em absolutamente nada mostra-se incompatível, para a situação em que a definição da legitimidade e do interesse seja deferida a outro órgão estatal tal como o Ministério Público.

A discricção inerente ao Ministério Público em reconhecer o interesse público e atuar não está a alçá-lo em juiz de si, em soberano, porém o que não se mostra lógico é que o juiz defina ao órgão constitucionalmente incumbido da defesa dos mais lúdicos interesses da sociedade, o que é, e o que não é interesse público.

Portanto, não é sem hora postular que, reconhecido o interesse público pelo Ministério Público e ingressado em juízo, a sua legitimação e interesse não estão a reclamar o controle jurisdicional, evidentemente alicerçado tal ingresso em situações tais que evidenciam a real existência do interesse público. Não bastando por insuficiente a simples alegação dele, mas substratos suficientes a mostrar a sua existência.

Caso contrário, todo o arcabouço jurídico-constitucional relativo ao Ministério Público ficará – salvo nas questões nominalmente deferidas ao **Parquet** (por exemplo, interesses de incapazes, questão de estado, intervenção de parte hipossuficiente, intervenção em razão de leis especiais etc.) – a depender de chancela jurisdicional. Ou seja, somente haverá intervenção do Ministério Público com base na presença do conceito de interesse público onde e quando o juiz quiser. O que demonstra a incongruência da corrente majoritária. O juiz não é dono do processo.

Portanto, a doutrina que dispõe sobre o controle judicial da intervenção do Ministério Público com base na existência de interesse público é inadequada.

Evidente que a nossa exegese há de ser compreendida com temperamento e no sentido de que somente o ingresso, especialmente a legitimidade e o interesse ministerial, é que deve escapar ao controle jurisdicional, posto que não se pretenderia nunca o deferimento obrigatório do mérito da ação ajuizada pelo Ministério Público, ficando ele destinado a enfrentamento na sentença após instrução probatória.

Tal posicionamento vale tanto para os processos em que o Ministério Público atue como parte como naqueles em que atue como órgão interveniente.

A *dissemelhança* do posicionamento das partes e do Ministério Público decorre do próprio texto constitucional, devemos crer nisto, e a sua atuação/intervenção só se diferencia da intervenção dos demais terceiros e sujeitos privados no tocante à impossibilidade do controle jurisdicional de sua legitimidade e pertinência. E para tanto, fazendo sempre demonstrar a causa suficiente, a presença do interesse público.

A razão de ser de tal posicionamento diferenciado prende-se na relação dialética e antagonística, muitas vezes contraditória da parte privada e em face dela ou em confronto com ela recorre a todos os meios previstos em lei para fazer valer o interesse de que constitucionalmente é titular.

A validade teórica do posicionamento assumido tem enorme alcance prático e relevância.

Quantas ações relevantíssimas ajuizadas pelo Ministério Público estão hoje a ser rechaçadas ao início sob o fundamento da inexistência do interesse público, a demandar manejo de recursos próprios e por isso mesmo eternizar-se no processamento com enorme prejuízo na defesa eficiente dos interesses dos cidadãos, porque o juiz não soube, não quis, ou açodou-se na avaliação do interesse público.

Conseqüentemente, deve ficar ao arbítrio e discricção do Ministério Público intervir em processo pendente, como também nele deixar de intervir ou propor ação.

Pretendendo participar de processo em curso, porque lhe pareça nele se consubstanciar interesse público, quer em função dos sujeitos da lide, quer em função da natureza dessa mesma lide, cumpre-lhe postular sua interveniência, demonstrando sua legitimação e interesse. Admitido que seja, no processo atuará. Recusada sua participação, utilizará os recursos admissíveis na espécie.

Temos que a posição de não se atribuir discricção ao Ministério Público para intervir, erigindo o órgão judiciário como juiz exclusivo da oportunidade e da conveniência de sua atuação, prende-se muito mais ao desejo de poderes incontrastáveis, bem como no desagrado dos órgãos judiciários, ou motivos menos nobres.

Se tutela jurisdicional é tarefa constitucionalmente reservada, e de modo exclusivo ao Poder Judiciário, o mesmo não se diga que o Ministério Público não tem a disponibilidade de *atuar* no processo civil, independentemente do acolhimento ou não do mérito da postulação, quanto ao conteúdo do interesse público legitimador dessa atuação, não significando tal posicionamento nenhuma limitação ao Judiciário na sua função jurisdicional.

Também, em absoluto afetaria o poder de direção confiado ao juiz, poder tão encarecido de preservação pela doutrina e jurisprudência.

Outro argumento trazido à baila diz respeito à impossibilidade jurídica da prevalência dos institutos de direito processual sobre princípios pertinentes ao direito público substancial, sobretudo quando se tem em conta a inexistência de superdireitos, muito ao contrário, o ordenamento jurídico caracteriza-se pela coerência, unidade, e afastamento de antinomias conceituais.

Dáí ser muito limitada a tese de que ao juiz cabe identificar a existência do interesse público ao argumento que cabe-lhe a direção do processo. Porque em realidade o juiz executa o julgamento subjetivo, com base em suas impressões intelectuais.

O problema de identificar o interesse legitimador e qual o seu conteúdo, melhor e coerentemente deve ficar incumbido a quem lhe caiba constitucionalmente defendê-lo. O que evidentemente é superior a uma simples valoração judicial subjetiva.

A expressão *interesse público*, contida no art. 82, III, do Código de Processo Civil, pede determinação mediante o *confronto do caso concreto* com as hipóteses em que o legislador previu, expressamente, a intervenção do Ministério Público, com vistas a encontrar equivalência, similitude ou analogia entre o interesse subjacente no caso sob análise e algumas das situações analisadas. Isso sem prejuízo da estimativa, mormente pelo destinatário das regras dos arts. 127 c/c 129 da Constituição, do caráter público do interesse no caso concreto, atendidos os parâmetros postos pelos valores (ideológicos, éticos e sociais) predominantes no momento histórico vivido.

Sobreleva ainda dizer que muitos órgãos judiciários desconhecem a verdadeira razão de ser do Ministério Público, confundem sua atuação na duplicidade incongruente de defesa de interesses específicos do Estado ou da Fazenda, os quais ficam a cargo dos seus procuradores.

Então, por todas estas dificuldades, a intervenção do Ministério Público resultará na valoração direta do interesse que lhe é subjacente.

Portanto, o Ministério Público – seja na qualidade de órgão agente, ou órgão interveniente – não deve ser submetido ao controle jurisdicional da legitimação para intervir, em função do exame do interesse a que se vincula essa legitimação, a qual a Constituição lhe incumbiu intransigentemente proteger.

Diante da difícil tarefa conceitual até aqui, cabe ao pesquisador *ousar* e procurar demonstrar o seu entendimento aplicável de modo mais elástico possível, como mais elástico possível há de ser a apreciação do interesse público nas causas ajuizadas pelo Ministério Público.

Ousando, diremos que “interesse público” *lato sensu*, é o sentimento que leva o *homo medium* a valorizar como de interesse coletivo

a correta aplicação da lei **In concreto** ou quando a causa transcende o interesse individual das partes litigantes.

Quando a **mens legislatoris** alcança o fato social vivenciado e transforma-o em direito positivo, põe ponto final na controvérsia do que é interesse público; porém, até lá, atribui-se à instituição do Ministério Público o poder-dever de perquirir, buscar o interesse público e protegê-lo, prerrogativa que lhe foi conferida pela Carta Constitucional, o que afasta qualquer outro entendimento ou apreciação.

Assim, não estando o interesse público listado em **numerus clausus**, a causa há que ser submetida à apreciação ministerial, no caso de atuação interveniente, para se manifestar sobre o seu entendimento se ele está ali presente, a fim de participar ativamente do processo em todas as suas fases.

Não cabe a outro poder decidir que não há interesse público na causa, alijando-a da apreciação do **Parquet**, para que este opine se o mesmo está presente.

Pode ocorrer, por outro lado, que o Ministério Público solicitado na causa entenda que não está caracterizado o interesse público. Neste caso o juiz que entenda o contrário, cauteloso, se valerá da analogia do processo penal quanto ao pedido de arquivamento do inquérito policial não aceito pelo juiz. Deve este encaminhar o feito ao Procurador-Geral de Justiça, a quem caberá dar a última palavra se concorda com o órgão ministerial, baixando o feito para prosseguimento, e, não concordando, designando outro órgão para que o faça.

2.7.2. § 2º – Questões que devem ser apreciadas sobre a legitimação do Ministério Público – “Parâmetros necessários”

Vencida a primeira etapa que diz respeito ao poder discricionário do Ministério Público em reconhecer o interesse público e atuar, cumpre estabelecer certos parâmetros necessários.

Até porque não existe poder sem os correlatos deveres, mormente quando a atuação do Ministério Público em questão diz respeito ao exercício de função administrativa.

Assim, buscamos apoio no excelente Vicente Greco Filho em artigo precioso.¹⁷ A preocupação do referido autor inicia-se na constatação do ingresso nos tribunais de número significativo de ações promovidas pelo Ministério Público em que vem sendo questionada a sua legitimação para agir.

17 “O Ministério Público e as questões atuais da legitimação de sua ação”. *Gazeta Mercantil*, 12 de maio de 1992.

Diante de todo o alargamento legislativo titulando o Ministério Público em agir, constata Vicente Greco Filho¹⁸ a necessidade de se definirem *critérios ou parâmetros* de sua legitimação para que não se desvie da sua função institucional histórica prevista na Constituição, no fenômeno de *amesquinamento* da relevância institucional do **Parquet**, expressão cunhada por Kazuo Watanabe.

Tal fenômeno haveria de acontecer ante a falta de vivência brasileira sobre ações coletivas e direitos difusos, podendo servir a instituição a interesses individuais sob o manto do interesse coletivo.

Pelo *primeiro critério*, é preciso consignar que toda atuação do Ministério Público no processo civil passa pelo art. 127 da Constituição, ou seja, a legitimação preconizada no art. 129 da CR somente se concretiza se houver interesse social ou individual indisponível. E citando Hugo Nigro Mazzili, fala que “a defesa dos interesses de meros grupos de determinadas pessoas só se pode fazer pelo Ministério Público quando isto convenha diretamente à coletividade como um todo. Devendo-se pois examinar o dispositivo do art. 129, III, da CR, em harmonia com a destinação institucional do Ministério Público (CR, art. 127 **caput**). Não se pode permitir que o Ministério tutele interesses genuinamente privados sem qualquer relevância social (como os condôminos de edifício de apartamentos contra o síndico ou contra terceiros, ou os de um grupo de uma sociedade contra grupo da mesma sociedade, a menos que esteja inequivocamente presente, por alguma razão específica, o interesse social)”.

E aí enfatiza-se que, a vocação institucional por definição constitucional é “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da Constituição).

Pelo *segundo critério*, não basta a hipótese genérica de existir algum interesse público. É necessário que o resultado prático a ser alcançado com o exercício da ação também o atenda, e como exemplo o caso da cessação da legitimidade do Ministério Público para a ação de responsabilidade de instituição financeira, se é levantada a liquidação.

Pelo *terceiro critério*, a legitimação do Ministério Público para agir, queiram ou não queiram, é extraordinária e, como tal, não pode ser interpretada ampliativamente. Ou seja, cada caso da intervenção corresponde a uma hipótese determinada a um modelo típico, cujos elementos devem estar estritamente presentes. Não se pode pretender utilizar uma determinada autorização legal para a ação numa situação jurídica diversa nela prevista ou se inexistente algum de seus requisitos. Por exemplo, não se pode pretender a legitimação do Ministério Público com fundamento no art. 68 do Código de Processo Penal se nem em tese tenha ocorrido

18 Op. cit.

infração penal, ou não se pode pretender legitimação para a dissolução de sociedade com fundamento no Código de Processo Civil de 1939 se se trata de sociedade anônima regida por legislação específica, ou não se pode ver legitimação fundada no Código do Consumidor se não há relação de consumo.

Por fim, caberia a crucial pergunta: a quem caberia a verificação destes critérios?

A resposta evidentemente há de ser dada que cabe ao próprio Ministério Público, o qual valer-se-á dos critérios apontados fazendo-os como etapas a serem observadas, filtrando assim aquilo que esteja verdadeiramente afetado pelo interesse público.

2.7.3. § 3º – Abdicando a função de tutela do Interesse público

Seguindo a rigorosa ordem de matérias dos parágrafos anteriores é chegada a hora de enfrentar criticamente e sem disfarce a realidade do Ministério Público.

Buscando subsídios em Fábio Konder Comparato,¹⁹ constata-se que uma das mais “sólidas tradições brasileiras é o divórcio permanente e irreconhecível entre a palavra e a realidade, entre a esfera da retórica e o mundo dos fatos.”

Tal realidade não exclui o Ministério Público.

Constata-se hodiernamente tremenda força no sentido de concentrar na cúpula da instituição, especialmente sob a chancela do Procurador-Geral de Justiça quando não privativamente, o manejo dos meios de proteger o interesse público especialmente quando manejáveis contra os órgãos do Estado.

Por óbvias razões está se enfraquecendo seriamente a instituição em detrimento do interesse público, vale dizer, popular.

O pior que chega-se a consignar em lei orgânica estadual da instituição tal fato detrimtoso, fato no Estado de São Paulo, até então sempre na vanguarda.

Fábio Konder Comparato²⁰ aduz que, “a rigor esse fato, embora lamentável, não seria de grande conseqüência para a responsabilização dos agentes do poder político ou econômico, se o Ministério Público fosse, de fato, um órgão autônomo em relação ao governo estadual. Mas ele não é”. E não pára por aí. “A nossa tradição falsamente republicana (subordinar o interesse geral ao interesse pessoal) fez das polícias estaduais (sobretudo a Polícia Militar) e do Ministério Público, com raras

19 “Ministério do povo ou defensoria de governantes?” *Folha de S. Paulo* de 7/10/93.

20 *Op. cit.*

exceções, instituições de proteção dos governadores e seu grupo político, não instrumentos de defesa do povo.

Daí o fenômeno de transformação do Ministério Público em aparelho privado de proteção política, tendo boa parte da instituição sucumbido, miseravelmente, à tentação de se transformar de órgão de controle do poder em sócia do poder, com direito integral a todos os dividendos políticos.

Dentro deste quadro, esvaziados os poderes dos Promotores de Justiça, resta continuarem a trabalhar na cega rotina de sempre, na dependência burocrática do que não o juiz quiser, mas no que a polícia apurar.”

E por fim o autor²¹ conclama em se levar a sério o princípio constitucional da separação de Poderes, a fim de se impor o afastamento completo do Ministério Público em relação ao governo, rasgando o indecoroso véu da retórica.

3. O CONCEITO TEÓRICO-FILOSÓFICO DE INTERESSE PÚBLICO – “INTERESSE PÚBLICO IDEAL”

3.1. Interesse público e bem comum

Noção central no âmbito do Direito Público moderno é a conceituação e delimitação do que venha a ser interesse público. Conceito este que vem a ser até mesmo o núcleo de qualquer constituição que se queira democrática quando afirma que o poder emana do povo. Logo aqui já se vê que o interesse geral é colocado acima dos individuais, como constatado no item 2 do nosso trabalho.

No Direito Administrativo o interesse público é concebido como o próprio *fim* de toda a atividade administrativa representada pela seguinte expressão: *PDE (f) IP*, querendo significar que o poder-dever do Estado (*PDE*) é sempre em função (*f*) do interesse público (*IP*). Se bem que em verdade quando se diz poder – dever do Estado, antes deve ser atendido o dever-poder da Administração, eis que quem exerce a função administrativa são os órgãos do Estado subjacentes a uma lei específica.

Em última análise, os fins da Administração se consubstanciam na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas *aspirações ou vantagens* licitamente almejadas por toda a comunidade administrativa, ou parte expressiva de seus membros.

Dentro da teoria do Direito, a contraposição mais usual entre as diversas formas de interesse tem levado a distinguir-se tradicionalmente o interesse público do interesse privado. Do interesse público à titularidade do Estado, do interesse privado à titularidade dos particulares.

21 COMPARATO, Fábio Konder. op. cit.

Tal visão exprime, entretanto, apenas uma faceta do que seja o *interesse público*, conceito este que tem sido utilizado para alcançar também os chamados *interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo, os interesses coletivos, os difusos, os transindividuais*; a expressão ainda aparece associada com freqüência a outras expressões semelhantes, como *interesse geral, utilidade pública, ou ainda bem de todos* (art. 3º, IV, da CR).

A expressão mais abrangente ainda é a do *interesse público* identificado com o conceito de *bem comum*, ou seja, o interesse da coletividade como um todo. Nesse sentido, nem só não coincide, necessariamente, o interesse público com o interesse do Estado enquanto pessoa jurídica, como ainda se pode adiantar que se confundem com o interesse público com os mais autênticos interesses difusos (o exemplo por excelência, do meio ambiente). E, em sentido lato, são também públicos todos os interesses que, posto reflexamente, atinjam a sociedade como um todo. Mesmo o interesse coletivo (que atinge uma categoria determinada ou pelo menos determinável de indivíduos) e até o interesse individual se indisponível, estão de certa forma inseridos na noção mais ampla, que é a do *interesse público*, reafirmando o que dissemos no item 2 *retro*.

Não raro deparar-se com conceitos de que o bem comum seja a perspectiva lógico-filosófica do interesse geral e que o bem está no nível dos fins honestos, e o interesse mesmo geral – no nível dos fins úteis. O interesse geral seria todo impregnado de utilitarismo, o *bem comum* dele se distinguiria por sua referência à moral. Mas não se escuse que o conceito de interesse público traz consigo insito um forte conteúdo, não sendo correto afirmar-se que não faça referência à moral. Portanto, diferenciar *bem comum* do *interesse público* com base no maior ou menor conteúdo moral é discussão estéril. Na verdade ambos os conceitos referem-se a uma mesma coisa da qual não há parâmetros seguros para distingui-los.

3.2. Bem comum (teoria do consenso e crítica)

Afora as definições e amplas demonstrações conceituais contidas nas obras do italiano Norberto Bobbio, somos num primeiro momento impulsionados a seu Dicionário di Política,²² diretamente ao verbete “bem comum”:

“O conceito de Bem comum é próprio do pensamento político católico, e, particular, da escolástica nas suas diversas manifesta-

22 BOBBIO, Norberto. Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 2ª ed., p. 106.

ções desde S. Tomás a J. Maritain e está na base da doutrina social da Igreja baseada no solidarismo.

O Bem comum é, ao mesmo tempo, o princípio edificador da sociedade humana e o fim para o qual ela deve se orientar do ponto de vista natural e temporal. O Bem comum busca a felicidade natural, sendo portanto o valor político por excelência, sempre, porém, subordinado à moral. O Bem comum se distingue do bem individual e do bem público. Enquanto o bem público é um bem de todos por estarem unidos, o Bem comum é dos indivíduos por serem membros de um Estado; trata-se de um valor comum que os indivíduos podem perseguir somente em conjunto, na concórdia. Além disso, com relação ao bem individual, o Bem comum não é um simples somatório destes bens; não é tampouco a negação deles; ele coloca-se unicamente como sua própria verdade ou síntese harmoniosa, tendo como ponto de partida a distinção entre indivíduo, subordinado à comunidade, e a pessoa que permanece no verdadeiro e último fim. Toda atividade do Estado, quer política, quer econômica, deve ter como objetivo criar uma situação que possibilite aos cidadãos desenvolverem suas qualidades como pessoas; cabe aos indivíduos, singularmente impotentes, buscar solidariamente em conjunto este fim comum.

O conceito de Bem comum apresenta analogias com o de vontade geral, embora seja um conceito objetivo, enquanto este último é subjetivo, justamente pela mesma postura que ambos assumem com relação aos bens individuais ou as vontades particulares: tanto o Bem comum como a vontade geral exprimem a vontade moral dos indivíduos.

Estes dois conceitos encontram as mesmas dificuldades no plano da prática: como é impossível definir empiricamente quem seria o portador da vontade geral, podendo aceitar apenas a vontade da maioria como sendo a vontade de todos, assim é difícil saber quem seria o intérprete do Bem comum: pode ser o magistério da Igreja, isto é, uma estrutura burocrática portadora do carisma, ou podem ser os cidadãos que, ao contrário, na prática, lutam e entram em contraste entre si justamente pelas diferentes interpretações do que venha a ser Bem comum ou de qual seja o fim para onde encaminhar a sociedade humana.

O conceito de Bem comum voltou recentemente à cena com a análise econômica dos bens coletivos ou públicos e com as concepções do neocontratualismo. São bens públicos os que geram vantagens indivisíveis em benefício de todos, nada subtraindo o gozo de um indivíduo ao gozo dos demais. O Bem público não transcende, na verdade, o bem privado, porque é igualmente um bem do indivíduo e se alcança através do mercado ou, mais frequentemente, através das finanças públicas. Por seu lado, o neocontratualismo mostra como se deve deduzir do contrato social um conceito universal de justiça, um Bem comum, que consiste na

maximização das condições mínimas dos indivíduos, ou como se devem reformular as regras do jogo para obter uma ação não competitiva, mas cooperativa, que maximiza, além do interesse individual, o bem coletivo, que é coisa bem diferente da simples soma dos interesses individuais.

Finalmente, este conceito manifesta uma exigência que é própria de toda sociedade organizada, claramente evidenciada pela ciência política: sem um mínimo de cultura homogênea e comum, sem um mínimo de consenso acerca dos valores últimos da comunidade e das regras de coexistência, a sociedade corre o risco de se desintegrar e de encontrar sua integração unicamente mediante o uso da força. O Bem comum representa, pois, a tentativa maior para realizar uma integração social baseada no consenso, embora este conceito, elaborado por sociedades agrícolas e sacralizadas, não consiga se adaptar satisfatoriamente às sociedades industrializadas e dessacralizadas."

Note-se que o conceito entronizado no verbete tende explicitamente para o campo do Direito Natural, subordinado à moral. Procurou-se distinguir o bem comum do bem individual e do bem público. Com a definição de que o bem comum é dos indivíduos por serem membros de um Estado, percebe-se nisto forte tendência dos valores do Contratualismo. Porém, daquela definição pode-se aceitar, com razão, que o bem comum não é simplesmente um somatório dos bens individuais, muito menos a negação deles. Quer-se que tanto um quanto outro coexistam em harmonia, tomando-se como ponto de partida a subordinação do indivíduo perante a coletividade, e a pessoa como fim último. Outra dificuldade é especificar quem seria o intérprete do bem comum. A Igreja Católica, por exemplo, é a portadora do bem comum para os católicos.

Mas sem dúvida a afirmação de que se baseia *no consenso* nos parece irrefutável .

Diante disto nos parece razoável que nos Estados Democráticos "o consenso" repousa naquilo que os representantes do Legislativo deliberam. Então o consenso estaria no produto dos legisladores, ou seja, *nas leis*.

Porém, *a crítica* que se levanta é que o consenso a partir da participação popular se encontra em crise nos Estados Democráticos por três razões: o Parlamento não é mais o centro do poder real, e o organismo de representação por excelência da vontade popular se tornou uma câmara de ressonância de outras instâncias. Em segundo lugar, a participação popular só aconteceu em intervalos mais ou menos longos, nos processos eleitorais, tomando a elite política um setor propenso à auto-conservação. Finalmente, nessas eleições a participação popular é distorcida ou manipulada pela propaganda de poderosas entidades. Portanto, se a participação popular, mesmo nas democracias mais evo-

lúidas, não é nem eficiente, nem direta, nem livre, o resultado é que a teoria do consenso como ensejadora do bem comum é apenas parcial e não reflete na realidade a verdadeira aspiração popular, conseqüentemente podendo, se falar em *virtual* bem comum. Enfim, não é suficiente que num Estado os sujeitos participem da criação de suas normas e os representantês populares atendam com fidelidade a tais anseios, sobretudo para a formação do consenso, consecário do verdadeiro bem comum até mesmo os interesses das minorias deverão ser levados em consideração.

3.3. A dicotomia público/privado

Como se pode notar, Bobbio inicia a abordagem da questão da dicotomia entre o público e o privado²³ conferindo um tratamento por antítese. Justificando em que tal permite que um dos termos jogue luz sobre o outro, tanto que freqüentemente um (o termo fraco) é definido como a negação do outro (o termo forte), por exemplo, o privado como aquilo que não é público, e a pesquisar a época de primado do Direito Privado a uma época do Direito Público.

Bobbio principia sua digressão através da experiência histórica, especialmente do Direito Romano. Fala que é através de duas passagens do **Corpus Juris**,²⁴ que definem com identidade os termos Direito Público e o Direito Privado, da seguinte maneira: **quod ad statum rei romanae spectat, e quod ad singulorum utilitatem**. Fora daí que pela primeira vez aquela dicotomia teve registro na história do pensamento político e social do Ocidente.

Aquele consagrado pensador enfatiza que no mundo jurídico tal tem sido a preeminência da distinção entre Direito Privado e Direito Público sobre todas as outras distinções, além da constância do uso das diversas épocas históricas, a sua força inclusive, foram tão expressivas que induziram o próprio jusfilósofo Gustav Radbruch a considerar os conceitos de Direito Privado e Direito Público como duas categorias **a priori** do pensamento jurídico. Os dois termos de uma dicotomia podem ser definidos um independente do outro, ou então apenas um deles é definido e o outro ganha uma definição negativa (a "paz" como "não-guerra". Neste caso diz-se que o primeiro é o termo forte, e o segundo é o termo fraco. A definição de Direito Público e de Direito Privado é um exemplo do primeiro caso – de uma dicotomia –, mas dos dois termos o mais forte é o primeiro, na medida em que ocorre freqüentemente de "privado" ser definido como

23 Estado, Governo, Sociedade; por uma teoria geral da política. p. 24 **et. seq.**

24 *Institutiones*. 1,1,4; *Digesto*. 1,1,1,2.

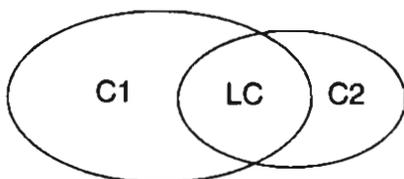
não-público (*privatus qui in magistratu non est*, Forcellini), raramente o contrário.

Bobbio, inicialmente, como se percebe, preocupa-se, antes de analisar o conteúdo da dicotomia público/privado, em definir o que seja a própria dicotomia. Tal razão assiste-lhe ante o seu rigor de linguagem.

Diz ele que no interior do espaço que os dois termos delimitam, a partir do momento em que este espaço é totalmente ocupado (*tertrum non datur*), eles por sua vez se delimitam reciprocamente, no sentido de que a esfera do público chega até onde começa a esfera do privado e vice-versa.

Mas não fica aí a questão. Bobbio ainda fala de *lugares-comuns*. Um dos lugares-comuns do secular debate sobre a relação entre a esfera do público e a do privado é que, aumentando a esfera do público, diminui a do privado, e aumentando a esfera do privado diminui a do público; uma constatação que é geralmente acompanhada e complicada por juízos de valor contrapostos.

Tal raciocínio poderia ser exemplificado pela seguinte representação gráfica, na qual é apresentado o aumento da esfera do público.



Onde:

C1 = Esfera do público

LC = Lugares-comuns

C2 = Esfera do privado

Conseqüentemente é de perceber-se que se há dificuldade em definir o conteúdo que pertencerá a esfera do público (C1) e à esfera do privado (C2), muito maior dificuldade existirá em discriminar o conteúdo da região de intercessão dos círculos exemplificada por lugar-comum (LC).

Sejam quais forem a origem da distinção e o momento de seu nascimento, a dicotomia clássica entre direito privado e direito público reflete a situação de um grupo social no qual já ocorreu a diferenciação entre aquilo que pertence ao grupo enquanto tal, à coletividade, e aquilo que pertence aos membros singulares; ou, mais em geral, entre a sociedade global e eventuais grupos menores (como a família), ou ainda entre um poder central superior e os poderes periféricos inferiores que, com relação àquele, gozam de uma autonomia apenas relativa, quando dele não dependem totalmente.

A originária diferenciação entre o direito público e o privado é acompanhada pela afirmação da supremacia do primeiro sobre o segundo, como é atestado por um dos princípios fundamentais que regem todo o ordenamento em que vigora a grande divisão – o princípio segundo o qual **ius publicum privatorum pactis nutari non potest**²⁵ ou **privatorum conventio iuri publico non derogat**.²⁶

Assim, Bobbio exprime que, a par de inúmeros critérios a justificar a dualidade das esferas, o critério fundamental permanece sendo aquele dos diversos sujeitos a que se pode referir a noção geral de **utilitas**: ao lado da **singulorum utilitas** da definição citada, não se deve esquecer a célebre definição ciceroniana de *res publica* segundo a qual essa é uma “*coisa do povo*”, desde que por povo se entenda não uma agregação qualquer de homens, mas uma sociedade mantida unida, mais que por um vínculo jurídico, pela **utilitatis comunione**.²⁷

3.3.1. § 1º – Iguais e desiguais

No que pertine ao Direito, sendo este um ordenamento de relações sociais, a grande dicotomia público/privado duplica-se primeiramente na distinção entre iguais e desiguais.

No Estado, ou em qualquer outra sociedade organizada onde existe uma esfera pública, não importa se total ou parcial, é caracterizado por *relações de subordinação* entre governantes e governados, ou melhor, ainda nas palavras do próprio Bobbio, entre detentores do poder de comando e destinatários do dever de obediência, que são relações entre desiguais.

A despeito de tal posição, Bobbio enfoca que a sociedade natural tal como descrita pelos jusnaturalistas, ou a sociedade de mercado na idealização dos economistas clássicos, na medida em que são elevadas a modelo de uma esfera privada contraposta à esfera pública, são caracterizadas por relação entre iguais ou de coordenação. A distinção entre sociedade de iguais e sociedade de desiguais não é menos clássica do que a distinção entre esfera privada e esfera pública.

O exemplo atribuído por Bobbio é o da família em face do Estado. A família pertence convencionalmente à esfera privada contraposta à esfera pública, ou melhor, é reconduzida à esfera privada, lá onde é superada por uma organização mais complexa, que é exatamente o Estado; mas, com respeito à diferença das duas sociedades, é uma sociedade de desiguais.

25 *Digesto*. 38, 2, 14.

26 *Digesto*. 45, 50, 17.

27 *De República*. 1, 41, 48.

Com o nascimento da economia política, da qual deriva a diferenciação entre a esfera das relações econômicas e a esfera das relações políticas, entendidas as relações econômicas (nota-se aqui que Bobbio desenvolve um critério *baseado nas relações econômicas*) como relações substancialmente de desiguais por efeito da divisão do trabalho mas formalmente iguais no mercado, a dicotomia público/privado volta a se apresentar sob a forma de distinção entre sociedade política (ou de desiguais) e sociedade econômica (ou de iguais), ou, do ponto de vista do sujeito característico de ambas, entre a sociedade de *cidadãos* que atende ao interesse público e a sociedade de *burgueses* que cuida dos próprios interesses privados em concorrência ou em colaboração com outros indivíduos. E é por detrás da distinção entre esfera econômica e esfera pública que reaparece a antiga distinção entre a **singulorum utilitas** e o **status rei publicae**, com a qual aparecerá pela primeira vez a distinção entre a esfera do privado e do público. Assim também a distinção jusnaturalista entre estado de natureza e estado civil se recom põe, através do nascimento da economia política, na distinção entre sociedade econômica (e enquanto tal não política) e sociedade política; posteriormente, entre sociedade civil (entidade como sistema de necessidades com Hegel e Marx) e estado político: donde então se deve notar que a linha de separação entre estado de natureza, esfera econômica, sociedade civil, de um lado, e estado civil, esfera política, estado político de outro, passa sempre entre sociedade de iguais (ao menos formalmente) e sociedade de desiguais.

3.3.2. § 2º – Das fontes das leis de Direito Público e das leis de Direito Privado

Outro critério que Bobbio utiliza para distinguir o público/privado é o relativo às *fontes* do Direito, respectivamente do Direito Público e do Direito Privado. A *lei* e o **contrato** (= negócio jurídico).

O critério de distinção entre Direito Público e Privado é o diverso modo com o qual um e outro passam a existir enquanto conjunto de regras vinculatórias da conduta: o Direito Público é tal enquanto posto pela autoridade pública, e assume forma específica, sempre mais predominante com o passar do tempo, da *“lei”* no sentido moderno da palavra, isto é, de uma norma que é vinculatória porque posta pelo detentor do poder (o soberano) e habitualmente reforçada pela coação (cujo exercício exclusivo pertence exatamente ao soberano); o Direito Privado ou, como seria exato dizer, o direito dos privados, é o conjunto das normas que os singulares estabelecem para regular suas recíprocas relações, as mais importantes das quais são as relações patrimoniais, mediante acordos bilaterais, cuja força vinculatória repousa primeiramente e **naturaliter**,

isto é, independentemente da regulamentação pública, sobre o princípio da reciprocidade (**do ut des**).

A crítica que se pode fazer da colocação de Bobbio é que dizer que pertence à esfera pública somente aquilo que a lei determinasse como de relevância pública é insuficiente para separar-se da esfera privada. Muito menos o critério da *coação* caracteriza o público em face do privado. Basta-se para tanto vislumbrar as relações reguladas por um Código Civil. São relações veiculadas por uma lei em sentido técnico, todas elas reforçadas por uma sanção em caso de descumprimento, e nem por isso se pode dizer que tais relações pertencem à esfera pública.

Porém, utilizando o critério da *lei*, nos parece inegável que se o legislador (que é o soberano da sua elaboração) quiser que tal ou qual instituto pertença à esfera pública se possa pensar ao contrário, pelo menos no senado técnico-jurídico.

Percebe-se que Bobbio ao enfrentar a questão das fontes do Direito Público e Privado acaba por esbarrar inexoravelmente na classificação de Estado liberal e Estado socialista, eis que aquele critério serve para caracterizar tais tipos de Estado.

A propósito, o próprio Bobbio²⁸ aborda com muito maior precisão a questão das normas de caráter público e privado a partir da relação entre *imperativos* e *permissões*. Bobbio parte do princípio de que o ordenamento jurídico é um ordenamento normativo de *eficácia reforçada*. Para ele a função das normas permissivas positivas e negativas estão em que as primeiras permitem fazer, as segundas aquelas que permitem o não fazer. As normas permissivas positivas são aquelas que negam um imperativo negativo (ou proibem); as normas permissivas negativas são aquelas que negam um imperativo positivo (ou comando). A relação que se estabelece entre normas permissivas e imperativas é que as normas permissivas são necessárias enquanto pressupostos de um sistema de imperativo que vêm induzidas, em determinadas circunstâncias ou para determinadas pessoas. A hipótese abstrata para explicar tal relação é a impossibilidade de ser a condição humana onde tudo é lícito (estado de natureza) para a passagem ao estado civil no qual é imprescindível a limitação da primitiva esfera de liberdade natural. Tais limitações dar-se-iam pela criação de normas imperativas, primeiro negativas (proibições), e após, positivas (comandos). No *Estado liberal*, parte-se da liberdade natural (“tudo é permitido”) mas admite-se que a liberdade natural possa ser limitada através de normas imperativas mais ou menos amplas e segundo as circunstâncias “salvo aquilo que é proibido”. No *Estado socialista* é o Estado que parte do pressuposto da não-liberdade do indivíduo, enquanto o indivíduo é parte de um todo (a sociedade) que o transcende (“tudo é

28 *Teoria della Norma Giuridica*, pp. 154-160.

verdade”), salvo a introdução caso por caso mediante normas permissivas na esfera particular e bem delimitadas de liberdade – “salvo aquilo que é permitido”. Portanto, o elemento caracterizador do Estado totalitário é a falta de liberdade.

E é com esta diferença de situações que Bobbio²⁹ “diferencia as situações correspondentes, grosso modo, entre a distinção entre a esfera do Direito Privado e aquela do Direito Público:

“... quando nós temos o Código Civil, o lemos tendo em mente o pressuposto que tudo aquilo que não é prescrito é permitido: quando lemos o texto de uma Constituição, o lemos tendo em mente outro pressuposto, que tudo aquilo que não está expressamente autorizado, é proibido. Diremos, em outras palavras, que na esfera da regulamentação da autonomia privada vale o postulado que tudo é permitido salvo aquilo que é vedado, entretanto na esfera da regulamentação dos órgãos públicos vale o postulado oposto que tudo é vedado salvo aquilo que é expressamente permitido. Tal distinção não possui valor puramente teórico: em caso de lacuna, se um sistema de imperativos se rege sobre o primeiro postulado, deriva que o comportamento não previsto deve considerar-se permitido, se se rege sobre o segundo, o comportamento não previsto deve considerar-se proibido.”

3.3.3 § 3º – Coerência entre o ordenamento jurídico de Direito Público e o de Privado

Ao referir-se a ordenamento de Direito Público e a de Direito Privado, ou a esfera pública e a esfera do privado, tem-se logo em mente esferas estanques. Mas se a um tempo cada uma delas pertence a subordinação, ambas inserem-se em um ordenamento maior e portanto devem, como elementos de um sistema, ser *coerentes entre si*.

Bobbio³⁰ doutrina sobre a coerência do ordenamento jurídico:

“Diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque não podem coexistir nele normas incompatíveis. Aqui, ‘sistema’ equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento vem a existir normas incompatíveis, uma das duas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm um certo relacionamento entre si, e esse relacionamento é o relacionamento de compatibilidade, que implica a exclusão da incompatibilidade. Note-se porém que dizer que as normas devam ser compatíveis não quer dizer que se encaixem umas nas outras, isto é, que constituam um sistema dedutivo perfeito. Nesse terceiro sentido de sistema jurídico não é um sistema dedutivo, como no primeiro sentido: é um sistema

29 *Teoria della Norma Giuridica*. op. cit., p. 159.

30 *Teoria do Ordenamento Jurídico*, p. 80.

num sentido menos incisivo, se se quiser, num sentido negativo, isto é, uma ordem que exclui a incompatibilidade das suas partes simples. Duas proposições como: 'O quadro negro é negro' e 'O café é amargo' são compatíveis, mas não se encaixam uma na outra. Portanto, não é exato falar, como se faz freqüentemente, de coerência do ordenamento jurídico, no seu conjunto; pode-se falar de exigência de coerência somente entre suas partes simples. Num sistema dedutivo, se aparecer uma contradição, todo o sistema ruirá. Num sistema jurídico, a admissão do princípio que exclui a incompatibilidade tem por consequência, em caso de incompatibilidade de duas normas, não mais a queda de todo o sistema, mas somente de uma das duas normas ou no máximo das duas."

E nisto Bobbio³¹ fala que, devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma *estrutura hierárquica*. As normas de um ordenamento são dispostas em ordem hierárquica.

Assim, podemos afirmar que o fenômeno da hierarquização está conectado diretamente à hipótese de maior ou menor interferência da esfera do público na do privado ou vice-versa de acordo com o modelo geralmente estabelecido na Constituição, porque se uma esfera prevalece sobre a outra explica-se pela maior hierarquia das normas prevalentes.

3.4. Primado do público sobre o privado e vice-versa

A dicotomia público/privado, segundo Bobbio,³² *possui também um significado valorativo*.

Por tratar-se de dois termos que no uso descritivo comum passam por contraditórios, no universo por ambos delimitado um ente não pode ser *simultaneamente público e privado*, e sequer *nem público nem privado*. Identicamente também o significado valorativo de um tende a ser oposto ao do outro, no sentido de que, quando é atribuído um significado valorativo positivo ao primeiro, o segundo adquire um significado valorativo negativo, e vice-versa. Daí derivam duas concepções diversas da relação entre público e privado, que podem ser definidas como a do primado do privado sobre o público, a primeira, e a do primado do público sobre o privado, a segunda.

3.4.1. § 1º – O primado do privado

Sobre o primado do Direito Privado se afirma através da difusão e da recepção do Direito Romano no Ocidente: o Direito assim chamado da

31 *Teoria do Ordenamento Jurídico. op. cit.*, p. 49.

32 *Estado, Governo e Sociedade. op. cit.*

Pandette é em grande parte direito privado, cujos institutos principais são a família, a propriedade, o contrato e os testamentos. O Direito Privado romano adquiriu um valor de direito da razão, isto é, de um direito cuja validade passa a ser reconhecida independentemente das circunstâncias de tempo e de lugar de onde se originou, e está fundada sobre a “natureza das coisas” – porque descobre, reflete e descreve relações naturais (próprias do domínio da natureza ou “fisiocracia”). Assim o Direito Privado romano, embora tenha sido na origem um direito positivo e histórico (codificado pelo **corpus iuris** de Justiniano), transforma-se, através da obra secular dos juristas, glosadores, comentadores, sistematizadores, num Direito Natural, até transformar-se de novo em Direito Positivo com as grandes codificações do início do século XIX, especialmente a napoleônica (1804) – um Direito Positivo ao qual seus primeiros comentários atribuem uma validade absoluta considerando-o como o direito da razão.

Se durante séculos o Direito Privado, que era o próprio Direito Romano renovadamente positivado, fora o direito por excelência, o direito público restringia-se a expressão **Verfassung**, ou seja, *Constituição*.

Posteriormente Bobbio aborda a teoria de Marx. Para este, quando fala de Direito e desenvolve a crítica (que hoje seria chamada ideológica) do Direito, refere-se sempre ao Direito Privado, cujo instituto principal, tomado em considerações, é o contrato entre entes formalmente (embora não substancialmente iguais). O direito que através de Marx se identifica com o *direito burguês* é essencialmente o Direito Privado, enquanto a crítica do Direito Público se apresenta como crítica não tanto de uma forma de Direito, mas da concepção tradicional do Estado e do poder político.

Bobbio, citando Pasutanis, diz (1924) que “o núcleo mais sólido da nebulosa jurídica [...] está [...] no campo das relações de Direito Privado”, já que o pressuposto fundamental da regulamentação jurídica privada é o antagonismo dos interesses privados, donde se explica por que as linhas fundamentais do pensamento jurídico romano conservam valor até os dias hodiernos como a **ratio stricta** de toda a sociedade produtora de mercadorias.

Porém, citando Kelsen, (1960) sob o ponto de vista ideológico e portanto não científico, a distinção entre Direito Privado e Direito Público pode ser definida como relações jurídicas **tout court** como relações “de direito” no sentido mais próprio e estrito do termo, para a elas contrapor as relações do Direito Público como relações de *poder*.

Apenas com a formação do Estado moderno o Direito Público nasce como corpo sistemático de normas. Tardiamente com relação ao direito privado. Porém, emanações do Direito Público podem ser encontradas entre os comentadores do século XIV, como Bartolo di Sassoferrato.

Bobbio faz ver que, enquanto as obras de Direito Privado – sobre a propriedade e sobre a posse, os contratos e os testamentos – são tratados exclusivamente jurídicos, os grandes tratados sobre o Estado continuam por séculos a pertencer à Doutrina Geral do Estado (**Allgemeine Staatslehre**); apesar de escritos por Bodin (1576) e Jellink (1910).

No Direito Romano, prevalentemente privatístico, fornecem-se minúsculas soluções para os problemas capitais do Direito Público europeu, por exemplo, a **lex regio de imperio**,³³ segundo a qual aquilo que o **princepe** estabelecer é força de lei (**habet legis vigorem**) desde que o povo lhe tenha atribuído tal poder.

Porém, com a dissolução do Estado antigo e com a formação das monarquias germânicas, as relações políticas sofreram uma transformação tão profunda e surgiram na sociedade medieval problemas tão diversos – como aqueles das relações entre Estado e Igreja, entre o império e os reinos, entre os reinos e as cidades –, que o direito romano passou a oferecer apenas bem poucos instrumentos de interpretação e análise. Resta ainda observar que, não obstante tudo, duas categorias fundamentais do Direito Público europeu, das quais se serviram durante séculos os juristas para a construção de uma teoria jurídica do Estado, derivaram do Direito Privado: o **dominium**, entendido como poder patrimonial do monarca sobre o território do Estado, que, como tal, se distingue do **imperium**, que representa o poder de comando sobre os súditos; e o **pactum**, com todas as suas espécies, **societatis**, **subiectionis**, **unionis**, que passa por princípio de legitimação do poder em toda a tradição contratualista que vai de Hobbes a Kant.

Um dos eventos que melhor do que qualquer outro revelam a persistência de que o direito de propriedade opõe-se à ingerência do poder soberano, e portanto ao direito por parte do soberano de expropriar (por motivo de utilidade pública) os bens do súdito. Mesmo um teórico do absolutismo como Bodin considera injusto o Príncipe que viola sem motivo justo e razoável a propriedade de seus súditos, e julga tal ato uma violação das leis naturais a que o príncipe está submetido ao lado de todos os outros homens (1576, 1, 8).

Hobbes, que atribui ao soberano um poder não controlado sobre a esfera privada dos súditos, reconhece, entretanto, que os súditos são livres para fazer tudo aquilo que o soberano não proibiu, e o primeiro exemplo que lhe vem à mente é “a liberdade de comprar, de vender e de fazer outros contratos um com o outro” (165, cap. XXI).

Com Locke a propriedade converte-se num verdadeiro Direito Natural, pois nasce do esforço pessoal no estado de natureza antes da constituição do poder político, e como tal deve ter o seu livre exercício

33 Digesto. 1.4.1.

garantido pela lei do Estado (que é a lei do povo). Através de Locke a inviolabilidade da propriedade, que compreende todos os outros direitos individuais naturais, como a liberdade e a vida, e indica a existência de uma esfera do indivíduo singular autônoma com respeito à esfera sobre a qual se estende o Poder Público, toma-se um dos eixos da concepção liberal do Estado, que nesse contexto pode então ser redefinida como a mais consciente, coerente e historicamente relevante teoria do primado do privado sobre o público.

A autonomia da esfera privada do indivíduo singular com respeito à esfera de competência do Estado é elevada por Constant a emblema da liberdade dos modernos contraposta à liberdade dos antigos, no quadro de uma filosofia da história na qual o **esprit de commerce**, que move as energias individuais, está destinado a tomar a dianteira sobre o **esprit de conquête**, do qual são possuidores os detentores do poder político, e a esfera privada se alarga em detrimento da esfera pública, senão ao ponto da extinção do Estado, ao menos até a sua redução aos mínimos termos. Redução que Spencer celebra na contraposição entre sociedades militares do passado e sociedades industriais do presente, entendida exatamente como contraposição entre sociedades nas quais a esfera pública prevalece sobre a esfera privada e sociedades nas quais se desenrola o processo inverso.

3.4.2. § 2º – O primado do público

Como Bobbio abordou, citando Constant, com a passagem do espírito de conquista do Estado para o espírito de comércio, a esfera privada se alargou em detrimento da esfera pública.

O primado do público assumiu várias formas segundo os vários modos através dos quais se manifestou, sobretudo no último século, a reação contra a concepção liberal do Estado e se configurou a derrota histórica, embora não definitiva, do Estado mínimo. Ele se funda sobre a contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e sobre a necessária subordinação, até a eventual supressão, do segundo ao primeiro, bem como sobre a irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais, e portanto sobre a crítica de uma das teses mais correntes do utilitarismo elementar. Assume várias formas segundo o diverso modo através do qual é entendido o ente coletivo – a nação, a classe, a comunidade do povo –, a favor do qual o indivíduo deve renunciar à própria autonomia. Não que todas as teorias do primado do público sejam histórica e politicamente passíveis de serem postas no mesmo plano, mas a todas elas é comum a idéia que as guia, resolvível no seguinte princípio: o todo vem antes das partes. Trata-se de uma idéia aristotélica e, mais tarde, séculos depois, hegeliana (de um Hegel que

nesta circunstância cita expressamente Aristóteles). Segundo ela, a totalidade tem fins não reduzíveis à soma dos fins dos membros singulares que a compõem, e o bem da totalidade, uma vez alcançado, transforma-se no bem das suas partes, ou, com outras palavras, o máximo bem de dois sujeitos é o efeito não da perseguição, através do esforço pessoal e do antagonismo, do próprio bem por parte de cada um, mas da contribuição que cada um juntamente com os demais dão solidariamente ao bem comum segundo as regras que a comunidade toda, ou o grupo dirigente que a representa (por simulação ou na realidade), se impôs através de seus órgãos, sejam eles autocráticos ou democráticos .

Praticamente, o primado do público significa o aumento da intervenção estatal na regulação coativa dos comportamentos dos indivíduos e dos grupos infra-estatais, ou seja, o caminho inverso ao da emancipação da sociedade civil em relação ao Estado, emancipação que fora uma das conseqüências históricas do nascimento, crescimento e hegemonia da classe burguesa (sociedade civil e sociedade burguesa são, no léxico marxiano e em parte também no hegeliano, a mesma coisa). Com o declínio dos limites à ação do Estado, cujos fundamentos éticos haviam sido encontrados pela tradição jusnaturalista na prioridade axiológica do indivíduo com respeito ao grupo, e na conseqüente afirmação dos direitos naturais do indivíduo, o Estado foi pouco a pouco se reapropriando do espaço conquistado pela sociedade civil burguesa até absorvê-lo completamente na experiência extrema do Estado total (total exatamente no sentido de que não deixa espaço algum fora de si).

Dessa reabsorção da sociedade civil pelo Estado, a filosofia do Direito de Hegel representa simultaneamente a tardia tomada de consciência e a inconsciente representação antecipada: uma filosofia do Direito que se desdobra numa filosofia da história em que são julgadas épocas de decadência aquelas em que se manifesta a supremacia do Direito Privado, tais como a idade imperial romana que se move entre os dois pólos do despotismo público e da liberdade da propriedade privada, e a idade feudal na qual as relações políticas são relações de tipo contratual e não existe de fato um Estado. Ao contrário, épocas de progresso são aquelas em que o Direito Público impõe a revanche sobre o Direito Privado, tal como a Idade Moderna que assiste ao surgimento do grande Estado territorial e burocrático.

Porém, mais adiante demonstraremos, ao contrário de Bobbio, que épocas de progresso são aquelas em que o Estado é mínimo.

3.5. Sociedade civil, fins do Estado e liberalismo

Como bem visto pelo posicionamento de Bobbio, o primado do público ou o primado do privado significa a ingerência ou intervenção do Estado em maior ou menor grau sobre a sociedade civil.

Não podemos dizer com Bobbio que épocas de progresso são aquelas em que o Direito Público impõe a revanche sobre o Direito Privado, dando lugar ao grande Estado territorial e burocrático. Basta sobretudo vislumbrar sob o aspecto econômico onde quanto maior a intervenção estatal maior o atraso do Estado em relação à economia, conseqüentemente quanto maior intervenção estatal menos oportunidades a indivíduos e grupos infra-estatais, ou seja, maior *pobreza* decorrente de uma economia atrelada ao Estado, por paradoxal, é ocorrente nas economias controladas.

Nisto preferimos Adam Smith: “nenhuma sociedade pode florescer e ser feliz, enquanto a grande maioria de seus membros for constituída de pobres”. Portanto, se o intervencionismo estatal justifica-se no pretenso atingimento de fins públicos, o efeito é contrário.

Então, se existe no processo histórico fases de maior ou menor intervenção do Estado sobre a sociedade civil, primado do público, é o mesmo que se dizer que existe fases de maior ou menor bem social. Digamos que do ponto de vista prático existam fases de disputa entre o liberalismo e a pobreza.

E nem se diga que uma coisa não tem a ver com a outra, sendo que neste ponto o próprio Bobbio³⁴ assevera:

“... a distinção público/privado se duplica na distinção política/economia, com a conseqüência de que o primado do público sobre o privado é interpretado como primado da política sobre a economia, ou seja, da ordem dirigida do alto sobre a ordem espontânea, da organização vertical da sociedade sobre a organização horizontal.”

E nem poderia ser de outra forma, posto que a própria Constituição do Estado traz em seu bojo como conseqüência imediata uma *Constituição econômica* que possui muito maior reflexo e aplicabilidade sobre a sociedade civil do que as normas de encerramento da Constituição política.

Sobre a concepção da sociedade civil em face dos fins do Estado, Bobbio,³⁵ apegado à teorização de Antônio Gramsci, fala que “o Estado não é um fim em si mesmo, mas um aparelho, um instrumento; é o representante não de interesses universais, mais particulares; não é uma entidade superposta à sociedade subjacente, mas é condicionado por essa e, portanto, a essa subordinado; não é uma instituição permanente, mas transitória, destinada a desaparecer com a transformação da sociedade que lhe é subjacente”. Portanto, para Bobbio o Estado é *instrumental, particular, subordinado e transitório*. Conseqüentemente não é o

34 *Estado, Governo e Sociedade*. op. cit., p. 26.

35 *O Conceito de Sociedade Civil*, p. 19 et. seq.

Estado que condiciona e regula a sociedade civil, mas a sociedade civil é que condiciona e regula o Estado.

O mecanismo ou sistema da sociedade civil em Bobbio³⁶ parte de duas dicotomias que só em parte se superpõem: entre necessidade e liberdade, que corresponde à dicotomia estrutura/superestrutura, e entre *força* e *consenso*, que corresponde à dicotomia instituições/ideologia. Neste esquema mais complexo, a sociedade civil e, ao mesmo tempo, o momento ativo (contraposto e passivo) da primeira dicotomia, é o momento passivo (contraposto e negativo) da segunda.

Como já mencionado de passagem, o fenômeno da menor intervenção estatal muitas vezes identifica-se com pensamento liberal do Estado, o qual não poderia deixar de se abordar.

Bobbio, em obra específica,³⁷ define a doutrina do liberalismo com a do Estado limitado tanto com respeito aos seus poderes quanto às suas funções. A noção corrente que serve para representar o primeiro é *Estado de direito*; a noção corrente para representar o segundo é *Estado mínimo*. Embora o liberalismo conceba o Estado tanto como Estado de direito quanto como Estado mínimo, pode ocorrer um Estado de direito que não seja mínimo (por exemplo, o Estado social contemporâneo) e pode-se também conceber um Estado mínimo que não seja um Estado de direito (tal como, com respeito à esfera econômica, o *Leviatã* hobbesiano, que é ao mesmo tempo absoluto, no mais pleno sentido da palavra, e liberal em economia). Enquanto o Estado de direito se contrapõe ao Estado absoluto entendido como **legibus solutus**, o Estado mínimo se contrapõe ao Estado mínimo: deve-se, então, dizer que o Estado liberal se afirma na luta contra o Estado absoluto em defesa do Estado de direito contra o Estado mínimo, ainda que nem sempre os dois movimentos de emancipação coincidam histórica e praticamente.

Por Estado de direito entende-se geralmente um Estado em que os Poderes Públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidas no âmbito das leis que os regulam, salvo o direito do cidadão de recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso ou excesso de poder. Assim entendido, o Estado de direito reflete a velha doutrina – associada aos clássicos e transmitida através das doutrinas políticas medievais – da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens, segundo a fórmula **lex facit regem**, doutrina essa sobrevivente inclusive na idade do Absolutismo, quando a máxima **princepe legibus solutus** é entendida no sentido de que o soberano não estava sujeito às

36 *O Conceito de Sociedade Civil*. op. cit., p. 42.

37 *Liberalismo e Democracia*. 3ª ed., p. 17 et. seq.

leis positivas que ele próprio emanava, mas estava sujeito às leis divinas ou naturais e às leis fundamentais do reino.

Por outro lado, quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos Poderes Públicos de qualquer grau às leis gerais do País, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto, em linha de princípio, "invioláveis" (esse adjetivo se encontra no art. 2º da Constituição italiana). Desse ponto de vista pode-se falar de Estado de direito em sentido forte para distingui-lo do Estado de direito em sentido fraco, que é o Estado não-despótico, isto é, dirigido não pelos homens, mas pelas leis, e do Estado de direito em sentido fraquíssimo, tal como o Estado kelseniano, segundo o qual, uma vez resolvido o Estado no seu ordenamento jurídico, todo Estado é Estado de direito (e a própria noção de Estado de direito perde toda força qualificadora).

Do Estado de direito em sentido forte, que é aquele próprio da doutrina liberal, são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder. Desses mecanismos, os mais importantes são:

1. o controle do Poder Executivo por parte do Poder Legislativo; ou, mais exatamente, do governo, a quem cabe o Poder Executivo, por parte do Parlamento, a quem cabe em última instância o Poder Legislativo e a orientação política;

2. o eventual controle do Parlamento no exercício do Poder Legislativo ordinário por parte de uma corte jurisdicional, a quem se pede a averiguação da constitucionalidade das leis;

3. uma relativa autonomia do governo local em todas as suas formas e em seus graus com respeito ao governo central;

4. uma magistratura independente do poder político.

Por sua vez, no que pertine à outra forma de manifestação do bem comum, resultante num plexo de aspirações individuais e da sociedade civil, a democracia está intimamente entrelaçada à corrente dos ideais liberais.

Socialistas e liberais querem a abolição da pobreza. Diferem nos métodos. Como nenhum país socialista até hoje enriqueceu e vários capitalistas o fizeram, o balanço da história é favorável à *economia de mercado*. Esta não é senão o liberalismo aplicado no domínio econômico,

da mesma forma que a *democracia* é o liberalismo aplicado no terreno político.

Hoje sabemos que o marxismo, com sua ênfase sobre a abolição da propriedade privada, nunca foi uma receita para extinguir a pobreza. Conseguiu, sim, fazer todo mundo viver igualmente mal.

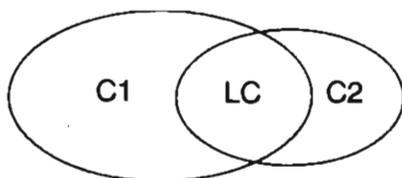
Os liberais não têm indiferença em relação à pobreza. Eles têm desconfiança em relação ao Estado. Enquanto os socialistas gostam de falar nas imperfeições do mercado, os liberais têm medo das imperfeições do governo.

O edifício da civilização moderna assenta em três estacas: a democracia, no plano político; o capitalismo, no plano econômico; e a ética do justo comportamento, numa sociedade livre. A dulçorosa expressão "justiça social" é apenas um sonoro equívoco. O que existem são "regras justas de condutas", às quais os indivíduos devem se submeter.

Quanto ao Brasil, não sofre de excesso de capitalismo e sim falta dele. É por isso que fracassou o "Estado assistencialista". Ele só é possível onde o capitalismo permitiu enriquecimento suficiente para financiar o socialismo. E sem falar do traço comum dos países socialistas e dirigentes que os assistentes vivem bem melhor que os assistidos...

Por fim, o progresso que materialmente pode realizar o verdadeiro bem-estar social é despir o Estado da condição de protagonista da atividade econômica.

Se ao início demonstramos graficamente o fenômeno do aumento da esfera do público, a situação de materialização do atingimento dos interesses públicos, que é o bem geral, é representado pela hipótese oposta, ou seja, o aumento da esfera do privado, com ingerência da esfera do público.



Onde:

C1 = Esfera do público

LC = Lugares-comuns

C2 = Esfera do privado

Nas exatas palavras de Bobbio,³⁸ *ideais liberais e método democrático vieram gradualmente se combinando num modo tal que, se é verdade que os direitos de liberdade foram desde o início a condição*

38 Liberalismo e Democracia: op. cit., p. 44.

necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático, é igualmente verdadeiro que, em seguida, o desenvolvimento da democracia se tornou o principal instrumento para a defesa dos direitos de liberdade. Hoje apenas os Estados nascidos das revoluções liberais são democráticos e apenas os Estados democráticos protegem os direitos do homem: todos os Estados autoritários do mundo são ao mesmo tempo antiliberais e antidemocráticos.”

4. CONCLUSÃO

Em nível de conclusão geral do estudo, não sem tempo levado a termo, podemos elencar as seguintes afirmações:

1º) O conceito de interesse público pertence a classe dos conceitos abertos e indeterminados e como tal deverá ser interpretado conforme a Constituição e os eventos da vida.

2º) Por interesse público entende-se aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas pela sociedade, e por isso mesmo noção variável e historicamente flexível. Sua noção, definição e extensão, carga-se de forte conteúdo político, e como todo conceito jurídico, variável no tempo e no espaço.

3º) Aceita-se como critério para a identificação do que seja interesse público considerar-se como tal aquilo que o povo quer ver preservado ou promovido.

4º) No campo do Direito Público, do princípio estudado decorrem as conseqüências da posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público, posição de supremacia, e sobretudo a indisponibilidade pela Administração dos interesses públicos.

5º) O interesse público nem sempre identifica-se com o interesse da Administração Pública, cabendo ao Ministério Público, sem exclusão de outros órgãos, reduzir este aos contornos daquele.

6º) O Ministério Público exerce verdadeiro controle sobre os interesses públicos.

7º) Na tutela do interesse público exige-se a exclusão do controle judiciário sobre a legitimidade e interesse do Ministério Público, quando atue com base na presença do interesse público, posto que a própria Constituição lhe incumbiu protegê-lo.

8º) Na *decisão descritiva* de agir, o Ministério Público, na busca dos interesses públicos, deverá levar em conta certos parâmetros necessários para o não *amesquinamento* da relevância institucional e sobretudo observar: a) toda atuação do Ministério Público passa pelo art. 127 da Constituição, ou seja, a legitimação preconizada no art. 129 da CR somente se concretiza se houver interesse social ou individual

indisponível: b) não basta a hipótese genérica de existir algum interesse público. É necessário o resultado prático a ser alcançado com o exercício da ação.

9ª) Cabe ao Ministério Público a verificação destes critérios.

10ª) Ocorre verdadeira abdicação da função de tutela do interesse público pelo Ministério Público quando aceita-se concentrar nas mãos de um único órgão – o Procurador-Geral de Justiça – a decisão de manejar privativamente os meios necessários de proteção do interesse público.

11ª) Com base na *teoria do consenso* esposada por Norberto Bobbio, sendo o consenso materializado na *lei*, o interesse público pode não refletir a verdadeira aspiração popular. Sobretudo se levado em conta que o Legislativo não é mais o centro do poder real, eis que se tomou câmara de ressonância de outras instâncias;

12ª) No tocante à materialização de um Estado de maior satisfação e bem-estar, a situação de materialização *do atingimento* dos interesses públicos, que é o bem geral, é representada com a preponderância da esfera do privado, com ingerência da esfera do público, ou seja, pela preponderância da efetiva aplicação do princípio democrático no campo político e do princípio da economia de mercado no campo da Economia sobretudo em face da *Constituição econômica* (a qual possui muito maior reflexo e aplicação sobre a sociedade civil do que as normas de encerramento da Constituição política) sob a inspiração dos princípios do liberalismo.

BIBLIOGRAFIA

Livros:

- ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho administrativo*. Bosh, Barcelona, 1970.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Elementos de Direito Constitucional*. Saraiva, SP, 1975.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. São Paulo: RT, 1975.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed., Malheiros, SP, 1993.
- _____. *Elementos de Direito Administrativo*. 2ª ed., RT, SP, 1990.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. RJ, 1969.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamiento Jurídico*. Polis, SP. Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1989.
- _____. *Teoria Della Norma Giuridica*. G. Giappichelli, Torino, 1958.
- _____. *El Existencialismo*. México: Fondo de Cultura Económica, 1983.
- _____. *O Conceito de Sociedade Civil*, 2ª ed., Graal, RJ, 1982.
- _____. *Qual Socialismo?* 3ª ed., Paz e Terra, RJ, 1987.
- _____. *A Era dos Direitos*. Campus, RJ, 1992.
- _____. *Estudos sobre Hegel*. 3ª ed., Brasiliense, SP, 1991.
- _____. *Thomas Hobbes*. Campus, RJ, 1991.
- _____. *O Futuro da Democracia*. 4ª ed., Paz e Terra, RJ, 1986.

- _____. *Liberalismo de Democracia*. 3ª ed., Brasiliense, SP, 1990
- _____. *Estado, Governo, Sociedade*. 3ª ed., Paz e Terra, RJ, 1987.
- _____. *Teoria das Formas de Governo*. 6ª ed., Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1992.
- _____. *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*. Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1992
- BOBBIO, Norberto e BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna*. 2ª ed., Brasiliense, SP, 1987.
- BOBBIO, Norberto et al, *Dicionário de Política*. 2ª ed., Editora Universidade de Brasília, Brasília, 1986.
- BRUNINI, Raulino Jacó. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Ministério Público*. Sérgio Antônio Fabris e Furb, Porto Alegre, 1989.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Isonomia de Vencimentos*. APMP, SP, 1989.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionabilidade Administrativa na Constituição de 1988*. Atlas, SP, 1991.
- _____. *Direito Administrativo*. 3ª ed., Atlas, SP, 1993.
- ESCOLA, Héctor Jorge. *El Interés Público*. Depalma, Buenos Aires, 1989.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 6ª ed., Saraiva, SP, 1984.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Princípios Institucionais do Ministério Público*. 3ª ed., s.e., RJ, 1985.
- LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 6ª ed., Revista dos Tribunais, SP, 1987.
- MAYER, Otto. *Derecho Administrativo Aleman*. 2ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1982.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. Saraiva, SP, 1989.
- _____. *Manual do Promotor de Justiça*. 2ª ed., Saraiva, SP, 1992.
- _____. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 4ª ed., Revista dos Tribunais, SP, 1992.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15ª ed., Revista dos Tribunais, SP, 1990.
- MOREIRA (Neto), Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionabilidade*. Forense, RJ, 1989.
- PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e outras Ações Constitucionais Típicas*. 2ª ed., Revista dos Tribunais, SP, 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6ª ed., Revista dos Tribunais, SP, 1990.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 6ª ed., Revista dos Tribunais, SP, 1989.
- ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Giuffrè, Milão, 1958.
- Revistas:**
- FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. "Nuncliação de obra nova, infringência de zoneamento, interesse público, intervenção obrigatória do Ministério Público". *Justitia* 129/174.
- _____. "*Interesse público, interesse difuso e defesa do consumidor*". *Justitia* 137/47.
- PASSOS, Calmon de. "Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do Código de Processo Civil". *Justitia* 107/80.
- SALIGNAC e SOUZA. Leoncio de et al. "Bibliografia sobre o Ministério Público". *Justitia* 123/211.

Periódicos:

COMPARATO, Fábio Konder. "Ministério do povo ou defensoria de governantes?" *Folha de S. Paulo*, em 7/10/93.

GRECO (Filho), Vicente. "O Ministério Público e as questões atuais da legitimação de sua ação". *Gazeta Mercantil*, em 12/5/92.

MARREY, Luiz Antônio Guimarães. "Só um Ministério Público independente estará apto a defender eficientemente o interesse dos cidadãos". *Folha de S. Paulo*, em 27/5/93.

REZENDE, Sérgio Jacinto Guerrier. "Projeto desagrada juízes paulistas". *O Estado de São Paulo*, em 23/3/93.