

Editora Quartier Latin do Brasil

Rua Santo Amaro, 316 - Bela Vista - São Paulo

Contato: editora@quartierlatin.art.br
www.quartierlatin.art.br

Coordenação Editorial: Vinicius Vieira

Diagramação: Miro Issamu Sawada

Revisão Gramatical: André Ricardo Gomes de Jesus

Capa: Miro Issamu Sawada

COSTA, Susana Henriques da. O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa – São Paulo: Quartier Latin, 2009.

1. Processo Civil. 2. Interesses Difusos e Coletivos.

I. Título

ISBN: 85-7674-365-5

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil: Interesses Difusos e Coletivos

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos do Código Penal), com pena de prisão e multa, busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

SUMÁRIO

Prefácio	13
Apresentação	17
Agradecimentos	21

CAPÍTULO I

Corrupção e Poder Judiciário: conceito, histórico e peculiaridades da realidade brasileira, 27

CAPÍTULO II

O patrimônio público e moralidade administrativa, 43

II.1. Interesses individuais, legítimos, metaindividuais, difusos, coletivos e individuais homogêneos	44
II.2. O interesse público	53
II.2.1. Conceito	53
II.2.2. Interesse público primário X interesse público secundário	59
II.2.3. Interesse público e interesses metaindividuais	61
II.3. A moralidade administrativa	65
II.4. O patrimônio público	72

CAPÍTULO III

O direito comparado, 75

III.1. O direito português – a ação popular na defesa do patrimônio público difuso	81
--	----

CAPÍTULO II

O PATRIMÔNIO PÚBLICO E MORALIDADE ADMINISTRATIVA

II.1. INTERESSES INDIVIDUAIS, LEGÍTIMOS, METAINDIVIDUAIS, DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

O conceito de interesse pode ser buscado no senso comum. Trata-se da pretensão que alguém tem em relação a determinado bem, a que se atribui algum valor econômico ou moral.³² Os interesses podem ter conteúdos diversos e dizem respeito a uma variedade de bens (ex. interesse em ganhar na loteria, interesse em ver o time vencedor de determinado campeonato, etc.). Entretanto, os interesses somente terão relevância para o direito se seu conteúdo for reconhecido por alguma norma, direta ou indiretamente.

Se um determinado interesse vem reconhecido diretamente pelo ordenamento jurídico, de modo a assegurar a seu titular proteção em face de terceiros e, em certos casos, até mesmo autotutela, diz-se que ele se torna direito. Se se trata de um direito individual, ele se torna mais propriamente um direito subjetivo.³³

O direito subjetivo individual é a categoria jurídica clássica, em torno da qual todo sistema processual foi estruturado. Ele pertence a um sujeito definido e, regra geral, somente gera efeitos dentro da sua esfera jurídica. Em decorrência disso, fora casos excepcionais previstos em lei, somente o titular do direito subjetivo tem legitimidade para requerer a sua proteção do Estado pela via jurisdicional (art. 6º, CPC). Além disso, a coisa julgada somente produz efeitos entre as partes que litigaram em juízo sobre o referido interesse.

32 Para RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, "o interesse interliga uma pessoa a um bem da vida, em virtude de determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa. Por outras palavras, trata-se da busca de uma situação de vantagem, que faz exsurgir um interesse na posse ou fruição daquela situação". (*Interesses difusos: conceito e colocação no quadro geral dos interesses*, p. 165-166).

33 Citando JHERING, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR ensina que "o convívio humano revela conflitos de interesses. Alguns destes tornam-se juridicamente protegidos e constituem direito subjetivo". (*Introdução ao estudo do direito*, p. 142).

O desenvolvimento e a evolução da sociedade moderna descritos no capítulo anterior, entretanto, deram ensejo ao aparecimento de uma gama imensa de novos interesses, muitos deles sem proteção direta do ordenamento jurídico, ou seja, interesses que, embora trouxessem alguns efeitos para o mundo jurídico, não consubstanciavam direitos.³⁴ Esses novos interesses tinham como característica principal o fato de transcendere o âmbito meramente individual e, por isso, receberam o nome de interesses metaindividuais ou transindividuais. Eram interesses que não pertenciam a um indivíduo somente, mas a toda uma coletividade. Não podiam ser decompostos, pois diziam respeito a todo um grupo de pessoas.³⁵

Originariamente, esses novos interesses permaneceram insuscetíveis de apreciação jurisdicional. De fato, os institutos processuais, estruturados sob princípios e parâmetros individualistas, não forneciam meios adequados para a veiculação dos interesses metaindividuais. Os principais problemas referiam-se à legitimidade (quem pode pleitear o direito cuja fruição é de todos, mas ao mesmo tempo, não individualizada a ninguém?) e a suas repercussões (contraditório, ampla defesa, coisa julgada).

Na tentativa de conceder tutela, ainda que indiretamente, aos interesses emergentes, a doutrina brasileira inicialmente tentou aplicar ao caso a idéia de interesses legítimos, inicialmente desenvolvida pela doutrina italiana para garantir alguma proteção aos interesses metaindividuais. RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO

34 V. JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR, *Tutela jurisdicional coletiva*, p. 58.

35 BARBOSA MOREIRA denomina os interesses metaindividuais de "interesses essencialmente coletivos". Nesses casos, "o interesse em jogo, comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapassem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma *comunhão indivisível* de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a 'quota' de um e onde começa a de outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade". (*Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos*, p. 57).

resume o conceito de interesses legítimos, dizendo que estes, ao contrário dos direitos subjetivos, possuem proteção normativa:

*"por via reflexa: a norma não visa exatamente tutelar uma dada situação jurídica individual, mas pode ocorrer que o sujeito esteja de tal forma situado no campo de irradiação dessa norma, que passe a merecer certa proteção diferenciada, ou potencializada, em comparação aos demais. (Pen-se-se no interesse de um interessado numa dada lícitação pública, ao impugnar cláusula editalícia que a seu ver limita o caráter competitivo do certame)".*³⁶

Os interesses legítimos situam-se entre os interesses simples, não protegidos pelo direito, e os direitos subjetivos. Eles não têm proteção direta do ordenamento jurídico, mas são congruentes com o sistema como um todo. Aqueles que possuem interesses legítimos podem eventualmente conseguir alguma tutela do Poder Judiciário, tendo em vista a situação diferenciada em que se encontram.

Essa era, originariamente, a única forma de proteção concedida aos interesses de massa, surgidos com o advento do Estado Social de Direito. Era uma proteção indireta e eventual.

A inexistência de reconhecimento direto pelo direito deixava à margem do Judiciário uma gama de relações jurídicas, cuja importância foi crescendo com o passar dos anos. Diante desse cenário, o legislador brasileiro houve por bem regular a tutela dos

interesses de massa. Primeiramente, permitiu a proteção de parte desses direitos por meio da ação popular, ao definir patrimônio público – em 1977, com a introdução no § 1º, ao art. 1º, da Lei nº 4717/65 – como os bens do Estado de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico. Em 1981, ainda, foi editada a Lei 6938/81, que permitiu ao Ministério Público a defesa dos interesses difusos ligados ao meio ambiente.

A proteção genérica dos referidos interesses, todavia, somente foi possível com a Lei da Ação Civil Pública (Lei 7347/85), que delineou com mais detalhes a nova feição dos institutos processuais em relação à tutela coletiva de direitos. Os diplomas acima mencionados foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, que previu em vários de seus artigos a defesa dos interesses metaindividuais (art. 5º, XXI e LXX, art. 8º, III, art. 129, III e § 1º etc.). Por fim, foi o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/90), em seu Título III, que complementou e aprimorou a sistemática então vigente.

Ao definir e prever a tutela dos interesses da coletividade, o legislador os transformou em direitos. Não direitos subjetivos individuais, mas direitos metaindividuais ou transindividuais.³⁷ Essa transformação permitiu a sua tutela direta e específica pelo Poder Judiciário.

Dentre os interesses metaindividuais, distinguem-se os interesses difusos e os interesses coletivos. Difusos são os interesses que decorrem de uma situação de fato e que se referem a uma quantidade indeterminada de pessoas. São indivisíveis e insuscetíveis de

36 RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Ação popular*, p. 23. Até a edição da Lei da Ação Civil Pública, que permitiu a defesa dos interesses difusos e coletivos, ADA PELLEGRINI CRINOVER defendia que os referidos interesses constituíam verdadeiros interesses legítimos. Insistia que a Constituição Federal da época viesse a abarcá-los, *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 44. ENNIO CODINI, entretanto, entende que o caráter individualista dos interesses legítimos é incompatível com a noção de interesses difusos: "La crescente domanda di tutela giurisdizionale avente per oggetto beni a fruizione diffusa si è scintrata con una giurisprudenza legata all'impostazione tradizionale di interesse legittimo (amministrativo) ed in particolare alla nozione tradizionale di interesse legittimo, nozione che, como se à autorevolmente sostenuto, 'per il suo carattere individualistico e per la direzione personalizzante... è in conflitto con la stessa nozione di interesse difusi'". (*Beni a fruizione diffusa e giudice amministrativo*, p. 140-141).

37

Ao comentar o art. 81 do CDC, KAZUO WATANABE esclarece que "os termos 'interesses' e 'direitos' foram usados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os 'interesses' assumem o mesmo status de 'direitos', desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para busca de uma diferenciação ontológica entre eles". (*Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 623). JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR entende que a diferenciação entre interesse e direito, após a edição da LACP não é relevante. O que importa é a "compreensão" de cada "categoria" de interesse transindividual. O autor, entretanto, faz opção pela denominação de interesse, por entender que a palavra *direito* traz consigo alta carga de individualismo, *Tutela jurisdicional coletiva*, p. 59-60.

apropriação exclusiva.³⁸ São exemplos de interesses difusos o interesse por um meio ambiente equilibrado, por um desenvolvimento urbano planejado e pela preservação das garantias dos consumidores, das crianças e adolescentes, bem como dos idosos.³⁹

O art. 81, § único, inciso I do CDC, define que são interesses difusos⁴⁰ “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.⁴¹

Segundo ADA PELLEGRINI GRINOVER, os

“interesses difusos, comuns a uma coletividade de pessoas, não repousam necessariamente sobre um vínculo jurídico bem definido, mas se prendem a dados de fato, muitas vezes acidentais: são interesses, espalhados e informais, à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referidas a ‘qualidade de vida’ e são comuns, *v. g.*, a todos os habitantes de certa região, a todos os consumidores de um dado produto, a todos que vivam sob as mesmas condições

38 “Caratteristica comune agli interessi che si definiscono ‘diffusi’, infatti, è il riferimento ad un bene non suscettibile di appropriazione esclusiva e rispetto al quale il godimento dei singoli non è limitato dal concorrente godimento di altri membri della collettività. In termini tradizionali, si potrebbe dire che, mentre l’interesse che sta alla base delle situazioni giuridiche tipiche (il diritto soggettivo e l’interesse legittimo) è per sua natura ‘differenziato’, la caratteristica dell’interesse diffuso è di essere, per sua natura, ‘indifferenziato’”. (VITTORIO DENTI, *Profili civilistici della tutela degli interessi diffusi*, p. 43).

39 ADA PELLEGRINI GRINOVER equipara os direitos difusos aos chamados direitos de terceira geração, dentro da classificação tradicional das liberdades públicas. Estão eles inseridos entre os “direitos de solidariedade, decorrentes dos interesses sociais”. (*Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, p. 10).

40 A doutrina consente – tendo em vista o disposto no art. 21 da Lei da Ação Civil Pública, que reza que as normas do Título III do CDC se aplicam a todos os interesses difusos e coletivos e o disposto no art. 90 do CDC que, reciprocamente, entende que as normas da Lei nº 7347/85 aplicam-se às suas relações – que as definições do art. 81, § único, referem-se a qualquer espécie de ação coletiva. Nesse sentido, v. ADA PELLEGRINI GRINOVER e KAZUO WATANABE, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 216 e 678, respectivamente, e ANTÔNIO GIDI, *Cóisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 21.

41 ANTÔNIO GIDI considera infeliz a opção do legislador em definir os conceitos de direitos difusos e coletivos, pois entende que, diante da complexidade dos conflitos sociais e suas repercussões, qualquer definição seria incompleta e imprecisa, *Cóisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 20-21. No mesmo sentido, JOSÉ MARCELO MENEZES VICIAR, *Tutela jurisdicional coletiva*, p. 79-80.

sócio-econômicas, a todos que se sujeitem a um determinado empreendimento público ou privado etc.”.⁴²

RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO arrola quatro características típicas dos interesses difusos: a) a indeterminação dos sujeitos, pois “não há um vínculo jurídico que agregue os sujeitos afetados por esses interesses; eles estão aglutinados ocasionalmente, em virtude de certas contingências”; b) a insuscetibilidade de divisação ou atribuição a pessoas determinadas; c) a intensa litigiosidade interna, “porque envolvem entrecchoque entre *massas* de interesses, não raro caracterizando verdadeiras escolhas políticas; e d) a duração efêmera e contingencial, pois se referem a situações de fato, que podem ser alteradas a qualquer momento”.⁴³

Verifica-se, assim, que os interesses difusos são fluidos e dispersos por toda uma coletividade. Os beneficiados pela sua proteção ou atingidos pela sua lesão são indeterminados.

Por outro lado, todos os membros da coletividade fruem um benefício sensível e direto pelo gozo do direito difuso. Por exemplo, todos os membros de uma determinada cidade (coletividade) são atingidos de forma positiva e concreta pelo ar saudável que respiram. Em contrapartida, todos os membros da coletividade sofrem um prejuízo direto e também sensível caso o direito seja violado. No exemplo supracitado, todos os membros da mesma cidade sentirão de forma negativa, em seu dia a dia, os efeitos da instalação de uma fábrica que polua o ar que todos respiram. Essa característica, qual seja, a existência de um benefício ou prejuízo

42 ADA PELLEGRINI GRINOVER, *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 41. RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO conceitua interesses difusos como os “interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (*v.g.*, o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concorrer a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (*v.g.*, os consumidores)”. (*Interesses difusos: conceito e colocação no quadro geral dos ‘interesses’*, p. 176).

43 RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Interesses difusos: conceito e colocação no quadro geral dos ‘interesses’*, p. 173-175.

direto, sensível e fático dos membros da coletividade em caso, respectivamente, de respeito ou violação do interesse difuso, é determinante para sua identificação no caso concreto e o diferencial do chamado interesse geral da sociedade, como abaixo se verá.

Os interesses coletivos, por seu turno, referem-se a grupos, classes ou categorias de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por um vínculo jurídico. São, entretanto, indivisíveis e impossíveis de fruição individual por um membro do grupo. Segundo o art. 81, § único, inciso II, do CDC, são interesses ou direitos coletivos os "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".

Os interesses coletivos, apesar de metaindividuais, são menos dispersos que os interesses difusos. Eles se referem a grupos específicos. Seus beneficiários continuam, entretanto, indeterminados, porém determináveis em função do vínculo jurídico que os une. O interesse não pertence individualmente a ninguém, mas sua satisfação interessa a todos e sua lesão atinge a todos indistintamente. São exemplos de interesses coletivos os interesses de categorias profissionais com relação à declaração de inconstitucionalidade de determinado tributo, das associações de pais e alunos, com relação ao aumento de mensalidades, etc.

Segundo ensina VITTORIO DENTI, os interesses coletivos se diferenciam dos interesses difusos por seu caráter "corporativo". Assim, segundo o autor, os interesses coletivos são:

"interessi facenti capo alle categorie organizzate per la tutela di interessi specifici (e, quindi, differenziati) dei propri aderente: interessi che, senza caricare la definizione di significati politici, possiamo definire 'corporativi'"⁴⁴

44 VITTORIO DENTI, *Profili civilistici della tutela degli interessi diffusi*, p. 48. HUCO NIGRO MAZZILLI distingue os interesses difusos e coletivos nos seguintes termos: "tanto os interesses difusos como os coletivos são indivisíveis, mas se distinguem não só pela origem da lesão como também pela abrangência do grupo."

Portanto, é justamente o vínculo jurídico comum que une os seus membros, que possibilita a identificação do grupo e lhes possibilita unidade de atuação como titulares do interesse coletivo. Os interesses coletivos, assim como os difusos, permitem a fruição direta de um benefício fático por seus membros. É o que ocorre, por exemplo, quando se define e se respeita determinado norma que prevê limites para o reajuste de mensalidades escolares. Todos os componentes da coletividade de alunos de uma determinada escola serão atingidos pela norma, de forma concreta.

Insta salientar, ainda, que o Código de Defesa do Consumidor, não só definiu os conceitos de interesses difusos e coletivos, mas também previu, à semelhança das *class actions for damages* do direito norte-americano, a possibilidade de tutela coletiva dos chamados interesses individuais homogêneos.⁴⁵ Segundo o art. 81, § único, inc. III, do CDC, são interesses ou direitos individuais homogêneos aqueles com origem comum.

São eles o que BARBOSA MOREIRA denomina de interesses "acidentalmente coletivos",⁴⁶ pois não são indeterminados os seus titulares, sequer indivisíveis seus interesses. Na verdade, os interesses individuais homogêneos correspondem a uma soma de interesses individuais que, tendo em vista a sua homogeneidade, poderão ser tratados como interesses metaindividuais se fossem.

Os interesses difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica". (A defesa dos interesses difusos em juízo, p. 53).

45 Na verdade, uma espécie de tutela coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos já vinha prevista pelo ordenamento jurídico na Lei nº 7913/89, que previa que o Ministério Público era parte legítima para pedir tutela preventiva e reparatória de danos causados a investidores e titulares de valores no mercado mobiliário. Não havia, entretanto, uma sistemática processual definida para a tutela destes direitos, o que só veio a ser esclarecido com o advento do CDC. Nesse sentido, ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Comentário ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 671.

46 BARBOSA MOREIRA, *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, p. 57.

A tutela coletiva desses interesses, portanto, não tem fundamento na indivisibilidade do bem protegido, mas sim em considerações de economia processual e na tentativa de evitar decisões contraditórias, plenamente possíveis ante a natureza individual dos interesses em jogo. Também razões relacionadas ao acesso à justiça são levadas em conta, pois muitas vezes a lesão individual a um interesse desse gênero é tão ínfima que não estimula seu titular a pleitear o ressarcimento pela via jurisdicional. Entretanto, o dano social causado, somados todos os lesados, pode ser considerável e justificar tutela pela via coletiva.

Segundo BARBOSA MOREIRA, os interesses individuais homogêneos são:

“interesses referíveis individualmente aos vários membros da coletividade atingida, e não fica excluída *a priori* a eventualidade de funcionarem os meios de tutela em proveito de uma parte deles, ou até de um único interessado, nem a de desembocar o processo na vitória de um ou de alguns e, simultaneamente, na derrota de outro ou outros. O fenômeno adquire, entretanto, dimensão *social* em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do ‘impacto de massa’. Motivos de ordem prática, ademais, tornam inviável, inconveniente ou, quando menos, escassamente compensadora, pouco significativa nos resultados, a utilização em separado dos instrumentos comuns de proteção jurídica, no tocante a cada uma das ‘parcelas’, consideradas como tais”⁴⁷.

É necessário repetir, porém, que os interesses individuais homogêneos não são interesses essencialmente metaindividuais, já que seu conteúdo não é indivisível. São simplesmente a soma de interesses individuais divisíveis e de titularidade determinada.

47 BARBOSA MOREIRA, *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, p. 57.

11.2. O INTERESSE PÚBLICO

11.2.1. CONCEITO

A noção de interesse público é equívoca e sua definição se apresenta como um dos grandes dilemas do direito. Variável segundo fatores históricos, socioeconômicos e culturais, há vezes que pugnam pela inconsistência e indeterminação do conceito.⁴⁸ Por mais que se reconheça que não há um conteúdo único, todavia, é impossível ao operador do direito prescindir da ideia de interesse público, uma vez que ela é insita à própria noção de Estado e constitui objeto central de determinados ramos do direito público.

Já à época do contratualismo, ROUSSEAU pregava que o Estado se formava pela união de todos os membros de uma comunidade política. Segundo ensina FRANCISCO C. WEFORT, para ROUSSEAU essa associação, que se dá por meio do contrato social,

“produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quanto são os votos da assembleia, e que, por esse mesmo ato, ganha sua unidade, seu ser comum, sua vida e sua vontade”⁴⁹.

O Estado é um ente autônomo que não se constitui da soma, mas da síntese de seus membros. Sua vontade é a vontade geral, que se diferencia da vontade de todos. A vontade geral, segundo o autor,

48

Para CARLOS ALBERTO DE SALLES, “não obstante a centralidade desse conceito (interesse público) para a teoria geral do direito, sua definição apresenta dificuldades, devido à necessidade de formulação de um conceito suficientemente genérico para abranger um número muito grande de situações, envolvendo opções entre uma pluralidade de interesses dispersos pela sociedade e, na maior parte dos casos, excluídos”. (*Processo civil de interesse público*, p. 58-59). No mesmo sentido, MARÇA JUSTEN FILHO, *Conceito de interesse público e a “personalização” do direito administrativo*, p. 116.

49

FRANCISCO C. WEFORT, *Os clássicos da política*, p. 220. Ver, ainda, NORBERTO BOBBIO e MICHELANGELO BOVERO, *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*, p. 61 e ss.

“se prende somente ao interesse comum; a outra (vontade de todos), ao interesse privado e não passa de uma soma das vontades particulares. Quando se retiram, porém, dessas mesmas vontades, os excessos e as faltas que nela se destroem mutuamente, resta, como soma das diferenças, a vontade geral”.⁵⁰

O Estado, portanto, para ROUSSEAU, possui sua legitimidade no pacto social e somente se sustenta enquanto buscar realizar a vontade geral, entendida esta como o interesse comum ou geral. É essa idéia o gérmen da noção de interesse público, tal como hoje estruturada.

O autor português, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA, define interesses públicos como aqueles que são indispensáveis

“à subsistência de uma comunidade política, ou seja, são os interesses que satisfazem as necessidades da coletividade através da prossecução do bem comum”.⁵¹

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO traz definição semelhante, pois entende que:

“o *interesse público*, considerado sob o aspecto jurídico, reveste-se de um aspecto ideológico e passa a confundir-se com a idéia de *bem comum*”.⁵²

50 FRANCISCO C. WÉFFORT, *Os clássicos da política*, p. 228. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, entende, ainda, que foi “com ROUSSEAU que nasceu a idéia de interesse geral diverso da soma dos interesses individuais. Em sua obra, a liberdade e a igualdade individuais aparecem transformadas no estado de sociedade. Pela convenção, *‘cada um de nós coloca em comum a sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral, e nós recebemos em corpo cada membro como parte indivisível do todo’*. (*Discricionariedade administrativa*, p. 212).

51 MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA, *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, p. 31.

52 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa*, p. 217-218. JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES traz várias definições de bem comum, identificando-o com o interesse público. Para o autor, bem comum pode ser entendido como: (i) “aquele bem que é resultado de uma ação comum”, como a língua portuguesa; (ii) aquele que ninguém em particular produz individualmente, por exemplo, a natureza; (iii) um fim comum de grupos humanos e sociais (paz e segurança); (iv) bem coletivo, adotando-se um conceito económico pelo qual “bem

São vários, portanto, os autores que identificam o conceito de interesse público com o conceito de bem comum.⁵³ O alcance do bem comum, por seu turno, legítima e fundamenta o próprio poder estatal.⁵⁴ A noção de bem comum, entretanto, assim como a de interesse público, é fluida e varia segundo a ideologia política que se adote.

Ensina MARTIN CARNOY que a idéia de bem comum nasceu junto com o Renascimento (doutrina clássica), no séc. XVII, aliada a uma visão de Estado que entendia por *bem comum* a busca pelo controle “das paixões dos homens, possibilitando que seus interesses se sobreponham a essas paixões”, ou seja, buscava-se um Estado que agisse como um mediador da sociedade civil, na identificação do interesse da maioria.⁵⁵

Essa visão de Estado altera-se no século XX, momento histórico no qual se desenvolve a teoria pluralista. Para esta teoria, o Estado deixa de mediar interesses particulares e passar a deter um poder próprio e ser apto a tomar decisões prospectivas com rela-

coletivo é o bem indivisível na sua produção ou na sua fruição” (moeda, segurança pública e segurança nacional); (v) objeto social, ou seja, conjunto de condições indispensáveis para cooperação; e (vi) bens primários ou fundamentais, “que são aqueles dos quais se pode usufruir individualmente, mas que só existem em condições sociais”. (*A definição de interesse público*, p. 93-97).

53 “Está implícita nas análises do Estado que se apóiam na visão pluralista a idéia de que o governo pretende servir aos interesses da maioria mesmo que, na prática, nem sempre o faça. O governo está a serviço do povo, colocado lá por esse povo para cumprir tal função”. (MARTIN CARNOY, *Estado e teoria política*, p. 20).

54 As instituições modernamente não mais se fundam na idéia de contrato social, mas em uma presunção de acordo entre os membros da sociedade no sentido de respeitar as expectativas alheias. TERCIO SAMPAIO FERREZ JUNIOR ilustra esse posicionamento, citando LUHMANN: “As instituições repousam, na verdade, não sobre acordos fáticos, mas sobre suposições comuns a respeito da expectativa dos outros (Luhmann, 1972). Sua homogeneidade é, por isso, visivelmente fictícia. Trata-se de abstrações sociais, apoiadas em procedimentos como a eleição, a decisão em assembleia, o voto solene e público. O jurista reconhece o caráter jurídico das normas por seu grau de institucionalização, isto é, pela *garantia do consenso geral presumido de terceiros que a elas confere prevalência*. Daí a busca, no discurso dos juristas, da conformidade das expectativas normativas com os objetivos do *interesse público*, do *bem comum*, do *Estado*”. (*Introdução ao estudo do direito*, p. 106).

55 MARTIN CARNOY, *Estado e teoria política*, p. 23.

ção ao desenvolvimento econômico e social de uma determinada sociedade. Ao mesmo tempo em que o Estado se fortalece, a noção de bem comum se fragiliza, ante a constatação de que não há um interesse único e comum na sociedade.

“O bem comum está destinado a significar coisas diferentes para pessoas diferentes (Schumpeter, 1942,251)”.⁵⁶ Assim, o bem comum buscado pelo Estado corresponde a uma “série de decisões empíricas que não necessariamente refletem a vontade da maioria”.⁵⁷

No mesmo século XX, entretanto, temos o desenvolvimento de outra teoria do Estado, a corporativista. Este pensamento, ao contrário do pluralista, entende que é possível uma unidade social, desde que as organizações socioeconômicas da sociedade ajam de forma autônoma e independente, porém ligadas entre si e com o Estado em corpos de tomada de decisões. O Estado, nesse contexto, é um ente neutro, “poderoso, independente e legítimo”, pois encarna em si a “moralidade, a ética e a ideologia *para o povo*” e pode ser definido como um representante do bem comum. Assim, seria bem comum todo e qualquer valor buscado por esse Estado, que pode até mesmo ser antidemocrático ou totalitário.⁵⁸

CARLOS ALBERTO DE SALLES, ao tentar definir o que entende por interesse público e bem comum, acentua que muitos buscam entendê-los sob uma “dimensão exclusivamente processual”, ou seja, de acordo com os meios, os procedimentos de decisão legitimamente adotados como expressão da vontade coletiva. Se a decisão foi tomada mediante procedimentos considerados aptos por consenso, a expressar a vontade geral, o foi de acordo com o interesse público. “Nessa linha, o interesse público é aquele con-

56 MARTIN CARNOY, *Estado e teoria política*, p. 50.

57 MARTIN CARNOY, *Estado e teoria política*, p. 54.

58 MARTIN CARNOY, *Estado e teoria política*, p. 56.

templado por uma decisão validamente produzida, independentemente de seu conteúdo”.⁵⁹

Esse autor, entretanto, acaba por ponderar que uma visão totalmente procedimental de interesse público não é suficiente, pois pode dar margem a escolhas injustas (como ocorre na adoção da teoria corporativista), além de chegar a decisões contraditórias, ante a complexidade social, ou mesmo não-representativas das escolhas sociais, por alguma falha de procedimento. Seguindo ele:

“não é possível endossar um modelo de justiça puramente processual, porque algumas coisas continuarão sendo um mal a despeito de provenientes de um procedimento perfeitamente justo. Nenhuma quantidade de *due process of law* *making* pode ser suficiente para fazer alguns resultados moralmente aceitáveis’. A qualidade das decisões estatais – políticas ou judiciais – não pode ser avaliada somente pelo processo decisório que as gerou, não obstante a importância funcional dessa espécie de estrutura normativa”.⁶⁰

Deve-se, destarte, buscar critérios substanciais para a caracterização do interesse público,

“tomando-se em consideração aqueles parâmetros mínimos pelos quais a convivência social é possível em um regime de liberdade, permitindo conciliar interesses particulares, de indivíduos e grupos, com aqueles pertencentes a toda coletividade”. Se é certo que esses critérios não podem ser fechados e apriorísticos, devem eles levar em conta os recursos escassos e indivisíveis da sociedade e “indicar um princípio de justiça distributiva que possa servir de base para a definição do interesse público, materializado em opções políticas concretas de alocação de recursos sociais”.⁶¹

59 CARLOS ALBERTO DE SALLES, *Processo civil de interesse público*, p. 62.

60 CARLOS ALBERTO DE SALLES, *Processo civil de interesse público*, p. 63.

61 CARLOS ALBERTO DE SALLES, *Processo civil de interesse público*, p. 64-65.

De fato, é impossível conceituar o interesse público e o bem comum sob uma perspectiva meramente procedimental. Esses valores têm um conteúdo substancial mínimo, ainda que mutável em função de fatores históricos, bem como da teoria política que se adote. **Esse conteúdo substancial mínimo é a idéia de justiça.**

MIGUEL REALE, nesse sentido, conceitua bem comum como:

“a medida histórica da justiça, ou a justiça em plena concreção histórico-social”.⁶² O bem comum, destarte, equivale à noção de justiça vigente em cada momento histórico de uma determinada sociedade. A “*justiça se reduz à realização do bem comum 'in fieri', como constante exigência histórica de uma convivência social ordenada segundo valores da liberdade e da igualdade*” (grifo do autor).⁶³

Assim, percebe-se que, apesar de mutável, o interesse público está ligado à idéia de justiça nas relações entre os membros de uma determinada sociedade, entre si e com o Estado. É um inte-

62 MIGUEL REALE, *Filosofia do direito*, p. 707.

63 MIGUEL REALE, *Filosofia do direito*, p. 276. MARIA SILVIA ZANELLA DI PIETRO, citando MARIE-PAULINE DESWARTRE, arrola como características do bem comum: “1. ele se fundamenta na natureza humana, sendo por isso mesmo universal; ele considera um conjunto de valores humanos feitos de *direitos e deveres*, que não podem privilegiar uns em detrimento de outros; 2. ele deve ser adaptável segundo o progresso da época, dinâmico, voltado para o futuro, porque ele deve enraizar-se no concreto e oferecer aos indivíduos valores de ordem e de justiça; isso traz algumas conseqüências: (b.1) o interesse geral não é apanágio do Estado, porque cada indivíduo e cada pessoa jurídica têm uma parcela de responsabilidade social; (b.2) isto supõe que a sociedade não seja considerada como sujeito à parte, transcendente, que fará cumprir a vontade do grupo; (b.3) isto supõe também que se trate de um verdadeiro bem, de conteúdo moral, e não de simples interesse utilitário, pois este gera o egoísmo; 3. o bem comum é superior ao bem individual; a dignidade de todo homem quer que ele possa participar de um bem maior que seu próprio bem: é isto que torna um ser social; 4. o bem comum é *fundamento e limitação* ao poder político; *fundamento*, porque o poder se constitui para atingir o bem comum; e *limitação*, porque, sendo seu objetivo o bem da pessoa humana, o Estado só deve intervir na esfera da liberdade individual, atendendo ao *princípio da subsidiariedade*, respeitando o equilíbrio entre a liberdade do indivíduo e a autoridade do Estado. Sempre que o indivíduo ou o grupo sozinhos possam agir, o Estado não deve intervir; o bem comum se exprime através da *lei*, não uma lei puramente formal, mas sim uma lei que atenda ao bem comum”. (*Discricionariedade administrativa*, p. 214).

resse amplo e pertencente a toda comunidade política. O Estado, assim, ao buscar o interesse público, deve, dentro do seu contexto histórico e dos valores então vigentes, guardar pelo desenvolvimento livre, igualitário e digno de todos os seus membros.

De acordo com MARÇAL JUSTEN FILHO, o interesse público busca a realização dos valores jurídicos fundamentais e

“se perfaz com a satisfação de necessidades de segmentos da população, em um momento concreto, para realizar os valores fundamentais. O interesse público é o interesse da sociedade e da população, mas voltado à realização dos valores de mais elevada hierarquia”.⁶⁴

Os valores fundamentais vigentes em uma determinada sociedade correspondem à sua idéia de justiça, dentro de um certo contexto histórico. Ao buscar a concretização desses valores, o Estado estará buscando o bem comum e, por meio deste, o interesse público.

II.2.2. INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO X INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO

Cabe salientar, ainda, que o interesse público não se confunde com o interesse da Administração Pública. O interesse público diz respeito aos beneficiários dos atos da Administração e não àqueles que o praticam.

Os doutrinadores italianos,⁶⁵ nesse sentido, distinguem entre interesse público primário e interesse público secundário. O

64 MARÇAL JUSTEN FILHO, *Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo*, p. 129.

65 “Sappiamo, invero, che il soggetto amministrativo, appunto nella sua qualità di distinto soggetto giuridico, è titolare di un distinto interesse *secondario*, soggettivo, da tenersi ben distinto dall'interesse *público*, che è interesse *collettivo primario*; interesse *secondario* che può essere soddisfatto dall'amministrazione, al pari di ogni altro interesse *secondario*, soggettivo di singoli, soltanto sino al punto di coincidenza con l'interesse *público*”. (RENATO ALESSI, *Sistema istituzionali del diritto amministrativo italiano*, p. 183-184).

interesse público primário equivale ao interesse da sociedade "e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a lei consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social".⁶⁶ O interesse secundário, por seu turno, é aquele que diz respeito aos entes estatais personalizados e que por isso mesmo pode lhes ser referido e neles encarnar-se pelo simples fato de serem pessoas. *Os interesses secundários somente podem ser validamente realizados em sociedade se coincidirem com os interesses primários e no exato limite dessa coincidência.*

Ao ilustrar a diferenciação entre interesse público primário e interesse público secundário, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO colaciona o seguinte exemplo:

"Se o Estado causar danos a terceiros e indenizá-los das lesões infligidas estará revelando-se obsequioso ao *interesse público*, pois é isto que determina o art. 37, 6º, da Constituição. Se tentar evadir-se a este dever de indenizar (mesmo consciente de haver produzido os danos), estará *contrariando o interesse público*, no afã de buscar um interesse secundário, concernente apenas ao aparelho estatal: interesse em subtrair-se a despesas (conquanto devidas) para permanecer mais 'rico', menos onerado patrimonialmente, lançando, destarte, sobre os ombros alheios os ônus que o Direito pretende sejam suportados por todos. Tal conduta não é de interesse público, pois interesses secundários só podem ser satisfeitos quando coincidirem com interesses primários".⁶⁷

Conclui-se, portanto, que o interesse público primário não pertence à Administração Pública, mas sim a toda sociedade, entendida como algo além da somatória de seus membros. À Ad-

66 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direitos administrativo*, p. 57. Sobre o assunto, v. também HUGO NIGRO MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 47.

67 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direitos administrativo*, p. 57-58.

ministração cabe fiscalizar, zelar e realizar esse interesse, na qualidade de sua guardiã.

"Se a Administração não é titular dos interesses que administra, ela não pode deles dispor (...). Vale dizer que, em caso de conflito, o interesse público primário deve prevalecer sobre o interesse público secundário, que diz respeito ao aparelhamento administrativo do Estado".⁶⁸

II.2.3. INTERESSE PÚBLICO E INTERESSES METAINDIVIDUAIS

Feitas essas primeiras considerações sobre a evolução e o conteúdo do conceito de interesse público, é necessário definir qual a relação existente entre este e os novos conceitos de interesses difusos e coletivos já estudados.

Foi MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO quem melhor equacionou o problema ao lecionar que o interesse público é gênero, do qual os interesses gerais, difusos e coletivos são espécies. Todos eles são metaindividuais pois não correspondem à somatória de interesses individuais.

Esses interesses se diferenciam por uma escala decrescente de difusão e fluidez, além de possuírem mecanismos processuais específicos de tutela. Assim, o interesse geral é aquele "afeto a toda sociedade", o interesse difuso é aquele que se refere a "um grupo de pessoas caracterizadas pela indeterminação e indivisibilidade" e o interesse coletivo diz respeito a um grupo de pessoas determináveis.⁶⁹

68 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa*, p. 223.

69 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa*, p. 224. Em sentido contrário, VITTORIO DENTI entende que interesse difuso não se confunde com interesse público, pois enquanto este se refere aos interesses ameaçados pelo Estado, aqueles são interesses dos particulares, porém indivisíveis e de fruição generalizada. Para o autor, "dovrebbe essere ormai chiaro, invece, che un interesse è 'público' non in ragione della qualità del soggetto al quale la gestione del bene è istituzionalmente affidata. Gli interesse 'pubblici' sono, quindi, tipicamente gli interesse perseguiti dalle pubbliche amministrazioni,

Essa também parece ser a posição de CARLOS ALBERTO DE SALLES, no tocante aos interesses difusos e coletivos, pois, para o autor:

“no tratamento de interesses difusos e coletivos, a atividade jurisdicional deixa de ser voltada a litígios exclusivamente individuais, para impactar um âmbito predominantemente público (...). Isso faz com que a defesa judicial dos interesses difusos e coletivos tenha o significado de trazer para o Judiciário a função de adjudicar o interesse público na situação disputada pelas partes.”⁷⁰

Se os interesses difusos e coletivos são interesses públicos, com mais razão o é o interesse geral. O interesse geral, aliás, é o interesse público “típico”, que pertence a toda a sociedade, como fundamento e razão de ser do próprio Estado. Os demais interesses difusos e coletivos são intermediários entre o interesse geral e o interesse individual (simples).

ADA PELLEGRINI GRINOVER compartilha do entendimento de que há interesses metaindividuais que não são difusos nem coletivos. Citando VILLONE, a autora sustenta que:

“nem todos os interesses metaindividuais configuram interesses difusos. O interesse à ordem pública, à defesa

di fronti ai quali stanno gli interessi degli altri soggetti, intesi alla fruizione dei medesimi beni che, in quanto non suscettibili di appropriazione esclusiva, danno luogo alle situazioni di interessi diffuso. Gli interessi diffusi sono, quindi, tipicamente interessi ‘privati’; diciamo più radicalmente, per dissipare un equivoco terminologico che sin dall’inizio ha oscurato i nostri problemi, sono ‘diritti’ privati, caratterizzati dalla pari fruizione dei beni suscettibili di uso generali, senza che la possibilità di riferirli alla collettività dei cittadini debba portare a confonderli con gli interessi ‘pubblici’ in senso proprio”. (*Profili civilistici della tutela degli interessi diffusi*, p. 44-45). MIGUEL TEIXEIRA DE SOUZA chama de interesse público somente o interesse geral, mas sustenta que, em determinados casos, pode haver coincidência entre um interesse público (*leia-se, geral*) e um interesse difuso, *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, p. 32-33.

E continua o autor: “Nessas situações, ao definir o interesse preponderante, a atividade jurisdicional está decidindo sobre objetivos sociais em contraposição. Mais do que isso, à medida que a decisão incide sobre bens coletivos, realiza opções relacionadas com a alocação e apropriação de recursos comuns. Nessa nova tarefa, a atividade judicial, forçosamente, estará deixando de realizar uma justiça apenas corretiva (ou retributiva), para incidir sobre um campo de justiça distributiva, ligada à atribuição individual ou coletiva de recursos comuns”. (CARLOS ALBERTO DE SALLES, *Processo civil e interesse público*, p. 56).

comum ou à segurança pública, conquanto seja indiscutivelmente um interesse supra-subjetivo, não é considerado interesse difuso, como o é, ao contrário, o interesse à defesa do ambiente e das cidades, à defesa do consumidor, à informação correta e completa, à lisura financeira ou bancária, à integração pacífica das diversas componentes raciais e sociais etc. A diferença reside no fato de que a ordem pública (ou a segurança pública, a defesa comum) constitui interesse que todos compartilham”⁷¹.

O que aqui se denomina interesse geral é um interesse de toda a comunidade política, um interesse que a todos diz respeito e não somente a uma determinada coletividade, como ocorre com os interesses difusos e coletivos. Ele é mais disperso e fluido se comparado a esses últimos.

Mas não somente o grau de dispersão diferencia o interesse geral dos interesses difusos e coletivos. O interesse geral abstrai da satisfação direta de algum interesse individual quando da sua efetivação. Seja com a proteção de fato de um só indivíduo ou de apenas um grupo de indivíduos, se se tratar de necessidade da comunidade política, o interesse geral será também satisfeito.

Já os interesses difusos e coletivos devem ser aferidos em função das necessidades concretas de uma determinada coletividade, que são por ele satisfeitas. Nesse sentido, o doutrinador português MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, que chamou de interesse público o que aqui se denominou de interesse geral, aponta a diferença entre este e os interesses difusos:⁷²

71 ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 27.

72 Saliente-se que, no direito português, a expressão “interesse difuso” equivale à nossa expressão “interesse coletivo” e, portanto, possui um sentido amplo, referente a todas as espécies de interesses coletivos (*diffusos stricto sensu*, coletivos e individuais homogêneos); e um sentido restrito, que diz respeito ao nosso interesse difuso, ou seja, aquele indivisível, que decorre de circunstâncias de fato. Sobre o assunto, v. ALÍSSIO DE CASTRO MENDES, *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, p. 133.

“Como esses interesses (*difusos*) se desdobram numa dimensão individual e numa dimensão supra-individual, não há interesses difusos que não satisfaçam efetivamente uma necessidade de todos e de cada um dos membros de uma coletividade. Assim, enquanto os interesses públicos (*leia-se, geral*) são os interesses gerais da coletividade, os interesses difusos são os interesses de todos aqueles que vêm as suas necessidades concretamente satisfeitas como membros de uma coletividade.”⁷³

Os interesses difusos e coletivos, portanto, ao contrário dos interesses gerais, são interesses que implicam a fruição efetiva e direta de um benefício/prejuízo por parte de seus membros. Assim, como visto acima, a poluição de um rio prejudica diretamente todos aqueles que se abastecem de sua água, e a decisão judicial que determina a recuperação ambiental da área traz benefícios imediatos e sensíveis a todos os membros daquela coletividade.

O mesmo não ocorre com o interesse geral. Por exemplo, quando a polícia investiga e prende uma quadrilha de seqüestradores, somente é diretamente beneficiado o refém mantido em cativeiro. Nenhum outro membro da coletividade é diretamente beneficiado pela conduta estatal. A despeito disso, o interesse geral da segurança pública é satisfeito.

Contudo, em que pese à existência de diferenças entre os interesses gerais, difusos e coletivos, o fato é que todos eles buscam o

73 MICHEL TEIXEIRA DE SOUZA, *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, p. 31-32. Para o autor, ainda, a distinção entre interesses gerais e difusos “permite delimitar o caráter geral do interesse público (leia-se, geral) perante o caráter maioritário e minoritário do interesse difuso. Pense-se no caso de uma população afectada pela construção de um aterro sanitário; o interesse difuso que esta população tem na preservação da qualidade de do seu meio ambiente pode contrariar o interesse público (leia-se, geral) de uma comunidade mais vasta, no tratamento adequado do lixo. Assim, enquanto o interesse público (leia-se, geral) é um interesse geral, os interesses difusos podem ser, em termos sociológicos, interesses maioritários ou minoritários, consoante a extensão dos interesses satisfeitos”. (*A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*, p. 32) (grifo nosso).

bem comum, entendido como a concretização dos valores fundamentais da sociedade. Todos, portanto, são interesses públicos.

Todos esses interesses, ainda, têm em comum a nota da metaindividualidade, ou seja, eles são interesses que brotam na vida em sociedade, mas que não correspondem à soma de interesses individuais. Nesses interesses, segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

“a maioria dos indivíduos reconhece um interesse próprio e direito. Por outras palavras, em todas as hipóteses de interesse público, seja geral, coletivo ou difuso, emerge da vida em sociedade o reconhecimento da necessidade de sua proteção”.⁷⁴

II.3. A MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Uma das principais questões da filosofia jurídica é a distinção entre direito e moral. O debate iniciou-se na Antiguidade, já na Grécia, e é tema até hoje dos livros especializados.⁷⁵ É necessário, entretanto, salientar que quando se trata de estudar a relação entre direito e moral, que se referem ambos a valores, deve ser levado em conta o contexto histórico, político e cultural de uma determinada sociedade. Variáveis, portanto, seus conteúdos, de acordo com esses fatores.⁷⁶

Fixada esta premissa, busca-se primeiramente determinar os pontos que aproximam o direito da moral. Como ensina TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, tanto o direito, quanto a moral.

74 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa*, p. 226.

75 Ver MIGUEL REALE, *Filosofia do direito*, Título XI, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, *Introdução ao estudo do direito*, p. 326-329 e HANS Kelsen, *Teoria pura do direito*, Cap. II.

76 Ensinava MIGUEL REALE que “o problema das relações entre a Moral e o Direito, como já resulta do exposto, acha-se intimamente vinculado à problemática política, implicando questões de conteúdo social e econômico. Trata-se, em suma, de assunto que não pode ser examinado segundo meros critérios formais, suscitando uma série de perguntas que se situam no âmbito do processo histórico-cultural”. *Filosofia do direito*, p. 652. No mesmo sentido, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa*, p. 149.

“têm caráter prescritivo, vinculam e estabelecem obrigações numa forma objetiva, isto é, independentemente do consentimento subjetivo individual. Ambos são elementos inextirpáveis da convivência, pois não há sociedade sem direito e também não há sociedade sem moral”.⁷⁷

Se direito e moral têm componentes comuns, há entre eles elementos diferenciadores. Foi THOMASUS, em pleno Iluminismo, quem trouxe um critério moderno de diferenciação entre direito e moral. Para o filósofo, a ação humana se caracteriza por um foro interno e um foro externo. O foro interno do homem é sua consciência e esta somente cabe ao próprio indivíduo julgar, segundo critérios morais. Entretanto, a partir do momento em que a ação do homem se exterioriza, ela pode ser avaliada por terceiros, segundo os critérios fixados pelo direito.⁷⁸

Distinguem-se, ainda, moral e direito pela questão da interioridade e exterioridade da liberdade do indivíduo. O direito admite a separação entre o motivo da ação e a ação motivada, ou seja, poderá haver sanção ao indivíduo independentemente do motivo de sua conduta. É o caso, por exemplo, da responsabilidade objetiva. Essa possibilidade não existe no âmbito moral, em que a ação e seus motivos são inseparáveis.

KANT apontou mais um critério de diferenciação: o da forma da obrigação. No aspecto moral, a ação é exercida por um dever e, no espectro jurídico, a ação é exercida em conformidade com um dever. Assim, no direito, a ação prescinde de inclinações

77 TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, *Introdução ao estudo do direito*, p. 326.

78 *Apud* MIGUEL REALE, *Filosofia do direito*, p. 654. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR critica o critério, dizendo que “a distinção é vaga e ambígua, e não resiste a um exame acurado. Não se pode negar que motivos e intenções são importantes para o direito. Basta ver os problemas que, no Direito Penal, aparecem quando se procura qualificar o comportamento criminoso conforme a intenção *dolosa* do agente ou a simples *culpabilidade* por negligência. Por sua vez, os preceitos morais não são indiferentes à exterioridade da conduta, até mesmo quando a intenção é tida como boa: de boas intenções, como diz o provérbio, o inferno está cheio”. (*Introdução ao estudo do direito*, p. 326). No mesmo sentido, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa*, p. 146.

ou interesses que a determinam, ao contrário da moral, de que esses fatores são indissociáveis.⁷⁹

A par das semelhanças e diferenças entre direito e moral, a verdade é que os dois âmbitos se relacionam, pois conceitos morais são, a todo momento, buscados, tanto na elaboração quanto na aplicação da lei. Na segunda hipótese, basta relembra os inúmeros casos em que a própria lei traz conceitos morais como “muler honesta”, “reputação ilibada”, para apreciação do magistrado.⁸⁰

Foi MAURICE HARIOU quem primeiro definiu o conceito de moralidade com relação à Administração Pública. Para o autor, moralidade administrativa é:

“o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração; implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há moral administrativa, que é imposta de dentro e que vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico” (grifo do autor).⁸¹

A moralidade administrativa, assim, distingue-se da moral comum, vigente na sociedade como um todo. Para compreender seu conteúdo, é necessário analisar os elementos axiológicos com-

79 *Apud* MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa*, p. 139.

80 Afasta-se aqui o entendimento dos positivistas, que propugnam a total separação entre direito e moral, como sustenta Kelsen, *Teoria pura do direito*, p. 103 e ss. Vale lembrar a lição de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, para quem o direito, “privado de moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia. Como, no entanto, é possível às vezes, ao homem e à sociedade, cujo sentido de justiça se perdeu, ainda assim sobreviver com o seu direito, este é um enigma, um enigma da vida humana, que nos desafia permanentemente e que leva muitos a um angustiante ceticismo e até a um despuradoro cinismo”. (*Introdução ao estudo do direito*, p. 329).

81 *Apud* MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa*, p. 143. JOSÉ AFONSO DA SILVA também defende o conceito de moralidade administrativa sustentado por HARIOU, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 648-649.

ponentes do ambiente institucional da Administração Pública. É de acordo com esses valores que o administrador deve agir, sob pena de ver sua conduta declarada imoral.⁸² A moralidade administrativa, portanto, não possui um conteúdo fluído, cujos parâmetros variam de sujeito para sujeito. Ao contrário, seus limites são fixados pelos princípios e regras que regem a Administração Pública, e sua observância é apurada pelo confronto entre o ato do administrador e referidos parâmetros. Trata-se de uma moralidade jurídica.⁸³

Embora de conteúdo determinável, originariamente, dentro do modelo de Estado Liberal de Direito, a moralidade administrativa não era passível de controle pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, era vedado ao juiz se imiscuir no mérito do ato administrativo, o que o impedia de fiscalizar externamente a moralidade desses mesmos atos.

A doutrina, todavia, fundada em decisões do Conselho de Estado francês, superou tal empecilho desenvolvendo a teoria do desvio de poder. Segundo essa teoria, a Administração tem por finalidade buscar o interesse público. Essa finalidade é suprema e não pode ser afastada. Se o ato administrativo foi realizado com finalidade outra, ele padece de vício insanável. Dá-se, portanto, conteúdo teleológico ao ato administrativo. Nesse sentido, se o administrador agir em desacordo com a finalidade pública prevista para determinado ato administrativo, agir de forma imoral, pois está utilizando-se de meios ilícitos para atingir finalidades não previstas pelo direito.

82 Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para o respeito da moralidade administrativa, o administrador deve agir em "conformidade com princípios éticos", observando os princípios da lealdade e da boa-fé, *Curso de direito administrativo*, p. 72-73. No mesmo sentido, entende HUGO NIGRO MAZZILLI, para quem a moralidade administrativa exige do agente público o respeito aos "princípios ético-jurídicos", como honestidade, imparcialidade e lealdade, *A defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 175.

83 "pode-se pensar na dificuldade que será desfazer um ato, produzido conforme a lei, sob o fundamento de vício de imoralidade. Mas isso é possível porque a moralidade administrativa não é meramente subjetiva, porque não é meramente formal, porque tem conteúdo jurídico a partir de regras e princípios da Administração". (JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 648).

Como ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

"entende-se por desvio de poder a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição".⁸⁴

A importante consequência advinda da adoção da teoria do desvio de poder é que, como a finalidade é um dos elementos do ato administrativo, sua correta observância pode ser apreciada pelo Poder Judiciário. De fato, o desvio de poder é uma espécie de vício do ato administrativo que gera a sua ilegalidade. A ilegalidade, por seu turno, ao contrário da discricionariedade, pode e deve ser controlada por via jurisdicional.

Com a construção da teoria do desvio de poder, observa-se, a doutrina administrativista leva para a seara jurisdicional a ponderação sobre a moralidade dos atos administrativos. Se é imoral o ato administrativo que supostamente possui finalidade diversa da prevista pelo interesse público, e esse ato pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, conclui-se que a imoralidade pode ser controlada judicialmente.⁸⁵

Todavia, o fato de o ato, cuja finalidade foi desviada, ser considerado imoral e, ao mesmo tempo, ilegal, não deve levar à conclusão de que se pode identificar imoralidade com ilegalidade. Essa não é a idéia que se extrai do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que prevê que a Administração Pública deve observar os princípios da moralidade e da legalidade. Trata os dois conceitos como distintos e autônomos.⁸⁶

84 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 56. No mesmo sentido, PEDRO ESTEVAM A.P. SERRANO, *Desvio de poder na função legislativa*, p. 44 e ss.

85 "Certamente com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de ilegalidade, sujeito, portanto, ao controle judicial. Ainda que, no desvio de poder, o vício esteja na consciência ou intenção de quem pratica o ato, a matéria passou a inserir-se no próprio conceito de legalidade administrativa. O direito ampliou seu círculo para abranger matéria que antes dizia respeito apenas à moral". (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa*, p. 144).

86 MARCELO FIGUEIREDO entende que o princípio da moralidade é "um princípio muito mais largo, muito mais lato, de tal maneira que a moralidade já não estaria inserida na legalidade ou, se quiserem de outra maneira, o princípio da

Realmente, o administrador pode agir segundo a lei, de forma imoral, e vice-versa.⁸⁷ Na verdade, em uma perspectiva simplista, poder-se-ia entender o direito e a moral como círculos secantes. Cada uma das órbitas tem seu próprio conteúdo. Contudo, esse conteúdo, em alguns, casos é comum e compartilhado.

De qualquer sorte, o que se deve salientar é que o agente público deve agir em conformidade com os ideais e valores pre-dominantes na sociedade e na própria Administração Pública. Sua finalidade deve ser sempre alcançar o interesse público. Somente assim sua conduta será compatível com a moralidade administrativa e não configurará desvio de poder. Na verdade, a salvaguarda da moralidade administrativa é, em última análise, a salvaguarda do próprio interesse público.⁸⁸

Fixada a natureza pública do interesse, no respeito da moralidade administrativa, entretanto, é necessário localizar esse interesse dentro o rol das espécies de interesses públicos. Ou seja, é necessário saber qual tipo ou natureza de interesse público tem proteção pela observância da moralidade administrativa: geral, difuso ou coletivo.

Apesar de alguma divergência doutrinária,⁸⁹ parece claro que o respeito à moralidade administrativa é um interesse geral. De fato, a todos os membros da coletividade, indistintamente, interessa que o administrador pautar sua conduta de acordo com preceitos morais. Ainda que ocorra uma conduta imoral em um órgão

local da Administração Pública, como em uma secretaria municipal, a conduta viciada atinge à sociedade como um todo, porque a moralidade administrativa é princípio genérico, cuja observância é de interesse de todos, ou seja, é de interesse geral.

Esse é o entendimento manifestado explicitamente por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO⁹⁰ e implicitamente por ADA PELLEGRINI GRINOVER, para quem a tutela da moralidade administrativa insere-se na defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais.⁹¹

MARIA REGINA FERRO QUEIROZ, nesse sentido, distingue o interesse no respeito à moralidade administrativa dos interesses difusos. Segundo a autora:

“moralidade administrativa é bem de todos, indistintamente, mas não apresenta uma concreitude em relação a cada um dos membros da coletividade. Há interesse de toda coletividade de que o dinheiro público seja usado legalmente, e que a atividade administrativa seja exercida de acordo com certos padrões de moralidade (...). A probidade e a moralidade administrativa devem ser valorizadas e sua proteção se reveste de enorme importância no combate à corrupção. São bens a serem preservados e que merecem a proteção especial, da mesma forma que outros bens apresentam fundamental importância para a vida em sociedade e merecem tutela penal e nem por isso são considerados interesses difusos”.⁹²

Realmente, a moralidade administrativa é um interesse mais amplo e genérico que um interesse difuso e pode ser considerada um

moralidade é um princípio autônomo por si só, conjugado no ordenamento jurídico constitucional”. (*Ação de improbidade administrativa, suas peculiaridades e inovações*, p. 286).

87 V. PAULO MAGALHÃES DA COSTA COELHO, *Controle jurisdicional da administração pública*, p. 28 e JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, p. 648.

88 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO entende que a teoria do desvio do poder, que permite que o Poder Judiciário analise a moralidade da intenção do agente público, protege o interesse público; *Discricionariedade administrativa*, p. 228. No mesmo sentido, CELSO ANTÔNIO BANDeira DE MELLO, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 58 e ss.

89 RODOLFO DE CAMARGO MANGUSO, *Ação popular*, p. 40 e JOSÉ MARCELO VIGLIAR, *Tutela jurisdicional coletiva*, p. 118, entendem que a moralidade administrativa é interesse difuso.

90 MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa*, p. 227.

91 ADA PELLEGRINI GRINOVER, *Uma nova modalidade de legitimação à ação popular*, p. 24.

92 MARIA REGINA FERRO QUEIROZ, *Perfil processual da Lei de Improbidade Administrativa*, p. 126-127. A autora, ainda, tece um paralelo entre os interesses tutelados pelo direito penal e a tutela da moralidade administrativa. Entende que os bens penalmente protegidos são socialmente relevantes, mas nem por isso são reconhecidos como interesses difusos.

dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Trata-se de interesse geral. O interesse geral, por seu turno, é um interesse metaindividual, pois não pertence individualmente a ninguém, mas sim a toda sociedade. Não implica, entretanto, fruição direta e efetiva aos membros da coletividade. É exatamente o que ocorre com o interesse no respeito à moralidade administrativa. Isso porque, a observância de preceitos morais, de fato, não satisfaz concretamente os indivíduos componentes de uma determinada comunidade política. Sem prejuízo, sua observância é de interesse de todos.

II.4. O PATRIMÔNIO PÚBLICO

A Lei nº 4717/65 define patrimônio público como o conjunto dos "bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico". A Constituição Federal ampliou o rol dos bens e direitos que se consideram componentes do patrimônio público, nele incluindo o meio ambiente e o patrimônio cultural.⁹³ A noção de patrimônio público, verifica-se, é ampla e abrange mais do que o conjunto de bens e direitos de valores econômicos da Administração Pública (patrimônio pecuniário).⁹⁴

Resta saber que espécie de interesse se protege quando se tutela o patrimônio público, se geral, difuso ou coletivo. Nesse aspecto, é necessário fazer uma ressalva, pois há doutrina que distingue a

93 HUGO NIGRO MAZZILLI entende que a noção de patrimônio cultural abrange todas as espécies de patrimônio público, excetuado o patrimônio econômico. Para o autor, a "expressão *patrimônio cultural* tem sido utilizada em doutrina para referir-se ao conjunto dos bens e interesses que exprimem a integração do homem com o meio ambiente (tanto o natural quanto o artificial), como aqueles de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico ou arqueológico". (A *defesa dos interesses difusos em juízo*, p. 169).

94 Segundo ensina BARBOSA MOREIRA, pode ser pedida a anulação de ato lesivo ao patrimônio público que "cause prejuízo pecuniário, mas também quando lese bens materiais ou refratários a uma avaliação em termos de moeda". (A *ação popular do direito brasileiro com instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos"*, p. 10).

espécie de interesse em jogo, dependendo da natureza pecuniária ou não do patrimônio público lesado no caso concreto.

De fato, há uma diferença no regime jurídico-administrativo relativo ao patrimônio público pecuniário e não-pecuniário. Essa diferença decorre do fato de que o patrimônio público não-pecuniário configura o que a doutrina italiana chama de *demanio pubblico*⁹⁵ e que a nossa doutrina administrativista chama de bens de domínio público do Estado (em sentido restrito) ou bens de uso comum do povo. São bens fruíveis diretamente pelos interessados.

Segundo ensina HELY LOPES MEIRELLES:

"uso comum do povo é todo aquele que se reconhece à coletividade em geral sobre os bens públicos, sem discriminação de usuários ou ordem especial para a sua fruição. É o uso que o povo faz das ruas, dos logradouros públicos, dos rios navegáveis, do mar e das praias naturais".⁹⁶

Por conta dessa possibilidade de fruição efetiva e generalizada dos bens de uso comum do povo, aparece com consenso a idéia de que, quando se defende o patrimônio público artístico, estético, histórico, turístico, ambiental e cultural, está-se a defender interesse difuso.⁹⁷ Os casos de defesa, por exemplo, do meio ambiente e do patrimônio público histórico são casos emblemáticos de defesa de interesses difusos da sociedade, pois se trata de interesses cuja lesão atinge efetivamente a todos os membros de uma determinada coletividade. O direito lesado é indivisível e os atingidos pela lesão, indeterminados.

Os bens de domínio público, portanto, por serem de fruição direta, concreta e sensível pela população, configuram interesses

95 RENATO ALIISI, *Sistema istituzionali del diritto amministrativo italiano*, p. 381 e ss.

96 HELY LOPES MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, p. 498. Sobre o tema, v. ainda, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, in *Direito administrativo*, p. 580 e ss.

97 Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, *Ação popular do direito brasileiro com instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos"*, p. 11. ADA PELLEGRINI GRINOVER, *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 38 e HUGO NIGRO MAZZILLI, *A tutela dos interesses difusos em juízo*, p. 171-172.

difusos. Os referidos bens não podem ter sua utilização restrita nem pelo Estado, nem por particular. Em tais casos, toda uma determinada coletividade será concretamente lesada.

Com relação ao patrimônio público pecuniário, por seu turno, há autores, como José Marcelo Menezes Vigliar,⁹⁸ Rodolfo de Camargo Mancuso⁹⁹, Alcides A. Munhoz da Cunha¹⁰⁰ e Aristides Junqueira Alvarenga¹⁰¹, que também defendem sua natureza difusa.

Para o último desses autores, é a própria Constituição Federal que autoriza essa conclusão, quando dispõe que cabe ao Ministério Público a proteção por meio de ação civil pública do patrimônio público e outros interesses difusos e coletivos (art. 129, inc. III). Ao dizer "outros" interesses difusos e coletivos, a Carta Magna estaria reconhecendo que o patrimônio público é um interesse difuso ou coletivo.

Essa não parece ser, entretanto, a opinião de ADA PELLEGRINI GRINOVER e BARBOSA MOREIRA, para quem ação popular somente se torna relevante para proteção do patrimônio público, entendido como interesse difuso, nos casos não-pecuniários. Ao

98 JOSÉ MARCELO DE MENEZES VIGLIAR, *Tutela jurisdicional coletiva*, p. 118.

99 RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Ação popular*, p. 40.

100 "Pode-se até sustentar que, com a ação popular, os interesses meta-individuais dos cidadãos quanto à preservação do patrimônio público adquiriram status de direitos subjetivos meta-individuais (restando examinar em cada caso se a pretensão é fundada ou não obviamente) (...) a ação popular contempla um caso de legitimação extraordinária, porque o cidadão enquanto atua em nome próprio para a preservação do patrimônio público, exerce também a defesa de interesses de outros tantos cidadãos que, a despeito de figurarem como parte no conflito ou lide, não são partes formais na ação. A ação popular, todavia, a despeito de representar a vanguarda da proteção dos interesses meta-individuais, hoje qualificadas como difusos ou coletivos em sentido estrito, não era suficiente para assegurar uma efetiva tutela aos interesses meta-individuais, diante da complexidade e multiplicidade cada vez mais crescente das relações sociais". (ALCIDES A. MUNHOZ DA CUNHA, *Evolução das ações coletivas no Brasil*, p. 226-227).

101 Para esse autor, "quando um ato administrativo causa lesão ao patrimônio público, com ou sem a pecha de imoralidade administrativa, mas nele ausente o caráter de improbidade, é constitucionalmente autorizada a ação civil pública tendente à reparação do dano quando o patrimônio público lesado se confunde com um interesse difuso ou coletivo. É o que se extrai do art. 129, III, da Constituição da República". (ARISTIDES JUNQUEIRA ALVARENGA, *Reflexões sobre improbidade administrativa no direito brasileiro*, p. 90).

analisar a Lei nº 4717/65, entende a primeira autora que a Lei de Ação Popular confere maior amplitude ao conceito de patrimônio público, pois supera.

"o estreito âmbito dos interesses pecuniários, para abranger 'os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico' (art. 1º, § 1º). É justamente nesse ponto, salienta Barbosa Moreira, que a ação popular se torna mais interessante na perspectiva de instrumento de proteção dos interesses difusos, que não raro se mostram insuscetíveis de redução a valores monetariamente expressos. Exatamente por essa peculiaridade, a ação popular tem servido à tutela de interesses difusos, sobretudo para a proteção do meio ambiente, para a preservação dos valores estéticos e históricos, e em matéria edilícia".¹⁰²

Já Barbosa Moreira, também ao estudar ação popular, ensina que:

"cuidou a lei - e o ponto assume especial relevo no presente contexto - de fixar o conceito de *patrimônio*, com o fito de dilatar a área de atuação do instrumento processual para fora do restrito círculo das lesões meramente *pecuniárias*. É talvez essa peculiaridade que torna a ação popular mais interessante (com as ressalvas que a seu tempo virão) na perspectiva em que nos situamos aqui, sabido como é que os denominados 'interesses difusos' não raro se mostram insuscetíveis de redução a valores monetariamente expressos (...). Significa isso que, por meio da ação popular (...) é possível pleitear a invalidade de ato praticado por qualquer das entidades acima referidas, não só quando cause prejuízo *pecuniário*, mas também quando lese bens *imateriais* ou *refratários à avaliação*

em termos de moeda, como são, em regra, aqueles que constituem objeto dos chamados "interesses difusos".¹⁰³

Se o posicionamento dos ilustres processualistas acima citados não é explícito, e a ele somente se chega por meio de interpretação de seus escritos, HUGO NIGRO MAZZILLI é categórico ao afirmar que o "patrimônio público em sentido estrito (bens e valores de caráter puramente econômico da Fazenda)" não configura interesses "nem difusos, nem coletivos, nem individuais homogêneos".¹⁰⁴

No mesmo sentido é o entendimento de MARIA REGINA FERRO QUEIROZ, para quem:

"a proteção ao erário público, à probidade administrativa e moralidade administrativa, por sua vez, insere-se na categoria de interesses públicos. A proteção ao erário e à probidade é interesse da coletividade, mas não se identifica com interesses difusos. Interesse da coletividade não se traduz necessariamente em interesses difusos".¹⁰⁵

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO também sustenta que o patrimônio público pecuniário não é interesse difuso, pois, para o autor, interesse difuso é aquele "cujo titular não se pode determinar". No caso dos interesses patrimoniais e pecuniários do Estado, este, como pessoa jurídica, tem a titularidade e a legitimidade ordinária para buscar a sua tutela. Havendo titular do interesse, não há que se falar em interesse difuso.¹⁰⁶

Realmente, parece ser correta a asserção de que o patrimônio público, em seu caráter meramente pecuniário, não configura interesse difuso ou coletivo. Ao contrário dos bens de uso comum do povo, que são de fruição geral concreta pelos membros da comunidade e não podem ter seu uso restrito, nem por ato público, nem por

103 BARBOSA MOREIRA, A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos", p. 11.

104 HUGO NIGRO MAZZILLI, A defesa dos interesses difusos em juízo, p. 172.

105 MARÇAL JUSTEN FILHO, Conceito de interesse público e a "personalização" do direito administrativo, p. 125.

106 CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Fundamentos do processo civil moderno, p. 410-411.

ato particular, os bens pecuniários do Estado, que a doutrina administrativista classifica como bens de uso especial e bens dominicais, constituem o patrimônio disponível e indisponível do Estado. O regime jurídico destes bens permite que eles tenham seu uso restringido pela Administração, uma vez que servem de meios para que esta atinja seus fins. Assim, não servem eles para atender diretamente à população, como ocorre com os bens de uso comum do povo. São bens de fruição pela Administração e não pela população.¹⁰⁷

Portanto, assim como ocorre com a moralidade administrativa, quando se busca o bom emprego do dinheiro público, é um interesse público geral da sociedade que é tutelado. Aliás, o bom emprego do dinheiro público confunde-se com a própria razão de ser do Estado. Conforme já salientado, o Estado Moderno surgiu fundado na ideia do contrato social, mas, com o passar do tempo e o desenvolvimento da teoria política, passou a ser seu sustentáculo a perseguição do interesse público, no sentido de busca do bem comum.

Para a busca do bem comum, como em qualquer estrutura organizacional, o Estado precisa de pessoas, bens, tecnologia, em suma, meios suficientes e aptos ao desenvolvimento eficiente de suas atividades. Nesse sentido, erário é um dos instrumentos de que dispõe o Estado para atingir suas finalidades precípua. É um dos meios por meio dos quais ao Estado é viabilizada a consecução do interesse público.

O bom emprego do dinheiro público, portanto, é um interesse geral. Trata-se de um interesse mais amplo e mais disperso que o interesse difuso, fundamental à própria legitimidade do poder estatal.

Saliente-se que a lesão ao patrimônio público pode ou não decorrer de um ato imoral por parte do agente público. Em caso afirmativo, o interesse geral é duplamente atingido. Entretanto, o ato imoral pode não ser lesivo ao erário e o prejuízo ao patrimônio pecuniário da Administração Pública pode decorrer de ato moral. Em qualquer dos casos, fere-se o interesse geral.

107 Sobre o tema, v. MARIA REGINA FERRO QUEIROZ, Perfil processual da Lei de Improbidade Administrativa, p. 120.