

CONSIDERAÇÕES SOBRE A (IN)DETERMINAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO – PERSPECTIVA PORTUGUESA

CONSIDERATIONS ON THE (IN) DETERMINATION OF PUBLIC INTEREST - PORTUGUESE PERSPECTIVE

ODILIA MACHADO DE ALMEIDA HOSKEN

Mestre em Direito Administrativo Universidade do Porto Portugal,
Ex-investigadora na Facultad de Derecho de la Universidade Complutense de Madrid,
Professora Universitária.

(IN)DETERMINAÇÃO DO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO

A prossecução do interesse público é de difícil conceituação, dada a sua fluidez e temporalidade. Sua teoria parte do pressuposto que o Estado é uma entidade acima dos interesses individuais e que pretende obter sempre o bem comum. Todavia, atualmente é aceita a noção de que o interesse público é composto pelo equilíbrio e conciliação entre vários interesses privados.¹

¹ Atualmente, em especial no âmbito do Direito Administrativo Europeu, que como será analisado em seguida, o Direito Comunitário entende o interesse público como um ponto em comum de encontro maximizado de interesses dos Estados-membros, do particulares interessados e dos cidadãos. Sobre o tema, elucida o Professor Doutor Colaço Antunes que “*No Estado Liberal, o interesse público coincidia apriorística e abstractamente com o interesse da colectividade, com base na separação, tão cortante como artificial, entre o Estado e a sociedade, o que, segundo GIANNINI, permitia na prática elevar (nem tanto excepcionalmente) o interesse individual à categoria de interesse geral.*” (ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O Direito Administrativo e a sua Justiça no início do Século XXI*. Coimbra: Editora Almedina apud M.S GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, p.43 e ss).

Dada a indefinição do conceito de interesse público, a Administração goza de margem de livre decisão quanto ao *modus faciendi* da sua prossecução. Portanto, a maneira de perseguir o interesse público pertence à Administração. No contexto português, a Constituição da República Portuguesa em seu art. 81º alínea c e o Código de Procedimento Administrativo no seu art. 10º, aludem à imprescindibilidade do dever de boa administração. A Administração determina como alcançar o interesse público.

A atuação da Administração Pública se dá através de um poder representativo, expresso na relação Estado-sociedade através de duas maneiras: a própria Administração é que define o que é o interesse público; a conjugação dos interesses privados dá origem ao interesse coletivo ou geral, podendo conduzir ao interesse público, num contexto de cooperação entre Estado e sociedade.

O interesse público qualifica e justifica a atuação da Administração, fundamentado também a atividade de prestação de bens e serviços aos cidadãos.

Nos dizeres de Marcelo Rebelo de Sousa:

“A administração e o direito administrativo só podem compreender-se com o recurso à idéia de interesse público. O interesse público é o norte da Administração Pública; é por isto que o art. 266º, 1 CRP e o art. 4º, CPA individualizam o princípio da prossecução do interesse público em termos categóricos. Sendo a função administrativa uma função secundária do Estado, o que se traduz na sua subordinação ao princípio da legalidade, não cabe à Administração qualquer papel na escolha dos interesses a prosseguir, aquela está vinculada a prosseguir o interesse público tal como primariamente definido pela Constituição e objeto de concretização pela lei, através da identificação dos contornos das necessidades colectivas a satisfazer, da decisão da sua satisfação por processos colectivos e da definição dos termos mediante os quais tal satisfação deve processar-se. O princípio da prossecução do interesse público constitui, portanto, um dos mais importantes limites da margem de livre decisão administrativa, assumindo duplo alcance.”²

Nesta linha, a Administração só pode prosseguir o interesse público, estando proibida de prosseguir, acessoriamente, interesses privados. Ademais, a Administração só pode prosseguir os interesses especificados na lei em cada atuação administrativa normativamente habilitada. A ação administrativa que não persiga os interesses públicos

² MATOS, André Salgado de. SOUSA, Marcelo Rebelo de. Direito Administrativo Geral. Introdução e Princípios Fundamentais. Tomo I. Lisboa: Editora Don Quixote, p. 201.

definidos pela configura desvio de poder, acarretando sua invalidade do ponto de vista legal.

Neste sentido, esclarece o Professor Doutor Colaço Antunes:

“Verificou-se depois, como é sabido, o gradual e constante incremento, pelo menos até a década de oitenta do século passado, de novas tarefas e serviços públicos por parte do Estado e de outros entes públicos, o que trouxe consigo a corrosão progressiva do carácter monolítico, do conceito de interesse público. Adivinhava-se, assim, uma nova configuração de interesse público, agora mais concreto e menos abstrato e até plural (interesses públicos), o que passou e passa pela procedimentalização da actividade administrativa e até erroneamente pela própria composição de interesse primário. A fonte deste equívoco parte, antes de mais, da porosidade e vaguidade da lei na qualificação de interesse público essencial, acompanhada de certos mal-entendidos quanto à interpretação da função administrativa”.³

José Carlos Viera de Andrade afirma que o interesse público é um interesse que, sendo coletivo, pertence a um grupo indistinto e não se identifica com os interesses próprios de eventuais membros. O doutrinador ressalta também o carácter do interesse público é normativo. As necessidades englobadas pelo interesse público serão associadas a bens comunitários relacionados entre si, objeto de opções que se constituem em normas. O interesse público é valor que justifica e dá fundamento à atividade da Administração Pública, corporizando os fins e as tarefas que lhe cabe realizar na divisão constitucional dos poderes.⁴

Assevera-se que o interesse público depende de matriz política de cada governo. Assim, como leciona Vieira de Andrade, “*um interesse de um grupo só vai ser considerado como interesse público se for como tal reconhecido ou qualificado por uma autoridade dotada de poder normativo. Essa qualificação implica uma opção de carácter político, que se entende, em regra, reservada aos órgãos supremos de uma colectividade*”.⁵

³ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O Direito Administrativo e a sua Justiça no início do Século XXI*. Coimbra: Editora Almedina, p. 17.

⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. In: *Dicionário jurídico da Administração Pública*, vol. V, 1993, p. 275.

⁵ Idem p.276

Mais adiante, afirma que é essa escolha política, normalmente político-normativa, que obriga e habilita a Administração Pública a desenvolver suas actividades nas diversas áreas da vida social, tendo como finalidade a pacificação das necessidades colectivas eleitas e como tarefa a gestão dos meios institucionais, humanos e materiais adequados à prossecução desse objetivo. Nesta linha, a prossecução do interesse público depende da matriz política de cada governo, dado o fato de que a maneira através da qual se prossegue o interesse público é de discricionariedade de cada Administração Pública.

Ao abordar as dimensões funcionais do interesse público, pode-se dizer que sua função acaba por ser a de critério de delimitação entre as atuações reservadas aos poderes públicos e aquelas que podem ser desenvolvidas pelos privados, isto é, determinação dos termos concretos da relação entre Estado e Sociedade.

É o interesse público que legitima os poderes de supremacia de que gozam as autoridades administrativas, além de justificar a vinculação da atividade da Administração Pública a normas legislativas e a princípios jurídicos que a limitam e orientam.

Hodiernamente, devido às já citadas transformações do papel do Estado, o interesse público é analisado de acordo com o Princípio da Proporcionalidade. A relação custo-benefício decorrente deste princípio avalia as vantagens e desvantagens oriundas da prossecução do interesse público e os eventuais sacrifícios dos interesses privados. Neste diapação, a busca pela eficiência consubstancia o balanceamento entre a despesa e o rendimento da atuação administrativa.

De outra forma, Professor Doutor Luis Filipe Colaço Antunes esclarece que a eficiência é mais um parâmetro alinhado pelo modelo de Estado Mínimo Regulador que é expressão da abdicação da Administração em seu Poder e autoridade na prossecução do interesse público, perpassando pela caracterização das autoridades administrativas independentes uma idéia de “discricionariedade técnica”. E ao final, conclui que há uma certa anorexia do interesse público no Estado mínimo regulador, que se caracteriza, dentro outros aspectos, pelo emagrecimento da estrutura do Estado sujeito.

No contexto subjetivo da prossecução do interesse público, há quem defenda que o interesse público não constitua um monopólio do Estado ou da Administração Pública, devido à possibilidade dos interesses privados virem entrelaçados aos interesses públicos. Pedro Gonçalves⁶ entende que há uma desestadualização da prossecução dos interesses públicos.

Este autor cita como exemplo os partidos políticos, sindicatos, a imprensa, os grupos e as associações religiosas, que mesmo sendo entidades privadas, desempenham atividades de alta relevância pública. Ademais, desempenham tarefas públicas os organismos do terceiro setor, que se dedicam ao bem comum, podendo ser reconhecidos como pessoas coletivas de utilidade pública. Nesta linha de raciocínio, o cidadão passaria a dividir com o Estado a assunção da responsabilidade pela prossecução do interesse público.

As entidades privadas que se dedicam a atividades que são consideradas de interesse público devem estar submetidas a um regime de direito administrativo.

A Constituição Brasileira de 1988 estabelece a conveniência do interesse público como um dos critérios de revisão de concessões e doações de terras públicas com área superior a três mil hectares, realizadas no período de 1º de janeiro de 1962 a 31 de dezembro de 1987 (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, art. 51 parágrafo 2º).

Outrossim, a Lei Fundamental brasileira associa a proteção da propriedade social ao interesse social (art. 5º, inciso XXIX) e estatui o poder-dever do Presidente da República vetar total ou parcialmente projetos de lei contrários ao interesse público (art. 66 parágrafo 1º). Ademais, obriga o sistema financeiro nacional a servir aos interesses da coletividade (art. 192); impele a ordem social a objetivas o bem-estar social (art. 193, 2ª parte) e preconiza incentivar-se o mercado interno a visar ao bem-estar da população. (art. 219, 2ª parte).

⁶ GONÇALVES, Pedro. *Entidades privadas com poderes públicos. O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 246.

Não se pode olvidar que a Lei do Procedimento Administrativo Federal Brasileiro, de n. 9.784 de 1999, positiva o princípio do interesse público como norma informadora do regime jurídico-administrativo da União.

A grande maioria da doutrina⁷ e jurisprudência brasileira sustenta a existência de um princípio de supremacia do interesse público sobre o privado, implícito no texto constitucional, como um dos pilares de toda atuação administrativa.

Questão importante a ser trazida a esta discussão é a chamada “politização do interesse público” que vivemos atualmente. Tanto no Brasil quanto em Portugal, vislumbra-se a situação de que o interesse público acaba sendo o da maioria da Casa Legislativa ou o do partido governamental que está no poder.

Eventos como esse podem ser ocasionados tanto pela conjuntura econômica, política e social atual, como também pelas atitudes dos titulares dos cargos político enquanto pessoas. Por vezes, as ações dos governantes são focadas exclusivamente em seus interesses pessoais, num claro desvio de finalidade da função pública.

Sobre o tema, afirma o Professor Doutor Luís Filipe Colaço Antunes que:

A ausência de um conceito substancial de interesse público, aliada a inexistente densificação da sua natureza jurídica, caminham a par da sua mistificação e também da sua dissolvência nas mãos de um Administração entendida subjetivamente. A tal ponto tem sido assim, que, não raras vezes, em nome do interesse público, os entes públicos procuram justificar acções e actuações (de parte) nem sempre lícitas ou legítimas.⁸

Dadas tais circunstâncias, torna-se necessária a fixação normativa do interesse público. Mas para alcançar esse objetivo, devem ser feitas opções políticas acerca do interesse público. E, nesse momento, incide a questão temporal, econômica e social. Parece que estamos diante de um círculo vicioso, que só poderá ter fim com vontade

⁷ Representada pelos administrativistas Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella di Pietro entre outros.

⁸ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *Constituição, Administração e Interesse Público. O Entorno ao Momento Originante ou o Estado contra a Administração. In: Evolução constitucional e perspectivas futuras nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001, p. 513.

política dos governantes e dos legisladores, no resgate da finalidade das instituições democráticas.

2. COMPREENSÃO E ALCANCE DO CONCEITO DE INTERESSE PÚBLICO NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA

O interesse público da União Europeia corresponde ao somatório dos interesses comuns dos Estados e dos Povos europeus relativamente àqueles que dizem respeito aos padrões essenciais de uma vivência democrática e pluralista que permita a plena implementação dos objetivos definidos nos tratados.

O interesse público da União não se restringe ao interesse público dos Estados-Membros, não se resume ao interesse particular dos cidadãos europeus e tampouco abrange quaisquer fundamentos de interesse público nacional, mas apenas aqueles que se destinem a garantir a essência do Estado Democrático de Direito.

O interesse público da União não se confunde com os interesses dos Estados – Membros, e visa salvaguardar não só os interesses estatais representados pelos Governos nacionais, mas igualmente os interesses de todos os cidadãos europeus.

Assume-se verdadeiramente, como um interesse autônomo, definido em função dos tratados e da atuação das instituições comunitárias, e que deve ser perseguido na atuação administrativa dos Estados-membros, especialmente com relação as formas ablativas de intervenção e restrição dos direitos dos cidadãos europeus, como também, pelas instituições da União Europeia.

Julgo não ser demais reforçar que este interesse público autônomo pode nem sequer corresponder à maioria das concepções dos Estados-Membros sobre os respectivos interesses públicos nacionais, desde que aquele seja “individual-friendly”, ou seja, desde que aquele proteja os cidadãos europeus de modo mais intenso do que aquilo que sucede nos ordenamentos jurídicos internos. Tal não prejudica, contudo, que as relações poligonais entre a União Europeia, os cidadãos europeus e os Estados-Membros assumam uma geometria variável de alianças, consoante a aplicação do Direito da União

Europeia corresponda a um tratamento mais ou menos vantajoso dos cidadãos.⁹

3. O INTERESSE PÚBLICO COMO LIMITE À PRIVATIZAÇÃO

A privatização dos serviços públicos só pode ser feita se a empresa que passar a gerir tais serviços tiver os requisitos técnicos e econômicos necessários para tal. Caso contrário, restará prejudicado o interesse público que se visa satisfazer com a devida prestação dos serviços públicos.

O grande problema encontrado é que as empresas privadas vêem no lucro seu principal objetivo, o que dificulta a conciliação do interesse público com os interesses privados destas empresas.

Avançando na discussão sobre a incompatibilidade do objetivo do lucro com a concretização do interesse público, Professor Doutor Colaço Antunes enfatiza que cabe Administração realizar a finalidade pública através da prossecução do interesse público:

Partindo do pressuposto de que na raiz do interesse público está sempre uma necessidade relevante da sociedade, não parece fantasioso afirmar que é obrigação da Administração realizar os interesses públicos. A Administração pública é, assim, o instrumento utilizado pela ordem jurídica para a satisfação de tais interesses.¹⁰

O processo de privatização dos serviços públicos não pode significar a abolição dos compromissos essenciais do Estado na realização do interesse público, na tutela dos direitos dos cidadãos e na dignidade da pessoa humana.

Há de se atentar para a possibilidade de desestatização ter o capital como única razão e fim, e, com isso, deflagar o desapego à ética e aos valores fundamentais humanos. Deixar-se impregnar pela idéia de que a concretização dos direitos humanos

⁹ ROQUE, Miguel Prata. *Direito Processual Administrativo Europeu*. 2010, Coimbra Editora, Coimbra. p.120.

¹⁰ ANTUNES, Luís Filipe Colaço. *O Direito Administrativo e a sua Justiça no início do Século XXI*. Coimbra: Editora Almedina, p. 42.

é um ônus desnecessário aos cofres públicos e um esforço incompatível com a ideologia neoliberal é nega a própria existência do Estado Democrático de Direito.

Mais uma vez, o esforço a ser feito é o de resgate das finalidades do Estado, o que não significa o desprezo ao re-enquadramento do papel do Estado nas sociedades contemporâneas. O Estado deve preservar poder suficiente para atuar como promotor da cidadania, dos direitos que asseguram a dignidade da pessoa humana e condições básicas de vida, de fornecer instrumentos seguros de resolução de conflitos sociais e garantidor da extensão do progresso social para os mais amplos setores da sociedade.

No tocante ao princípio do interesse público como fundamento da nacionalização, uma vez privatizado um serviço público, pode ocorrer a hipótese de que tal serviço não esteja sendo devidamente prestado pela entidade privada responsável por sua gestão. Nesse caso, o interesse público, que não está sendo satisfeito, justifica a nacionalização da prestação de tal serviço.¹¹

4. PROBLEMATIZAÇÃO: CONSECUÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO PELO ESTADO

A questão que atualmente é debatida é a tendência à redução das tarefas atribuídas ao Estado na realização do interesse público. O que se agrava diante da (in) determinação de um conceito próprio de interesse público a ser perseguido pela compreensão atual do papel do Estado.

A perspectiva de redução da intervenção do Estado no domínio econômico, consagradas a partir da segunda metade do século XX, devem ser enfocadas segundo a dimensão dos princípios jurídicos fundamentais da pessoa humana. O

¹¹ COSTA, Flávio Dino de Castro e. *Globalização e crise constitucional*. Revista de Direito Administrativo, vol. 211. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 238 *apud* AMARO, Fernanda Pereira. *O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional dos direitos humanos fundamentais*. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 50. Ano 13. Janeiro-Março de 2005. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2005, p. 135.

Estado tem como papel principal aplicar esforços e recursos para a realização satisfatória desses princípios, o que implica na necessidade de aferir sua forma de atuação deve ser interventiva ou regulatória, ou mesmo de execução direta através de órgãos e institutos públicos. E aqui está em causa a compatibilidade da finalidade única e específica de atingir o interesse público prescritos na lei e a mudança do papel do Estado. Certo é que o Estado é necessário e indispensável como instrumento de realização de valores fundamentais. A questão que se levanta é a redução da intervenção do Estado na economia não significa que a ele seja denegada a competência para realizar concretamente o interesse público, no campo da disciplina jurídica e promoção social. Sobre o novo papel do Estado regulador e suas manifestações, destaca-se aqui a criação de entidades de regulação, essencialmente independentes do governo, com finalidades específicas de regulação para garantir a constituição e o funcionamento de um verdadeiro mercado concorrencial de livre iniciativa e busca do lucro em contraposição a sua finalidade única e específica de se atingir o interesse público e satisfazer as necessidades públicas. As autoridades reguladoras independentes têm como uma de suas competências garantir o respeito das obrigações inerentes aos serviços públicos em benefícios dos cidadãos usuários. Sobre as entidades reguladoras independentes, cabe colacionar opinião do Professor Luis Filipe Colaço Antunes, que afirma que o caráter finalístico da atuação da Administração e a correspondente subjetivação do interesse público, tem dado lugar à crescente substituição do Estado e dos órgãos administrativo por autoridades administrativas independentes.

O serviço público compreende atividades em que a realização dos valores fundamentais pressupõe afastar o postulado do lucro e da apropriação privada da riqueza. Por fim, a questão em foco gira em torno da noção de que a busca do lucro nunca pode fazer-se as custas do sacrifício dos demais valores constitucionais.

CONCLUSÃO

Esta resenha não teve por finalidade levantar conclusões específicas sobre a prossecução do interesse público pelo Estado diante das suas novas formas de atuação. Pretendeu-se apenas que de forma sintética, depreender a noção do interesse público que é a base fundamental do funcionamento da Administração Pública, sendo esta a máquina que permite a consagração de políticas públicas de satisfação das necessidades coletivas e crescimento político social.

Logo, a compreensão do conceito de interesse público em uma perspectiva dos direitos constitucionais e deve fazer-se à luz do valor da dignidade da pessoa humana, já que a atividade da Administração Pública é direcionada ao atendimento das necessidades coletivas e individuais afetadas a esse valor.

Do prisma axiológico, cabe ao Estado a realização dos fins últimos da sociedade. E somente a partir daí, deve-se determinar se a solução mais satisfatória do ponto de vista jurídico e sócio-econômico é adequado para realizar os valores fundamentais. Todos esses serviços de interesse público são potencialmente vinculados à realização da dignidade da pessoa humana.

Por fim, conclui-se com a reflexão de um professor e sociólogo brasileiro Emir Sader da Universidade de São Paulo. Diz ele: *“a desmoralização da política, o desinteresse por tudo o que é público, a privatização exacerbada das relações sociais e do próprio Estado – tudo leva a uma crise da política, induzida pela corrosão da estruturação social e da cultura pelas relações mercantis sem contrapeso da ação até um certo momento reguladora do Estado.”*¹²

¹² SADER, Emir. *Para outras democracias*, capítulo 15. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) *Democratizar a Democracia Os caminhos da democracia participativa*, volume 1. Porto: Edições Afrontamento, 2003, p. 543. Também disponível em <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Commentary.pdf>.

BIBLIOGRAFIA

AMARO, Fernanda Pereira. ***O serviço público sob a perspectiva da garantia constitucional dos direitos humanos fundamentais***. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 50. Ano 13. Janeiro-Março de 2005. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. In: **Dicionário jurídico da Administração Pública**, vol. V, 1993.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **O Direito Administrativo e a sua Justiça no início do Século XXI**. Coimbra: Almedina.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **A Ciência Jurídica Administrativa**. Coimbra: Almedina, 2012.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **Constituição, Administração e Interesse Público**. O Entorno ao Momento Originante ou o Estado contra a Administração. In: Evolução constitucional e perspectivas futuras nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2001.

GONÇALVES, Pedro. **Entidades privadas com poderes públicos**. O exercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas. Coimbra: Almedina, 2005.

MATOS, André Salgado de. SOUSA, Marcelo Rebelo de. **Direito Administrativo Geral**. Introdução e Princípios Fundamentais. Tomo I. Lisboa: Editora Don Quixote.

ROQUE, Miguel Prata. Direito **Processual Administrativo Europeu**. 2010, Coimbra Editora, Coimbra.

SANTOS, Boaventura de Sousa (org.) **Democratizar a Democracia Os caminhos da democracia participativa**, volume 1. Porto: Edições Afrontamento, 2003