

O Princípio da Moralidade e as Categorias Constitucionais de Interesses (1)

Diogo de Figueiredo Moreira Neto
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A Moralidade administrativa; 3. O conceito de interesse; 4. A categorização jurídica dos interesses; 5. Moralidade administrativa e interesses — conclusões.

1. Introdução

A Constituição de 1988, em quatro dispositivos, deu relevo à **moralidade** como princípio norteador da administração pública. No artigo 37, **caput**, ao elencá-la entre três outros princípios expressos dirigidos à administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. No artigo 5.º, LXXIII, ao firmá-la como condição de validade de ato do Poder Público, ao instituir a ação popular. Ainda uma vez, no art. 85, V, ao referir-se à proibição na administração, como valor jurídico inviolável pelo Presidente da República, protegido pela tipificação de crime de responsabilidade. Finalmente, no art. 37, § 4.º, ao cominar com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a disponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível, os atos de improbidade administrativa.

Inevitavelmente, essa manifesta preocupação com a moralidade administrativa trouxe de volta aos estudos e ao debate essa figura interessantíssima, ampliadora dos horizontes da especulação e da prática do direito, introduzida por MAURICE HAURIOU na doutrina francesa, há setenta e três anos.(2)

Em razão da inserção constitucional, um mais amplo espectro de publicistas, além dos administrativistas, passou a debruçar-se sobre o tema, enriquecendo-o, como o fez JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao categorizar a improbidade administrativa como uma variedade de imoralidade administrativa qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem.(3)

Não obstante as grandes contribuições doutrinárias, sedimentadas nesses decênios, começando na própria França, com MAURICE HAURIOU e complementadas por seus discípulos GEORGES RENARD, GEORGES VEDEL e HENRI WELTER, e, logo, de outros países, entre os quais o Brasil, representado pelas primorosas monografias de ANTONIO JOSÉ BRANDÃO(4) e de MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO(5), as intersecções entre a Moral e o Direito continuam a oferecer um vasto campo de estudo.

Desde que a moralidade penetrou no mundo jurídico, através da teoria do abuso do direito, não se pode mais pretender uma delimita-

ção estanque entre a regra moral e a regra jurídica. Essa constatação já a fizera o grande Mestre GEORGES RIPERT em obra clássica, **A Regra Moral nas Obrigações Cíveis**(6), e tem animado tantos quantos vêm aceitando o desafio de pesquisar essa sutilíssima patologia da ordem jurídica.

De nossa parte, neste trabalho, não pretendemos mais que explorar um dos veios que a Constituição de 1988 abriu-nos ao garimpo: as relações entre a moralidade administrativa e os diversos tipos de interesses juridicamente protegidos. Deste estudo, tentaremos demonstrar que das quatro categorias de interesses constitucionalmente definidos apenas um — o interesse público — está vinculado à caracterização da moralidade administrativa.

Nosso método de trabalho será, portanto, muito simples: um breve exame dos conceitos envolvidos — moralidade e interesse — seguido das categorizações encontradas na Constituição para, finalmente, apontar as intersecções possíveis e através dela, roborar a tese.

2. A Moralidade Administrativa

Não nos toca aqui discorrer sobre o princípio da moralidade, até agora desenvolvido na literatura especializada e, entre nós, na consagrada monografia de MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, cujos conceitos estão adotados e até reproduzidos nas modernas obras sistemáticas de Direito Administrativo e, agora, também, nas de Direito Constitucional.

Esse autor ensina que a moralidade administrativa, longe de ser uma expressão vazia de conteúdo, “está ligada à gestão administrativa, isto é, à forma da lei ou da norma jurídica, desde que não deva haver liberdade de atuação a não ser objetivando a boa administração ou o “bem comum”.”(7)

Nessa linha, retoma o tema adiante para afirmar que a atuação do administrador deve voltar-se à satisfação da **intenção legal**, e, por isso, “**a boa administração** situa-se na área do dever. Onde a lei se apresenta com a **justa causa final**, ou com o conceito de justiça”.(8)

À medida em que o Mestre paranaense desenvolve sua clássica monografia, vão despontando, com maior evidência, esses elementos conceituais. Quando se trata de expor quais sejam as **obrigações da Administração**, apóia-se em LEÓN DUGUIT(9) para explicar que elas “resultam daquelas obrigações positivas do Estado”; vale dizer, imposições legais de agir que o Estado deve obedecer para atingir **determinados fins**.

HELY LOPES MEIRELLES, depois de fundar-se também em HAURIU e WELTER, aponta a infidelidade do agente “à idéia que tinha de servir” e o desvio do “fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum”, como os traços dominantes da imoralidade administrativa, mostrando, quase como consequência, que esse conceito está intimamente ligado ao do “bom administrador”.(10)

Outro cursista contemporâneo, escrevendo depois da Constitui-

ção de 1988, DIÓGENES GASPARINI, igualmente, após mencionar HAURIU e os dois autores nacionais supracitados, conota a moralidade administrativa ao “bom administrador”, que “é aquele que, usando de sua competência, determina-se não só pelos preceitos legais vigentes mas também pela moral comum, propugnando pelo que for melhor e mais útil para o **interesse público**”(11)

O constitucionalista NAGIB SLAIBI FILHO, depois de mostrar que o legislador constitucional não confundiu legalidade e moralidade, tendo, ao contrário enfatizado os valores éticos nos artigos 37, **caput**; 14, § 10; 15, V; 37, § 4.º; 55, § 1.º; 85, V e 221, IV, lembra, apropriadamente, que KANT, o primeiro a distingui-las, precisou, na moralidade, “a idéia do dever” como móvel da ação.(12)

Esses conceitos convergem para algumas idéias afins: boa administração, intenção legal, justa causa final, obrigações positivas do Estado, criação do bem comum, fim institucional e, em última análise e como síntese — o **interesse público**.

A administração se pauta pela moralidade quando o agente tem como finalidade de sua atuação o **interesse público**. Por essa razão, nas sucessivas edições de meu **Curso de Direito Administrativo**, tenho afirmado que a invocação à moralidade só ganha sentido quando “entendida como uma derivação da **legitimidade política**, e, assim, do **princípio da finalidade**, porquanto “é pela finalidade que se estabelece, entre outros limites, o que vem a ser a moralidade de atuação pública, aferida em relação a seus fins e a seus meios, mas sempre conotada à idéia de legitimidade da ação do Estado no atendimento do **interesse público**”.(13)

O problema se desloca, portanto, para a configuração do **interesse público**, o que demanda, por sua vez, uma caracterização doutrinária do **interesse**, envolvendo, ainda, uma pesquisa, no mais alto nível normativo, de sua categorização no direito positivo brasileiro.

3. O conceito de interesse

O interesse, não obstante ser um dos conceitos fundamentais do Direito, tem sido irregularmente aprofundado em seus ramos científicos e, quase sempre, sem o benefício enriquecedor da abordagem multidisciplinar.

A análise funcional do comportamento humano, embora enquanto método possa remontar a HERODOTO, só veio a ganhar um seguro travejamento científico com BRONISLAW MALINOWSKI, revolucionando, com isso, a Antropologia Cultural. Pesquisando a natureza e a realidade cultural de instituições, como o casamento, a família, um sistema político, uma empresa econômica ou um processo legal, o autor indicou o caminho para que esses fatos pudessem ser tratados indutivamente, de maneira a produzir generalizações científicas válidas(14). Resulta evidente que à raiz de toda forma cultural existe uma função cultural que a determina(15) e a tarefa do pesquisador de instituições deve principiar pela identificação do sistema de objetos, atividades e atitudes que se integram para a satisfação de um fim(16).

Torna-se, portanto, fundamental, para a metodologia funcionalista, a definição das finalidades que movem o comportamento humano, desde as chamadas **necessidades primárias**, isto é, as biológicas ou vitais, às **necessidades derivadas**, ou sejam, as culturais. Um dos méritos de MALINOWSKI foi o ter demonstrado que, embora axiomáticamente distintas, ambas têm como referência a satisfação de uma necessidade corporal(17).

Ao enfrentar necessidades diversas, o indivíduo reagirá em vários níveis de consciência: desde o quase instintivo até aquele em que se poderia denominar de hiper-racional.

Essa consciência da **necessidade**, seja ela real ou falsa, vaga ou precisa, certa ou duvidosa, é que constitui a matriz do interesse. Em outros termos: se o conceito de necessidade é um dado antropológico, o de interesse já é psicológico, pois, em síntese, o interesse é a necessidade que emergiu à consciência.

Não importa se essa conscientização partiu de uma necessidade real ou falsa, pois o ser humano está sempre proclive a elaborar sobre todos os aguilhoamentos de necessidades, vitais ou culturais, reais ou imaginárias, materiais ou abstratas, racionais ou emocionais, religiosas ou laicas, multiplicando astronômicamente os seus interesses, pois não há limites para querer(18).

Como os interesses são meras projeções e não, precisamente, reproduções das necessidades, a consciência tem tal amplitude de elaboração que, caprichosamente, pode chegar ao ponto de despertar interesses antagônicos às próprias necessidades reais. Como essa distorção tanto se pode dar a nível individual como a nível coletivo, não raro encontraremos indivíduos, grupos, sociedades inteiras, empenhados no atingimento de resultados que lhes serão, afinal, prejudiciais, quando não fatais. Um paradoxo incômodo, mas fascinante, de tantos que nos propõe a Cratologia(19).

O interesse não pressupõe, diga-se em conclusão, no plano do real objetivo, uma necessidade, embora não possa prescindir, no plano do real subjetivo, do querer a satisfação do que a consciência identifique como tal.

Do interesse individual passa-se, então, ao grupal. A esse ponto, o interesse científico desloca-se para a natureza do grupo social tomado como base do interesse coletivizado. LASSWELL e KAPLAN, que estudaram os níveis de organização de interesses, distinguem três tipos quanto a esse critério: os interesses comuns de **semi-grupo**, próprios dos agregados sociais de menor grau de organização; os interesses comuns de **grupo**, dos agregados sociais organizados; e os de **associação**, dos agregados sociais altamente organizados (20).

Outra classificação de interesses, a proposta por CARL J. FRIEDRICH, destaca como critério a solidariedade social, distinguindo, de um lado, os **interesses fundamentados (principled interests)**, e, de outro, os **interesses instrumentais (expediency interests)**. São fundamentados os que dimanam da solidariedade social e, por isso, apresentam forte carga emocional, ao passo que os instrumentais derivam-se, preponderantemente, da razão(21).

Os interesses fundamentados, por isso que densamente impregnados de emocionalismo, resultantes da consciência emergida no grupo, nem sempre correspondem às necessidades reais do grupo, da mesma forma que, como se expôs, o interesse individual pode não convir a uma real necessidade do indivíduo. O que caracterizará, **simile modo**, um interesse metaindividual, será a consciência grupal de que sua satisfação é necessária ou útil ao conjunto e transcende a possibilidade de ação singular de seus membros.

O interesse, qualquer que seja, individual ou metaindividual, demanda sua satisfação, gerando uma tensão, no indivíduo ou no grupo, enquanto ela não ocorre. Essa tensão tem o efeito de polarizar e de ordenar atitudes e comportamentos para a satisfação do interesse, fazendo assomar a **vontade**, como elemento essencial à sua dinâmica de realização.

Mas como não basta o mero querer, é preciso que à vontade, individual ou grupal, se agreguem as condições objetivas para lograr os resultados desejados, e aí temos a **capacidade**, integrando o complexo psicossociológico conformador do poder: **vontade e capacidade**.

Seu primeiro elemento, a **vontade**, deve ser entendido como um impulso para agir, o vetor gerado pela tensão, a personalidade lançada em ação, a expressão final do processo que se iniciou pela consciência da existência de um interesse a ser satisfeito.

Seu segundo elemento, a **capacidade**, é limitativo. Já que nem todo interesse pode ser atendido, pois que, como se viu, enquanto as necessidades são finitas, os interesses multiplicam-se infinitamente pela cultura, o mecanismo psicológico da vontade, para que produza uma ação eficaz, não prescinde de um elemento complementar externo, capaz de incidir sobre o meio, natural ou social, de modo a alterá-lo, segundo o desejo do agente, no sentido da satisfação do interesse.

Em suma: o interessado para passar a agente, deve transcender o mero querer e dinamizar, objetivamente, sua vontade. É preciso que esteja, para tanto, dotado de algum tipo de aptidão para alterar o meio, natural ou social, e para mantê-lo assim, se preciso for, enquanto essa alteração resultar na satisfação do interesse. Essa aptidão é uma vantagem diferencial, de natureza biológica, psicológica ou sociológica, que confere ao agente essa possibilidade de alterar o meio físico ou o comportamento de outras pessoas, segundo sua vontade.

A vontade mobiliza o querer, mas só a capacidade integra o poder.

É por isso que só se considera o poder **eficaz**, quando exista essa aptidão para alterar o meio. Enquanto não se conjugarem vontade e capacidade, ou há mero querer sem conseqüências ou mera aptidão sem objetivo. Nem por outra razão, advertiu CATLIN judiciosamente, "o poder malsucedido não é poder"(22).

Simetricamente à classificação básica de interesses, em individuais e metaindividuais, decorrem, em conseqüência, as da vontade, da capacidade e a do próprio poder.

Da mesma maneira que a existência de um **poder individual** pres-

supõe um **interesse individual**, afluído à consciência de um indivíduo, gerando uma **vontade individual** para satisfazê-lo, mobilizando uma **capacidade individual** para logrã-lo, um **poder metaindividual** pressupõe um **interesse metaindividual**, afluído à consciência de um grupo, capaz de gerar uma **vontade metaindividual** e de uma **capacidade**, também **metaindividual**, para suportá-la.

Essa análise dos elementos do poder, individual ou metaindividualmente considerado, é que permite ao cientista social do dever ser, localizar, com precisão, no interesse, o fulcro axiológico de todo esse sistema fenomênico — a própria sede de valor do poder.

Enquanto **radicado no interesse**, o valor pode ser identificado subjetivamente; depois de **satisfeito pelo poder**, o valor poderá ser então identificado objetivamente pelas ações desenvolvidas. A propósito, a distinção weberiana entre a ética das intenções e a ética dos resultados.

Observe-se, portanto, que o interesse está na raiz do valor e é ele que impregna axiologicamente a vontade, o poder e, por último, o resultado.

Quando se trata de interesse, de vontade, de poder e de resultados metaindividualmente referidos, a distinção weberiana ainda é mais importante. Com efeito, se a vocação que legitima o exercício do poder metaindividual é o interesse metaindividual, o agente tem o **dever** de satisfazê-lo, pois a disponibilidade desse interesse não é sua. Se não lograr a satisfação desse interesse metaindividual, seja porque avaliou mal o poder disponível, estimou mal o poder aplicado ou considerou mal os obstáculos a superar, o agente será censurável eticamente, porque assumiu livremente um dever para o desempenho do qual não estava capacitado.

Como ninguém tem dever algum de atuar como gestor de interesses metaindividuais, como agente do poder de grupos, se alguém se dispõe, voluntariamente, a fazê-lo, presume-se que tenha condições de satisfazê-los. Sujeita-se, assim, a uma distinta categoria de responsabilidade moral: a ética dos resultados. Será, portanto, em função dos resultados efetivamente alcançados por um agente político da sociedade organizada, e não de suas intenções, que se o julgará. Posto em outros termos: a **competência técnica** de quem se arvora, se propõe ou se oferece à gestão de interesses metaindividuais, estritamente vinculada à satisfação desses interesses, é um requisito ético inarredável.

4. A Categorização Jurídica dos Interesses

O interesse, enquanto núcleo matricial de valor, é também o referencial ético para o Direito. A relevância do interesse, enquanto elemento conceptual basilar do mundo jurídico, está esplendidamente desenvolvida na doutrina, em todas as épocas e em todas as especialidades, culminando com a que o entroniza como elemento da própria norma legal, como a de UGO ROCCO(23).

O que a ordem jurídica, efetivamente, faz com quaisquer interesses é identificá-los, qualificá-los, classificá-los e hierarquizá-los, segun-

do critérios de valor, com o objetivo ou de tutelá-los ou de proscrevê-los, pois “a finalidade da ordem jurídica não é senão uma função de garantia ou de tutela de interesses”(24).

Seqüencialmente, o que se deseja com a aplicação dessa ordem jurídica é a solução de eventuais conflitos de interesses pela aplicação imperativa dessas normas que identificam, qualificam, classificam e hierarquizam os interesses colidentes, tutelando a uns e sacrificando a outros(25).

Nessa tarefa, de identificar, qualificar, classificar e hierarquizar interesses, o Direito se vale de categorias, secularmente desenvolvidas, a partir de critérios cientificamente definidos e assentes. Toca à doutrina realizar esse permanente trabalho, selecionando, aplicando critérios e estabelecendo categorizações.

O primeiro critério definirá o próprio mundo do Direito; é o critério da **relevância** jurídica do interesse. Se ele existe, a norma legal o considera; caso contrário, o ignorará. Distinguem-se, em consequência, os **interesses juridicamente relevantes** dos **interesses juridicamente irrelevantes**.

Os interesses juridicamente irrelevantes são aqueles cujos valores imanes são neutros para o Direito. Em consequência, falece-lhes tutela jurídica, sendo denominados, ainda e por isso, em doutrina, de interesse de fato ou interesse simples(26).

Já, os interesses juridicamente relevantes são os identificados, qualificados, classificados e hierarquizados na ordem jurídica, podendo sê-lo de dois modos reciprocamente excludentes: positiva ou negativamente. Têm-se, de um lado, interesses definidos como contrários à ordem jurídica e, por isso, capazes de induzir condutas puníveis — **os interesses negativamente relevantes** — e, de outro, interesses tutelados pela ordem jurídica, aptos a fundar manifestações de vontade e resultados aos quais se reconhecem os efeitos desejados pelo agente — **os interesses positivamente relevantes**.

O segundo critério é o da **imediatez da tutela** juridicamente garantida, distinguindo-se interesses direta ou indiretamente tutelados.

Se a norma jurídica considera um determinado interesse independentemente de qualquer outro, para o fim de lhe atribuir uma tutela própria, temos um interesse diretamente protegido ou, simplesmente, um **direito subjetivo**. Se, entretanto, a norma jurídica fizer depender sua tutela a qualquer interesse, da existência de um outro interesse protegido, temos um interesse legítimo ou, como também denominado, interesse ocasionalmente protegido ou, ainda, direito reflexo.

O terceiro critério, aqui oferecido, é o que particularmente servirá a este breve ensaio; é o que se funda na amplitude subjetiva do interesse tutelado. É aqui que encontramos a distinção fundamental entre interesses individuais e interesses metaindividuais e seus desdobramentos jurídicos.

O **interesse individual**, projeção da personalidade no universo das relações jurídicas, além de ser conceito básico para a estruturação do

Direito, foi, durante muitos séculos, o único tipo de interesse reconhecido categorialmente como capaz de gerar direitos subjetivos e, por isso, de ser o objeto privilegiado da proteção jurídica.

O **interesse metaindividual** é aqui entendido como o referido a mais de um indivíduo, a uma coletividade qualquer, "compreensivo dos interesses que deparam da órbita de atuação individual, para se projetarem na ordem coletiva"(27).

Essa última classificação, sob o critério da amplitude subjetiva dos interesses tutelados, distingue apenas os interesses individuais dos metaindividuais. É preciso, no entanto, aprofundá-la, considerando a **natureza das relações subjetivas** que se travam entre os interesses e seus respectivos titulares. Para alcançar o estágio evolutivo, em que essas novas distinções passaram a ser necessárias, o Direito deveria desenvolver, ainda, novas categorizações em que, pouco a pouco, distinguir-se-iam dos interesses **individuais**, os **privados**, os **públicos**, os **coletivos** e os **difusos**.

Os **interesses individuais** foram os primeiros a apresentar alterações; embora se mantivessem, fundamentalmente, como os pertinentes à pessoa humana, estenderam-se às personalizações de direito privado, na medida em que os interesses solidarizados concentravam-se e ganhavam individualidade própria nessas pessoas morais. Os interesses dos indivíduos, bem como o das pessoas jurídicas de direito privado, passaram, assim, a constituir-se uma categoria qualificada pela disponibilidade — os **interesses privados**, em oposição aos interesses afetos às pessoas jurídicas de direito público, caracterizados pela indisponibilidade — os **interesses públicos**.

Embora conhecido desde Roma, o conceito de interesse público(28) necessitou ainda de mais de um milênio para se afirmar nitidamente, em contraposição ao interesse privado, aguardando que o próprio Estado, seu pólo de concentração, ganhasse personalidade e maturidade suficientes, por volta da Renascença.

Com efeito, essa evolução só se completaria com a afirmação do Estado de Direito, quando, então, o interesse público passou a se caracterizar por sua **afetação estatal pela vontade da lei**.

Qualquer interesse pode ser qualificado pelo legislador como um interesse público. Nem mesmo necessita que seja um interesse metaindividual, embora seja esta a fonte ordinária de interesses públicos. Ocasionalmente, portanto, o legislador poderá guindar um interesse individual à tutela reservada para os interesses públicos, configurando-se, aí, prerrogativas e privilégios individuais, como, por exemplo, as prerrogativas de função, os privilégios de foro, de direitos autorais, de patentes, imunidades, isenções, exclusivos etc.

Nem sempre, porém, a lei definirá diretamente o interesse público; ao lado do interesse público de exclusiva dicção legal, há o que o legislador atribui ao aplicador o poder-dever de defini-lo em cada caso concreto ou, mesmo, em certo nível de abstração. A definição direta do interesse público pelo legislador vincula o aplicador e, por isso, diz-se **vinculada**; a indireta, que se delega ao aplicador, implica no exercício de discricionariedade e por isso é **discricionária**.

Nesse, como em qualquer caso de discricionariedade, se está diante de uma delegação legal para que se integre um resíduo de legitimidade que o legislador entende será melhormente preenchido por um legislador de segundo grau ou por um aplicador administrativo ou judiciário.(29)

Em suma, e em razão do exposto, há interesses públicos de definição legal (**lato sensu**) ou de definição administrativa. Como se verá, o texto constitucional contém as opções que pareceram apropriadas ao constituinte: 1.º — definiu o interesse público; 2.º — determinou ao legislador ordinário que o fizesse; 3.º — determinou ao administrador que o fizesse casuisticamente.

Séculos ainda se passariam, desde a Renascença, até que a Revolução Industrial, que ocorreu no fastígio do paleoliberalismo, em que a dicotomia entre o público e o privado parecia ser indiscutível e absoluta, a cúspide da evolução do Direito, viesse a produzir um novo tipo de concentração metaindividual de interesses — os **interesses coletivos**. Embora metaindividuais, apresentavam a anomalia de nem sempre apresentarem-se polarizados e concentrados em pessoas jurídicas, como os individuais, caracterizando-se, ao contrário, por se estenderem, por igual, a toda uma categoria determinada de indivíduos(30).

Surgiam, assim, os interesses coletivos, com o sentido restrito que hoje se lhes atribui, concernentes, como bem diz LUCIA VALLE FIGUEIREDO, "a série de interesses de determinada classe"(31), um produto do pluralismo de interesses dos grupos sociais secundários que o Direito veio a reconhecer em sua evolução histórica.

Considerados frutos do processo de socialização jurídica(32), esses interesses são, também, por isso, chamados de **interesses sociais**, embora nem todos os interesses coletivos, a rigor, possam ser assim qualificados, como os de condôminos horizontais, de participantes de consórcios, de prestamistas hipotecários da mesma instituição imobiliária etc.

À medida em que as sociedades contemporâneas prosseguem na tendência de destacar e de prestigiar os grupos sociais secundários, enfatizando-lhes os interesses comuns que lhes são peculiares, a categoria dos interesses coletivos tende à expansão. É uma tendência que coincide com o declínio do estatismo e a reemergência do solidarismo social, fenômenos mundialmente observáveis(33), pois no conceito de **interesse coletivo** não mais encontramos o papel central do Estado, nem necessitamos de vê-lo transformado por lei em interesse público para ser respeitado, mas, auspiciosamente, passamos a identificá-lo com o homem numa relação solidária em torno de valores comuns. A multiplicação dos pólos de interesse coletivo valoriza, portanto, o indivíduo, na medida em que o retira da posição de sujeito passivo da vontade do Estado e o coloca na posição de sujeito ativo da vontade dos grupos sociais. Substitui-se a linearidade relacional do cidadão pela multiplicidade interativa dos papéis polifacéticos que desempenha, enquanto integrante de grupos de acionistas, de sindicalizados, de profissionais, de servidores públicos, de condôminos, de moradores de bairros, etc.

Os interesses coletivos não são, portanto, um somatório de interesses individuais, mas um **tertium genus**, que, em muitos casos, com eles conflitam e, até, se sobrepoem. E é essa intrigante probabilidade de conflitualidade entre interesses individuais e metaindividuais, quando referidos à mesma pessoa, a evidência de serem autônomos.

Um advogado, que tenha um interesse individual conflitante com seu interesse coletivo enquanto membro de sua corporação profissional; um condômino, que tenha seu interesse individual conflitando com seu próprio interesse de participante do condomínio; um sindicalizado, que tenha um interesse enquanto trabalhador conflitante com seu interesse sindical; eis alguns exemplos a esmo das possibilidades de emergência da conflitualidade entre interesses individuais e coletivos. Em todos os casos, é de se notar ser irrelevante existir uma personalidade jurídica que polarize e suporte o interesse coletivo: não há mais necessidade de organizá-lo individualmente(34).

Sem dúvida, partindo de sua expressão original laborista, surgida no século XIX, referida às categorias de trabalho, até a atualidade, ocorreu uma impressionante evolução no instituto e, em pouco tempo, abria campo para a configuração de mais uma categoria de interesses metaindividuais: o **interesse difuso**.

Esse conceito é ainda mais revolucionário; o interesse não se centra no Estado nem num grupo social diferenciado: ele abrange toda uma sociedade ou, pelo menos, uma sua parcela significativa e indiscriminada. Está-se diante de um interesse que é de todos e, ao mesmo tempo, de ninguém, nem mesmo de algum grupo definido: literalmente "difuso", sem pólo de coalescência ou de concentração.

Não importa se a lei venha a outorgar ao Estado a cura de alguns desses interesses difusos; isso não os converte em interesses públicos. Ocorre que, nesses casos, são cumulativamente difusos e públicos, assim como poderiam ser também difusos e coletivos.

O Poder Público não raro poderá se encontrar em hipóteses de conflitualidade quando deva, simultaneamente, atender a interesses públicos e difusos incompatíveis. Seria o caso de uma Prefeitura Municipal indecisa entre a satisfação do interesse público do trânsito e o difuso, da preservação do arvoredo, tratando-se de erradicar ou de podar preciosos espécimes vegetais de uma movimentada avenida. Seria, também, o caso de um Governo Estadual colhido entre o interesse de cumprir sua legislação de fomento industrial e o de preservar uma paisagem excepcional no mesmo sítio.

Segundo o sempre precioso magistério de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, dois são, em síntese, os traços básicos dos interesses difusos: "primeiro, a existência de uma **pluralidade** de titulares, em número indeterminado e, ao menos para fins práticos, indeterminável; segundo, a **indivisibilidade** do objeto do interesse, cuja satisfação necessariamente aproveita em conjunto a todos, e cuja postergação a todos em conjunto prejudica"(35).

A essas duas características, LÚCIA VALLE FIGUEIREDO acrescenta uma outra mais, que lhe parece um corolário — a **indisponibili-**

dade; "se não há um titular identificável com poderes para deles dispor", o que explica porque não existe disponibilidade jurídica sobre interesses difusos(36).

Tem sido muito explorada, doutrinariamente, a conflitualidade(37) entre interesses, notadamente em razão das perplexidades interpretativas que causa.

Com efeito, sem a nitidez proporcionada pela **summa divisio**, a tradicional classificação dicotômica de interesses públicos e privados, toda ela rigorosamente refletida no direito positivo, as novas categorias de interesses passaram a apresentar áreas de superposição que deixam dúvidas quanto ao endereçamento da tutela jurídica.

Enquanto adstrito à divisão clássica, o intérprete encontrava as soluções para os conflitos entre interesses tutelados pelo Direito atendo-se aos conceitos positivados na própria norma legal. Foi o fastígio da jurisprudência conceptualista (**Begriffjurisprudenz**).

Paulatinamente, sem essa geometrização valorativa, que permitia uma determinação relativamente simples do juízo legislativo prevalente em conflito ou concurso de interesses, através de mera avaliação comparativa(38), a interpretação se voltou à busca de outros critérios, como ocorre na jurisprudência dos interesses (**Interessenjurisprudenz**) e na jurisprudência tópica (**Topikjurisprudenz**), por exemplo, nas quais, por um processo de avaliação seletiva, busca-se o sentido teleológico prevalente na solução de cada problema específico(39).

As soluções doutrinárias e jurisprudenciais da conflitualidade criada pelas novas categorias de interesses, não podendo apoiar-se diretamente nos preceitos normativos específicos, passaram a exigir, assim, uma superior mestria sobre os princípios. De certa maneira, os interesses coletivos, os interesses difusos e a conflitualidade que introduziram, têm provocado uma sábia renovação do método jurídico, sobretudo pela superação do positivismo.

O manejo dos princípios, de pouca valia na confortável arrumação de um direito positivo kelsenianamente disposto e interpretado, dispensável para tratar as categorias da **suma divisio**, tornou-se imprescindível para enfrentar os problemas suscitados pela conflitualidade das novas categorias de interesses reconhecidos pela ordem jurídica.

Não por outra razão, a tendência contemporânea se volta a uma interpretação constitucional valorativa, antes que preceptiva; a uma jurisprudência flexível, finalisticamente orientada, de preferência à conceptualista; e a uma doutrina sociologicamente renovada, em vez de adstrita às categorias formais.

Poder-se-ia argumentar que todas as normas constitucionais, tendo igual hierarquia, pois estão, afinal, no mesmo texto, desautorizaria qualquer hierarquização dos interesses (valores) nele previstos. Esse argumento positivista, que tem a inércia a seu favor, ignora a **real natureza juspolítica** e, portanto, híbrida, de uma Constituição. Nunca é demais repisar que nela se fundem valorações políticas e comandos jurídicos na expressão privilegiada de seus princípios. São inúmeros os exemplos, na Constituição de 1988, que demonstram a inequívoca

intenção de hierarquizá-los, a começar pelo próprio Título I, que contém os "Princípios Fundamentais". Qual seria o sentido de qualificá-los como **fundamentais** se não fora para orientar, limitar e condicionar a interpretação de toda ordem jurídica, inclusive, é claro, dos demais princípios, gerais e setoriais, do próprio texto constitucional?

Poder-se-ia, também, objetar que os valores, afinal, não são filosoficamente hierarquizáveis. Que o pluralismo político, por exemplo, não seria "superior" à preservação ambiental e que, por isso, o art. 1.º, V, não teria nenhuma precedência sobre o art. 225, **caput**. Novamente, um argumento parcialmente válido; tenha-se em mente que uma Constituição, embora impregnada de uma filosofia de vida e de uma axiologia comportamental, não é um código de moral mas, insista-se, um documento juspolítico. Se, com efeito, em termos axiológicos, há valores que não são susceptíveis de hierarquização, em termos jurídicos poderão sê-lo, pois se exprimem em normas legais, produtos da vontade e não meras expressões racionais: embora racionalmente não hierarquizáveis, o são volitivamente.

O profissional do Direito, pouco a pouco, defronta-se com uma nova situação; começam a falhar alguns de seus instrumentos metodológicos tradicionais; exige-se-lhe uma formação mais rigorosa para a compreensão dos fenômenos regidos pela ordem jurídica; devolve-se à aplicação do direito um sentido humanístico e vital que jamais deveria se ter perdido nas cristalizações das formas abstratas; realinham-se os valores, não pelos conceitos mas pelos interesses... o jurismo do próximo milênio estará mais próximo do espírito do que da letra.

Assim é que princípios, como esse que examinamos, o da **moralidade administrativa**, tornaram-se muito mais inteligíveis e, conseqüentemente, de mais fácil aplicação, nesse Direito que se renova em suas próprias fontes filosóficas.

Resta-nos, portanto, examinar as interações possíveis entre a moralidade administrativa e as categorias de interesses.

5. Moralidade administrativa e interesses — conclusões.

Começemos pela grande divisão apresentada: **interesses individuais** e **interesses metaindividuais**. Sob o ponto de vista moral o que os distingue é a **finalidade**. A finalidade individual se situa no plano subjetivo: cada indivíduo impregnará seus atos da finalidade que tiver em mente. A finalidade metaindividual, por outro lado, não está na consciência de cada um, mas em expressões objetivas da convivência.

Se a finalidade individual está no íntimo de cada indivíduo, determinando a **sua própria** conduta, não tem sentido falar-se em traição de finalidade. Distintamente, se a finalidade metaindividual dimana do grupo, determinando ou orientando a conduta de quem deva agir **pelo grupo**, passa a ter suma importância a fidelidade àquela finalidade.

Desde logo decarte-se, portanto, qualquer intersecção entre a moralidade administrativa, exigida de quem deva agir pelo Estado, e o interesse individual.

Vejamos, então, as três modalidades de interesses metaindividuais, em relação aos quais, aí sim, poderá existir uma intersecção da moralidade em sua dimensão pública.

O interesse coletivo, próprio dos grupos sociais secundários de toda espécie, não deve ser a finalidade do agir do administrador público. Tampouco deve ser considerado como elemento modificador dessa finalidade. O administrador não refugirá ao emprego imoral do poder de que está investido mesmo que alegue ter sido motivado por um interesse coletivo.

É certo, não obstante, que certos interesses coletivos são confiados à ação do Estado; neste caso, a lei (e só a lei poderá fazê-lo) os torna interesses públicos.

Segue-se o interesse difuso, aquele que tem pluralidade de titulares, em número indeterminado e natureza indivisível em relação a esses titulares. Em geral, diz respeito a toda a sociedade ou a segmentos significativos. Recordemo-nos, ainda, que, distintamente dos individuais e dos coletivos, a **indisponibilidade** o caracteriza.

E por estar tão próximo do interesse público, com ele tanto se confundindo em numerosas hipóteses, o interesse difuso é o que suscita maiores dificuldades na sua intersecção com a moralidade administrativa.

Se o agente público for movido por um interesse difuso, seu ato não será administrativamente moral se a lei o houver considerado **também** um interesse público. Em outros termos: não basta existir um interesse difuso, é necessário que a lei o qualifique igualmente como um interesse público.

Um exemplo ajudará a concretizar uma hipótese de não coincidência entre as duas categorias de interesses. Um destacamento da Polícia Militar poderá ter, entre suas missões, a de colaborar na preservação do meio ambiente (interesse difuso). Nem por isso, toda e qualquer ação de proteção ambiental estará coberta por essa competência: será necessário que a finalidade de atendimento ao interesse difuso se contenha na finalidade pública que a lei lhe prescreve, ínsita na própria regra de competência daquela instituição.

Todo o exposto converge para a afirmação que deixamos na introdução: apenas o **interesse público** está vinculado à caracterização da moralidade administrativa, daí as seguintes observações à guisa de conclusões:

1.º — O requisito de positivação é absolutamente imprescindível. Como a Administração Pública está absoluta ou relativamente vinculada à lei, ela jamais poderá atuar, por mais **relevante** que possa parecer determinado interesse (individual, coletivo ou difuso), senão quando a lei o **determinar** ou o **autorizar** (ação vinculada ou discricionária).

2.º — Há, portanto, íntima vinculação entre o princípio da **moralidade administrativa** e o princípio da **finalidade**, já que a finalidade pública não pode ser outra que a vocação do atendimento do **interesse público**.

3.º) — O Poder Judiciário, por fim, ao examinar as hipóteses de possível violação da moralidade administrativa, deverá sempre partir do exame do **tipo de interesse** que orientou a prática do ato sob suspeita.

NOTAS

- (1) — Tese apresentada ao XVI Congresso Nacional de Procuradores de Estado. De 22 de outubro a 1.º de novembro de 1990, em Porto Alegre, Rio Grande do Sul — Tema 3.
- (2) — A fonte, aqui, é o artigo de ANTONIO JOSÉ BRANDÃO, *Moralidade Administrativa* publicado na *Revista de Direito Administrativo*, 25/454.
- (3) — *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 6.ª ed. S.P., Ed. Revista dos Tribunais, 1990, p. 563.
- (4) — *Op. cit.*, nota 2, supra.
- (5) — *O Controle da Moralidade Administrativa*, SP, Ed. Saraiva, 1974.
- (6) — “La séparation absolue du droit et de la morale est impossible à réaliser” (*La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949, p. 23).
- (7) — *Op. cit.*, ps. 13 e 14.
- (8) — *Op. cit.* p. 32 (n/grifos).
- (9) — *Tratté de Droit Constitutionnel*, T. II, p. 160.
- (10) — *Direito Administrativo Brasileiro*, 14.ª ed., SP., RT., 1989, p. 80.
- (11) — *Direito Administrativo*, SP, Saraiva, 1989, p. 7. (n/grifo).
- (12) — *Anotações à Constituição de 1988. Aspectos Fundamentais*. Rio, Forense, 1989, p. 362.
- (13) — 9.ª Ed. Rio, Forense, p. 77 e 78.
- (14) — *Uma Teoria Científica da Cultura*. Rio, Ed. Zahar, 1975, p. 137.
- (15) — *Op. cit.*, p. 139.
- (16) — *Op. cit.*, p. 140.
- (17) — *Op. cit.*, p. 160.
- (18) — “O que move os homens, infelizmente, não é a necessidade real, mas a necessidade sentida”, afirma GEORGE GORDON CATLIN, (*In Systematic Politics — Elementa Política et Sociológica*, Toronto University Press, 1969, Cap. III, item III).
- (19) — Não por outra razão, KARL POPPER pensa que uma teoria razoável a respeito das instituições políticas deve preocupar-se menos com o acerto das decisões em termos de interesses e mais com a minimalização do erro, em termos de necessidades (*V. Conjecturas e Refutações*, Introdução; XV, e *Open Society*, Cap. 7).
- (20) — HAROLD D. LASSWELL & ABRAHAM KAPLAN, in *Power and Society*, 3.ª ed., New Haven e Londres. Yale University Press, 1969, p. 31.
- (21) — C. J. FRIEDRICH, *Constitutional Government and Politics*. Harper, 1937, p. 292 a 295.
- (22) — GEORGE E. GORDON CATLIN, *Tratado de Política*, Rio, Ed. Zahar, 1962, p. 104.
- (23) — Para ROCCO, as normas jurídicas são um sistema de limites entre interesses (*Trattato di Diritto Processuale Civile*, Volume I, p. 4).
- (24) — V. JORGE LAFAYETTE PINTO GUIMARÃES, *Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro*, v. 28, p. 2.
- (25) — “O direito objetivo tem por finalidade, justamente, a solução dos conflitos de interesses, afastando o emprego da violência, que tornaria difícil ou mesmo impossível a vida em sociedade” (CARNELUTTI, *Sistema del Diritto Processuale Civile*, Volume I, p. 13).
- (26) — UGO ROCCO, *Trattato, op. cit.*, V. I, p. 25.
- (27) — *Vide*, de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir* (S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1988, p. 57), no qual, como uma divisão básica, adota essa, de interesses individuais e metaindividuais. A antiga distinção genérica entre interesses individuais e coletivos causaria hoje confusão com os interesses coletivos enquanto espécie. Essa também é a classificação genérica preferida pelas monografistas do tema, como LÚCIA VALLE FIGUEIREDO e ADA PELLEGRINI GRINOVER.

- (28) — O Direito Romano já apresentava essa diferenciação de interesses como a própria base das célebres definições de Direito Público e Privado de ULPIANO: “**Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem**” (1. 1 § 2. D. de inst. 1.1).
- (29) — Isso porque temos sustentado: 1.º — que o Instituto da discricionariedade de passa o campo do Direito Administrativo, e 2.º — que a discricionariedade é a qualidade de competência cometida a um órgão para definir abstrata ou concretamente o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à configuração da vontade da lei. (v. n/*Legitimidade e Discricionariedade*, Rio, Ed. Forense, 1989, p. 1, 2, 20 e ss).
- (30) — O fenômeno mais característico da nova ordem jurídica que surgia no chamado Século das Luzes. Como sintetizou CAIO TÁCITO, ao examiná-lo; “**os interesses se organizam em grupos**, provocando conflitos que abalam os alicerces dos sistemas políticos”, (“Do Direito Individual ao Direito Difuso”, In R.D.A., Rio de Janeiro, 157, jul./set. 1984, p. 1). (n/grifo).
- (31) — “Direitos Difusos na Constituição de 1988” (in R.D.P. Vol. 88, dez. 88, p. 103).
- (32) — Prevalência das normas que tutelam interesses coletivos (cf. DÉLIO MARANHÃO, *in Direito do Trabalho*, F.G.V., Rio, 15.ª, 1988, p. 5).
- (33) — Há, na expressão de MARILYN FERGUSON, uma alteração de paradigma: as mudanças deixam de ser impostas pela autoridade para nascerem do consenso e da liderança (*The Brain Revolution*).
- (34) — O Direito Processual, como se sabe, pode atribuir certos interesses coletivos a uma pessoa formal, como ocorre com o exemplo acima do condomínio, e no, mais antigo, do espólio ou nos referentes aos órgãos diretivos de colegiados parlamentares.
- (35) — “A Proteção Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos”, in *A Tutela dos Interesses Difusos*, coordenação de ADA PELLEGRINI GRINOVER, S. Paulo, Ed. Max Limonad, 1934, p. 99.
- (36) — *Direitos Difusos e Coletivos*, S. Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1989, p. 16.
- (37) — *Conflittualità*, da doutrina italiana, em tradução nossa.
- (38) — A expressão *valutazione comparativa*, empregada por EMILIO BETTI (*Interpretazione della legge e degli atti giuridici*), põe em evidência, não obstante a aparente superfeição, a existência de valores em comparação.
- (39) — Para aprofundamento, v. de PHILIPP HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, e do próprio EMILIO BETTI (*op. cit.*, p. 48 e ss.).