

**A UNIDADE DO INTERESSE PÚBLICO COMO CONSEQUÊNCIA DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO – A IMPORTÂNCIA DA ADVOCACIA-GERAL DA
UNIÃO NA LEGITIMAÇÃO DOS INTERESSES DOS CIDADÃOS**

**THE UNIT OF A PUBLIC INTEREST AS A CONSEQUENCE OF THE
DEMOCRATIC STATE OF LAW – THE IMPORTANCE OF GENERAL UNION
ADVOCACY FOR LEGITIMATION OF PEOPLE’S INTEREST**

ANDRÉA MARIA DOS SANTOS SANTANA VIEIRA

Mestra em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV – Faculdade de Direito de
Vitória. Advogada da União.

PEDRO GALLO VIEIRA

Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV – Faculdade de Direito de
Vitória. Advogado da União.

RESUMO: O presente estudo busca desmistificar a existência de um interesse a ser perseguido pela Administração, próprio do Estado e distante do Povo. Apesar da doutrina de Direito Administrativo informar uma série de conceitos, classificações e expressões similares ao que venha a ser interesse público, em especial ao abordar a existência de interesses primários e outros secundários, a Administração tem que atuar exclusivamente em prol de um interesse uno, qual deverá ser construído com base em preceitos de democracia deliberativa, deixando-se de vez a ideia de um interesse estatal apartado da sociedade. Não é a autoridade quem informa o interesse público, mas o próprio Povo. O resgate do interesse soberano se inicia com uma Advocacia de Estado voltada aos interesses dos cidadãos. Para esse mister, a atuação da Administração Pública, por meio da Advocacia-Geral da União, visa em muito contribuir para a correta interpretação dos ditames constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Interesse Público; Democracia Deliberativa; Estado Democrático de Direito.

ABSTRACT: The present research seeks to demystify the existence of a public interest chased by the Administration, proper for the State but distant from the people. Even if the administrative law doctrine says a serial concepts, similar expressions and classifications about what could be the public interest, in special when it broaches the existence of a primary interest and another secondary interest, Administration ought to act only for an unique interest, that must be building based on preceptions of deliberative democracy, leaving forever the idea of State interest far from the society. That is not the authority who informs the public interest, but the own people. The rescue of the sovereign public interest starts with a State Advocacy turned to the citizens interest. To reach this target, the Administration performance, by the General Union Advocacy, seek too much in a correct interpretation of constitucional dictates.

KEY WORDS: Public interest; Deliberative democracy; Democratic State of Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Espécies de interesse público – O dogma da atuação do Estado contrária ao interesse do povo – 3. Crise de conceitos – Interesse público e Democracia enquanto propostas divergentes – 4. Unidade do interesse público - Atuar estatal pautado no debate deliberativo mediado pela Advocacia-Geral da União – 5. Considerações finais – 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Intrigante teoria do Direito Administrativo trata da existência, diante do exercício do Poder do Estado, de dois tipos de interesse público, de um lado o interesse dito próprio do Estado, qual se distanciaria do Povo e de outro o interesse primário, inerente à coisa pública.

Já em Meirelles (1999, p. 79) é possível verificar que o conceito de administração consiste em gerir bens e interesses qualificados da comunidade nos diversos âmbitos da estrutura federativa, “segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum”. Por certo, do desempenho do *múnus público* conferido ao

administrador decorre a necessidade de observância do interesse da coletividade, sob pena de, caso contrário, incorrer em desvio de finalidade. No mesmo sentido, Carvalho Filho (2004, p.7) ao distinguir os sentidos objetivo e subjetivo da Administração, destaca em relação à primeira hipótese, de administração da coisa pública, que “a destinatária última dessa gestão há de ser a própria sociedade”.

Afirma Müller (1998, p.77), que o Estado deve servir ao Povo e não o Povo ao Estado. Partindo dessa premissa, à Administração não deve ser permitido possuir interesses divergentes dos interesses do Povo. Esta é uma questão de Democracia, qual não pode ser afastada do direito. Dito de outro modo, para que se preveja o melhor interesse dos titulares do poder, o povo deve ser instado a se manifestar, construído o ideal de democracia com base em preceitos deliberativos, a afastar a ideia de um interesse estatal apartado da sociedade.

Note-se que a Constituição, enquanto manifestação da vontade do verdadeiro titular do poder, o povo, deve espelhar o paradigma adotado pela comunidade que busca reger. No caso brasileiro, ao proclamar que todo poder emana do povo, instituiu o Estado Democrático de Direito, elegendo-o como o paradigma que deve nortear a atuação do Estado em todas as suas esferas. Neste sentido, qualquer instituto, órgão ou ente Estatal deve agir segundo esse paradigma, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade. A Democracia apresenta-se como marco insubstituível da prática jurídica social, sendo inegociável, senão com o rompimento da atual ordem constitucional.

Sendo assim, incabível afirmar a existência de um interesse público diverso do interesse do Povo, razão pela qual o agir estatal divergente da vontade do povo se mostra ilegítimo. Decisões administrativas bem construídas atendem aos interesses e anseios da população. Necessário, portanto, desmistificar a visão restritiva de atuação em favor do Estado, senão quando e se presente o interesse de todos, visto que, este sim, representa o interesse soberano.

A afirmação de existência de um interesse público secundário contraria a própria ideia de democracia, porquanto pretensamente admitida a possibilidade de se voltar contra o próprio Povo. Neste contexto, importa a atuação da Advocacia-Geral da

União na consolidação dos atos administrativos tendentes à integração entre motivação e atuação popular soberana.

Por vezes os interesses do Povo e da pessoa jurídica Estado podem ser convergentes, mas os atos administrativos nunca poderão ser baseados em mero interesse estatal como pessoa jurídica apartada do Povo, tendo em vista que não se pode admitir a existência de atos administrativos a justificar um mero interesse estatal apartado da vontade popular. Afinal, o Povo deve estar sempre em primeira análise dentro da atuação estatal.

De se ver, a teoria de bipartição do interesse público atende a práticas antidemocráticas e autoritárias. Cabe ao Direito buscar caminhos para viabilizar formas de gestão estatal democrática, sabendo que a Administração existe para atender o Povo, verdadeiro soberano.

Em se tratando de fato no mandante e titular da coisa pública, deve-se ao Povo o pleno exercício do poder soberano, qual, por razões práticas, delegou a mandatários.

2. ESPÉCIES DE INTERESSE PÚBLICO – O DOGMA DA ATUAÇÃO DO ESTADO CONTRÁRIA AO INTERESSE DO POVO

Estado é instituição política que não pode deixar de visar a coletividade. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 41). Todavia não poderá, também, se esquecer de seu status de defensor das individualidades expressas nos direitos fundamentais e sociais de minorias. Por isso, a busca do interesse público será obstaculizada pela sua própria conceituação, quando afirma presente o interesse geral.

Existem dúvidas terminológicas acerca do interesse público pela existência de expressões semelhantes, tanto quanto a dificuldade para conceituá-lo (MEDAUAR, 2005, p. 160). O interesse, em princípio, é a relação entre o sujeito interessado e o bem da vida. Do interesse faz nascer a necessidade em se fazer opções, tendo em

vista que os bens são escassos e é necessário fazer escolhas (SANSEVERIANO, 2003, p. 173).

Desde as mais priscas eras, teóricos e eruditos têm procurado incessantemente por critérios de justificação e validade para as relações de poder e de conformação das condutas sociais. Como é de supor, tais critérios variam sensivelmente segundo as premissas e contextos peculiares de seus idealizadores ao longo dos tempos. O recurso a princípios de legitimidade ou fórmulas de justificação geralmente encontra sua razão de ser na necessidade de reconhecimento de um sistema político pela generalidade dos cidadãos ou, ao menos, por uma parcela significativa deles (DINIZ, 2006, p. 54)

O direito francês adota a terminologia interesse geral para o que chamamos de interesse público. A designação interesse coletivo, por vezes, é usada como sinônimo de interesse público; em outras oportunidades interesse coletivo pode surgir como a denominação de interesse de um grupo determinado de indivíduos, estando vinculado a um conceito de amplitude menos abrangente. Interesse coletivo se apresenta em contraposição a interesse difuso, sendo no caso um interesse comum a uma coletividade de pessoas e somente a elas ligadas por vínculo jurídico qual não encontra apoio em uma relação jurídica base bem definida, pois advém de uma conjuntura mutável (MEDAUAR, 2005, p. 160).

Medauar (2005, p.160) aponta para a existência do interesse social, ao que este seria o interesse da sociedade, ao passo que o interesse público seria próprio do Estado ou da Administração. Segundo a autora, “o interesse social seria mais abrangente que o interesse público e expressaria uma distância da atuação estatal quanto às aspirações da sociedade”.

Interessante a concepção díspar entre interesse público do Estado e interesse social pertencente à comunidade. A questão repousa no fato de que o Estado Democrático de Direito tem por função buscar o bem comum da sociedade, ao que se apresenta distante da matriz democrática afirmar a existência de um interesse próprio para o Estado distinto do interesse da sociedade. Afinal, o Estado é a organização política da sociedade, e por ela deve trabalhar.

O conceito interesse social no direito brasileiro também aparece como fundamento para a desapropriação, quando irá encarnar o viés da justa distribuição de

propriedade ou melhor aproveitamento do bem, mostrando-se como razão para o uso do poder expropriatório (MEDAUAR, 2005, p. 160).

Interesse público é um conceito impreciso de fato. Pode assumir variadas feições a exemplo da soma de interesses particulares; algo que extrapola os interesses de cada pessoa individualmente considerada; interesse da sociedade apartado dos particulares; soma de bens e serviços; valor ético quando os atos da Administração serão benéficos a todos; ou também poderá significar interesses que os direitos fundamentais não conseguem satisfazer (MEDAUAR, 2005, p. 160-161).

Há que afirme que a expressão interesse público surgiu da associação a termos similares como interesse geral, interesse difuso, interesse coletivo, utilidade pública, que por vezes querem significar a mesma coisa, mas por outras mostram sentidos distintos (CUNHA, 2005, p. 28-29).

Ao invocar a supremacia do interesse público, Di Pietro (2006, p. 83) ressalta a crítica sofrida pela nomenclatura utilizada, vez que muitas normas de direito privado buscam resguardar o interesse público, bem como o contrário também se verifica, apresentando-se normas de direito público a defender interesses dos particulares. Entretanto, o que se deve ter em consideração é que o interesse público tem por objetivo primordial atender o bem-estar coletivo. Ressalte-se que o art. 2º, caput da Lei nº 9.784/99 define o que vem a ser o princípio do interesse público e, da mesma forma, remete ao “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”.

Dentre todas as classificações de interesse público, a que mais nos interessa é a clássica dicotomia entre o interesse público primário e o interesse público secundário, proposta pelo jurista italiano Renato Alessi e introduzida no Brasil por Mello, sendo largamente utilizada pela Administração Pública sem, no entanto, levar em conta a finalidade do Estado que é busca pelo bem comum.

Apesar das lições do autor paulista, que enfatizam que os interesses públicos secundários “não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito”

(MELLO, 2010, p. 65-66) e que os interesses individuais do Estado como pessoa jurídica somente serão legítimos se convergirem com o interesse público propriamente dito, em muitos casos a Administração Pública utiliza-se desse subterfúgio teórico para legitimar condutas apartadas do interesse comum.

A brecha aberta pela dicotomia semântica permite muitas vezes dissociar a moralidade do interesse público, apto que seria para fundamentar vontades da pessoa jurídica Estado ou daqueles que a dirigem. O suposto interesse público secundário é largamente usado para legitimar interesses contrários à coletividade pelo Estado, como se pertencente a toda a sociedade (DAVI, 2008, p. 186). De mesmo modo Figueiredo (2004, p. 67) para quem, eventual conceito abrangente de interesse público permite a prática de atos sem guarida no ordenamento.

Para Carvalho Filho, muito embora seja feita a distinção entre interesse público primário e secundário, em ambos os casos o que deve prevalecer é a realização de alguma atividade que favoreça a coletividade, do que se conclui que a distinção perde sua razão de ser.

Não importa se se trata de interesse direto do Estado ou da coletividade, o que parte da doutrina tem denominado de interesse público **primário** ou **secundário**. Se a atividade alcança diretamente a coletividade é indiscutível que se cuida de interesse público, mas se beneficia diretamente ao Estado é evidente que a coletividade, por ele representada, também vai auferir o benefício, ainda que de modo indireto (CARVALHO FILHO, 2005, p. 59).

O interesse público visto como mero interesse do Estado nos remete ao absolutismo, quando o Estado não tinha deveres para com seus cidadãos, mas somente com ele mesmo, representado pelo monarca. Dentro das dimensões dos direitos fundamentais e logo depois das revoluções burguesas que criaram uma fórmula constitucional de contenção do poder, deu-se a mudança de paradigma para o Estado Liberal, passando este a defender os interesses individuais. Remanesce que a função administrativa impõe a observância do interesse público como expressão dos interesses do Povo, do que decorre a sua indisponibilidade, bem como a exigibilidade da prática de atos que melhor atendem à gestão dos interesses de toda a sociedade. Neste porvir, a atuação da Advocacia-Geral da União busca justificar interpretações em respeito à Constituição e ao Estado Democrático de

Direito, de modo a impedir que o administrador da coisa pública se valha de preceitos impróprios para legitimar condutas inidôneas.

3. CRISE DE CONCEITOS - INTERESSE PÚBLICO E DEMOCRACIA ENQUANTO PROPOSTAS DIVERGENTES

O interesse público propriamente dito terá a prerrogativa jurídica de se sobrepor sobre os demais interesses particulares. A supremacia decorre da própria ideia de autoridade da qual o Estado está investido. Sundfeld bem equaliza essa noção:

A primeira constatação a respeito do regime das relações de direito público é a de que um dos sujeitos da relação, o Estado, exerce o poder de autoridade, desfrutando de prerrogativas de que não se encontram equivalentes no direito privado. Entre elas brilham especialmente os poderes de, unilateralmente, impor deveres aos indivíduos e de alterar as relações já constituídas. Esse é certamente, o aspecto de percepção mais imediata. (SUNDFELD, 2002, p. 111).

Todavia o grande embate está em lapidarmos uma forma democrática de aferirmos o que venha a ser esse interesse finalístico para a Administração. O Estado, apesar de ontologicamente expressar-se juridicamente como uma pessoa jurídica, é formado por toda sociedade e deve perseguir os valores que esta sociedade venha a apontar (BARROSO in SARMENTO, 2007, p. x).

A titularidade da soberania democrática não se confunde com o seu exercício. Embora as Constituições se utilizem do povo com vistas a legitimar seu poder, os efetivos titulares do poder ativo tendem a confiar aos governantes o seu exercício. Com efeito, confere-se ao povo o papel de instância global de atribuição de legitimidade, o que justificaria as decisões prolatadas em seu nome. (MÜLLER, 1998, p.60). No entanto, o povo não pode ser entendido apenas como fonte legitimadora das normas, seja no processo de produção ou de interpretação, mas também como destinatário. Para tanto, compete ao Estado Constitucional observar a atribuição democrática a este imposta, condicionante da permanente legitimação processual de validade do ordenamento jurídico.

Dentro dessa dificuldade em se definir democraticamente o que venha a ser o interesse público, há autores que contestam a própria supremacia da vontade estatal sobre a vontade particular. A falta de uma teoria democrática forte que legitime o interesse público propriamente dito, ao invés de criar subterfúgios teóricos facilitadores de uma Administração Pública antidemocrática, como é o dito interesse público secundário, faz com que o dogma da supremacia do interesse público sobre o interesse privado venha a ser reescrito pela orientação de matriz constitucional. A orientação constitucional estará em primazia como vetor desse interesse público (BARROSO in SARMENTO, 2007, p. xiii).

A visão de que o interesse público secundário é legítimo a ponto de incorrer em autonomia ao interesse público primário, embora seja amplamente aceita como prática pela Administração Pública brasileira, em especial no atuar da Advocacia de Estado, mostra-se como uma perspectiva distorcida e incoerente, pois o Estado como perseguidor de valores apontados pela própria sociedade não pode ter interesses distintos aos previstos na Constituição. Em outras palavras, tanto o interesse em manutenção do erário como o interesse em bem estar social não são passíveis de divisão e o primeiro só será legítimo se convergir com o segundo. De bases ideológicas como esta decorre a visão equivocada, qual repousa no inconsciente coletivo de que “o Direito Administrativo é um Direito concebido em favor do Poder, a fim de que ele possa vergar os administrados” (MELLO, 2009, p. 43), quando, em verdade, deva ser visto como limitação imposta ao próprio Estado, na forma de observância à finalidade precípua de atendimento ao bem-estar comum.

De se ver, o interesse público se realiza quando o Estado cumpre seu papel, mesmo que tenha por beneficiário imediato um único cidadão, que venha a contrariar uma maioria. O resguardo aos direitos fundamentais de uma única pessoa em detrimento de uma coletividade também é a expressão do interesse público. Constitucionalmente, o interesse público secundário poderá por vezes ser submisso a um interesse particular mesmo que disponível (BARROSO in SARMENTO, 2007, p. xv), como em hipóteses em que o Fisco verifica ter praticado uma exação excessiva e devolve o valor indevidamente apurado ou quando indeniza-se um particular que tenha sofrido danos em decorrência do atuar administrativo. Nesses casos, mesmo que seja do interesse do erário não abrir mão de valor algum, seja

arrecadando, seja a título de indenização dentro de uma perspectiva onde se resguardam interesses secundários, é pelo interesse do Povo, verdadeiro soberano, que cabe à Administração cobrar o que é correto e indenizar o que é justo.

Por certo, ninguém duvida de que a existência do Estado se dá apenas no interesse do Povo, razão pela qual não há como legitimar condutas particulares da pessoa jurídica Estado, contrariamente à sociedade. Com isto, equivocava-se Mello (2009, p. 65) ao afirmar que o Estado, enquanto pessoa jurídica, concorre com todos os demais sujeitos de direito por entender que “o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares”. A legitimidade de conduta contrária aos administrados deverá ocorrer tão somente de modo a afastar eventual dano à coletividade. Não há que se falar em interesses secundários, como se a existência do Estado pudesse ser divorciada do fim para o qual fora criado.

O interesse público propriamente dito deve intentar uma razão pública, que consiste na busca de elementos constitucionais essenciais e em princípios consensuais de justiça, dentro de um ambiente de pluralidade, sem o uso de argumentos ideológicos ou religiosos. Os argumentos não necessitam ser compartilhados, mas aceitos como razoáveis dentro de um debate franco (BARROSO in SARMENTO, 2007, p. xvi). A razão pública dará o norte para o interesse público primário, qual não poderá advir de uma determinação de autoridade, mas de uma noção de democracia deliberativa.

Por questão de ordem, necessário extinguir por vez a classificação dicotômica acerca da existência de um interesse público primário - interesse do Estado em sentido amplo - e o interesse público secundário – interesse do Estado como pessoa jurídica. O interesse público, dentro de uma sociedade plural, não é secundário, primário, tampouco uno; mas múltiplo, e sua construção se dará pela dialética até que os participantes atinjam o consenso. A verdade no discurso, no caso o interesse público, será desvelada, no seio da Administração Pública federal, por um debate dialético entre todos os interessados e destinatários da decisão.

Na Constituição brasileira, a igualdade não é só um limite, mas antes de tudo uma meta a ser perseguida pelo Estado; um justificador de enérgicas políticas públicas de cunho redistributivo, que podem gerar forte impacto sobre os direitos patrimoniais

dos particulares. A solidariedade também deixa de ser apenas uma virtude altruística, promovida por pontuais ações filantrópicas, convertendo-se em princípio constitucional, capaz de gerar direitos e obrigações inclusive na esfera privada, e de fundamentar restrições proporcionais às liberdades individuais (SARMENTO in SARMENTO, 2007, p. 71). A Constituição brasileira, muito mais do que qualquer outra, é a uma Constituição cidadã, justamente por proteger com veemência a esfera individual e pela minúcia com que define as regras de competência da atividade estatal. Neste viés de princípio da igualdade, alguns autores entendem que interesse público e interesse privado são dispostos igualmente na Constituição como finalidades do Estado de modo que não há como compreender supremacia de um sobre o outro, existindo, isto sim, uma conexão estrutural entre interesse público e interesse comum, pois ambos estariam resguardados pela Constituição (ÁVILA in SARMENTO, 2007, p. 187-91).

Sendo o interesse público e o interesse privado resguardados constitucionalmente, não há como falar em prevalência. Embora supostamente antagônicos, podem conviver perfeitamente (ÁVILA in SARMENTO, 2007, p. 191). Na hipótese de embate entre ambos, para que haja uma definição da contenda, necessário consenso por meio de deliberação a fim de atingir um interesse público democraticamente construído.

Estando ausente uma determinação constitucional de que o interesse público, por si só e sem deliberação, seja superior ao privado - ao contrário, a Constituição cidadã a todo tempo tende a garantir as liberdades particulares com a anulação da atividade pública o que caracterizaria uma forma de reconhecimento do valor dado ao privado - com mais razão mostra-se fundamental o recurso à deliberação pública, com vistas ao consenso sobre determinado interesse em jogo. O princípio democrático também informa o respeito à liberdade, sobretudo das minorias; quando impede que uma maioria, sob o suposto argumento do bem comum de uma coletividade, tente massacrar ou se sobrepor autoritariamente.

Os cidadãos não podem ser submetidos em suas liberdades às determinações da Administração, sob argumento simplista de criação do dogma de prevalência do interesse público sobre o privado (ÁVILA in SARMENTO, 2007, p. 214). A ideia de

supremacia do público só se verifica em situações específicas e sempre dentro de condições definidas e limitadas constitucionalmente (SCHIER in SARMENTO, 2007, p. 241). As liberdades configuram em regras constitucionais, enquanto que o interesse público sobre o privado equivale a exceção que deva ser fundamentada (SCHIER in SARMENTO, 2007, p. 241). Para que se possa dar autoridade à supremacia do interesse público, esta deverá advir do prévio exercício democrático deliberativo, não sendo automática a justificativa de se impedir a liberdade com mero argumento de autoridade.

Não há supremacia do interesse público sobre o privado. Há, isto sim, prevalência do interesse público democraticamente realizado que, em muitos casos, poderá se sobrepor à vontade individual. De tal sorte, não há que se falar em interesse público primário ou secundário, mas em interesse público uno guiado pela concepção de Estado Democrático de Direito (SCHIER in SARMENTO, 2007, p. 242).

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo que exista, *prima facie*, aparente interesse meramente estatal, este deverá sempre atender o interesse público propriamente dito. Não é o Estado o destinatário do interesse público, mas a coletividade e, como tal, assim como interesses particulares não podem se contrapor a interesses gerais, de mesmo forma não é possível falar-se em interesses típicos do Estado, singularmente considerado.

Encontra-se aí a necessidade em não mais separar o interesse público em primário e secundário. Primário, qual diria respeito ao interesse da sociedade e secundário, próprio da maquinaria estatal enquanto pessoa jurídica (MELLO, 2010, p. 63). Disso decorre a impossibilidade em nominar o interesse público em secundário como forma de justificar condutas administrativas contrárias ao que de fato deve significar interesse público como primário ou propriamente dito. Eventual divisão resulta em desrespeito ao bem comum coletivo, função precípua do Estado. Desta maneira, o interesse estatal, seja patrimonial, seja financeiro, decorrente da personalidade jurídica de direito público, não se mostra senão com uma análise aprofundada, qual deve sempre convergir para o interesse da sociedade. Isso será bem visível em especial no que concerne à representação judicial do Estado ou da Sociedade, pois

mostra-se tarefa extremamente difícil, quase impossível, manter apenas um órgão de atribuições judiciais que exerça tanto a Advocacia de Estado quanto a Fiscalização Pública (papel normalmente atribuído ao Ministério Público). Tal incompatibilidade, definida erroneamente pela existência de dois tipos de interesse público – primário e secundário – poderá acarretar em ineficiência de patrocínio técnico tanto para o Estado quanto para a sociedade, prejudicando uma busca pelo bem comum.

4. UNIDADE DO INTERESSE PÚBLICO - ATUAR ESTATAL PAUTADO NO DEBATE DELIBERATIVO MEDIADO PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

A teoria acerca da criação de um interesse público bipartido entre primário e secundário é falha e antidemocrática. O Estado não pode ser visto como uma pessoa jurídica distinta de suas finalidades democráticas. A democracia é pressuposto do Estado Republicano e, portanto, indissociável deste. Qualquer órgão estatal deve agir sempre com o escopo democrático, sob pena de prestar atuação ilegítima. Desde o uso do poder de polícia até as decisões governamentais advindas de escolhas racionais, a Administração deve perseguir um atuar democrático e ter sempre uma finalidade pública. Segundo Meirelles,

Os fins da administração pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrada. Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo. Se dele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não institui a Administração senão como meio de atingir o bem-estar social. Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade. (MEIRELLES, 1999, p.81)

Dentro desse viés democrático, não seria esperável da Administração um agir estratégico em que, *prima facie*, buscasse satisfazer ímpetos como particular fosse, de arrecadação e de imposição unilateral de vontade política do governante do momento. A Constituição, apesar de expressamente priorizar a organização fiscal do Estado – inciso XVIII do artigo 37 -, determina quais serão os objetivos fundamentais da República, ao que se destaca a promoção do bem de todos.

Caso o agir estatal estivesse adstrito ao interesse público secundário, com o Estado travestido de um particular, de nada serviriam possíveis reivindicações à esfera pública, como o uso do direito de petição ou o apelo pelos particulares às instâncias da Administração. As decisões administrativas, escoradas unicamente no dito interesse público secundário, sempre teriam por norte subjugar o particular e prover ao máximo o enriquecimento estatal. Fosse isto possível, o particular sairia sempre perdedor ao recorrer aos órgãos do Estado.

Na esfera federal caberá à Advocacia-Geral da União promover o debate democrático, porquanto possui meios para lidar com as mais variadas arenas ideológicas pautadas pelo Direito. A função hermenêutica da Advocacia Pública deve se pautar por um debate racional de legitimação. Para tanto, necessário permitir a abertura das manifestações de seus Advogados à participação popular, segundo debate instrumentalizado pelo discurso ético e transparente de construção da deliberação democrática. Quanto maior o substrato extraído da comunicação com o Povo, verdadeiros legitimados à construção da interpretação constitucional, maiores as chances de reconhecimento das decisões, com suprimento das demandas judiciais.

A sociedade questiona os atos da Administração. O faz com toda razão. A Administração, por sua vez, se esquece dos preceitos do Estado Democrático de Direito, no qual as decisões são construídas após um debate racional. Ao contrário, acredita que possa legitimar seus atos pelo mero exercício de soberania, que dá presunção de legitimidade àquilo que faz. A legitimidade também se constrói no discurso amplo, transparente e, sobretudo racional; não num mero rótulo de presunção de legitimidade para o exercício de império. A prática da democracia deliberativa na esfera Administrativa constitui em forte aliado para o reconhecimento dos atos da Administração.

Existindo o princípio de indisponibilidade do interesse público pela Administração, alguns autores defendem a tese de que seria possível ao Estado abrir mão apenas do interesse público secundário. Quanto ao interesse público primário, a regra será sua indisponibilidade. Essa premissa é emblemática no particular das conciliações judiciais envolvendo a Fazenda Pública. O Estado abre mão de um interesse seu

como se particular fosse para buscar um interesse público propriamente dito que seria o não litígio (DIAS, 2005, p. 82-83). Entretanto, entendemos de forma contrária que, mesmo quando o Estado abre mão de eventual interesse, este se dá porque o interesse do Povo e, portanto, da coletividade, se mostra tal que justifica e é superior ao interesse confrontado. Sempre e em qualquer caso, há que se priorizar o interesse público, qual é uno, porquanto fundamentado no bem-estar social.

É possível verificar a inexistência de uma duplicidade dimensional do interesse público na criação das Câmaras de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. Estas se utilizam da conciliação e arbitragem para decidir conflitos de interesses entre entes públicos em nível federal que supostamente poderiam desaguar no Judiciário, ou entre pessoas de direito público federal com algum estado da federação (BERNARDO, 2010, p. 168). Como a finalidade do Estado é uma só, qual denota a existência de um único interesse público, eventuais litígios que ocorram devem ser resolvidos no âmbito da própria Administração.

Por certo, antes de satisfazer interesses fiscais ou dos governantes de momento, a Administração tem dever constitucional para com os direitos fundamentais e a democracia. Estes devem sempre servir de parâmetro para o atuar estatal. Ainda que no caso concreto um direito de arrecadação se sobreponha ao interesse particular, o que se buscará defender é o direito de toda a coletividade à recomposição do erário em prol de políticas públicas, quais dependem de receita para sua efetivação.

Mesmo em um agir discricionário, essa discricionariedade administrativa deve seguir sempre os preceitos constitucionalmente elencados. A lei pura e simples não é o único norte a ser seguido pela Administração, sob pena de um atuar antidemocrático. O Direito Administrativo deve reinventar-se, deixando de ser meramente legalista para ser justo (MARQUES, 2005, p. 92). O interesse público aferido de modo democrático é essencial, visto que a finalidade, requisito do ato administrativo, é sempre informada pelo interesse público (CUNHA, 2005, p. 29). De nada valerá, diante de um atuar administrativo, que os atos sejam baseados em interesses do Estado como pessoa e não nos interesses do Povo como soberano.

Já se faz hora de deixarmos de lado a perspectiva weberiana (QUINTANEIRO, 2011, p.127) que poderia justificar o interesse público como legítimo apenas pelo fato de ter sido ditado pela autoridade constituída, ao que bastaria nascer o interesse público de uma autoridade legitimamente empossada para que esse interesse se configurasse como legítimo, de modo a ser reconhecido e imposto a todos. Por essa ótica, própria do Direito Administrativo, é que em muitos casos se invoca o atributo de presunção de legitimidade do ato administrativo apenas porquanto este foi expedido por autoridade competente. A presunção de legitimidade faz da autoridade competente a fonte do próprio direito, o que pode render ensejo à discricionariedade autoritária.

Rousseau (2002, p.23-30) retoma a importância em se definir as convenções das quais decorreu a constituição do pacto social, em que a formação do soberano se daria a partir da vontade dos particulares, não podendo agir o representante contrariamente à autoridade dos membros do corpo político, entendida a possibilidade de renúncia a direitos apenas na exata medida à realização dos escopos sociais. Se de um lado possível abrir mão de algum direito em favor do grupo, tal não pode ocorrer de modo a retirar a aprovação por parte dos reais detentores do poder, mesmo que contrariamente à regra da maioria, na busca da estruturação coletiva em um contexto de inclusão presente em uma sociedade pluralista. Entende Dahl (2001, p. 89-90) que ninguém é melhor do que o próprio indivíduo para se autogovernar, ao que delegar esse direito ao Estado equivaleria a equiparar adultos a crianças, o que afasta o argumento de exercício de uma suposta autonomia individual, visto não exercitada de forma isenta.

Uma visão mais adequada à democracia e à persecução do interesse público propriamente dito é a empossada pela teoria de democracia deliberativa proposta por Habermas, em que a legitimidade do atuar da Administração adviria do diálogo e do agir comunicativo deliberativo. Com fundamento em Habermas, ressalta Souza Neto (2006, p. 148) que nos dias atuais, a noção de espaço público não se restringe à ágora. Com isto, “a participação popular também ocorre nos âmbitos social e cultural, através do debate permanente acerca das questões de interesse público”. Por meio de um processo argumentativo realizado segundo padrões éticos, os destinatários da norma envolvem-se no diálogo de justificação, ao que passam, de

forma consciente, a identificar-se e agir de acordo com aquilo a que se obrigaram (Habermas, 2007, p. 10-11), diverso do que ocorre quando a decisão é imposta de cima para baixo, segundo preferências específicas.

A autoridade do ato de execução do interesse público alicerça-se na forma como esse interesse público foi construído. Se aqueles que são atingidos pelos atos administrativos de persecução do interesse público foram chamados a deliberar, então esse interesse será de fato um interesse público propriamente dito.

Com efeito, Habermas (2007, p. 9-10) defende que a legitimação do Direito depende do verdadeiro reconhecimento pelos seus destinatários, do que resulta o poder de ser aceito segundo um processo dialogal, e não por meio de imposição. Na qualidade de participantes de um diálogo abrangente e voltado para o consenso, cada qual, a partir do seu próprio ponto de vista, deverá proceder à universalização de todos os interesses envolvidos, para que, a partir da argumentação e da compreensão do outro se possa extrair a essência das coisas e seus significados.

Quando o ato administrativo é expedido sem qualquer cuidado com a deliberação, tendo por alicerce a autoridade que o emanou, mesmo que democraticamente empossada, poderemos encontrar um interesse político partidário dos governantes de plantão ou de mero enriquecimento da Administração sem levar em conta seus fins públicos.

Para Weber, a relação Estado/sujeito era vista de forma subjetiva. Essa lente nos permitirá entender o interesse público como aquele determinado pela autoridade, mesmo que democraticamente instituída. Já para Habermas, a relação se dará de forma objetiva tendo a linguagem com meio irrecusável de sentido e validade para o que venha a ser o interesse público, quando aí sim teremos o verdadeiro interesse do Povo e não do governante. O solipsismo metódico garantidor de um subjetivismo individualista, qual goza a autoridade ao definir o que venha a ser interesse público, será substituído por uma reviravolta linguística em favor dos interesses da vontade popular (MOREIRA, 2007, p. 9).

Habermas entende que a legitimidade repousa no fato de confeccionarmos as decisões sob uma gênese democrática. É o processo democrático de uma política deliberativa que irá atribuir validade ao Direito. É assim que se deve apurar o que venha ser o verdadeiro interesse público, por meio de uma razão comunicativa, tendo por certo que nenhum interesse secundário iria resistir à deliberação (MOREIRA, 2007, p. 30). O interesse legitimamente público será aquele deliberado e não imposto pelo administrador. Para tanto, faz-se necessário um espaço público de debates que não se limite à esfera estatal nem a períodos eleitorais. É importante lembrarmos a autonomia do interesse público face ao Estado (NETO, 2006, p. 129), quando o debate não está restrito ao fórum governamental, mas a toda uma esfera pública não estatal. Os debates são mantidos nos mais diversos fóruns e canais de redes sociais, tendo por mais importante a própria comunicação.

Tem-se portanto que o Estado não pode inverter seu papel de busca pelo bem comum. Deve sim se submeter ao povo e se desenvolver em função deste, sob pena de, assim não o fazendo, travestir-se no Leviatã, déspota e antidemocrático. Afinal, o interesse do Povo também é o interesse do Estado. Se o Estado tem algum déficit de caixa além do normal é de interesse do povo que este déficit seja reduzido; se os direitos sociais não estão sendo atendidos a contento é do interesse do Estado que essa realidade mude. Não se pode separar a vontade do Povo da boa gestão do Estado, como pessoa jurídica que é. Tampouco se pode deixar de lado a real existência do Estado e sua finalidade republicana e ensejo democrático, sob o argumento de supremacia, sobreposta à própria Constituição. Em outras palavras, é impossível dissociar o interesse público do Estado, do interesse público do Povo.

Uma nomenclatura mais próxima da sujeição democrática deveria ser, ao invés de interesse público, interesse do Povo, de modo a evidenciar a fonte constitucional de onde vem o interesse buscado pelo Estado. Denominar o interesse como público sugere a existência de interesses próprios do Estado, dissociado do interesse de seus cidadãos. Sendo o Povo o responsável pelos desígnios do Estado, nada mais justo que a defesa dos seus interesses esteja sempre em primeiro plano.

Segundo Di Pietro (2006, p. 83) “o Direito deixou de ser apenas instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para a consecução

da justiça social”. Nesse desencadeamento de interesses do Estado, em um primeiro momento como guardião de direitos individuais, e noutro constituído em garantidor de direitos comuns, coube à Administração defender, em todos os planos, os interesses do Povo, sejam estes individuais ou sociais. Neste processo, meros interesses de governo ou do Estado, enquanto pessoa jurídica, só terão espaço se convergirem com os interesses sociais e individuais do povo. Diferentemente do que prega a doutrina de Direito administrativo no que tange à dicotomia do interesse público, vê-se a existência de um só interesse, guiado pelos ideais democráticos, razão pela qual cabe à Administração atuar exclusivamente segundo um interesse uno, haja vista que o interesse do Povo também é o interesse do Estado.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Grandes são as dificuldades em conceituar o que venha a ser interesse público, face a existência de expressões similares que contribuem para confundir os conceitos. Contudo, o interesse público não é aquele expresso por ato de autoridade, tampouco aquele que se justifica como mero interesse político-partidário dos governantes de plantão. Interesse público também não equivale à sanha estatal em simplesmente arrecadar ou enriquecer às custas de direitos alheios.

A indicação do que venha a ser interesse público não é do Estado, mas do soberano, detentor do poder, que é o Povo; que o indicará pelas vias democráticas, em especial pela via deliberativa.

O exercício do interesse público se dará, então, pela razão entre a vontade de uma ampla coletividade e o interesse individual, de modo a afastar a mera prevalência do interesse estatal sobre o interesse privado, calcada na autoridade de quem o define, posto rasa e antidemocrática, com sérios riscos aos direitos fundamentais e às minorias desprotegidas, devendo, deste modo, estabelecer-se a partir de um diálogo qual busque privilegiar todas as partes envolvidas.

Na esfera federal, a função hermenêutica de busca do interesse público caberá primeiramente à Advocacia-Geral da União, devendo pautar seu atuar por um

debate racional de legitimação, com abertura à manifestação popular, instrumentalizado pelo discurso ético e transparente de construção da deliberação democrática.

Permitir a abertura da Constituição a todos os verdadeiros legitimados contribuirá e muito para a diminuição de demandas judiciais, tendo em vista que quanto maior o espaço de deliberação, maiores as chances de reconhecimento pelos destinatários.

6. REFERÊNCIAS

BERNARDO, Leandro Ferreira. A Câmara de Conciliação e o novo papel da Advocacia-Geral da União. **Revista da AGU**. Brasília, n. 25, p. 163-184, jun./set. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Processo Administrativo Federal**. Comentários à Lei nº 9.784 de 29/1/1999. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A fazenda pública em juízo**. São Paulo: Dialética, 2005.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DIAS, Rodrigo Bernardes in PAVANI, Sérgio Augusto Zampol (org). **A União em Juízo**. Conciliações judiciais com a União. São Paulo: MP, 2005, p. 79-90.

DAVI, Kaline Ferreira. Composição de litígios pela Administração Pública sem intervenção do Judiciário. **Revista da AGU**. Brasília, n. 16, p. 184-196, jun. 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006.

DINIZ, Antônio Carlos de Almeida. **Teoria da legitimidade do direito e do Estado**. Uma abordagem moderna e pós-moderna. São Paulo: Landy, 2006.

FARIA, Fernando Luiz Albuquerque. A Procuradoria-Geral da União, os interesses primários e secundários do Estado e a atuação proativa em defesa do Estado Democrático de Direito e da probidade administrativa. **Revista da AGU**. Brasília, n. 18, p. 9-28, out./dez. 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Direito Administrativo e Pós-Positivismo: a crise da legalidade e o império do direito. **Revista da AGU**. Brasília, n. 6, p. 85-94, abr. 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MOREIRA, Luiz. **A Constituição como simulacro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MÜLLER, Friedrich. **Fragmentos (sobre) o poder constituinte do povo**. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. São Paulo: Max Limonad, 1998.

QUINTANEIRO, TANIA (Org). **Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores, 2002.

SARMENTO, Daniel (Org). **Interesse público versus interesse privado:** desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANSEVERIANO, Milton in SALLES, Carlos Alberto de (org). **Processo civil e interesse público.** O processo como instrumento de defesa social. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003. p. 171-179.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa.** Rio de janeiro: Renovar, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público.** São Paulo: Malheiros, 2002.