

---

# A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO COMO MEDIADORA ENTRE AS INSTÂNCIAS ELETIVAS E JUDICIAIS

*THE GENERAL ATTORNEY OF THE UNION AS MEDIATOR  
BETWEEN ELECTIVE AND JUDICIAL BODIES*

---

*Adriano Sant'Ana Pedra*

*Procurador Federal*

*Doutor em Direito do Estado (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP)*

*Professor da Faculdade de Direito de Vitória – FDV (graduação, mestrado e doutorado)*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Tensão e diálogo entre os órgãos decisores; 2 Tomada de decisão em uma concepção procedimental de democracia; 3 Tomada de decisão em uma concepção substancial de democracia; 4 A Advocacia Pública de Estado na defesa dos interesses públicos primários e secundários; 5 Democracia participativa e soberania popular; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A complexidade das relações sociais exige do Direito a tarefa de distribuição de recursos escassos, realizando a justiça social. A decisão sobre esta distribuição é uma empreitada em que geralmente a aferição da vontade popular é feita verificando-se a anuência da maior parcela do povo. Não obstante, algumas decisões devem estar a salvo das maiorias e não podem ser tomadas pelas instâncias eletivas, especialmente aquelas que dizem respeito a direitos fundamentais e a direitos de minorias. Busca-se analisar neste estudo a missão que tem a Advocacia Pública de Estado de viabilizar que as decisões estatais sejam tomadas em consonância com a sociedade e dentro dos limites constitucionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Advocacia Pública. Advocacia-Geral da União. Democracia Constitucional. Funções Essenciais à Justiça. Poder Executivo. Poder Judiciário. Poder Legislativo.

**ABSTRACT:** The complexity of social relations requires from the Law the task of distributing scarce resources, realizing social justice. The decision on this distribution is a work in which generally the popular will is measured by checking the consent of the greater part of the people. Nevertheless, some decisions must be taken away from the majorities and can not be taken by electives bodies, especially those which are concerned about fundamental rights and rights of minorities. This approach aims to analyze the mission which Public Advocacy of State has to enable that state decisions are taken according to society and within constitutional limits.

**KEYWORDS:** Public Advocacy. General Attorney of the Union. Constitutional Democracy. Essential Functions to Justice. Executive Branch. Judiciary Branch. Legislature Branch.

## INTRODUÇÃO

A democracia exige um comportamento político no qual o cidadão toma parte das decisões do Estado. Assim, a democracia encontra bases no princípio da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte do poder, o que se exprime pela norma de que “todo o poder emana do povo” (parágrafo único do artigo 1º da CF), bem como no princípio da participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular<sup>1</sup>.

Mas é importante ter em mente qual a concepção de democracia que se busca alcançar. Embora todos os povos almejem possuir um regime democrático, convém advertir, como faz Giovanni Sartori, que “ideias erradas sobre democracia fazem a democracia dar errado”<sup>2</sup>.

De início, é imprescindível distinguir a vontade geral (*volonté générale*) da vontade de todos. Enquanto a primeira diz respeito ao interesse comum, a segunda, ao interesse privado, sendo tão somente a soma de vontades particulares. Somente a vontade geral pode dirigir o Estado, porque, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento da sociedade organizada – Estado –, foi o acordo desses interesses que o possibilitou<sup>3</sup>.

Para Jean-Jacques Rousseau, os interesses públicos sempre se sobrepõem aos interesses privados, com a alienação dos direitos individuais ao corpo social, firmada no contrato. O problema que surge com esta ideia é o desamparo dos direitos individuais afirmados contra o Estado. Por outro lado, Montesquieu constrói a sua doutrina pensando na liberdade. A separação de poderes é uma garantia da liberdade, porque contra o poder só o poder. É necessário que o poder detenha o poder.

Diante das dimensões políticas e jurídicas presentes nas relações sociais, a Advocacia Pública de Estado assume um papel de grande relevo porquanto objetiva, por um lado, que as decisões tomadas pelas instâncias eletivas estejam dentro dos lindes contramajoritários da Constituição e, por outro, que a concretização da Constituição esteja em harmonia com os anseios da sociedade. Este estudo pretende demonstrar o quão essencial a Advocacia Pública de Estado é para a democracia

---

1 PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 247.

2 SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994. p. 17.

3 PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. p. 264.

constitucional e como a sua atuação contribui para o diálogo entre as instâncias majoritárias e contramajoritárias.

## 1 TENSÃO E DIÁLOGO ENTRE OS ÓRGÃOS DECISORES

Na busca de soluções para os problemas apresentados, às vezes acontece que decisões diferentes emanem em diversos sentidos, a depender do órgão que a tome. Então, é necessário identificar qual órgão tem competência para tomar determinada decisão, de tal forma que esta seja legítima do ponto de vista democrático.

Como os tribunais não têm compromisso partidário, nem compromisso com as maiorias supostamente democráticas, eles são capazes de assegurar os direitos das minorias e, por conseguinte, uma concepção de democracia que respeita um pluralismo e uma diversidade de concepções<sup>4</sup>.

No Estado Constitucional de Direito há como que uma primazia da Constituição positivada relativamente ao postulado da soberania popular *representativa*. A vontade da maioria atual cede em face da norma constitucional que disponha em sentido contrário. A maioria momentânea deve curvar-se à vontade da maioria constituinte. Preserva-se a soberania popular consubstanciada na Constituição e, a partir desta, normatizada<sup>5</sup>.

Hans Kelsen justifica a legitimidade da jurisdição constitucional na atuação da proteção das minorias. É conveniente lembrar também que as minorias parlamentares podem ser facilmente eliminadas no sistema democrático compreendido como sistema majoritário.

Deve-se destacar que uma aprovação por ampla maioria, embora seja capaz de “facilitar” a legitimação, não proporciona necessariamente legitimidade, porque esta não se resume à vontade da maioria, pois deve estar presente, dentre outros, o necessário respeito à minoria.

Existem certas questões nas quais os legisladores não resistem às tentações da demagogia, como anota Mauro Cappelletti.

Parece lícito arguir que nessas áreas os juízes seriam menos vulneráveis tanto às pressões da genérica demagogia eleitoral de caça aos votos, quanto às prioridades mais específicas e concretas,

4 PEDRA, Adriano Sant’Ana. *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 221.

5 TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 498.

impostas pelos interesses locais ou corporativos, às quais, pelo contrário, os “políticos” encontram-se, às vezes, inexoravelmente ligados<sup>6</sup>.

Assim, deve-se abandonar a ideia de que todas as decisões importantes devem ser provenientes apenas de instâncias eletivas, o que é imprescindível para a aceitação da jurisdição constitucional<sup>7</sup>.

Não obstante, a necessidade da representação eletiva é um axioma e, dessa forma, prescinde de demonstração, enquanto que a *judicial review* necessitará de justificação<sup>8</sup>. John Hart Ely<sup>9</sup> destaca como principal problema do controle jurídico de constitucionalidade o fato de que um corpo que não é eleito ou mesmo responsável politicamente de nenhuma forma significativa está a dizer aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem governar como querem. Rejeita o autor o argumento de que a Corte tenha função constitucional de definir valores e de proclamar princípios, uma vez que os valores em questão seriam aqueles dos próprios magistrados. O *judicial review* deve fiscalizar se os pressupostos da democracia foram respeitados nas decisões, controlando aquelas que impliquem risco para a continuidade da democracia.

Da mesma forma, Jürgen Habermas avalia a legitimidade das decisões da jurisdição. Segundo ele,

a existência de tribunais constitucionais não é auto-evidente. Tais instituições não existem em muitas ordens do Estado de Direito. E, mesmo onde eles existem – eu me restrinjo aqui à República Federal da Alemanha e aos Estados Unidos – há controvérsias sobre o seu lugar na estrutura de competências da ordem constitucional e sobre a legitimidade de suas decisões<sup>10</sup>.

---

6 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 89.

7 PEDRA, Adriano Sant'Ana. A justiça constitucional como elemento de aperfeiçoamento da democracia em Cuba. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça constitucional e democracia na América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 219.

8 PERRY, Michael J. *The Constitution, the courts, and human rights: an inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary*. New Haven: Yale University, 1982. p. 9.

9 ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980. p. 4-5.

10 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I, p. 298.

*Alguns autores utilizam a expressão “juiz legislador” para se referirem ao processo de criação jurídica pelo Poder Judiciário. Todavia, é necessário reconhecer, como faz Luis Prieto Sanchís<sup>11</sup>, que a criatividade judicial não deve ser equiparada à legislativa, tanto devido aos princípios da supremacia e reserva da lei como em razão da posição que ocupam os juízes e pelas características que definem o processo judicial. Por isso, escreve Mauro Cappelletti que “apenas o juiz ruim agiria com as formas e as modalidades do legislador, pois, a meu entender, se assim agisse, deixaria simplesmente de ser juiz”<sup>12</sup>.*

A legitimidade democrática do juiz deriva do caráter democrático da Constituição, e não da vontade da maioria. O juiz tem uma nova posição dentro do Estado de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional. Como afirma Aury Lopes Junior, “é uma legitimidade democrática fundada na garantia dos direitos fundamentais e baseada na democracia substancial”<sup>13</sup>. Anote-se ainda que, quando se reconhece “a legitimidade do juiz para atuar além da lei, isso não significa que o juiz está acima dela. Colocar o juiz acima do legislador é repetir o erro que se critica (superioridade do legislativo), apenas mudando o conteúdo subjetivo do erro”<sup>14</sup>.

*Todas as dicotomias clássicas, como soberania popular e constitucionalismo, somente aparentemente apresentam uma natureza paradoxal, pois, como diz Menelick de Carvalho Netto:*

embora efetivamente sejam opostos um ao outro, são também, a um só tempo, constitutivos um do outro. [...] Não há democracia, soberania popular, sem a observância dos limites constitucionais à vontade da maioria, pois aí há, na verdade, ditadura; nem constitucionalismo sem legitimidade popular, pois aí há autoritarismo<sup>15</sup>.

Dessa forma, a jurisdição constitucional deve estar a serviço da democracia, objetivando preservar a própria Constituição.

Nuno Piçarra escreve que a legitimação democrática direta do legislador aponta para uma presunção de constitucionalidade das leis

11 SANCHÍS, Luis Prieto. *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*. Lima: Palestra, 2007. p. 227.

12 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 74.

13 LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 73.

14 FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005. p. 58.

15 Apresentação da obra: ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. página não numerada.

e “o princípio da separação dos poderes aponta para uma *judicial self-restraint* quanto aos juízos de natureza política contidos nas leis cuja constitucionalidade se trata de apreciar, uma vez assente o primado político do legislador”<sup>16</sup>.

Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei aprovada por um Parlamento eleito periodicamente pelo sufrágio universal, o órgão judicial deve levar isso em conta nas suas razões<sup>17</sup>. A declaração de inconstitucionalidade de uma norma é atividade a ser exercida com autolimitação pelo Poder Judiciário, devido à deferência e ao respeito que deve ter em relação aos demais órgãos de poder<sup>18</sup>.

De acordo com o *judicial self-restraint*, uma norma produzida pelo Poder Legislativo só pode ser declarada inconstitucional se a violação for tão manifesta que não haja uma dúvida razoável<sup>19</sup>.

## 2 TOMADA DE DECISÃO EM UMA CONCEPÇÃO PROCEDIMENTAL DE DEMOCRACIA

Segundo uma concepção *formal* ou *procedimental* de democracia, esta consistiria unicamente em um método de formação de decisões públicas através de regras que atribuem ao povo, ou melhor, à maioria dos seus membros, o poder de tomar tais decisões diretamente ou através de seus representantes. Esta concepção de democracia preocupa-se basicamente acerca das formas e dos procedimentos para garantir a vontade popular, ou seja, sobre “quem” (o povo ou seus representantes) e “como” (a regra da maioria) as decisões são tomadas, independentemente do seu conteúdo<sup>20</sup>. Esta concepção majoritária de democracia pretende ser puramente procedimental e, por conseguinte, independente de outras dimensões de moralidade política<sup>21</sup>.

Nesta concepção majoritária de democracia, o Estado deve ser governado de acordo com a vontade do maior número de pessoas expressa

16 PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução: Coimbra: Coimbra, 1989. p. 261.

17 COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 42.

18 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 174.

19 THAYER, James Bradley. The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. VII, n. 3, p. 129-156, out. 1893.

20 FERRAJOLI, Luigi. *Paradigmas de la democracia constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 33-34.

21 DWORKIN, Ronald. *La democracia posible*: principios para un nuevo debate político. Tradução de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2007. p. 170.

em eleições com sufrágio universal (ou quase universal). Não obstante, nada garante que as decisões da maioria sejam justas, pois em algumas situações os interesses de grupos minoritários são sistematicamente ignorados pela maioria. Nesta hipótese, haveria injustiça, o que leva a concluir que esta concepção majoritária de democracia é insatisfatória<sup>22</sup>.

A regra da maioria é uma das mais importantes normas de convivência em sociedade. Tal regra é uma prática importante em que as pessoas são politicamente iguais e têm interesses divergentes, e buscam, sem recorrer à força, uma solução pacífica para os seus problemas. Quando o voto tem o mesmo valor para todos, cada cidadão tem a igual possibilidade de expressar uma escolha, que terá o mesmo peso ao da escolha expressa por qualquer outro cidadão.

Para Ronald Dworkin<sup>23</sup>, a regra da maioria é apropriada em política não porque seja o único método justo, mas pela prática razão de que a regra da maioria propicia um governo menor e mais sábio. A respeito deste argumento, é interessante mencionar o raciocínio desenvolvido pelo matemático Condorcet. Ele demonstrou que, se cada um dos membros de um grupo tiver mais de cinquenta por cento de probabilidade de fornecer a resposta correta para uma determinada questão, o grupo maximizará a oportunidade de dar tal resposta correta optando pela resposta que corresponder ao maior número de votos. Entretanto, isto não se aplica quando se trata de questões morais fundamentais. Em verdade, deve-se escolher os representantes e as políticas do governo através do voto majoritário para que estes atendam ao bem comum ao invés de interesses privados. Quais políticas promovem de fato o bem comum é uma questão de quantificar as pessoas que são beneficiadas.

Uma democracia viabiliza o governo de milhões de pessoas que carecem de formação econômica, filosófica ou de conhecimentos em matéria de política internacional ou ciências naturais, por exemplo, e que não têm tempo nem talvez capacidade para se ocuparem de tais assuntos<sup>24</sup>.

Mas quando se examina a regra da maioria, surgem questões como: “Qual o ‘povo’ legitimado para tomar parte no processo decisório? O grupo local, regional nacional ou mundial? Que questões podem

---

22 DWORKIN, Ronald. *La democracia posible: principios para un nuevo debate político*. Tradução de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2007. p. 167-168.

23 DWORKIN, Ronald. *La democracia posible: principios para un nuevo debate político*. Tradução de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2007. p. 178.

24 DWORKIN, Ronald. *Principios para un nuevo debate político*. Tradução de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2007. p. 161.

ser decididas pelo ‘povo’? Quais os limites da decisão?”<sup>25</sup> Para Celso Fernandes Campilongo, os problemas de legitimação próprios das sociedades complexas ficam obscurecidos pela “força do maior número”. Indaga ele: “Porque 51% de eleitores indiferentes fazem prevalecer suas vontades apáticas sobre os 49% intensamente envolvidos com a questão a ser votada? Apenas pelas virtudes formais do procedimento majoritário?”<sup>26</sup>

Segundo Niklas Luhmann, o princípio majoritário

só se torna tolerável porque nos processos legislativos se tem que dominar a grande complexidade, para cuja redução o número de votos oferece um ponto de referência imprescindível, mas não constitui, de forma alguma, o único processo decisivo na determinação de sentido<sup>27</sup>.

Dessa forma, para Niklas Luhmann a regra da maioria é uma das técnicas decisórias da legitimação pelo procedimento, mas não a única, sendo elemento imprescindível para a redução da complexidade do ambiente sistêmico.

### 3 TOMADA DE DECISÃO EM UMA CONCEPÇÃO SUBSTANCIAL DE DEMOCRACIA

De fato, constitui um grave erro pensar que o voto majoritário é sempre o método apropriado para tomar uma decisão coletiva quando um grupo está em desacordo acerca do que desejam os seus membros.

25 Celso Fernandes Campilongo explica que “o mundo moderno apresenta desafios enormes ao teórico do direito e da política ocupado com o estudo da legitimação pelo critério das maiorias. Tecnicamente, qual o critério correto para se definir onde enterrar o lixo atômico de um acidente nuclear? Obviamente, o conteúdo da decisão depende do ‘povo’ chamado a decidir. Se os moradores de Goiânia, por exemplo, fossem convocados para deliberar sobre a questão, certamente escolheriam o local mais distante possível de sua cidade. Caso o colégio de eleitores fosse mais amplo, possivelmente importaria o ônus ao local do acidente. Que maioria tem legitimidade para decidir? Problema análogo pode ocorrer quando da opção sobre o local da construção de um aeroporto supersônico, uma barragem hidroelétrica ou o traçado de uma estrada. [...] Outra fronteira da regra da maioria: o que se escolhe? [...] Questões técnicas devem ser decididas por especialistas, questões políticas por cidadãos. O Estado contemporâneo deve responder aos dilemas das sociedades informatizadas, tecnológicas e cibernéticas. Precisa alocar investimentos em química fina, biotecnologia, mecânica de precisão, energia nuclear e uma infinidade de outras áreas absolutamente inacessíveis aos colégios eleitorais de larga escala. Seria legítimo decidir essas pautas pela regra da maioria?” CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 45-47.

26 CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 64.

27 LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980. p. 147-148.

Ronald Dworkin<sup>28</sup> dá o exemplo de um grupo de pessoas que está em um bote salva-vidas em alto mar prestes a afundar, a menos que alguém pule ou seja arremessado para fora do bote. Assim, como o grupo deve decidir quem deve ser sacrificado? Para Ronald Dworkin, é perfeitamente justo “tirar no palitinho” ou deixar que a sorte decida de alguma outra forma, pois isso concede a cada pessoa a mesma oportunidade de permanecer com vida. Em caso contrário, permitir que o grupo vote na pessoa a ser sacrificada parece ser uma péssima ideia, pois as relações de parentesco, de amizade ou de inimizade, as invejas e outros fatores que não deveriam importar para a situação serão, na verdade, decisivos. Vale registrar que os antigos atenienses selecionavam os seus líderes por sorteio, e não se pode afirmar que a qualidade destes era inferior à dos representantes políticos escolhidos atualmente através do voto popular.

O poder da maioria ainda apresenta o problema de não garantir a qualidade substancial do sistema político nem mesmo a sobrevivência do próprio poder da maioria, sem esquecer que este poder permitiu o advento de ditaduras ao longo da história. Daí a importância de se estabelecer no pacto constitucional a indisponibilidade do próprio pacto e de suas cláusulas, a começar pelos direitos fundamentais<sup>29</sup>. “Quando um país democrático inflige uma injustiça, mesmo seguindo procedimentos democráticos, o resultado continuará sendo... uma injustiça. O poder da maioria não faz o direito da maioria”<sup>30</sup>.

A partir da metade da década de 50 do século XX começa a surgir a preocupação com uma democracia mais completa, com a democracia que transpõe o limiar da eleição de representantes políticos para expressar-se também no modo de tomada de decisão dos eleitos. Emergiu a ideia de que o valor da democracia depende também do modo pelo qual as decisões são tomadas e executadas. Verificou-se que havia, com frequência, grande distanciamento entre as concepções políticas de democracia vigentes num país e a maneira com que ocorriam as atuações da Administração; perante esta o indivíduo continuava a ser considerado como súdito, não como cidadão dotado de direitos<sup>31</sup>.

---

28 DWORKIN, Ronald. *La democracia posible: principios para un nuevo debate político*. Tradução de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2007. p. 177.

29 FERRAJOLI, Luigi. *Paradigmas de la democracia constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 41.

30 DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001. p. 61.

31 MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 26.

Uma concepção meramente formal de democracia é insuficiente para identificar todas as condições na presença das quais um regime político pode ser considerado democrático. Segundo Luigi Ferrajoli<sup>32</sup>, isso ocorre em razão de duas aporias.

A primeira aporia é concebida a partir da percepção de que o respeito a formas e procedimentos democráticos não é suficiente para legitimar qualquer decisão. Não é verdade que o poder do povo, ou seja, da maioria, seja a única fonte de legitimação das decisões e que, por isso, seja ilimitado. Ao contrário, este poder é juridicamente limitado, não só em relação às formas, mas também aos conteúdos do seu exercício<sup>33</sup>.

A segunda aporia refere-se às garantias de sobrevivência da própria democracia. Se não houver limites para os conteúdos das decisões, haverá a possibilidade de que os métodos democráticos suprimam os próprios métodos democráticos, fazendo com que a democracia não sobreviva. Nesta hipótese, a maioria seria apta para suprimir os direitos políticos, o pluralismo político, a separação de poder e a representação, em suma, todo o sistema de normas no qual está fundada a democracia. Não se tratam de hipóteses abstratas, mas das terríveis experiências do nazismo e do fascismo do século passado, que conquistaram o poder mediante formas democráticas para então entregá-lo “democraticamente” a um ditador que suprimiu a democracia<sup>34</sup>.

Não se pode mais conceber os fins do Estado como idealizações abstratas, mas estes devem perseguir a realização dos direitos fundamentais<sup>35</sup>.

Esta ligação, direta e imediata, do Estado à *efetiva realização dos direitos fundamentais* é, afinal, o que redefine e redimensiona a Administração Pública: não mais como um *poder* originário, mas como uma *função* subordinada àqueles resultados, tal como a concebem, interpretam e decidem os órgãos políticos da democracia, a começar pelos constituídos para ecoarem a voz dos próprios cidadãos<sup>36</sup>.

---

32 FERRAJOLI, op. cit., p. 34.

33 FERRAJOLI, op. cit., p. 35.

34 FERRAJOLI, op. cit., p. 35-36.

35 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 14.

36 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 15.

Ronald Dworkin<sup>37</sup> explica que, segundo a concepção de democracia *associativa*, as pessoas governam a si mesmas cada qual como associado de pleno direito de uma empresa política coletiva, de tal maneira que as decisões de uma maioria são democráticas somente se cumprem certas condições que protegem a condição e os interesses de cada cidadão associado de pleno direito a esta empresa. De acordo com esta concepção associativa, uma sociedade que ignora continuamente os interesses de alguns não é uma sociedade democrática, ainda que os seus representantes sejam eleitos mediante impecáveis procedimentos majoritários.

Os direitos fundamentais, e as normas constitucionais que os definem, não podem ser reduzidos ou suprimidos pela maioria. Os direitos fundamentais são direitos de todos e de cada um e, assim, a maioria não pode dispor sobre aquilo que não lhe pertence. A Constituição é um patrimônio de todos, razão pela qual nenhuma maioria pode romper ilegitimamente com o pacto de convivência. Uma vez previstos constitucionalmente, “os direitos fundamentais não são uma questão de maioria e devem estar a salvo também do poder de reforma; ou melhor, devem ser admitidas apenas sua ampliação e nunca sua restrição, e muito menos sua supressão”<sup>38</sup>.

Assim se constitui um paradigma complexo – a *democracia constitucional* – que associa a dimensão *formal* com a dimensão *substancial*. Esta última dimensão refere-se ao conteúdo da decisão e está preocupada com a esfera do *indecidível*<sup>39</sup>, ou seja, “aquilo que qualquer maioria está, por um lado, proibida de decidir e, por outro, obrigada a tanto”<sup>40</sup>.

Nesse sentido, escreve Luís Roberto Barroso que

a democracia constitucional é o modelo político fundado na soberania popular, na limitação do poder, na preservação e promoção dos direitos fundamentais e na instituição de procedimentos que permitam o governo da maioria, a participação política das minorias e a alternância do poder<sup>41</sup>.

---

37 DWORKIN, Ronald. *La democracia posible*; principios para un nuevo debate político. Trad. Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2007. p. 167-168.

38 FERRAJOLI, op. cit., p. 42.

39 FERRAJOLI, op. cit., p. 38.

40 FERRAJOLI, op. cit., p. 36.

41 BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. *Revista de Direito do Estado*. a. 1. n. 3. jul-set 2006. Instituto de Direito do Estado e Ações Sociais – IDEIAS. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 325.

Dessa forma, o caráter representativo de um sistema político, assegurado pelo sufrágio universal e pelo princípio da maioria, é apenas uma condição de validade, somente um traço da democracia. Tal caráter designa a dimensão formal de validade da democracia, o que é determinado pelas normas que disciplinam as formas das decisões<sup>42</sup>.

Mas, para que uma decisão seja válida, é ainda necessária a coerência de seus significados com as normas chamadas por Luigi Ferrajoli de *normas substanciais sobre a produção*, pois conferem o conteúdo (a substância) das decisões. “Estas normas são essencialmente as estabelecidas geralmente na primeira parte das cartas constitucionais: os direitos fundamentais, o princípio da igualdade, o princípio da paz e similares”<sup>43</sup>. Expressam o que o autor chama de *dimensão substancial* da democracia, pois equivalem a limites ou vínculos de conteúdo aos poderes da maioria.

Daí resulta um modelo tetradimensional de democracia, ou seja, articulado em quadro dimensões, correspondentes respectivamente aos quatro tipos de direitos que se pode distinguir: os direitos políticos, os direitos civis, os direitos de liberdade e os direitos sociais. [...] É sobre estas quatro dimensões, todas necessárias e conjuntamente suficientes, que se baseia o paradigma da atual *democracia constitucional*, a partir da qual se subtrai de qualquer poder decisório, seja público seja privado, a disponibilidade não só dos direitos políticos e do método democrático na formação das decisões, mas também todo o conjunto dos direitos fundamentais e dos outros princípios constitucionais, como a divisão dos poderes, a independência da jurisdição – tanto ordinária quanto constitucional – e as várias figuras de incompatibilidade destinadas a impedir excessos de poder e conflitos de interesses<sup>44</sup>.

A democracia, que consiste no “poder do povo”, não pode ser reduzida à concepção de autogoverno e gozo dos direitos políticos, mas assume um sentido de que o povo também é titular de um conjunto de “contrapoderes”<sup>45</sup>, que são os demais direitos fundamentais, aos quais todos os poderes, inclusive os da maioria, estão submetidos. “É precisamente esta concepção garantista da democracia que deve

---

42 FERRAJOLI, Luigi. *Paradigmas de la democracia constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2009, p. 37.

43 FERRAJOLI, op. cit., p. 37-38.

44 FERRAJOLI, op. cit. p. 39-40.

45 FERRAJOLI, op. cit., p. 43.

ser afirmada e defendida contra as degenerações majoritárias e tendencialmente plebiscitárias da democracia representativa e suas perversões videocráticas<sup>46</sup>.

Dessa forma, os tradicionais vínculos de *legalidade*, que caracterizavam suficientemente o *Estado de Direito*, cederam espaço para a inclusão de novos vínculos de *legitimidade*, sem os quais não se viabilizaria a sua caracterização como *Estado Democrático de Direito*. Além de se exigir uma *investidura legítima* dos representantes do povo no poder, deve haver também um *exercício legítimo* do poder bem como um *resultado legítimo* do emprego do poder<sup>47</sup>.

A esse respeito, adverte Ronald Dworkin que:

A Constituição dos Estados Unidos limita o poder das maiorias políticas reconhecendo direitos constitucionais individuais que as maiorias não podem infringir. Os conservadores acusam os juízes de inventar novos direitos e de lê-los na Constituição como meios de substituir seus próprios valores pessoais pelos da maioria<sup>48</sup>.

Neste paradigma da democracia constitucional, a Advocacia Pública de Estado deve estar atenta aos fins perseguidos pelo Estado. Por um lado, não se deve permitir que as instâncias majoritárias desviem-se dos anseios da população nem que elas exorbitem os marcos do ordenamento jurídico; por outro, não se deve permitir que o ativismo judicial aniquile as legítimas políticas públicas do governo.

#### 4 A ADVOCACIA PÚBLICA DE ESTADO NA DEFESA DOS INTERESSES PÚBLICOS PRIMÁRIOS E SECUNDÁRIOS

O interesse público tem sofrido manipulações em sua compreensão, seja em sua concepção abstrata seja em casos concretos considerados, a fim de que certas “razões de Estado” sirvam para acobertar interesses privados inconfessáveis dos governantes.

Além disso, a indeterminação do “interesse público” conduz a diversas discussões a respeito do seu conceito, do seu intérprete e do seu defensor. Por influência da doutrina jurídica italiana, solidificou-se no Brasil a distinção entre *interesse público primário* e *interesse público*

46 FERRAJOLI, Luigi. *Paradigmas de la democracia constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2009. p. 44.

47 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 20-21.

48 DWORKIN, Ronald. *La democracia posible: principios para un nuevo debate político*. Tradução de Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2007. p. 172.

*secundário*<sup>49</sup>, com alguns autores atribuindo a defesa do primeiro ao Ministério Público e a defesa do segundo à Advocacia Pública.

O interesse público *primário* é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são interesses de toda a sociedade. O interesse público *secundário* é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. [...] Essa distinção não é estranha à ordem jurídica brasileira. É dela que decorre, por exemplo, a conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. Ao primeiro cabe a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse público secundário<sup>50</sup>.

Entretanto, a questão da esfera de atuação da Advocacia Pública e do Ministério Público não pode ser vista de maneira tão singela. Ambas as instituições possuem idêntica estatura constitucional, localizadas no mesmo título e no mesmo capítulo da Constituição Federal, como funções essenciais à justiça, e a compreensão do âmbito de atuação de cada uma, no que concerne ao interesse público envolvido, exige maiores reflexões.

Inicialmente, vale dizer que o conceito de *interesse público* não pode ser bipartido em dois outros estanques e impermeáveis (*primário* e *secundário*) e que lhe esgotem a extensão.

Em verdade, a Advocacia Pública tem o amplo escopo de atuar na defesa do *interesse público*, tanto *primário* quanto *secundário*.

Para a compreensão desta afirmação, é preciso ter a clareza da concepção de interesse público, seja primário seja secundário – e não confundir especialmente este último com o interesse privado do governante –, e até mesmo saber identificar a ocorrência de multiplicidade

49 A classificação não é isenta de críticas. Cf. a respeito: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 61: “O chamado ‘interesse secundário’ (Alessi) ou ‘interesse da Administração Pública’ não é público. Ousa-se afirmar que nem ao menos são ‘interesses’, na acepção jurídica do termo. São meras conveniências circunstanciais, alheias ao direito. A tentativa de obter a maior vantagem possível é válida e lícita, observados os limites do direito, apenas para os sujeitos privados. Essa conclusão não é admissível para o Estado, que somente está legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral”.

50 BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. XIII.

de interesses públicos e a adequada solução para as suas tensões, quando for o caso.

Segundo a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, o interesse público, interesse do todo, interesse do conjunto social,

*é a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais*<sup>51</sup>.

Assim, um indivíduo pode até ter interesse pessoal em não ser desapropriado, mas não pode ter o interesse individual de que não haja o instituto da desapropriação, conquanto este seja, eventualmente, utilizado em seu desfavor. Outrossim, o dono de um restaurante pode ter interesse pessoal que o seu estabelecimento comercial não seja interdito pela vigilância sanitária em caso de irregularidade, mas possui o interesse de que todos os restaurantes em funcionamento apresentem plenas condições para tanto.

O que fica visível, como fruto destas considerações, é que existe, de um lado, o interesse individual, particular, atinente às conveniências de cada um no que concerne aos assuntos de sua vida particular – interesse, este, que é o da pessoa ou grupo de pessoas *singularmente consideradas* –, e que, de par com isto, existe também o interesse *igualmente pessoal destas mesmas pessoas ou grupos*, mas que comparecem *enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos*, tal como nela estiveram os que os precederam e nela estarão os que virão a sucedê-los nas gerações futuras. Pois bem, é este último interesse o que nomeamos de *interesse do todo* ou *interesse público*<sup>52</sup>.

Ainda que um indivíduo não reconheça em um determinado interesse público o seu interesse individual, ainda assim fica obrigado a aceitá-lo e contribuir para tanto, pois faz parte de uma sociedade em que há outros indivíduos que também assim deverão agir mesmo que os seus interesses individuais não sejam contemplados naquele ou em outros interesses públicos.

51 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 70.

52 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 71.

Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem<sup>53</sup>.

Dessa forma, como os interesses públicos correspondem à *dimensão pública dos interesses individuais*, é possível concluir que não existe necessariamente coincidência fática entre *interesse público* e *interesse do Estado*. Ainda que seja encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, assim como as demais pessoas, interesses que lhe são particulares. Estes não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado. Celso Antônio Bandeira de Mello explica que o Estado:

só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como *instrumentais* ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa dos interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles<sup>54</sup>.

Tal distinção entre interesses públicos primários – interesses públicos propriamente ditos – e interesses públicos secundários foi desenvolvida pela doutrina jurídica italiana, especialmente por Renato Alessi. Para o autor italiano, os interesses primários decorrem da dimensão pública dos direitos de indivíduos inseridos em um dado contexto social. Por outro lado, os interesses secundários decorrem de toda manifestação de vontade do Estado enquanto pessoa jurídica, interesse, portanto, subjetivo, enquanto próprio do sujeito, e também, em sentido lato, patrimonial.

Renato Alessi ainda destaca que os interesses públicos secundários só podem ser buscados pelo Estado quando coincidentes com os interesses públicos primários.

Estes interesses públicos, coletivos, cuja satisfação está a cargo da Administração, não são simplesmente o interesse da Administração entendida como aparato organizacional, mas o que se tem chamado de interesse coletivo *primário*, formado pelo conjunto de interesses

53 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 71.

54 MELLO, op. cit., p. 75-76.

individuais preponderantes em uma determinada organização jurídica da coletividade, enquanto que o interesse do aparato (se é que pode conceber-se um interesse do aparato unitariamente considerado) seria simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir na coletividade, e que podem ser realizados somente em caso de coincidência com o interesse coletivo primário e dentro dos limites de tal coincidência. A peculiaridade da posição jurídica da Administração Pública reside precisamente nisto, em que sua função consiste na realização do interesse coletivo, público, primário<sup>55</sup>.

Deve haver, portanto, uma necessária convergência entre interesse público primário e interesse público secundário, o que impõe que a Advocacia Pública de Estado cuide da defesa tanto de um quanto de outro. Vale frisar que é o interesse secundário que deve orientar-se de acordo com o interesse primário, e jamais este deve ser sacrificado em prol daquele.

O interesse do Estado deve pautar-se no interesse da sociedade, o que não significa dizer que as decisões estatais devam ser populistas e busquem agradar a maioria das pessoas. Uma decisão no sentido de majorar os tributos, por exemplo, não é bem recebida pela população em geral. Não obstante, se o aumento da arrecadação é necessário para a existência de políticas públicas asseguradoras de direitos fundamentais<sup>56</sup>, esta decisão é legítima e está em harmonia com os interesses da sociedade, ainda que os indivíduos não a vejam com simpatia em um primeiro momento.

O interesse público *secundário* não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros proveem os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário.

---

55 ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. 3. ed. Tradução de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. t. I, p. 184-185.

56 Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Tradução de Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

A inversão da prioridade seria patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la<sup>57</sup>.

Há situações em que um raciocínio tosco de privilegiar-se o interesse secundário em detrimento do interesse primário poderia levar a resultados absurdos. Renato Alessi<sup>58</sup> exemplifica que, dessa forma, o interesse secundário da Administração Pública levaria esta a pagar o mínimo possível a seus servidores e a aumentar o máximo possível os tributos com o fim de incrementar o quanto puder as suas próprias disponibilidades patrimoniais.

Essas seriam situações bizarras. O interesse público primário, que é o que deve nortear as ações da Administração Pública, exige que os servidores públicos sejam remunerados o suficiente para que bons profissionais sejam atraídos, a fim de que os serviços sejam de qualidade, e que os contribuintes paguem os tributos na medida de sua capacidade econômica.

Também não faz sentido algum abarrotar os cofres públicos e ter esta situação como finalidade última, seja com a sobrecarga dos contribuintes seja com a penúria da remuneração dos servidores e ineficiência dos serviços públicos. O interesse público deve ser que haja dinheiro suficiente em caixa para dar conta da realização de direitos para a sociedade. Daí devem ser afastados os discursos que fazem referência à “ânsia arrecadatória do Estado”, “fúria do Fisco” ou outros que o valham, sem qualquer respaldo.

Igualmente, não há interesse algum do Estado em não indenizar aquelas pessoas que foram por ele lesadas, mas há interesse – não só secundário, mas também primário – que somente sejam indenizadas as pessoas que foram realmente lesadas, e na exata medida da lesão. Da mesma forma, não há interesse que sejam pagos valores ínfimos nas desapropriações, nem valores exorbitantes, mas um valor que seja justo, tal como prescreve a Constituição.

O interesse público secundário deve sempre pautar-se na satisfação do interesse público primário. Ainda que seja possível fazer uma distinção ontológica entre ambos os interesses públicos, a diferença se resume na forma de manifestar a vontade, mas o conteúdo desta vontade deve ser o mesmo.

---

57 BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. XIV.

58 ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. 3. ed. Tradução de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. t. I, p. 185.

A esse respeito, escreve Celso Antônio Bandeira de Mello:

Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele pode ser validamente objetivado, pois este é o interesse que a *lei* consagra e entrega à compita do Estado como representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa. Com efeito, por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, *qua tale* considerado, e muito menos o dos agentes estatais<sup>59</sup>.

No mesmo sentido é a lavra de Renato Alessi:

Este interesse secundário do aparato pode facilmente encontrar-se em conflito com o interesse público, de tal maneira que a Administração poderia frequentemente ser levada a realizá-lo inclusive mais além dos limites da coincidência com o interesse público ou em prejuízo deste último. Impõe-se, portanto, a necessidade de uma garantia de que a ação administrava oriente-se efetivamente à realização do interesse público. E a necessidade de tal garantia é maior na medida em que a Administração, como mero ente ideológico, só pode atuar por intermédio de pessoas físicas que, por sua vez, têm interesses pessoais próprios, de tal forma que poderiam direcionar a atividade administrativa para a satisfação destes interesses pessoais, em prejuízo do interesse público<sup>60</sup>.

Deve-se ter o cuidado com a associação que alguns tentam fazer entre interesse público secundário e interesses pessoais dos governantes, especialmente no Brasil, cuja formação social e política é marcada sobremaneira por práticas como o patrimonialismo, o coronelismo, o clientelismo, o assistencialismo e o aparelhamento do Estado. Em uma democracia representativa, as escolhas são feitas por representantes eleitos pelo povo – com exceção daquelas submetidas à consulta popular, como plebiscito e referendo, e daquelas que devem estar a salvo das decisões majoritárias, como as que envolvem direitos fundamentais

59 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 82.

60 ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. 3. ed. Tradução de Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. t. I, p. 185.

ou direitos das minorias –, mas estas escolhas devem sempre estar em harmonia com o interesse público, devendo ser rechaçada qualquer escolha que busque atender o interesse pessoal de quem tomou a decisão.

Entretanto, em algumas situações verifica-se uma multiplicidade de interesses públicos primários em jogo, todos igualmente dignos de proteção, mas em situação de tensão, e a escolha por um ou por outro resultará necessariamente no afastamento dos demais interesses envolvidos. Naturalmente que tal escolha caberá a quem tem legitimidade para tanto, e a Advocacia Pública de Estado cuidará da defesa da decisão por quem tenha esta competência.

Veja-se um exemplo de tensão entre interesses públicos. A preocupação contemporânea com a preservação e a promoção do meio ambiente tem propiciado alterações legislativas<sup>61</sup> bem como novas interpretações do direito. Há alguns anos, quando se falava na busca da “proposta mais vantajosa para a Administração” em uma licitação, esta questão era reduzida à obtenção do menor preço do produto ou serviço a ser adquirido. Contudo, hodiernamente, uma “proposta mais vantajosa” deve considerar, dentre outros, o fomento a políticas sociais, a economia no consumo de água e energia, a minimização na geração de resíduos, a racionalização do uso de matérias-primas, a redução da emissão de poluentes, a adoção de tecnologias menos agressivas ao meio ambiente, e a utilização de produtos de baixa toxicidade. Tais “vantagens”, geralmente, na época atual, encarecem a contratação. Dessa forma, a decisão a ser tomada envolve a ponderação entre privilegiar os aspectos socioambientais e não onerar muito a contratação. Em que medida se deve optar pela economia ao erário ou pela preservação do meio ambiente? O Estado tem o desafio de tomar uma decisão que consiga privilegiar ao máximo as dimensões econômica, ambiental, social e ética, dentre outras, a fim de assegurar o interesse público, o que nem sempre encontrará convergência de opiniões.

Assim, é verdade que há conflitos entre interesses públicos em algumas situações – inclusive interesses públicos primários –, mas não pode haver divergência entre interesse público primário e interesse público secundário em uma democracia constitucional. Um Estado cujo

---

61 A este respeito, cf. a nova redação do artigo 3º da Lei nº 8.666/1993, dada pela Lei nº 12.349/2010: “Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

interesse (secundário) dissente do interesse da sociedade (primário) não pode ser qualificado como um Estado Democrático de Direito.

Se não houver esta convergência entre interesse público primário e interesse público secundário, a Advocacia Pública de Estado, como instituição criada constitucionalmente para “presentar o Estado”<sup>62</sup>, defenderá o interesse público primário, do povo, que é o titular do poder, não cabendo a órgão algum defender o interesse secundário que não esteja em harmonia com o interesse primário.

Quando houver a necessária convergência entre interesse público primário e interesse público secundário, a Advocacia Pública de Estado defenderá ambos, e em caso de conflitos entre interesses primários, a Advocacia Pública de Estado defenderá as legítimas escolhas feitas por quem tenha competência constitucional para tanto: o administrador, o legislador, o juiz ou até mesmo o povo, quando este exerce o poder diretamente.

## 5 CONCLUSÃO

A Advocacia Pública tem a função constitucional de defender o Estado, vale dizer, defender a consecução dos fins do Estado, incluindo especialmente a efetivação dos direitos fundamentais. O Estado brasileiro propõe-se a construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º

62 Esta conhecida e precisa expressão de Pontes de Miranda corrobora que o Advogado Público é um órgão do Estado. Todavia, não se confunde com órgãos ou entidades da Administração Pública nem pode ser responsabilizado por atos do destinatário de uma decisão judicial. A este respeito, vale mencionar a decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça em 30/08/2011 no Pedido de Providências nº 0000749-61.2011.2.00.0000, que ficou com a seguinte ementa: “A determinação de prisão do Advogado Público por descumprimento de decisão judicial configura procedimento incorreto, nos termos da LOMAN, e enseja punição disciplinar. [...] Recomendação aos Tribunais no sentido de se absterem de ameaçar ou determinar a prisão de Advogados Públicos Federais e Estaduais diante de casos de descumprimento de decisões judiciais dirigidas aos gestores das Autarquias e Fundações”. Essa confusão também já ensejou o bloqueio de recursos financeiros da Advocacia-Geral da União para garantir o fornecimento de medicamentos a pacientes que deles necessitavam, como pode ser visto na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.570/RS, j. 14/06/2012: “Se a Advocacia-Geral da União, que é a interface da Administração Pública com o Poder Judiciário, não tem meios para fazer cumprir um acórdão proferido por tribunal regional federal, nem propõe uma alternativa de solução (v.g., indicando uma conta do Tesouro Nacional com recursos disponíveis), deve ela responder com o seu orçamento pelo desvio de conduta da entidade que representa em Juízo”. E, o que é pior, já ensejou o bloqueio de contas pessoais de Advogados Públicos para cobrar “em solidariedade com a União, multa coercitiva” imposta em razão de suposto descumprimento de decisão judicial pela União, o que foi objeto de apreciação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos Agravos de Instrumento nº 0004898-87.2012.404.0000/SC e nº 5016811-78.2012.404.0000/SC.

da Constituição Federal). A Advocacia Pública, ao defender o Estado, está a defender todos esses objetivos fundamentais.

A tomada de uma decisão a respeito de uma política pública consiste na escolha de uma dentre as opções que se apresentam para bem atingir o objetivo público pretendido. O decisor deve ser prudente e equilibrado para encontrar a solução mais adequada dentro do direito, pois o processo de elaboração de uma política pública é dinâmico e complexo, envolve a avaliação de diversas questões relativas a um ou a diversos temas e deve atender ao interesse público.

Mas o interesse público não se confunde com o interesse particular do administrador<sup>63</sup> ou do legislador nem com a moral privada de cada juiz<sup>64</sup>. O Advogado Público atuará previamente ou posteriormente à tomada de decisão, sempre para assegurar que esta atinja a realização do interesse público, com o respeito à vontade da maioria, ao espaço das minorias e aos direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. 3. ed. Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970, t. I.

BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. *Revista de Direito do Estado*. a. 1. n. 3. jul-set 2006. Instituto de Direito do Estado e Ações Sociais – IDEIAS. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

---

63 Convém consignar aqui que o artigo 131 da Constituição Federal merece uma leitura adequada quando estabelece que à Advocacia-Geral da União cabe “as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”. Em verdade, cabe à Advocacia-Geral da União prestar as atividades de consultoria e assessoramento jurídico da Administração Pública Federal, aí incluindo também a atividade administrativa do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, do Ministério Público e da Defensoria Pública. Esta leitura também é compatível com o artigo 132 do texto constitucional, que prescreve que os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercerão “a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas”. Por isso, a aprovação de minutas de editais de licitação e de contratos da Administração (artigo 38, parágrafo único, Lei nº 8.666/1993) no âmbito v.g. do Poder Judiciário e do Ministério Público deverá ser feita pela Advocacia Pública de Estado, lembrando que os membros e os servidores do Judiciário e do MP não podem exercer advocacia (artigo 28, Lei nº 8.906/1994), o que inclui as atividades de consultoria e assessoramento jurídico.

64 Daí uma das razões para a Advocacia Pública de Estado figurar como *órgão constitucional autônomo* – assim como o Ministério Público e a Defensoria Pública –, não integrante nem subordinada ao Executivo, ao Legislativo ou ao Judiciário, especialmente para zelar pelo equilíbrio entre estes três. Nesse sentido também está o voto do ministro Dias Toffoli no Recurso Extraordinário nº 558.258/SP: “Tanto o Ministério Público, quanto a Advocacia Pública, quanto a Defensoria Pública são instituições que não integram nenhum dos Três Poderes. Eles estão separados tanto do Legislativo, quanto do Executivo, quanto do Judiciário”. Cf. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. J. 09/11/2010. DJ 18/03/2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. 2. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Júizes legisladores?* Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

COMELLA, Víctor Ferreres. *Justicia constitucional y democracia*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: UnB, 2001.

DWORKIN, Ronald. *La democracia posible: principios para un nuevo debate político*. Tradução: Ernest Weikert García. Barcelona: Paidós, 2007.

ELY, John Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

FERRAJOLI, Luigi. *Paradigmas de la democracia constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2009.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: RT, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. I.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Tradução: Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: UnB, 1980.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. ed. São Paulo: RT, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*. Belo Horizonte: Forum, 2008.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *A Constituição viva: poder constituinte permanente e cláusulas pétreas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. A justiça constitucional como elemento de aperfeiçoamento da democracia em Cuba. In: TAVARES, André Ramos (Coord.). *Justiça constitucional e democracia na América Latina*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PEDRA, Adriano Sant'Ana. *Mutação constitucional: interpretação evolutiva da Constituição na democracia constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PERRY, Michael J. *The Constitution, the courts, and human rights: an inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary*. New Haven: Yale University, 1982.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra, 1989.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SANCHÍS, Luis Prieto. *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*. Lima: Palestra, 2007.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 1994.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

THAYER, James Bradley. The origin and scope of the american doctrine of constitutional law. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. VII, n. 3, out. 1893.