

QUAL INTERESSE PÚBLICO A ADMINISTRAÇÃO DEFENDE EM JUÍZO?

Este trabalho é dedicado a todos os meus mestres, em especial ao Prof. Paulo Neves de Carvalho, com quem re aprendi o valor da liberdade de pensar.

Márcio José de Aguiar Barbosa

Procurador da Fazenda Estadual de Minas Gerais; Mestre em Matemática pela UFMG; Doutorando em Direito Administrativo pela UFMG

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

- ⇒ Posições comuns
- ⇒ Problemas
- ⇒ Projeto

O CARÁTER ABSTRATO DO DIREITO DE AÇÃO

- ⇒ Breve histórico das teorias sobre a Ação
- ⇒ Visão moderna do Direito de Ação, do Processo e do conceito de parte
- ⇒ Universalidade do Direito de Ação
- ⇒ Princípios do Direito Processual e Estado Democrático de Direito

INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO

- ⇒ Direito Público e Interesse Público
- ⇒ O que é Interesse Público?
- ⇒ A distinção dos "Interesses Públicos"

OS DOIS SUPERPRINCÍPIOS BASILARES DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA - NECESSIDADE E SUFICIÊNCIA

- ⇒ Função Administrativa
- ⇒ Os dois princípios basilares do regime administrativo
- ⇒ Interrelação entre os dois superprincípios e a noção central de interesse público
- ⇒ Características do ato administrativo e sua relação com os superprincípios
- ⇒ Além do direito administrativo: necessidade e suficiência do atendimento aos superprincípios para caracterizar os atos funcionais estatais

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO

- ⇒ Indistinção processual da Administração Pública em relação aos demais litigantes
- ⇒ Atos processuais da Administração Pública e atos administrativos
- ⇒ Importantes distinções

O INTERESSE PÚBLICO QUE A ADMINISTRAÇÃO DEFENDE EM JUÍZO

- ⇒ Quem defende o interesse público primário no processo
- ⇒ A Administração Pública em juízo defende *imediatamente* seu interesse público secundário
- ⇒ Ocasionalmente o interesse público secundário (ou o interesse particular) defendido em juízo é também a concretização do interesse público primário
- ⇒ Direito material e direito processual

ANTECIPANDO AS CRÍTICAS

- ⇒ Os privilégios processuais da Administração Pública
- ⇒ Administração Pública *versus* Administração Pública
- ⇒ A Moralidade Administrativa e os atos processuais

CONCLUSÃO

QUAL INTERESSE PÚBLICO A ADMINISTRAÇÃO DEFENDE EM JUÍZO?

Márcio José de Aguiar Barbosa

Mestre em Matemática pela UFMG; Doutorando em Direito Administrativo pela UFMG

INTRODUÇÃO

⇒ Posições comuns

É usual identificar em toda atividade pública as características excepcionais que denotam o poder do Estado: a imperatividade, a auto-executoriedade, a presunção de legitimidade. Conseqüentemente, os atos do Estado somente se legitimariam - quaisquer que fossem - caso tivessem irrestrita correlação com a defesa do interesse público - interesse geral, interesse comum, vontade geral, seja lá qual for a alcunha que se lhe dê -, fundamento da atividade do Estado Moderno e da unilateralidade de suas normas.

A tese já foi alvo de muitas considerações e é pacífico no Direito Administrativo atual, ao estudar os atos administrativos, que tais características e tais razões estão correlacionadas.

Pouco se escreveu sobre o Estado em juízo e sobre a aplicabilidade ou não dessas noções a essa atividade específica. Creio que na mente dos operadores do direito dificilmente haveria uma distinção da atividade judicial do Estado em relação às demais atividades estatais - notadamente a atividade administrativa.

Sendo os defensores do Estado agentes administrativos, seus atos em juízo deveriam ser tratados do mesmo modo que os atos administrativos em geral (principalmente no que diz respeito ao necessário respeito aos princípios da atividade administrativa e às limitações usuais da atividade administrativa).

⇒ Problemas

Há, entretanto, problemas em identificar a atividade judicial do Estado à atividade administrativa usual.

Tais questões encontram-se ligadas à necessária distinção entre o direito material e o direito processual, admitida irrestritamente no Direito Processual moderno, e às relações de necessidade e suficiência entre as características dos atos estatais e os fundamentos que legitimam essas características.

Ao tratar do Direito Processual, deve-se levar em conta a universalidade de seus princípios - que se estendem a todos os litigantes, públicos ou privados, indistintamente - e a impossibilidade de se dar a qualquer litigante uma posição de superioridade em relação ao outro.

Outra ordem de problemas surge quando identificamos a existência de "privilégios processuais" - isto é, exceções ao princípio geral da igualdade formal dos litigantes no processo - que se estendem tanto a entes públicos quanto a pessoas jurídicas de direito privado e pessoas naturais - e algumas vezes são mais pronunciadas para essas pessoas do que para os entes públicos.

Outro estranho fenômeno processual que envolve a área pública é a possibilidade jurídica - expressamente prevista na CF/88 - de dois entes públicos litigarem entre si: como poderia um ente (defensor do interesse público) litigar contra outro ente (igualmente defensor do interesse público)?

⇒ Projeto

Estou convencido da profunda distinção entre a atividade administrativa material e a atividade processual do Estado, diferença que se aprofundou no Estado Democrático de Direito e que não tem sido alvo da devida reflexão que ela enseja.

Este artigo se propõe evidenciar as distinções da atividade pública em juízo da atividade pública não-litigiosa, principalmente da atividade administrativa. Suas conclusões não são ortodoxas, mas buscam preservar as relações lógicas entre os fundamentos do Direito Processual moderno e do Direito Administrativo moderno.

O CARÁTER ABSTRATO DO DIREITO DE AÇÃO

⇒ Breve histórico das teorias sobre a Ação¹

Durante séculos não houve distinção substancial entre o direito de ação e o direito material lesado que lhe subjazia: na definição de Celso, a ação seria "o direito de perseguir em juízo o que nos é devido". Pela escola imanentista, da qual Savigny foi o grande expoente moderno, as naturezas da ação e do direito lesado são intrinsecamente relacionadas: não há ação sem direito; não há direito sem ação; a ação segue a natureza do direito.

Em meados do sec. XIX surgiu a polêmica entre o mestre Windscheid e seu discípulo Muther acerca da natureza da *Actio* no Direito Romano. Muther distinguia dois direitos originados da ocorrência de uma lesão, ambos de natureza *pública*: o direito do ofendido à tutela jurídica do Estado (tendo no pólo passivo o Estado e no pólo ativo o lesionado) e o direito do Estado a reparar a lesão (tendo no pólo ativo o Estado e no pólo passivo o causador da lesão). Windscheid, discordando do discípulo, chegou a admitir a existência de um direito de agir exercível contra o Estado e contra o devedor.

A partir daí, em 1858 surgiu a obra de Wach sobre a Ação Declaratória Negativa, na qual esse autor sustenta a autonomia do direito de ação em relação ao direito material, na chamada escola concretista da ação. Segundo Wach, as ações declaratórias negativas são exemplo de direito de ação sem existência de qualquer direito material violado: trata-se de puro direito dirigido contra o Estado, que deve declarar a inexistência de determinada relação jurídica, e contra o adversário (não mais devedor), que deve se sujeitar ao provimento estatal.

Essa visão era ainda concretista, pois ligada à existência de um "provimento favorável": só existiria direito de ação se o pleito concreto fosse justo. O direito de ação seria, portanto, público (dirigido contra o Estado) e concreto (somente existente nos casos concretos em que existisse o direito subjetivo pleiteado).

Oskar Von Bülow iria formular teoria bastante assemelhada à de Wach, porém acrescentando que o direito à tutela jurídica, voltado contra o Estado, não é direito a *qualquer* tutela jurídica, mas, sim, à sentença justa.

Ainda na linha concretista, Chiovenda segue Wach mas acrescenta-lhe diversas considerações adicionais que identificam uma nova escola. Para o mestre italiano, a ação é direito *autônomo* de natureza *potestativa* e dirigido *contra o adversário*: é o direito de provocar a atividade jurisdicional do Estado contra o adversário, que nada pode fazer para impedir a produção dos efeitos normais que a atividade jurisdicional imporá à sua situação jurídica, concretizando a vontade da lei. Portanto, o direito de ação é o "poder jurídico de dar vida à condição para a atuação da vontade da lei". Assim, Chiovenda entende o direito de ação como autônomo em relação ao direito material; privado (pois dirigido *contra* o adversário *por meio* do Estado); potestativo (pois cabe ao autor o poder de exercitá-lo ou não); concreto (pois visa à obtenção dos efeitos concretos que o direito possibilita àquele que tem razão contra quem não a tem)².

¹ Um excelente resumo das teorias da ação no tempo encontra-se no já clássico texto de Ada P. Grinover, Candido R. Dinamarco e Antonio Carlos de A. Cintra, "Teoria Geral do Processo", 10 ed., São Paulo, Malheiros, pp. 246-260.

² Idem, p. 248.

Antes mesmo de Chiovenda, Degenkolb na Alemanha e Plösz na Hungria formulavam a teoria abstratista da ação, pela qual o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado: não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor ou quando uma sentença injusta acolhe uma pretensão juridicamente inexistente. Basta haver por parte do autor a invocação de um interesse seu, abstratamente protegido pelo Direito. Com a teoria abstratista se dá a completa autonomia do direito de ação do direito material, caracterizando-se aquele como direito público (dirigido contra o Estado) de exigir o exercício da função jurisdicional proferindo uma decisão que tanto poderá ser favorável quanto desfavorável à pretensão abstrata do autor.

Na mesma linha de Degenkolb, Alfredo Rocco, na Itália, identifica a existência de dois interesses distintos e autônomos: o interesse primário, abstratamente protegido pelo Direito e alegado pelo autor na inicial, e o interesse secundário, que é o direito a obter a tutela jurisdicional do interesse primário - mesmo quando inexistente este.

Também abstratistas são Carnelutti - entende que o direito abstrato de ação se dirige contra o juiz e não contra o Estado - e Couture, que integra o direito de ação na categoria mais ampla do direito constitucional de petição.

Por fim, Enrico Tullio Liebman, mestre italiano que teve profunda influência sobre a doutrina processualista brasileira, sintetizando com bastante propriedade os ensinamentos das escolas concretistas e abstratistas, distingue o direito constitucional de ação - entre nós identificado com o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), mas que pode ter outras concepções, principalmente nos sistemas de pluralidade jurisdicional - do direito processual de ação: aquele é pressuposto deste, na medida em que estabelece *direito de petição* aos órgãos jurisdicionais de modo irrestrito, porém, só haverá *direito de ação*, no sentido processual, caso o provimento final do processo seja um provimento de mérito - ou seja, caso preexistam as "condições da ação"³.

Na visão de Liebman, trata-se de um direito potestativo de provocar a atividade jurisdicional do Estado para atuar a vontade concreta da lei, instrumentalmente conexo a uma pretensão material. A necessária conexão instrumental entre o direito de ação e a pretensão material subjacente não implica subordinação daquele a esta: não deixa de haver direito de ação se a sentença de mérito rejeita a pretensão do autor, porém, para haver direito de ação é necessária a demonstração inicial de que há uma pretensão material insatisfeita do autor contra o adversário, albergada abstratamente pelo Direito, somente concretizável pela intervenção dos órgãos jurisdicionais - conjunto de requisitos processuais identificados por Liebman e pela doutrina brasileira como "condições da ação".

Esse direito é dirigido contra o Estado somente na medida em que este recebe o impulso para iniciar a atividade jurisdicional, função na qual o Estado também é interessado: na visão de Liebman, não se verifica uma "obrigação do Estado" em exercer a atividade jurisdicional, em fazer atuar a vontade concreta da lei, já que esse também é seu interesse⁴.

⇒ Visão moderna do Direito de Ação, do Processo e do conceito de parte

A opinião da maioria dos processualistas atuais coincide em que o direito de ação é direito público subjetivo (ou cívico) que tem no Estado o devedor da prestação jurisdicional, abstratamente conexo a uma pretensão material, e instrumentalmente voltado à solução dos conflitos interindividuais e coletivos.

³ Idem, pp. 249-250.

⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. Volume I. São Paulo, Saraiva, 1994, p. 154.

Avançando essas idéias, Elio Fazzalari⁵ retomará os estudos sobre o direito de ação em consonância com o devido processo legal e outros princípios do Estado Democrático de Direito.

Inicia o mestre italiano por revitalizar a noção de processo, agora identificado como sucessão de atos, normas e posições subjetivas, visando a determinado provimento final (procedimento) realizado em *contraditório*, pelo qual aqueles que serão atingidos pelo provimento participam da solução final do litígio, dizendo e contradizendo, em simétrica igualdade de oportunidades.

As condutas são valoradas pelas normas ora como lícitas (poderes e faculdades conferidos ao sujeito), ora como devidas (deveres do sujeito), caracterizando as diversas posições subjetivas. No primeiro caso fala-se em atos jurídicos em sentido estrito e no segundo caso, atos devidos (ou atos jurídicos em sentido amplo). No iter processual, há predominância dos atos jurídicos em sentido estrito (poderes⁶ e faculdades conferidas ao sujeito) cuja omissão quase sempre se relaciona a um ônus processual para a parte omissa⁷ (a probabilidade de sofrer um dano, de ser ao final prejudicado pelo provimento final)⁸.

Essa sucessão de normas, atos e posições subjetivas visando ao provimento final tem uma coordenação orgânica, determinada pelas normas processuais, que lhe dá o encadeamento característico: cada ato jurídico no processo depende da validade do ato processual precedente para extrair sua própria validade. A observância da incidência da norma (a validade) para cada ato se caracteriza pela possibilidade concreta (em cada processo) de que o ato se realize pelo seu beneficiário (no caso de poderes e faculdades conferidas ao sujeito) ou pela realização do ato (no caso de deveres do sujeito) ou sua conversão em ônus/sanção quando não realizado.

O provimento final é um ato imperativo do Estado - seja ele de natureza administrativa, legislativa ou judicial, conforme a espécie de processo - que tem como pressuposto de validade o regular encadeamento dos atos procedimentais⁹.

O que caracterizará o processo, como espécie de procedimento, é a participação daqueles que serão atingidos pelo provimento (ou seja, daqueles que deverão se sujeitar necessariamente ao ato imperativo do Estado e que terão atingidos seus patrimônios jurídicos¹⁰) nessa atividade preparatória: não apenas quem iniciou o processo, mas todos os que serão atingidos pelo provimento final desfrutarão de situações subjetivas, em simétrica paridade, que lhes facultarão apresentar suas razões e contra-razões e participar ativamente do procedimento.

Essa participação, por sua vez, não é a "mera participação no processo", mas é a essência do próprio procedimento: a disputa se dá "entre as partes", detentoras e defensoras de seus próprios interesses. O juiz é mero terceiro¹¹ *em relação aos interesses* em disputa, imparcialmente se postando como mero controlador do devido processo, do devido cumprimento das normas estabelecidas das posições subjetivas paritárias das partes e, por

⁵ Entre nós, a doutrina de Fazzalari encontra em Aroldo Plínio Gonçalves - Técnica Processual e Teoria do Processo, Rio de Janeiro, AIDE, 1992 - excelente expositor e divulgador. É com base nessa obra memorável que se expõe a teoria fazzalariana.

⁶ Como exemplo, o poder de confessar em juízo ou a faculdade de alegar fatos.

⁷ Como o ônus de não ter os fatos alegados considerados pelo juiz se não cumprir o dever de os provar.

⁸ Na exposição da obra fazzalariana do Prof. Aroldo Plínio não há muito espaço para os atos devidos, mas eles também existem no processo, pois há sanções processuais previstas para determinados atos ou determinadas omissões (pagamento de custas em décuplo para quem tenta se beneficiar ilicitamente da justiça gratuita, multa por litigância de má-fé, pagamento das custas decorrentes da não-alegação das preliminares do art. 267, IV, V e VI, na primeira oportunidade em que falar nos autos, etc)

⁹ GONÇALVES, A. P., op. cit., p. 112.

¹⁰ No caso do processo legislativo e do processo judicial, os interessados serão "representados" pelos membros do Legislativo e pelos advogados, respectivamente.

¹¹ Não em relação ao contraditório: o juiz não é terceiro em relação ao contraditório, pois tem o dever funcional de zelar pela sua observância.

sua vez, é controlado pelas partes - que têm à sua disposição remédios processuais adequados pelos quais impugnam os atos do juiz que entendam desviantes da ordem jurídica.

Dessas idéias, Fazzalari extrairá o novo conceito de "parte" no processo jurisdicional: será "parte" todo aquele que tiver seu *universum ius* atingido potencialmente pelo provimento jurisdicional¹². Às partes é assegurada a paritária participação no procedimento, em contraditório, e o acesso a todas as possibilidades processuais de defesa de seus interesses.

Por sua vez, para conceituar o "direito de ação" - ou simplesmente a "ação"¹³ -, Fazzalari estudará a "legitimação para agir"¹⁴, isto é, o conjunto complexo de situações subjetivas - poderes, faculdades e deveres - encadeados no iter processual para cada um dos interessados. Cada participante, no decorrer do processo, verá surgirem "situações legitimantes", isto é, situações processuais que uma vez constituídas dão origem a poderes, faculdades ou deveres que poderão ou não ser utilizados/exercidos/cumpridos pelo sujeito. Tais poderes/faculdades/deveres são as "situações legitimadas", que, encadeadas e consideradas em conjunto, constituem a *legittimazione ad agire*¹⁵ - a legitimação para agir. Eis o conceito moderno de "Ação".

Como nas teorias precedentes mais recentes, a *legittimazione ad agire* é distinta e autônoma da *legittimazione al provvedimento*¹⁶. Esta é a concordância da pretensão da parte com o Direito - o que entre nós é conhecido como "procedência do pedido", quando relativa à parte autora, ou "improcedência do pedido", quando relativa à parte ré. Assim, procedente o pedido, confirma-se que o autor tinha legitimação ao provimento; se improcedente, a legitimação ao provimento pertence ao réu. Em qualquer dos casos, ambos (ou todos, se houver mais interessados) tiveram legitimação para agir.

Portanto, com essas concepções, o direito de ação e o direito de defesa se confundem na *legittimazione ad agire*, simetricamente disponível a todos os contendores, autorizados a participar da formação do provimento final, mesmo defendendo posições injurídicas.

Por sua vez, o juiz também verá surgir situações legitimantes em que serão estabelecidos os seus deveres - também encadeados no decorrer do processo - que em conjunto constituirão sua Função. O mesmo se diz de seus auxiliares. Enquanto o conjunto composto de situações legitimadas das partes constitui a Ação, o conjunto composto de deveres funcionais do juiz e seus auxiliares se constitui a Função.

Uma vez que o direito de ação se identifica à legitimação para agir (no sentido fazzalariano, bem distinto do sentido liebmaniano) e esta ao conjunto de situações legitimadas da parte, há ação mesmo que o provimento judicial seja de "recusa do processo ou da ação" - um provimento extintivo, sem julgamento do mérito - ou quando ocorram quaisquer outras situações que ponham fim ao processo sem medida jurisdicional imperativamente imposta às partes - como a renúncia, a transação, etc. Isso se dá porque nesses casos, mesmo que o processo não se estenda ao provimento de mérito, ainda assim há "algum processo": mesmo nesses casos são estabelecidas situações legitimadas, que configuram a legitimação para agir¹⁷.

¹² GONÇALVES, A. P., op. cit., p. 113.

¹³ Idem, p.152.

¹⁴ Esse conceito é bem distinto do homônimo de Liebman e deve-se ter o devido respeito por essa importante diferença conceitual.

¹⁵ Idem, p.152.

¹⁶ Idem, p. 160.

¹⁷ Como exemplo, se o juiz extingue liminarmente o processo por inépcia da inicial, ainda assim o autor pôde iniciar o processo - pela petição inicial - e poderá apelar da sentença de extinção (duas situações legitimadas - a faculdade de pedir inicialmente e a faculdade de recorrer - foram facultadas ao autor). Se o autor apelar, haverá novas situações legitimadas.

Em resumo, a Ação se constitui no conjunto complexo de posições jurídicas subjetivas detidas pelas partes em simétrica paridade, enquanto que a Função é o conjunto igualmente complexo de deveres jurídicos impostos ao juiz e seus auxiliares, representantes que são do Estado, titular do *Imperium*.

⇒ Universalidade do Direito de Ação

Com as características acima reveladas, a Ação ou o direito de ação se estende a qualquer sujeito de direitos, quando os deduz em juízo. De sua abrangência não fogem as entidades públicas quando em juízo, nem qualquer particular. Dele se irradiam princípios e regras abrangentes de todos os litigantes, sempre vinculados à condição primeira do processo: o contraditório - a simétrica paridade de oportunidades de apresentar razões e contra-razões, provas, recursos, etc.

A finalidade precípua processo - compor a lide, garantindo a efetividade do direito substancial¹⁸ - é obtida por meio da participação ativa de todos os atores processuais, não apenas o Estado-Julgador¹⁹. Essa participação ativa não pode ser subtraída, portanto, de nenhum dos atores.

⇒ Princípios do Direito Processual e Estado Democrático de Direito

Os conceitos de processo e ação acima se vinculam também aos princípios de direito processual expressos ou implícitos vigentes no Estado Democrático de Direito.

É o que se vê com os princípios gerais informativos do processo: lógico (seleção dos meios mais eficazes para autocompor a lide ou descobrir a verdade e evitar o erro); jurídico (igualdade no processo e justiça na decisão); político (o máximo de garantia social com o mínimo de sacrifício dos direitos fundamentais da pessoa) e econômico (acessibilidade, rapidez e minimização dos custos do processo)²⁰.

Também os demais princípios se ligam a esses conceitos, com grande obviedade, tendo já sido, de alguma forma, tratados implicitamente nos tópicos anteriores²¹: o da imparcialidade do juiz; o da igualdade substancial das partes²²; o do contraditório e da ampla defesa; o da ação (da demanda)²³; da disponibilidade²⁴; dispositivo conjugado com o da livre investigação da prova²⁵; do impulso oficial; do livre convencimento do juiz; da motivação das decisões imperativas; da publicidade; da lealdade processual²⁶; da economia e da instrumentalidade das formas; do duplo grau de jurisdição mitigado²⁷.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. El Proceso Civil en el Derecho Comparado - Las Grandes Tendencias Evolutivas - Trad. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Juridicas Europa-/america, 1973, p. 18 Apud GONÇALVES, A. P., op. cit., p. 169.

¹⁹ E nem sempre o provimento final será um "julgamento", pois há clara tendência ampliativa das modalidades autocompositivas no processo (conciliações prévias ou incidentes, mediações, transações/renúncias/confissões incidentes, etc) - até mesmo no Processo Penal (Lei 9099/95).

²⁰ GRINOVER, A. P. & alii, op. cit., p. 51, com modificações.

²¹ Idem, pp. 51-77.

²² Que vai além da igualdade negativa ou formal - "Todos são iguais perante a lei . . ." - para inserir no processo diversos dispositivos de proteção de sujeitos que estariam em situação desequilibrada frente aos demais (curador especial para o incapaz e o réu revel citado por edital; dilação de prazos para a Fazenda Pública, Ministério Público e Defensoria Pública; vista pessoal a esses órgãos, e muitos outros).

²³ *Nemo iudex sine actore e ne eat iudex ultra petita partium*.

²⁴ Envolvido em diversas situações de desistência/renúncia/transação/conciliação previstas expressamente nas leis processuais civis e recentemente se estendendo às leis processuais penais até mesmo para os crimes da ação penal pública.

²⁵ Grinover, A. P. & alii, pp. 64-67, demonstram que existe hoje uma complexa conjugação nas leis processuais (tanto civis quanto penais) entre o princípio de que o juiz deve se manter inerte na apreciação das provas trazidas pelas partes (princípio dispositivo) e o de que ele exerce papel diretivo ativo nas diligências processuais (princípio da livre investigação das provas).

²⁶ Que é o informador da maioria dos "deveres" postos às partes no processo (no sentido kelseniano, ou seja, condutas cuja negação é pressuposto da aplicação de uma sanção).

²⁷ A maioria dos autores e o STF entendem que o duplo grau de jurisdição é excepcionalizado em diversas hipóteses na própria Constituição.

Tais princípios são positivados sob a forma de diversos dispositivos das leis processuais - algumas vezes corroborando integralmente, outras vezes conjugando dois ou mais princípios ou lhes trazendo exceções - que estabelecem situações legitimantes e situações legitimadas para os atores processuais.

INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO

⇒ Direito Público e Interesse Público

Ao se estudar qualquer disciplina de direito público, em especial o Direito Administrativo, toma vulto uma dúvida: quais características específicas teriam o direito público que o diferenciariam do direito privado?

A grande maioria dos autores vê no Direito uma unidade fundamental, cuja separação nos diversos ramos e nos dois grandes complexos - direito público e direito privado - seria de ordem muito mais pedagógica do que propriamente científica²⁸. Porém, a separação permanece, após séculos de estudo, desde os tempos romanos.

Ulpiano já definia *ius publicum est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem*.²⁹ Essa definição, que durou séculos e ainda hoje tem sua valia, foi criticada, principalmente no século XIX, pelo fato de aparentemente contrapor o interesse público ao interesse privado: como se as "coisas do Estado" não interessassem ao particular e as "utilidades privadas" se chocassem com o interesse do Estado ou o interesse público.

Enneccerus foi buscar diferenciar os dois ramos não mais pelo critério da "utilidade", mas dos sujeitos da relação jurídica, ao dizer que *público* seria o direito que rege as relações dos Estados entre si ou dos Estados com os demais cidadãos, enquanto *privado* seria o direito que regula as relações entre os indivíduos, como tais³⁰. Mais uma vez essa diferenciação enfrenta percalços, pois há situações em que as relações do Estado com os indivíduos não se diferenciam das relações desses entre si³¹ e há relações entre indivíduos que sofrem tamanha regulamentação estatal, que dificilmente se poderia adjetivá-las de "privadas" apenas com base na titularidade das posições ativas e passivas da relação.

Dernburg³² tenta fundar a distinção no interesse protegido: normas de direito público tutelariam o interesse geral, enquanto que normas de direito privado protegeriam os interesses dos cidadãos. Essa teoria, além de ser bastante aparentada à primeira distinção de Ulpiano, é criticada pelo fato de que todas as normas gerais têm por objetivo a tutela dos interesses gerais da coletividade, mesmo quando nitidamente disponham sobre relações privadas.

Outra tentativa de explicitação da diferença se encontra na teoria da imutabilidade, pela qual *ius publicum privatorum pactis mutaria non potest* (o direito público não pode ser alterado pelos pactos privados)³³. As críticas são as mesmas: normas de direito privado seriam também insuscetíveis de modificações pelas partes, pois é característica de toda norma geral ser cogente.

O critério da norma não se mostra adequado. Assim, Ruggiero vai tentar aliar os critérios objetivos e subjetivos para dizer que direito público é aquele que regula as relações dos Estados entre si ou do Estado com o particular, *quando procede em razão do poder soberano e atua na tutela do bem coletivo*; direito privado é o que disciplina as relações entre pessoas singulares, nas quais *predomina imediatamente o interesse de ordem*

²⁸ KELSEN, H. Teoria Geral do Direito e do Estado. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 297.

²⁹ "Direito público é o que corresponde às coisas do estado; direito privado, o que pertence à utilidade das pessoas" - expressão do Digesto, Livro I, tit. 1, §2º, Apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, v. I.6 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 11.

³⁰ ENNECCERUS, Tratado, I, §31, pag. 132. Apud PEREIRA, C. M. da Silva, op. cit., p. 12.

³¹ KELSEN, H. op. cit., p. 291 e PEREIRA, C. M. da Silva, op. cit., p. 12.

³² DERNBURG, Pandete, I, §21, pag. 52 Apud PEREIRA, C. M. da Silva, op. cit., p. 12 e 13.

particular.³⁴ Nessa distinção, é relevante verificar que a distinção se dirige ao caráter soberano, imperativo, das relações em que presente o interesse público e a possibilidade de o Estado comparecer em relações com os particulares em posição de superioridade (direito público) ou em relação de igualdade (direito privado).

Esse critério será aperfeiçoado pela teoria mais recente acerca do que seja "relação de direito público" e "relação de direito privado"³⁵, pela qual o que caracterizaria uma "relação jurídica de direito público" seria a prevalência de um dos partícipes da relação sobre o outro, enquanto que "relação jurídica de direito privado" seria aquela em que as partes da relação estão em situação de igualdade jurídica. O critério tem igualmente críticos³⁶, pois mesmo quando um órgão do Estado cria normas unilateralmente, ele está submetido à ordem jurídica como um todo, portanto essa sua "superioridade" é apenas relativa³⁷.

Mas não há como negar que essa distinção tem alguma valia, principalmente quando se compara uma relação privada típica - um contrato acordado entre duas pessoas naturais, por exemplo - e uma relação pública típica - a aplicação de uma penalidade em virtude de ilícito administrativo, por exemplo. Mesmo que quaisquer desses atos necessite respeitar o ordenamento jurídico para ter validade, uma vez havendo essa concordância entre as normas³⁸ concretas e as normas gerais hierarquicamente vinculantes, observa-se uma importante distinção: no contrato, duas vontades devem convergir para que a norma seja criada; na penalidade administrativa, uma das vontades é totalmente ignorada (a do penalizado).

O mesmo se pode falar das normas concretas surgidas ao final do processo judicial: quando o provimento final simplesmente homologa um acordo entre as partes, o juiz comparece apenas para "sacramentar" uma norma criada pelas próprias partes envolvidas; quando o provimento final é uma sentença que acolhe ou nega o pedido, efetuando o julgamento de mérito, as partes se submetem a essa decisão - seja ela favorável ou não aos seus interesses (e há os casos de acolhimento ou negação parcial do pedido, em que todas as partes têm seus interesses desfavorecidos em alguma medida).

Também há o mesmo tipo de situação no âmbito das normas gerais e abstratas. Como bem leciona Maurício Godinho Delgado³⁹, há evidente tendência no Direito Trabalhista Brasileiro, a exemplo do que se verifica em outros países, para que as Convenções ou Acordos Coletivos sobrepujem a legislação trabalhista usual. Qual a diferença fundamental entre tais normas gerais e abstratas?

A diferença está em que as normas da legislação usual são estabelecidas pelo corpo legislativo - terceiro em relação às partes envolvidas, do mesmo modo que o juiz é terceiro em relação aos litigantes -, enquanto que nas normas geradas pelos Acordos ou Convenções Coletivos as próprias partes envolvidas convencionam seus dispositivos, por meio de suas associações de classe.

³³ PEREIRA, C. M. da Silva, op. cit., p. 13.

³⁴ RUGGIERO, Istituzioni, I, §8, pag. 59 Apud PEREIRA, C. M. da S. op. cit., p. 13.

³⁵ KELSEN, H. op. cit., p. 292 e seguintes.

³⁶ Idem, p. 292.

³⁷ É o caso típico de um ato administrativo que pode ser desfeito, quando ilegal, por uma ordem judicial originada de um pedido em um mandado de segurança. Assim, a inicial "superioridade" do agente administrativo frente ao particular é anulada, por meio judicial, por uma iniciativa do particular.

³⁸ Utilizo o conceito de norma jurídica estatuído por Kelsen - que admite normas gerais e abstratas ao lado de normas concretas e individuais, todas elas caracterizadas por impor a algum(ns) indivíduo(s) deveres jurídicos. Em especial, vide KELSEN, H., op. cit., pp. 42-54.

³⁹ DELGADO, Maurício Godinho. Introdução ao Direito do Trabalho. São Paulo, LTr, 1995. Em especial, pp.39-46.

Feita essa abordagem, o que caracterizaria, portanto, o direito público - ou as relações de direito público - seria a conjugação de unilateralidade e heteronomia na criação de normas jurídicas⁴⁰, enquanto que o direito privado seria caracterizado pela pluralidade e autonomia na criação de novas normas jurídicas^{41 42}.

⇒ O que é Interesse Público?

Feita a conceituação acima, pode-se agora retomar a discussão do direito público e de sua relação com o "interesse público", sempre afirmada em uma ou outra das teorias estudadas e com grande influência nos atuais publicistas.

Não há dúvida de que na criação autônoma de novas normas os interesses *immediatos* em jogo são os interesses dos partícipes, como disse Ruggiero. Isso não quer dizer que o interesse de toda a coletividade esteja também, *mediatamente*, em jogo: a própria "autonomia" privada é estabelecida em nome desse interesse geral, pois entende-se que a sociedade precisa resguardar essa liberdade primária dos indivíduos.

Ora, a "autonomia" privada é estabelecida por normas primárias - no sentido kelseniano - assemelhadas ao venerando princípio "*pacta sunt servanda*"⁴³. Essas normas primárias, por sua vez, são "heterônomas" e "unilaterais": são normalmente positivadas em algum momento, seja pela própria Constituição, por leis, pelos usos e costumes aceitos na coletividade. São, portanto, na conceituação acima, características de "direito público".

Se o interesse da coletividade (em estabelecer o princípio da autonomia) está sendo resguardado por essas normas - de direito público - que garantem a "autonomia privada", temos aí uma importante pista do que seja "interesse público" e sua relação com o "direito público".

Analisando, por outro lado, a conceituação acima realizada de "direito público", ligado à heteronomia e unilateralidade das novas normas criadas, e lembrando que, nessa hipótese, os interesses individuais são neutros em relação à própria norma, pergunta-se: que interesse, então, é por tais normas protegido?

Certamente, a resposta não poderá ser, simplesmente, os "interesses do Estado", pois aí cairíamos na tautologia de dizer que "é interesse público aquilo que é interesse do Estado", quando, sabemos, o Estado personificado dos nossos dias - o Estado-pessoa jurídica - distinto dos seus constituintes, distinto dos seus governantes, tem, enquanto tal, interesses distintos daqueles - assim como toda pessoa jurídica não necessariamente tem seus interesses igualados aos dos seus associados.

⁴⁰ Ou seja, a "vontade" de um ou vários dos que serão atingidos pela norma é desprezada e não tem nenhuma valia para a criação da nova norma jurídica.

⁴¹ Isto é, a norma só é válida se as "vontades" dos que serão atingidos pela norma é levada em consideração. Isso não quer dizer que as partes tenham "total" autonomia, pois elas sempre estarão vinculadas a normas superiores (a Constituição, uma ou outra lei, etc), do mesmo modo que os normadores unilaterais do direito público se sujeitam às normas que definem suas competências.

⁴² Importante crítica a essa teoria é feita por Florivaldo Dutra de Araújo - "*Motivação e Controle do Ato Administrativo*", editada pela Liv. Del Rey, 1992, pp. 45-6 - em que alega que essa teoria não faria distinção entre o ato de pagamento de um aluguel e o ato de concessão de um alvará, pois em ambos **não há autonomia** da vontade - já que o ato de pagamento é um "ato devido", que apenas mediamente se vincula à vontade do devedor (que contratou a locação e assumiu esse dever), citando o excelente trabalho do Prof. João Baptista Villela - Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual in "Estudos em homenagem ao Prof. Washington de Barros Monteiro, São Paulo, Saraiva, 1982, pp. 251-266. Continua alegando que, por outro ângulo, poder-se-ia dizer que o ato de concessão de alvará seria também expressão da autonomia de vontade do Estado, pois foi o próprio Estado que editou a lei de posturas, da qual o alvará é mera concretização.

Com a licença do meu grande mestre, ousou discordar dessa posição, para reafirmar a definição feita acima acerca do "direito público". O ato de pagamento de um aluguel e o ato de concessão do alvará continuam sendo bastante distintos, pois a vontade que se deve analisar é a do destinatário do ato - o devedor do aluguel ou o requerente do alvará. No pagamento do aluguel, o devedor cumpre um dever que ele próprio assumiu voluntariamente ao contratar a locação. Portanto, esse ato é devido *sponte sua*. No caso do alvará, a concessão ou não do direito à edificação em nenhum momento leva em consideração a vontade do requerente (e não devemos confundir o direito de petição do alvará com o direito ao alvará). É essa característica - de ser "neutra" em relação ao interesse dos que são imediatamente atingidos - que distingue as normas heterônomas das normas autônomas.

Voltando à crítica de Kelsen quanto à tão falada "superioridade/inferioridade" que caracterizaria o direito público, também o Estado-pessoa jurídica é "súdito" em relação à ordem jurídica: vale dizer, os interesses do Estado-pessoa jurídica são neutros em relação aos "interesses públicos" almejados pelas normas heterônomas e unilaterais estabelecidas pelo Estado-Legislador ou Estado-Julgador e até mesmo o Estado-Administrador⁴⁴.

Portanto, como primeira aproximação do conceito de "interesse público" - que, de resto, é mesmo indeterminado abstratamente e passível de "alguma" determinação apenas no caso concreto - só se pode adotar aquele de que é o interesse que não se refere, imediatamente, a nenhum *universum ius* específico em certa coletividade, ou seja, é o interesse que é imediatamente neutro em relação a qualquer interesse particular. Vale dizer: interesse público é aquele que, imediatamente, nega cada interesse particular presente em certa coletividade para afirmar o interesse comum dessa coletividade.

Destrinchando o conceito, para dar-lhe operacionalidade no caso dos atos jurídicos unilaterais do Estado:

a) não é condizente com o interesse público nenhum ato jurídico unilateral estatal **geral** de que resulta *imediatamente* situação de vantagem para algum patrimônio jurídico **individualmente** considerado;

b) o fato de um ato jurídico **unilateral geral** estatal *mediatamente* levar a uma situação de vantagem particular - na sua aplicação ao caso concreto - não desmerece sua adequação ao interesse público: o interesse particular, num caso concreto, pode ser a *concretização* do interesse público;

c) o interesse público é *relativo* a certa *coletividade determinável* (não há "interesse público absoluto");

d) no caso dos atos jurídicos unilaterais estatais que estabelecem normas individuais, concretas, a situação de vantagem particular dele resultante é condizente com o interesse público desde que referida e coerente com o ordenamento jurídico como um todo⁴⁵;

e) não é condizente com o interesse público a **manutenção indefinida de situações litigiosas**, pelo que, na presença de conflito de interesses, **pelo menos um deles não se coaduna com o interesse geral**.⁴⁶

Assim, numa tentativa de extrair alguma operacionalidade das noções de direito público e sua intrínseca relação - pelo menos finalística - com "interesse público", deve-se adotar uma "conceituação negativa" do interesse público: só é legítimo - em um Estado Democrático e de Direito - o estabelecimento unilateral e heterônomo de normas jurídicas (aquilo que convencionamos chamar de "direito público") quando tais normas não tiverem por objetivo *mediato* a satisfação de algum interesse particular considerado em certa coletividade⁴⁷.

⁴³ Isto é, em cada sistema jurídico particular, a "autonomia privada" é garantida por normas que elencam sanções para o caso do descumprimento dos pactos privados.

⁴⁴ Toda a máquina estatal se vincula aos atos administrativos que ela própria produz. O exemplo típico é a "coisa julgada administrativa", quando, por exemplo, em um processo administrativo o Estado conclui pela inexistência de dever de um cidadão para com o próprio Estado (nas questões tributárias é muito comum), fica inviabilizada - a partir do momento em que o ato final do processo é produzido - a discussão judicial sobre o assunto (ou seja, se um órgão do Estado concluiu que não havia dever do cidadão, não pode esse mesmo órgão querer reverter sua própria decisão pela via judicial - mas é cabível que outro órgão o faça, como o Ministério Público, em relação às decisões do Executivo).

⁴⁵ Daí a importância basilar da motivação em qualquer ato unilateral estatal de efeitos concretos. A respeito, vide a excelente dissertação de Florivaldo Dutra de Araújo, já citada, principalmente pp.92-126.

⁴⁶ Daí advém a necessidade pública de se resolver os conflitos e a impossibilidade, nos sistemas processuais modernos, de o juiz negar a prestação jurisdicional. Mas essa regra não pode jamais levar à conclusão de que os conflitos deveriam ser proibidos ou limitados: o que se quer explicitar é a necessidade de serem solucionados, uma vez que surgiram. A solução a ser dada em cada caso concreto pode não atender a nenhum dos interesses em conflito (procedência parcial do pedido), atender inteiramente a um deles (procedência ou improcedência total) ou, ainda, representar alguma forma de composição de interesses. Em qualquer caso, **algum** dos interesses **deverá ser contrariado** (ainda que parcialmente) pela decisão final (que se supõe atender ao interesse geral)

⁴⁷ Mesmo com a tentativa de dar alguma "operacionalidade" ao conceito de "interesse público", não há como deixar de verificar que é impossível estabelecer genericamente o que seja esse interesse. Trata-se de típico conceito indeterminado, que exige, nos casos concretos que se apresentem ao operador jurídico, trabalho de interpretação que, mesmo assim, pode não chegar a uma solução unívoca. Nesse ponto, com razão Kelsen, quando admite inúmeras possíveis interpretações dentro da

Uma vez que o princípio democrático é claramente positivado em nossa Constituição, que o nosso Estado é imediatamente declarado "Democrático de Direito", esse atributo de "legitimidade" da atividade pública torna-se atributo necessário de "validade": é inválido o ato jurídico estatal unilateral que não seja condizente com o "interesse público"⁴⁸. Disso se tratará mais tarde.

⇒ A distinção dos "Interesses Públicos"

Verificou-se que a noção de Ulpiano acerca do direito público falhava por conceituar como "público" o direito relativo aos "interesses do Estado" e "privado" o direito relativo aos "interesses privados", pois nem sempre "interesse público" é "interesse do Estado" e "interesse privado" é diferente do "interesse público".

Essa distinção é muito importante. Cada ente estatal⁴⁹ é sujeito de direitos e deveres e tem, portanto, um *universum ius* próprio que é respeitado pelo ordenamento jurídico, distinto do *universum ius* dos demais membros da coletividade jurídica. Os interesses desse ente público seriam "públicos"? Seriam "privados"?

Sobre o tema a doutrina italiana se debruçou⁵⁰ e criou a já clássica distinção entre "interesse público primário" e "interesse público secundário". O primeiro seria o interesse público como conceituado acima: o interesse da coletividade, o interesse que não se vincula imediatamente a nenhum interesse particular de nenhum dos partícipes da ordem jurídica. O segundo seria o "interesse privado do ente estatal", aquele ligado à personalidade jurídica do ente estatal, enquanto sujeito de direitos e deveres próprios, contrapostos aos direitos e deveres dos demais partícipes da ordem jurídica.

É fundamental, no marco da modernidade, compreender a possibilidade de o ente estatal ter interesses próprios, distintos dos interesses coletivos: o Estado já não é divino, já não é absoluto, deve ser tratado como entidade jurídica comum, enquanto pessoa jurídica distinta de seus integrantes, enquanto entidade que se expressa por meio de homens (agentes públicos) e não de oráculos. Assim, nem tudo que atende ao Estado, atende ao interesse público primário.

Por sua vez, como ente subordinado à ordem jurídica que é, ao Estado devem ser reconhecidos direitos (não apenas deveres) isonômicos aos dos demais entes jurídicos, sempre que o Estado se encontrar em situação de igualdade com o particular. Portanto, os interesses secundários do Estado devem merecer proteção tanto quanto os interesses privados, quando na relação jurídica concreta a estes se igualarem.

OS DOIS SUPERPRINCÍPIOS BASILARES DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA - NECESSIDADE E SUFICIÊNCIA

⇒ Função Administrativa

Na esteira de Seabra Fagundes⁵¹, que por sua vez obtém em Ducrocq e Ranelletti subsídios para sua teoria, as atividades permitidas pelo ordenamento jurídico aos diversos órgãos estatais se subdividem em dois

moldura que a ordem jurídica apresenta e, por conseqüência, inúmeras serão as soluções que atendam ao interesse público. Vide, para uma crítica da teoria hermenêutica tradicional - que hoje tenta reviver, com o mito do "Juiz Hercules" de Dworkin, concepções antiquadas acerca da interpretação jurídica - a obra do Prof. Florivaldo Dutra de Araújo, em especial, pp. 67-73.

⁴⁸ Sobre as implicações do princípio democrático sobre a "finalidade" do Estado é vasta a bibliografia da Teoria Geral do Estado, com Jellinek, la Bigne de Villeneuve e outros a defendendo abertamente.

⁴⁹ É necessário falar em "entes estatais" no plural, pois como tais devemos considerar cada um dos entes federados e também as suas autarquias e fundações de direito público.

⁵⁰ Atribui-se frequentemente a Renato Alessi, em sua obra *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, de 1960, a mais coerente distinção entre os dois interesses acima e a defesa da sua existência - sob pena de não se conseguir compreender a atividade administrativa, em sua prática.

⁵¹ SEABRA FAGUNDES, Miguel. Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 6 ed. São Paulo, Saraiva, 1984, principalmente pp. 3-18

grandes grupos de funções: a função criadora (ou re-criadora) da ordem jurídica⁵² e a função executora (ou integradora) da mesma ordem jurídica. Trata-se das funções estatais em sentido "material", ou seja, quanto à natureza dos seus atos.

Assim, a **função legislativa**, se encarregaria de criar normas jurídicas abstratas, gerais e inovadoras. Já a função executiva, pela qual a ordem jurídica se concretiza e individualiza, se desdobraria em dois outros grandes grupos de atividades. No exercício da **função jurisdicional**, o órgão estatal só age por provocação dos interessados e fixa em definitivo a inteligência do ordenamento jurídico aplicável ao caso concreto, solucionando o litígio. A função jurisdicional, solucionando o litígio, pela aplicação da ordem jurídica criada pela função legislativa, cria normas individuais, concretas, com tendência à definitividade⁵³.

Já no exercício da **função administrativa**, o órgão estatal age independentemente de provocação e mesmo que não haja litígio, executando a lei seja pela criação de situações jurídicas individuais, concorrendo para sua formação ou praticando atos materiais, sujeitando-se a ulterior controle jurisdicional. Na criação de situações jurídicas individuais, a função administrativa também cria normas jurídicas individuais e concretas, porém, sem a tendência à definitividade que caracteriza a função jurisdicional.

Verifica-se que, exceto pela prática de atos materiais, as funções estatais incluem-se, todas, no campo das funções criadoras de normas jurídicas (abstratas ou concretas, gerais ou individuais) unilateral e heteronomamente - isto é, de modo *imperativo*, sem necessidade da aquiescência da outra parte. Portanto, coincidem tais funções com o âmbito do que acima se chamou "direito público".

⇒ Os dois princípios basilares do regime administrativo

Ao criar normas individuais unilateralmente, intervindo no patrimônio jurídico dos administrados sem sua prévia aquiescência, a atividade administrativa inclui-se naquilo que acima se conceituou como "direito público": o campo de criação unilateral e heterônoma de normas jurídicas.

Por sua vez, já se falou sobre a íntima relação entre o "direito público" e o "interesse público": a imposição de novas situações jurídicas (seja abstratamente, seja concretamente) aos demais partícipes da ordem jurídica somente se valida pelo atendimento ao interesse público, ao interesse geral daquela comunidade.

É o que Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁴ sintetizou em seus dois superprincípios que caracterizam o regime administrativo: *a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público*.

De tais superprincípios decorrem todos os demais princípios da atividade administrativa⁵⁵, pelo que se justifica o prefixo "super" aqui introduzido.

⇒ Interrelação entre os dois superprincípios e a noção central de interesse público

De fato, os dois superprincípios são intimamente relacionados, pois decorrem todos do princípio democrático: a razão da existência da ordem jurídica (e do Estado) é o atendimento do interesse da coletividade. A noção central do direito administrativo (e do direito público) é a de "interesse público".

Na diferenciação acima realizada, não há dúvida, que aqui se fala de "interesse público primário".

⁵² Concebida como "conjunto de normas gerais e abstratas conformadoras de dada comunidade jurídica".

⁵³ Sobre a "tendência à definitividade", vide BARBOSA, Márcio José de Aguiar. "Sobre A Natureza Do Ato De Cassação Do Prefeito Municipal - Estudo Preliminar Acerca Da Definitividade Dos Atos Do Estado". Monografia de Direito Administrativo Municipal, FDUMFG, 1999.

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 11 ed. São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 26-34.

⁵⁵ Idem, pp. 34-46.

Qual interesse público que é supremo na coletividade? É o interesse da própria coletividade. Ele se posiciona acima - e algumas vezes se contrapõe frontalmente - a qualquer interesse particular.

Quanto ao interesse público secundário, ele nada mais é do que interesse da pessoa jurídica estatal envolvida, em situação isonômica com os demais interesses privados naquela coletividade jurídica. Nada tem de superior, de especial. Está sujeito às mesmas limitações e faculdades conferidas aos interesses privados em geral.

Qual interesse público é indisponível, jamais pode ser tergiversado? É, mais uma vez, o interesse da própria coletividade, pois ninguém, individualmente, é seu titular nem tem legitimação para abandoná-lo, para renunciar-lhe.

Mais uma vez, a situação é totalmente diversa quando se trata do interesse público secundário. Ele pode ser renunciado, transacionado, conciliado por seu titular - o ente público respectivo. Cabe ao ente público cuidar de seus interesses, como qualquer titular de direitos e deveres na comunidade jurídica. Apenas exige-se que esses atos de disposição sejam previamente autorizados por lei (ou venham a ser referendados pelo Legislativo, em alguns casos⁵⁶), em vista do princípio da legalidade.

A caracterização do regime administrativo com os dois superprincípios guarda íntima relação, por sua vez, com o caráter unilateral e heterônomo da atividade administrativa e não com outras atividades administrativas que não tenham esse caráter.

Na bela acepção de Bandeira de Mello, "*o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido.*"⁵⁷

Isto é, o regime administrativo somente se verifica no exercício do "poder". É somente nos atos que evocam o poder do Estado que se verificarão os seus fundamentos: é somente aí que se pode dizer, com Bandeira de Mello, que o "poder" do Estado se sujeita aos interesses gerais, tornando-se muito mais um "dever-poder"⁵⁸.

É na situação de criador heterônomo e unilateral de normas jurídicas gerais ou individuais - quando o "poder" do Estado se apresenta em toda a sua plenitude - que o Estado se sujeita aos dois superprincípios, pois é aí que a atividade estatal se dá em nome da coletividade: é nesse momento que o povo se expressa, por meio dos agentes do Estado, nas suas diversas funções denotadoras de "poder".

A situação é muito diversa quando o Estado-pessoa se submete, enquanto pessoa jurídica autônoma, à ordem jurídica, sem qualquer prerrogativa, sem qualquer poder excepcional, ao lado dos demais titulares de direitos e deveres, sendo atingido pelas normas unilaterais e heterônomas criadas pelo Estado-poder e tendo a possibilidade de criar, como os demais integrantes da comunidade, normas bilaterais e autônomas.

Eis, portanto, a relação de necessidade e suficiência entre os atos do Estado e o atendimento aos superprincípios que caracterizam a Administração Pública: é válido o ato estatal denotador de poder, de imposição de normas jurídicas aos particulares, somente se ele atender o interesse público primário; por sua vez, o interesse público primário se sobrepõe e se impõe validamente sobre os interesses privados por meio dos atos estatais que denotam *Imperium*.

Em curtas palavras: *na Democracia, o interesse público primário é atendido se e somente se o ato estatal imperativo é válido*. Eis a relação de necessidade e suficiência entre os superprincípios, o interesse público e a atividade estatal imperativa.

⁵⁶ É o caso dos atos e compromissos internacionais que ocasionem gravame ao patrimônio nacional.

⁵⁷ *Idem*, p. 31.

⇒ Características do ato administrativo e sua relação com os superprincípios

Os atos administrativos são aqueles em que a função administrativa se expressa, enquanto faceta do poder do Estado. Denotam o *Imperium*, atributo da soberania estatal. São regidos pelo direito público, criando normas secundárias (no sentido kelseniano) para os administrados, mas sujeitas ao controle jurisdicional.

Excelente conceito se encontra na admirável síntese do Prof. Florivaldo Dutra de Araújo⁵⁹:

"Ato administrativo é a manifestação de vontade do Estado ou de quem lhe faça as vezes, expedida em nível infralegal e para dar cumprimento à lei, sob regime de direito público e sujeito a controle de legitimidade por órgão jurisdicional, com a finalidade de criar situações jurídicas individuais ou concorrer para a formação destas."

O núcleo do conceito de ato administrativo, a idéia básica que difere o ato administrativo de outros atos jurídicos, é o chamado "regime de direito público" - que em outros pontos o ilustre jurista chama de "relação de administração". É daí que as características (atributos) do ato administrativo se conformam: adequação ao interesse público (primário); imperatividade; auto-executoriedade e a presunção de legalidade⁶⁰.

A relação dessas características com os superprincípios é imediata. A adequação ao interesse público primário nada mais é do que a afirmação dos dois superprincípios; a imperatividade igualmente só se sustenta pela supremacia do interesse público sobre qualquer outro; a auto-executoriedade em suas duas modalidades - a execução forçada da obrigação pública realizada pela própria Administração (executoriedade direta) e a exigibilidade de sanções pelo descumprimento de obrigações públicas (executoriedade indireta)⁶¹ - também representa exceção à regra geral de que somente ao Poder Judiciário é permitido imiscuir-se no patrimônio alheio e executar as suas decisões; tal exceção somente pode se justificar pelo fato de que ambos - a Administração e o Judiciário - perseguem o interesse geral, supremo em relação aos interesses dos particulares, daí a possibilidade de intervir no patrimônio e no *status libertatis*⁶² do cidadão. Quanto à presunção de legalidade - quando ela é admitida - trata-se de atributo igualmente excepcional, que mais uma vez somente pode ser legitimado pelo fato de os interesses perseguidos pela Administração não se igualarem aos interesses dos particulares e lhes serem superiores.

Logo, os atos administrativos somente têm essas características excepcionais - que denotam *Imperium* - pelo dever de atenderem, abstratamente, ao interesse público, segundo os dois superprincípios da atividade administrativa.

⇒ Além do direito administrativo: necessidade e suficiência do atendimento aos superprincípios para caracterizar os atos funcionais estatais

Todos os atos que denotam o *Imperium*, que expressam poder do Estado, que criam ou concorrem para a criação de situações jurídicas individuais (ainda que abstratamente) sem a aquiescência dos indivíduos atingidos devem ser encarados da mesma forma que os atos administrativos supraestudados. Eis o axioma básico de um Estado que se quer Democrático e de Direito.

⁵⁸ Idem, p. 32.

⁵⁹ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de, op. cit., p. 62.

⁶⁰ Como bem exposto por Florivaldo Dutra de Araújo, a presunção de legalidade é a mais criticável característica do ato administrativo, pois só existe nos casos em que essa presunção é dada por lei. Vide sua obra já citada, pp. 50-62.

⁶¹ Idem, pp. 48-50.

⁶² É o que se verifica quando o administrado tem proibida a sua atividade econômica, fechado seu estabelecimento, derrubado o muro para apagar um incêndio, apreendidos os alimentos com prazo vencido ou proibidos, proibida a circulação em determinada área, etc.

O atendimento irrestrito, irrenunciável, ao interesse público primário e a necessidade de todos os interesses privados (e públicos secundários) se curvarem a esse interesse maior (da coletividade) é o princípio democrático básico que deve ser respeitado no nosso ordenamento.

Não apenas o administrador se sujeita ao ordenamento como um todo e ao Povo do qual todo o seu poder emana: também o legislador e também o julgador.

Toda criação unilateral de normas pelos agentes públicos - sejam normas individuais ou gerais - somente se **valida** pela conformação ao **princípio democrático** e este, por sua vez, é densificado por meio de atos imperativos estatais. A relação de necessidade e suficiência que acima se estatuiu para os atos administrativos é válida para **qualquer ato funcional estatal**: o interesse público primário é atendido se e somente se o ato estatal imperativo é válido.

Vale dizer, os atos em que se expressa o regime de direito público necessária e suficientemente se conformam aos ditames de que exprimem a supremacia do interesse público primário sobre quaisquer outros interesses e a indisponibilidade do interesse público primário⁶³.

A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO

⇒ Indistinção processual da Administração Pública em relação aos demais litigantes

Ao fazermos a pequena digressão sobre o direito processual, ficou assente a noção central da processualística moderna: a noção do contraditório enquanto paridade de oportunidades para todos aqueles que terão seus interesses afetados pelo provimento final e a noção de processo como procedimento em contraditório.

A noção fazalariana se aplica geralmente: é aplicável ao processo legislativo, judicial ou administrativo. Mas nos interessa bem de perto no caso do processo judicial.

No processo judicial, o juiz é terceiro em relação aos interesses das partes e sua atuação deve se ater ao controle da correção do contraditório - isto é, à concretização, naquele processo específico, das normas que estabelecem o rito do procedimento em contraditório - para, ao final, verificando os fatos apresentados em juízo e que sejam de interesse para a solução da lide, aplicar o direito cabível.

⁶³ Nesse sentido, a excelente palestra do Prof. Sérgio Ferraz na abertura do Encontro de Direito Administrativo realizado em Foz do Iguaçu/PR, em outubro/1999, quando o admirado mestre propõe uma reflexão (respaldada, faticamente, pelo uso ilimitado de medidas provisórias pelo Governo Central e pela omissão do STF em reparar esse abuso): também nos atos legislativos e jurisdicionais seria possível argüir o "desvio de poder"?

Diante da teoria aqui exposta, a resposta é SIM. Uma vez que na teoria administrativista bem assentada está a gênese do "desvio de poder" - que é o ato administrativo desviar-se do fim público que ele deveria atender - facilmente se extrai a mesma conclusão para os demais atos imperativos estatais: se eles se desviam de sua finalidade, cabe argüir sua nulidade, pois o desvio da finalidade pública é causa de invalidade de qualquer ato de império.

Há, entretanto, uma questão processual a ser resolvida no caso dos atos imperativos do STF: não existe órgão competente para julgar uma possível argüição de nulidade de ato tomado pelo Plenário do STF (uma decisão em uma ADIN ou numa ADC, por exemplo). Nesse caso, caberia uma "insubordinação civil", já que a autoridade do STF estaria arranhada por não se ater ao interesse geral? Ou, tendo em vista o princípio da segurança jurídica, aceitaríamos incondicionalmente todas as decisões do STF como expressão positivada do interesse público?

Entendo que há situações-limite em que a insubordinação civil é mais do legítima - é válida -, nas quais o Povo pode retomar para si o poder que foi confiado aos órgãos estatais - entre os quais o STF - em relação a determinado ato contrário ao interesse público (ou conjunto de atos), ignorando-o(s). Deve-se **restringir**, entretanto, essa insubordinação **apenas ao ato inválido** (eis o limite da "legítima defesa do interesse público"), sob pena de configurar-se uma "revolução" e, conseqüentemente, o estabelecimento de uma nova ordem jurídica - na qual já não cabe perguntar pela validade ou invalidade dos atos anteriores, já que o antigo ordenamento não mais tem qualquer significado jurídico.

É também preciso ter cuidado para não "prostituir" a noção de "interesse público": o fato de o STF (ou qualquer órgão estatal) estabelecer determinada interpretação, impondo determinada norma aos indivíduos, dentre as diversas interpretações possíveis, não habilita aqueles que se sentiram lesados a pleitear a invalidade do ato estatal - com base no "interesse público". Como se viu, no estudo do "interesse público", é impossível estabelecer limites estreitos para esse conceito, pelo que as "situações-limite" acima citadas são realmente difíceis de encontrar na prática (o que não impede o jurista criativo de imaginar diversas situações absurdas que poderiam ocorrer e que autorizariam a insubordinação às decisões do próprio STF).

Esse ato final do juiz, assim como todas as decisões tomadas no decorrer do processo - que estabelecem ou vedam determinadas faculdades ou poderes ou identificam deveres das partes, havendo ou não requerimento das mesmas - são típicos atos de império, pois criam ou concorrem para a criação de situações jurídicas, independentemente da vontade das partes envolvidas⁶⁴. Os atos do juiz são, pois, criadores de normas concretas, heterônomas, às quais estão vinculadas as partes⁶⁵.

Quanto às partes, estão em situação de simétrica paridade, não tendo seus atos qualquer imperatividade em relação à outra parte nem ao juiz. A existência de qualquer falha nesse delicado equilíbrio é causa de nulidade do processo - e, reciprocamente, a existência de falha formal que não cause desequilíbrio entre as partes não é passível de anular um ato processual (arts.244 e 249, §1º, do Código de Processo Civil).

Essa situação de simétrica paridade é encontrada até mesmo quando a Administração litiga em juízo, independentemente de quem seja o outro contendor. Mesmo os privilégios concedidos à Administração pelas leis processuais existem por uma simples questão de isonomia material⁶⁶ - um dos princípios modernos do direito processual, como já se viu.

Substancialmente, a Administração em juízo é um litigante como outro qualquer, encontrando-se em situações processuais idênticas aos demais litigantes: ela deve se defender, sob pena de não ter suas razões apreciadas pelo juiz⁶⁷; deve apresentar suas provas, no prazo fixado; tem o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito nas ações em que é autora e o ônus da prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, quando for ré; pode opor recursos, peticionar por seus direitos; deve antecipar despesas de peritos e auxiliares judiciais⁶⁸, faz jus aos honorários quando vencedora e deve ser condenada no pagamento de honorários quando vencida⁶⁹, etc.

Em juízo, a Administração submete-se às decisões do Estado-Juiz, como todos os demais litigantes, peticiona ao Estado-Juiz como todos os contendores (sem que de tais petições se extraia nenhum comando, nenhuma natureza imperativa capaz de influir na situação jurídica do outro litigante), tem os mesmos ônus e faculdades, tem os mesmos deveres.

Algumas distinções importantes - a execução por precatórios, a desnecessidade de caução para obter efeitos cautelares, a desnecessidade de prévio pagamento de custas - decorrem das diferenças jurídicas **materiais** (não processuais) existentes entre as entidades públicas e os demais entes jurídicos: a necessidade de prévia

⁶⁴ Isto é, mesmo que haja requerimento da parte, o atendimento ao requerimento pelo juiz não atende ao mero interesse da parte, mas sim à adequação ao ordenamento jurídico aplicado naquela situação particular: o juiz pode negar o requerimento da parte, do mesmo modo que o agente administrativo pode não conceder o alvará ou a certidão pedida pelo administrado.

⁶⁵ A possibilidade de recurso não afeta esse caráter imperativo - do mesmo modo que o recurso administrativo não afeta a imperatividade do ato administrativo nem a possibilidade de argüir a inconstitucionalidade de uma lei afeta sua imperatividade.

⁶⁶ O tema já foi tratado, *en passant*, na nota 21, acima.

⁶⁷ A súmula 256 do TFR que alega não incidirem os efeitos da revelia para a Fazenda Pública em embargos à execução fiscal guarda relação com a presunção de legalidade da Certidão de Dívida Ativa (art. 3º, Lei 6830/80) e já houve quem defendesse essa súmula com base na "indisponibilidade do interesse público", porém, essa jurisprudência encontra-se hoje superada pelas mais recentes decisões do STJ, que negam os efeitos da revelia em qualquer ação de embargos à execução (STJ-4ª T. REsp 23177-6/PR, rel. Min. Fontes de Alencar, j. 23/03/93, DJU 03/05/93, p. 7800 e outras decisões - RT 695/114, 714/194, 750/281, 751/271) - com fundamento no fato de que todo título executivo tem uma presunção de legitimidade que necessita ser desfeita pela apreciação da prova (a cargo do Embargante). Também contra o Estado revel correm os prazos independentemente de intimação, como preceitua o art. 322 (STJ, 4ª T. Ag47.754-1-RS-AgRg, rel. Min. Ruy Rosado, j. 07/03/95 e DJU 08/05/95, p. 12395)

⁶⁸ Súmula 190 do STJ e decisões variadas do STJ (STJ-Corte Especial, ED-REsp 10945-5/SP, rel. Min. Cesar Rocha, j. 09/11/95 e DJU de 26/02/96, p. 3906; RSTJ 88/56; RT 669/95; e REsp 4069/SP, 3ª Turma, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 27/11/90, DJU de 09/02/91, p. 574).

⁶⁹ Até mesmo a possível excepcionalização que poderia se realizar pela utilização do art. 20, §4º, do Código de Processo Civil, tem sido criticada hodiernamente - e a fixação dos honorários quando a Fazenda Pública for vencida tem seguido os mesmos critérios do art. 20, §3º - vide REsp 130430/SP, 2ª Turma, rel. Min. Ari Pargendler, j. 01/12/97, DJU de 15/12/97, p. 66362. Aliás, as regras do §4º do art. 20 do Código de Processo Civil não se aplicam apenas à Fazenda Pública . . .

dotação orçamentária para efetuação de despesas e a impenhorabilidade dos bens públicos, a impossibilidade de a Administração se furtar à execução futura (já que as rendas e bens da Administração estão abertos à investigação de todos - pelo princípio da publicidade - e as regras de oneração/alienação dos mesmos são muito mais rígidas do que para os particulares) e, quanto às custas judiciais de natureza estatal (ou seja, que não guardam relação com uma função ou serviço prestado por um particular ao litigante - honorários de perito, verba de transporte de serventuários e outras), são suportadas pelos próprios entes estatais (que mantêm as atividades judiciais) e por determinação legal não podem repassar esse ônus uns aos outros⁷⁰. De resto, há distinções processuais que também atingem particulares - sempre buscando igualá-los materialmente.

Qualquer distinção entre a Administração e o particular em juízo só pode se justificar por algum critério de isonomia material, de modo a igualar efetivamente os litigantes⁷¹. Se não houver tal justificativa, a distinção é inconstitucional, em vista dos princípios processuais acolhidos implícita ou explicitamente pela nossa Constituição.

⇒ Atos processuais da Administração Pública e atos administrativos

Ao apresentar seus requerimentos, recursos, suas provas, seus quesitos, suas razões em juízo, a Administração Pública não está investida de nenhum dos atributos de *Imperium*, de nenhuma das características imperativas que dão ao ato administrativo sua conformação específica.

Em juízo, quem tem competências imperativas é o juiz. Nem mesmo o membro do Ministério Público tem em juízo prerrogativas de impor aos litigantes ônus, deveres ou faculdades, mesmo quando defende interesses gerais da coletividade. A Administração Pública, então, em sua igualdade processual reafirmada pelos princípios constitucionais que regulam o processo em um Estado Democrático de Direito, não goza de nenhum atributo de imperatividade.

Portanto, na conceituação de ato administrativo feita acima não é possível incluir os atos processuais do advogado/procurador do ente público: falta-lhes a necessária imperatividade que é fulcral ao conceito de ato administrativo.

É por tal razão que os atos da Administração em juízo não se sujeitam à impugnação pela via mandamental (mesmo que esgotadas todas as possibilidades judiciais de recurso), pois não têm nenhum efeito em relação à outra parte, a não ser que sejam acolhidos pelo juiz. Tais atos processuais da Administração, por si sós, não podem atingir o patrimônio jurídico de ninguém.

⇒ Importantes distinções

É necessário, portanto, fazer importantes distinções na atividade administrativa realizada pelos procuradores/advogados da Administração.

Quando exercem poder, quando imperativamente criam ou concorrem para a formação de novas situações jurídicas, independentemente da aquiescência do administrado, essa atividade dos procuradores/advogados se inclui no conceito de ato administrativo: são exercidas em regime de direito público, unilateralmente, com todas as características já estudadas.

⁷⁰ Nesse ponto, guarda íntima relação com a inexistência de capacidade contributiva dos entes estatais (que também é o fundamento da imunidade recíproca dos impostos prevista no art. 150, VI, "a", da CF/88)

⁷¹ O tema será tratado melhor na parte final deste estudo, mas já foi alvo de observação por doutrinadores. Vide GRINOVER, A. P. & alii, op. cit., p. 54.

É o caso, por exemplo, das atividades realizadas no âmbito dos processos administrativos em que eles intervêm. Os atos dos procuradores/advogados públicos nesses casos poderão ser típicos atos administrativos, se deles surgirem novas situações jurídicas para os administrados.

O caso típico ocorre nos casos de processos tributários administrativos (os PTAs), em que os procuradores/advogados exercem o chamado "controle de legalidade", ao final do PTA, pelo qual se verifica a legalidade do iter processual e a ocorrência dos pressupostos para inscrição do crédito tributário em dívida ativa.

Também ocorre nas hipóteses em que o advogado/procurador público se manifesta com poderes imperativos em processos administrativos de natureza punitiva, em comissões de licitação e diversas outros em que exerce competências imperativas da Administração: nessas hipóteses a Administração tem função híbrida, pois ao mesmo tempo é parte e juiz, atingindo com suas decisões o patrimônio jurídico dos administrados.

Mesmo nesses processos ocorrem situações em que o procurador/advogado público atua como advogado da Administração (é o caso, por exemplo, da defesa que esses advogados produzem junto aos Conselhos de Contribuintes, quando do julgamento de recursos no âmbito do processo tributário), igualmente sem poderes decisórios, em situação de isonomia com os procuradores dos administrados: nessas hipóteses, praticam simples atos processuais e não atos administrativos; exercem faculdades/poderes processuais e não impõem a ninguém novos direitos, novas faculdades, novos deveres ou novas sanções.

O INTERESSE PÚBLICO QUE A ADMINISTRAÇÃO DEFENDE EM JUÍZO

⇒ Quem defende o interesse público primário no processo

Da relação de necessidade e suficiência entre a defesa do interesse público primário e a imperatividade dos atos funcionais estatais, acima estatuída com a proposição "*o interesse público primário é atendido se e somente se o ato estatal imperativo é válido*".

A *supremacia do interesse público primário* sobre qualquer outro impõe que os atos que o defendem sejam *imperativos*. Portanto, a defesa imediata do interesse público primário **não está** a cargo de quem **não tem** poderes de império. Essa é a primeira conclusão básica que se extrai logicamente da relação de necessidade e suficiência acima estatuída.

Assim, ainda que as partes possam estar defendendo não apenas o seu próprio interesse mas também o interesse público, não cabe a elas *imediatamente* essa defesa.

Quem vela pelo atendimento ao interesse público, à ordem jurídica como um todo, que controla os litigantes e impede que um se sobrepuje irregularmente ao outro, que decide as questões colocadas e ao final estabelece a norma individual para aquele caso concreto, que impõe ônus ao patrimônio jurídico dos sujeitos em conflito ou determina a execução de atos materiais contra esse patrimônio ou que reconhece e homologa a autocomposição dos litigantes é o órgão julgador.

É ele que tem, em juízo, a atribuição de imediatamente postar-se acima dos interesses dos litigantes (mesmo que um desses litigantes seja a Administração ou até mesmo o Ministério Público atuando em nome da coletividade) e velar por que o interesse público primário seja atendido.

⇒ A Administração Pública em juízo defende *imediatamente* seu interesse público secundário

Outra relação necessária que se extrai da relação de necessidade e suficiência acima é a de que nenhum dos litigantes tem o dever de perseguir o interesse público primário. Isso decorre do fato de que os atos

processuais dos litigantes não têm qualquer imperatividade. Não sendo atos de império, não há a obrigação de se aterem ao interesse público primário.

Os litigantes perseguem *imediatamente* seus próprios interesses e a moderna processualística lhes assegura todos os meios de defesa de seus pontos de vista, ainda que se verifique ao final que seus interesses não estão protegidos pela ordem jurídica.

Como a Administração em juízo está isonomicamente postada ao lado dos demais litigantes, como seus atos em juízo não têm nenhuma imperatividade, deve-se reconhecer que não há a obrigação de o procurador/advogado ater-se *imediatamente* ao interesse público primário.

Há, entretanto, a obrigação de defender o *interesse público secundário* (o interesse do Estado-pessoa, do ente jurídico detentor de patrimônio jurídico próprio, distinto de todos os demais membros da coletividade). Isto é, o defensor da Administração Pública não pode defender seu interesse particular, privado (do próprio defensor), nem de nenhum outro que não seja o interesse do ente estatal.

É nesse sentido que as normas que regem a atividade do procurador/advogado público normalmente impõem-lhe a obrigação de esgotar as vias recursais, com a cominação de penalidades disciplinares para o descumprimento, em adição às normas que vinculam toda a atividade profissional do advogado - igualmente obrigado a defender seu cliente com a utilização de todos os meios aptos a salvaguardar seus interesses⁷².

⇒ Ocasionalmente o interesse público secundário (ou o interesse particular) defendido em juízo é também a concretização do interesse público primário

Ao decidir a lide ou homologar a autocomposição, pelo julgamento de mérito⁷³, o juiz estabelece quem tem, afinal, seu interesse reconhecido pelo ordenamento jurídico (acolhendo ou rejeitando o pedido, pronunciando a decadência ou a prescrição) ou simplesmente homologa a composição realizada pelos litigantes⁷⁴.

O principal interesse público envolvido nessa atividade - de resto, em todo o processo - é a *pacificação social* - que é obtida sempre que há a autocomposição ou quando há a sentença do juiz acolhendo ou rejeitando o pedido (heterocomposição). O ato imperativo (e válido) do juiz, (auto ou hetero)compondo as partes, é a expressão *concreta* do **interesse público primário**.

É essa *concretização* do interesse público - seja pela homologação da autocomposição, seja pela aplicação do ordenamento ao caso concreto, reconhecendo qual é o interesse protegido - o fim visado pela atividade do juiz, enquanto detentor de poder, em nome do Estado. Metaforicamente, há uma identificação desse interesse *reconhecido*⁷⁵ com o interesse público *concreto*.

Tais considerações são pertinentes também para o caso em que a Administração tem seu pedido negado ou tem o pedido do litigante adverso aceito. Nessas hipóteses, quem efetivamente tem razão, quem efetivamente defende um interesse reconhecido pelo ordenamento jurídico é o particular (ou o outro ente público que com ela litigava - essas afirmações são válidas para ente público litigando contra o particular ou contra outro ente

⁷² É importante observar que há deveres processuais das partes (como o dever de lealdade processual) que são extensíveis também a todos os litigantes (entre os quais a Administração Pública quando em juízo), importando na litigância de má-fé quem os olvidar (em especial, os arts. 14 a 18 do Cpc). Também há deveres dos procuradores que são comuns aos advogados privados e públicos, contidos na Lei 8906/94 (como os que são dispostos nos arts. 27 a 34 da Lei 8906/94) e há disposições específicas para os advogados/procuradores públicos em suas leis (arts. 27 a 31 da Lei Complementar 73/93 ou arts. 48 a 51 da Lei Complementar do Estado de Minas Gerais nº 35/94, por exemplo).

⁷³ Na acepção do Cpc (art. 269).

⁷⁴ Nesta subseção, estou admitindo que a decisão do juiz é válida, isto é, coaduna-se com o ordenamento jurídico e, portanto, com o interesse público primário.

público). Nesses casos, o interesse público defendido pela Administração é meramente secundário - enquanto o interesse defendido pelo ex-adverso é que expressa concretamente o interesse geral.

Esse interesse defendido pela Administração deverá ser identificado com o interesse público primário apenas na hipótese - ocasional, não necessária - de o pedido da Administração ser reconhecido como devido.

⇒ Direito material e direito processual

Fulcral em toda essa argumentação é a distinção radical entre o direito material e o direito processual, o reconhecimento da autonomia do direito processual em relação ao direito material.

Ainda que o litigante "não tenha razão" - isto é, sua pretensão não seja acolhida pelo ordenamento - ele tem "direito de agir" ou o simétrico "direito de se defender", de se utilizar de todas as faculdades e poderes que o direito processual lhe permite, de participar ativamente do contraditório, dentro dos parâmetros constitucionais e legais⁷⁶.

E litigante também é a Administração em juízo, que deve ser sempre considerada em isonomia relativamente aos demais litigantes. O princípio do contraditório recomenda que tal seja a característica marcante do processo moderno: todas as partes se despem de suas vestes - "aqui somos todos iguais"⁷⁷.

Da autonomia entre o direito material e o direito processual surge a necessidade de o jurista ter cuidado em não fazer afirmações que, válidas para o direito material, não encontram guarida no processo.

Assim, as afirmações válidas que se possam fazer para o Direito Administrativo não são válidas para Direito Processual em que esse é o substrato material da lide.

O Estado Democrático de Direito exige que o Estado reconheça aos particulares o direito de agir e se defender, quando entenderem haver lesão a seus interesses, como também que os particulares reconheçam a esse mesmo Estado os mesmos direitos.

Cabe ao juiz fazer ouvidos moucos aos apelos retóricos - de todas as petições, quaisquer que sejam os litigantes - de que este ou aquele interesse é o "interesse público", de que este ou aquele interesse representa a "restauração dos princípios da Constituição": no decorrer do processo é que a verdade acerca dessas afirmações vai surgir - isso quando não houver, por parte dos próprios litigantes, o abandono das posições extremadas e a transação judicial contradizendo muitos dos "princípios" ou dos "interesses públicos" defendidos inicialmente.

ANTECIPANDO AS CRÍTICAS

⇒ Os privilégios processuais da Administração Pública

Há uma tendência a confundir as razões que levaram o legislador a estabelecer alguns privilégios para a Administração Pública (e o Ministério Público) em relação aos particulares. A noção comum é a de que eles foram estabelecidos em vista do interesse público, apesar de os processualistas modernos acertadamente já não darem essa explicação⁷⁸. As razões são outras.

⁷⁵ E não deixa de haver interesse reconhecido quando as partes validamente se autocompõem: o resultado da autocomposição é também interesse reconhecido pela ordem jurídica.

⁷⁶ Mais uma vez, deve-se lembrar que também há deveres processuais aos quais todos os litigantes estão adstritos.

⁷⁷ Esse dístico encima o pórtico do cemitério de Corinto/MG. Não quero com isso dizer que o processo judicial tenha relação com os cemitérios - apesar de haver religiões que identificam a morte com o início de uma espécie de "julgamento".

⁷⁸ GRINOVER, A. P. & alii, op. cit., p. 54 e THEDORO JR., Humberto, Curso de Direito Processual Civil, v. I, 18 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 246 identificam corretamente a razão da discriminação: trata-se de norma que busca restaurar a isonomia entre os litigantes, devido à complexidade e à burocracia das atividades estatais, o desaparelhamento e a dificuldade para produção de provas (nem sempre o advogado/procurador público reside na comarca da lide, ao contrário, em geral, do

De fato, toda a doutrina e a jurisprudência é unânime em afirmar a excepcionalidade desses privilégios - daí que eles sempre devem ser interpretados restritivamente - e as razões de restabelecimento da igualdade processual que eles buscam implementar, tratando desigualmente os desiguais. Não se aplicam apenas aos interesses da Administração, são concedidos também aos particulares, quando a isonomia o recomenda.

Assim, o prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer sempre teve interpretação restritiva para a Administração: não se estende às exceções nem às contra-razões⁷⁹; não se estende às entidades da Administração Indireta de direito privado⁸⁰; não se aplica se prazo especial é fixado na legislação específica⁸¹.

Esse aumento nos prazos ocorre também para os particulares, em situações específicas nas quais o aumento se mostra adequado, e algumas vezes o privilégio é estabelecido com maior generosidade do que para a própria Administração: é o caso do Defensor Público que, defendendo os interesses particulares daqueles que não podem pagar advogado, também tem prazo em dobro para todos os recursos⁸²; é igualmente o que ocorre com o prazo dos executados em execuções fiscais, que têm o prazo de 30 dias para embargar, enquanto que a Fazenda somente tem 10 dias para embargar suas execuções⁸³.

A isenção de custas para as entidades públicas é algumas vezes citada como privilégio. Deve-se verificar, entretanto, que é o próprio Estado (União ou Estado federado) quem custeia a justiça, daí que é muito lógico que ele não tenha que antecipar custas da sua própria justiça ou da justiça custeada por outro membro da federação. Porém, ele ressarcirá as custas antecipadas se for vencido, do mesmo modo que o particular⁸⁴.

Mais uma vez, a isenção de custas é benefício que se dá também aos particulares, quando não podem provê-las sem prejuízo do sustento próprio ou da família⁸⁵. E essa isenção é tão geral que incide até mesmo sobre honorários advocatícios e de perito e sobre despesas de transporte do oficial de justiça - isenções que não são estendidas aos entes públicos.

Em alguns processos especiais a Fazenda Pública tem também o privilégio da intimação pessoal (art. 25 da lei 6830/80, art. 6º, §2º, da Lei 9028/95 com a redação do art. 3º da MP 1798-4, de 06/05/1999). Esse privilégio é estendido a todos os particulares, envolvidos em qualquer tipo de ação, quando defendidos pelo defensor público (art. 89, I, da LC 80/94). O privilégio dado aos particulares é mais uma vez superior ao concedido à Administração Pública.

O caso do reexame necessário (art. 475 do Cpc) é também algumas vezes colocado como privilégio excepcional da Fazenda Pública que denotaria o interesse público envolvido. Não é assim, pois até a Lei 9469, art. 10, o privilégio não se estendia a alguns entes públicos (que, se a afirmação fosse válida, também

advogado particular) - isso explicaria os prazos dilatados, o reexame necessário, a desnecessidade de antecipar custas. Outras distinções guardam relação com a idoneidade da atividade estatal e a forma peculiar da sua atividade financeira e patrimonial (prévia dotação orçamentária para realização de despesas, impenhorabilidade dos bens estatais, impossibilidade de a Administração alienar bens sem a necessária publicidade - licitação/autorização legislativa - o que impediria a Administração de se furtar à execução).

⁷⁹ THEODORO JR. H., op. cit., p. 246 e TFR-Pleno, MS 98615-AgRG/DF, Min. Lauro Leitão, j. 28/06/1984, DJU 29/11/1984.

⁸⁰ RJTJESP 162/247.

⁸¹ TFR-5ª Turma, AC 82758/SP, rel. Min. Pedro Acioli, j. 19/10/83, DJU 24/05/84, p. 8149. Assim, os prazos para responder mandado de segurança, responder embargos de devedor na execução fiscal, embargar a execução contra a Fazenda Pública e outros dispostos expressamente não têm o privilégio do aumento de prazo.

⁸² LC 80/94, art. 89, I.

⁸³ Lei 6830/80, art. 16 e Código de Processo Civil, art. 730. Recentemente, uma Medida Provisória ampliou o prazo da Fazenda Pública também para 30 dias - MP 1984-20, de 28/07/2000, art. 4º.

⁸⁴ Não há nenhuma exceção no art. 20 do Código de Processo Civil.

⁸⁵ Lei 1060/50, arts. 2º e 3º. Já o Estado tem que antecipar honorários de perito e despesas do oficial de justiça (Sumula 190 do STJ) e deve ao final pagar honorários e todas as despesas processuais, se for vencido (art. 20 do Cpc).

defenderiam "interesses públicos"), como as autarquias (súmulas 620 do STF, 34 e 137 do TFR). Além disso, o privilégio não se estende às causas em que a ação é da competência originária dos tribunais⁸⁶.

Também se diz que a execução das dívidas da Administração por meio de precatórios seria um privilégio dos entes públicos. Como já mencionado acima, essa distinção decorre da específica disciplina financeira e patrimonial desses entes (impenhorabilidade dos bens públicos e prévia dotação orçamentária para despesas), mas ela não estabelece privilégio para a Administração frente ao particular, pois, pelo contrário, é o particular que está em situação privilegiada frente à Administração: o particular tem pelo menos a certeza de que terá seu crédito satisfeito (e pode ser que isso ocorra até mesmo sem necessidade de aguardar a expedição do precatório - no caso do art. 100, §3º, da CF/88 na redação da EC nº 30/00); já a Administração é obrigada a executar seus créditos contra o particular pelo modo usual, penhorando seus bens - quando os encontra - em processos muitíssimo mais demorados do que os pagamentos dos precatórios e de resultado totalmente incerto⁸⁷.

Por todos esses exemplos se vê que os chamados "privilégios processuais da Administração Pública" nem sempre são exclusivos dos entes públicos e, pelo contrário, há hipóteses em que o particular está em situação muito mais vantajosa do que a Administração.

Isso derruba a tese de que tais privilégios teriam por fundamento o "interesse público primário" defendido pela Administração em juízo - já que eles existem (e até são mais ostensivos do que os da Administração) para pessoas que defendem seus interesses particulares. Sua verdadeira razão está na tentativa de igualar os desiguais, dar ao processo algum sentido de isonomia real, efetiva, entre os litigantes.

⇒ Administração Pública *versus* Administração Pública

Se há uma hipótese que não pode ser abarcada pela teoria de que a Administração defende os interesses públicos primários em juízo é a litigância entre dois ou mais entes públicos.

Como explicar que em torno de um contrato, por exemplo, se estabeleça uma lide - uma das partes alega que o contrato é inconstitucional, ilegal, deve ser anulado enquanto a outra defende exatamente o contrário - e que ao mesmo tempo essas duas posições refletem o interesse público primário?

Quando se estuda uma tal situação entre dois litigantes privados, é óbvio para todos que uma das posições é a protegida pelo ordenamento jurídico e, portanto, é a concretização do interesse público naquela situação específica. A outra é meramente expressão do interesse privado de um dos litigantes, buscando uma vantagem injurídica. Antes que o órgão judicial esclareça de vez a questão, ambos são apenas interesses privados em disputa - e tal disputa é lícita, enquadra-se no conceito de "direito de ação" acima estatuído, independente de quem tenha dado origem ao processo, de qual das partes tenha razão.

⁸⁶ RTJ 129/1069.

⁸⁷ A experiência de qualquer advogado privado ou público com as execuções mostra que o interesse do credor está longe de ser protegido pelo atual sistema processual: o devedor privado é péssimo pagador. Os dados da Procuradoria da Fazenda do Estado de Minas Gerais demonstram que a recuperação judicial dos créditos do Estado raramente ultrapassa anualmente a 1% do estoque da dívida ativa. Os dados da Fazenda Federal são ainda mais assustadores: na revista semanal VEJA de 21/06/2000, p. 39, se vê que a dívida ativa federal em 1999 chegou a 125 bilhões de reais, tendo sido recuperados somente 470 milhões de reais (0,37%), enquanto que a dívida ativa do INSS em 1999 chegou a 58 bilhões de reais, com recuperação de somente 330 milhões (0,57%).

Assim, se a situação do Estado-devedor fosse equiparada à situação do Estado-credor, os prazos médios para pagamento dos precatórios teriam que ser de 100 anos (1% do estoque da dívida). Por aí se vê que o fato de o credor do Estado ter a certeza de que receberá o seu crédito (mesmo que demore 5 ou 10 anos na execução contra a Fazenda Pública) é um grande privilégio que ele tem em relação ao próprio Estado quando for executá-lo.

Essa constatação é lastimável. Mostra, pela frieza dos números, o grau de ineficácia do nosso sistema jurídico, que não consegue executar suas decisões e, portanto, não consegue sancionar aqueles que não se comportam como preconizado na norma. Vale a advertência kelseniana - op. cit., p.177: "A partir da perspectiva do Direito Internacional, a constituição de um Estado é válida apenas se a ordem jurídica estabelecida com base nessa constituição for, como um todo, eficaz."

E quando esses dois litigantes são pessoas jurídicas de direito público? Em 1999, os estados do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais iniciaram processos contra a União, alegando inconstitucionalidade/ilegalidade dos contratos de refinanciamento das dívidas desses entes, renegociadas pelos governos anteriores. Buscavam anular cláusulas desses contratos, principalmente aquela que estabelecia que as prestações mensais a serem pagas à União seriam estabelecidas como um percentual da receita líquida desses entes. A União negou todas as alegações, pleiteando a manutenção de todo o contrato.

Será que todos eles estariam defendendo os interesses gerais da coletividade? Seria lógico considerar factível que o interesse público primário ao mesmo tempo exigia a anulação do contrato (ou da cláusula contratual), como defendiam os Estados, e ao mesmo tempo exigia a manutenção do contrato inalterado (ou da cláusula contratual), como defendia a União?

Parece-me óbvio que a resposta é NÃO. É impossível, logicamente, admitir que o interesse público primário ao mesmo tempo exigia a manutenção E a anulação do contrato. Ele poderia exigir somente **uma** dessas condutas (a manutenção OU a anulação) ou até **nenhuma** delas (por exemplo, a manutenção de algumas disposições e a anulação ou alteração de outras).

Ou seja, parece óbvio que alguém **não** estava defendendo o interesse público primário - e, talvez, **ninguém** estava defendendo o interesse público primário . . . Vale dizer: ambos defendiam seus interesses públicos secundários - das respectivas pessoas jurídicas estatais - do mesmo modo que dois particulares litigando em torno de um contrato. Ao final, o provimento final decidiria quem realmente estava defendendo um interesse protegido pela ordem jurídica - a concretização do interesse público - e quem estava apenas defendendo seu próprio interesse: interesse público secundário.

Alguém poderia então dizer: mas trata-se de um caso factual, o "correto" seria não ter ocorrido essa disputa judicial, pois os entes federados somente podem defender o interesse público primário.

Se levássemos essa afirmação adiante chegaríamos à conclusão de que o estado de Minas Gerais não poderia ter iniciado o processo, a menos que tivesse razão. Mas isso é a própria negação da autonomia do direito de ação. Ou então concluiríamos que a União só poderia ter se defendido, no processo já iniciado, se tivesse razão - o que seria a negação do direito de ampla defesa, igualmente autônomo em relação ao direito material.

Aliás, só se justifica a existência na nossa Constituição do art. 102, I, "f", pela possibilidade de haver lide entre dois entes federados e de essa lide dever ser julgada de acordo com as normas processuais, constitucionais ou legais, atinentes ao litígio específico. O direito de ação, autônomo em relação ao direito material, é garantido aos entes federados, mesmo que litiguem contra outro ente público.

Nesses dois exemplos de 1999 o litígio nem chegou a ser decidido pelo STF, pois houve acordo nos autos do processo e esses foram extintos. Os contratos de refinanciamento da dívida foram mantidos sem alterações e foram feitos acertos de natureza patrimonial, com novo cálculo do bens oferecidos em pagamento da parcela inicial desses contratos e oferecimento/aceitação de outros bens. Ou seja, o interesse público primário se concretizou pelo encerramento da lide, por acordo, mantendo-se o contrato e havendo por parte da União a aceitação de alterações nos valores e bens oferecidos em pagamento da parcela inicial.

Se os dois litigantes estavam defendendo o interesse público primário, eles poderiam fazer tal acordo? Afinal, como vimos, o interesse público primário é INDISPONÍVEL. Certamente a resposta também é negativa.

O grande benefício para a coletividade, atingido nesses processos, foi a fixação de maneira incontestável dos direitos e deveres de cada um dos entes, pelo encerramento do processo com o acordo. Seria atingido também

se o processo fosse até o provimento de mérito - caso em que uma das posições seria total ou parcialmente fixada como a mais adequada segundo a ordem jurídica. Também nesse caso se fixariam os direitos e deveres de cada uma de modo incontestável (formando a coisa julgada).

O interesse público primário foi atingido pela fixação dos deveres e direitos de cada um, por acordo. Também seria atingido se os termos do acordo fossem **outros** ou se houvesse a decisão de mérito. As posições iniciais de cada ente correspondiam a pretensões individuais - interesses secundários dos entes respectivos - passíveis de serem negadas no processo ou de serem transacionadas, jamais interesses públicos *imediatamente* primários.

Nesse exemplo fica patente uma outra conclusão de grande importância, no que respeita ao interesse público: podem existir diversas concretizações do interesse público. O acordo poderia ser outro - e ainda assim atenderia ao interesse público. A decisão regular de mérito - se tivesse ocorrido - também atenderia ao interesse público primário qualquer que fosse ela. O importante é que essa concretização do interesse público seja única dentre as diversas possíveis: uma vez realizada a transação judicial ou proferida a decisão final, seu resultado é único, incontestável e excludente de qualquer outra opção possível naquele momento, imperando sobre todos os litigantes, obrigando-os ainda que contra sua vontade.

E isso ainda não quer dizer absoluta imutabilidade: um novo acordo pode modificar os termos do antecessor ou até mesmo da decisão judicial final⁸⁸. Ou seja, pode haver diversos modos de concretizar o interesse público primário, daí falarmos em discricionariedade legislativa, discricionariedade administrativa e até mesmo discricionariedade judiciária⁸⁹.

O que não há é a obrigação de os entes públicos em juízo defenderem sempre o interesse público primário. A ordem jurídica dá a esses entes, como aos demais sujeitos, a possibilidade de discutir, de se defender, de contraditar, de expor suas razões, mesmo que não estejam de acordo com o Direito. Nesse momento - no calor dos debates processuais - não há qualquer imperatividade nos atos do ente público, pelo que a ordem jurídica lhes concede as mesmas liberdades dos demais litigantes⁹⁰.

⇒ A Moralidade Administrativa e os atos processuais

O último bastião dos que defendem que os interesses públicos primários são os únicos que legitimamente devem ser defendidos em juízo pela Administração é a aplicação do Princípio da Moralidade Administrativa.

Segundo essa vertente, o advogado público não pode se comportar do mesmo modo que o advogado privado, que deve se utilizar de todos os meios processuais ao seu alcance para a defesa irrestrita dos interesses (particulares) dos seus clientes. O advogado público não pode agir assim: ele não pode se utilizar de meios processuais para procrastinar a solução dos litígios; não pode recorrer contra decisões conformes às

⁸⁸ Estou pressupondo o atendimento a todos os requisitos constitucionais e legais (como aprovação pelos Legislativos, atendimento à disciplina fiscal e orçamentária, etc). Mesmo no caso de decisão judicial final, o "ganhador" pode abdicar de seu direito de executar a decisão, entabulando novo acordo com o vencido. No caso da Administração, esses acordos precisam ser ratificados (ou previamente autorizados) pelo Legislativo.

⁸⁹ É o caso, por exemplo, da fixação de honorários, da fixação do *quantum* da indenização por danos morais, que, mesmo que haja parâmetros legais, são realizados por um processo de apreciação equitativa do juiz, que pode escolher entre diversos valores possíveis.

⁹⁰ Aqui não se discutiu, pois não é o escopo desse artigo, a necessidade de que o interesse defendido pelo ente público seja realmente "do ente" e não de seus "governantes". Ainda que o interesse defendido seja "interesse público secundário" - isto é, interesse "do ente público" e não "da coletividade" - ele deve ser "público", não pode ser o interesse "do governante" ou "do grupo dominante". É a mesma distinção que se pode fazer em uma sociedade entre os interesses dessa e os interesses individuais dos sócios - principalmente do sócio-gerente ou controlador. As distinções entre uns e outros são muito difíceis de serem detectadas, mas existem e podem ser flagradas em alguns casos-limite.

súmulas/jurisprudências uniformes dos tribunais superiores; não pode se utilizar de meios de prova lícitos mas moralmente discutíveis, e assim por diante. Há grandes equívocos nessas afirmações, que se buscará demonstrar.

As razões que levaram os doutrinadores a colocar o princípio da moralidade entre os fundamentos do Direito Administrativo são as mesmas já discutidas anteriormente e decorrem dos dois superprincípios básicos da Administração: a superioridade da Administração frente ao administrado.

Assim, no dizer de Hauriou e Ripert - que introduziram a noção de moralidade administrativa - o ato administrativo não pode ser apenas legal, mas deve atender aos fins para os quais a competência foi estabelecida. Posteriormente, a "finalidade" foi absorvida por outro grande princípio da Administração - o da Legalidade, restando uma área mais reduzida para a moralidade administrativa⁹¹. A Lei 4717/65, a CF/88 (art. 5º, LXXIII, e art. 85, V), a lei que trata da improbidade administrativa (Lei 8429/92) e a dos crimes de responsabilidade (Lei 1050/51) positivaram o princípio entre nós.

Por que razão os atos administrativos devem ter esse outro limite, da moralidade? Por que não bastam ser legais como os atos dos particulares? A resposta está simplesmente naquele fundamento geral para todos os poderes excepcionais da Administração frente ao administrado: devem atender ao interesse geral e esse interesse exige o atendimento da moralidade. Isso porque, se a Administração estivesse em situação equiparada ao administrado, submeter-se-ia aos mesmos limites desse.

Por esse raciocínio, vemos que a moralidade administrativa já não se aplicaria no caso da Administração em juízo - pois nesse caso há completa isonomia entre ela e o particular. Mas há situações - definidas em lei - em que a atuação processual da Administração é limitada: são os casos das leis que identificam situações em que a Administração não pode recorrer⁹² ou que permitem não interpor recursos com base nos "pareceres normativos" das autoridades competentes⁹³. É importante verificar que são **hipóteses legais** em que o advogado público deve ter comportamento distinto do advogado privado, não decorrem apenas de considerações de ordem moral⁹⁴.

Há mais razões, ligadas à isonomia, ao controle dos atos processuais e à lealdade processual.

Em primeiro lugar, exigir que uma das partes abdique de seus poderes/faculdades processuais é o mesmo que colocá-la em situação de inferioridade em relação à outra: a isonomia processual exige que todas tenham as mesmas faculdades e poderes, que todas possam utilizar os meios ao seu alcance para afirmar suas razões⁹⁵. Uma interpretação de que a moralidade administrativa exigiria autolimitação de uma das partes em juízo deve ser afastada, pois há outros princípios envolvidos, ligados à isonomia processual, que devem ser considerados em maior extensão até do que a própria moralidade - pois, repita-se, a igualdade processual das partes é o objetivo máximo do processo moderno.

Em segundo lugar, os atos processuais das partes, como se viu, não concorrem, por si sós, para o estabelecimento de situações jurídicas individuais. Estão sob o controle das leis processuais e, imediatamente, do juiz. Desse modo, havendo uma faculdade prevista em lei e disponível para o advogado público, assim como para

⁹¹ Sobre o assunto, principalmente as modificações no conceito de moralidade administrativa desde os tempos de Hauriou até hoje, principalmente - no nosso caso - com a positivação da "finalidade" como subprincípio da "legalidade" realizada pela Lei da Ação Popular (lei 4717/65), com a maestria e didatismo de sempre, a Prof.^a Maria Sylvia Zanella di Pietro, no seu "Direito Administrativo", 11 ed., São Paulo, Atlas, 1999, pp. 77-80.

⁹² Exemplo típico é a MP 1863-51, de 27/07/99, arts. 18 e 19, que estabelece algumas situações em que a PGFN não pode interpor recursos - ligados a situações decididas recorrentemente pelo Judiciário e contrárias às pretensões da Fazenda.

⁹³ É o caso do que dispõe o art. 11, III, e art. 28, II, da LC 73/93.

⁹⁴ Portanto, são exemplos de limitações "legais" à atividade do advogado público, cujo mandato é *ex lege* (logo, deve ser cumprido nos limites das normas que fixam suas competências).

⁹⁵ Quando do estudo dos "privilégios processuais", verificou-se que não há hipótese de "restrição de faculdades/poderes" de algum dos litigantes: isso seria negar a isonomia que se busca restaurar com os privilégios.

o advogado privado, não pode o juiz impedi-lo de exercê-la. Se houver o impedimento oposto pelo juiz, faculta-se à parte o recurso pertinente; se o juiz acolher o ato processual, faculta-se à outra parte o recurso impugnativo.

Se entendêssemos que considerações de moralidade administrativa poderiam intervir nesses atos processuais, seria cabível a impetração de ação popular para impugná-los (em face do art. 5º, LXXIII, da CF/88). Mas como admitir ação popular contra um ato que não estabelece por si nenhum direito, dever ou faculdade para ninguém e que somente produz efeito após o deferimento pelo órgão judicial? Falta interesse jurídico em interpor ação popular contra um tal ato, pela ausência de lesividade. E quanto à decisão judicial que acolher um ato processual do advogado público e que se considerar atentatória à moralidade administrativa, caberia ação popular contra esse ato judicial? Parece-me incabível ação popular contra atos que não sejam "materialmente" administrativos.⁹⁶ O controle desses atos não é feito por ação popular, mas pelo juiz da causa, com base somente nas normas processuais pertinentes, nada mais.

Por último, no caso de recursos contra decisões baseadas na jurisprudência dominante, não se pode estabelecer para a Administração distinção relativamente aos particulares, exceto se houver excepcionalização legal - como os casos já citados da MP 1863-51 e LC 73/93. Nessas hipóteses, já há soluções processuais atuantes - como a nova redação dos artigos que tratam dos recursos do Código de Processo Civil - que permitem aos órgãos judiciais decidir rapidamente os recursos atinentes a matéria já pacificada.

Nesses casos, a Administração encontra-se no mesmo pé de igualdade que os particulares, quanto à *lealdade processual*, podendo ser sancionada por litigância de má-fé, que não assume para a Administração sentido diverso do que existe para o particular. Infelizmente, os juízes têm titubeado na aplicação dessas sanções e o têm feito "isonomicamente", prejudicando todos os lados ⁹⁷.

CONCLUSÃO

As relações de necessidade e suficiência entre superioridade/imperatividade dos atos funcionais estatais e a superioridade/indisponibilidade do interesse público primário nem sempre são levadas até as últimas conseqüências, o que leva a algumas posições equivocadas.

O presente trabalho procurou demonstrar que quando a Administração está em juízo, como parte em processos judiciais, submetendo-se isonomicamente com os demais litigantes à autoridade do Estado-juiz, nos seus atos processuais inexistente a relação de superioridade/imperatividade e nem o seu fundamento (superioridade/indisponibilidade do interesse público primário). A conclusão só pode ser a de que o *interesse imediatamente defendido pela Administração é público, porém, secundário*.

⁹⁶ A doutrina e a jurisprudência não aceitam a ação popular contra lei em tese (Súmula 266 do STF). A jurisprudência do TFR nunca admitiu ação popular contra ato judicial (TFR-3ª Turma, REO 106.916/RJ, rel. Min. Assis Toledo, j. 18/08/87 e publicado no DJU 01/10/87, p. 21010). A despreocupação da CF/88 em estabelecer hipóteses de competência originária para apreciação de ações populares contra atos judiciais (ao contrário de todas as ações especiais, que têm competências originárias dos tribunais superiores e regionais estabelecidas expressamente na CF/88, a ação popular não encontra nenhum dispositivo) também induz a esse convencimento, pois seria ilógico que ação popular contra ato do juiz fosse julgada por órgão de primeira instância.

⁹⁷ O art. 17 do Cpc estabelece diversas hipóteses de litigância de má-fé que abrangem praticamente todos os atos processuais que usualmente se acusa de "contrários à moralidade administrativa": deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; usar do processo para conseguir objetivo ilegal; opuser resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer ato processual; provocar incidentes manifestamente infundados e interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

A tibieza dos juízes em coibir a litigância de má-fé traz prejuízos aos particulares quando litigam com a Administração, mas também traz prejuízos a essa, principalmente nas lides tributárias e relativas à execução fiscal em que a jurisprudência já se consolidou em favor das teses fazendárias. Na minha experiência na Procuradoria da Fazenda Estadual de Minas Gerais, o percentual de embargos do devedor com decisões favoráveis aos contribuintes é inferior a 5% e nunca presenciei a aplicação de penalidade por litigância de má-fé. Por aí se vê os prejuízos que a Fazenda Estadual tem com os incidentes e recursos procrastinatórios.