
ADVOCACIA DA UNIÃO E ESTADO DE JUSTIÇA

MARCUS RONALD CARPES

Advogado da União em Porto Alegre

Especialista em Direito do Estado UFRGS

Resumo: O presente trabalho objetiva demonstrar, a partir do estudo da evolução histórica do conceito de Estado que aponta para três conquistas representadas pela sujeição deste à Lei (Princípio da Legalidade), à vontade popular (Princípio da Legitimidade), e, por fim, à moral (Princípio da Licitude), a importância da Advocacia Pública, notadamente a Advocacia-Geral da União, como função essencial à Justiça e instrumento para o aperfeiçoamento que falta para a realização do Estado de Justiça. Nessa linha, o trabalho pretende uma análise da cisão da tutela judicial do interesse público como adequação às necessárias especificações e capacitações técnicas, consubstanciada nas *Procuraturas Constitucionais*, realizada pela Constituição Federal de 1988 no intuito de preservar o Estado de Direito.

Palavras-chave: Advocacia-Geral da União. Procuratura Constitucional. Estado de Justiça. Função Essencial à Justiça.

Sumário: 1 O Itinerário até o Estado Democrático Contemporâneo; 1.1 Antecedentes Históricos; 1.2 Estado de Direito Liberal; 1.3 O Estado Democrático de Direito Contemporâneo; 2 As Funções do Estado Democrático Contemporâneo; 2.1 A Separação das Funções; 2.2 Governo, Funções Política e Administrativa; 2.3 Interesse Público; 3 As Funções Essenciais à Justiça no Estado Democrático Contemporâneo; 3.1 A Busca por um Estado de Justiça; 3.2 O Posicionamento Constitucional; 3.3 As Quatro Funções Essenciais à Justiça e a sua Natureza; 4 As Procuraturas Constitucionais; 4.1 Classificação; 4.2 Igualdade entre as Funções Essenciais à Justiça; 4.3 Prerrogativas de cada uma das Procuraturas Constitucionais; 5 A Advocacia; Geral da União; 5.1 Procuratura do Estado e Defesa do Interesse Público; 5.2 A Autonomia e as Garantias Constitucionais como Requisito para o Pleno Exercício de Função Essencial à Justiça; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 elegeu expressamente a Advocacia-Geral da União como Função Essencial à Justiça, consagrando-lhe a missão de, no plano contencioso, representar a União, judicial e extrajudicialmente, aí

compreendidos os três Poderes, rompendo com a tradição de atribuir essa tarefa ao Ministério Público Federal. Previu ainda, o legislador constitucional, a função de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Nada obstante a relevante função da defesa do patrimônio do povo, à Advocacia-Geral da União não foram asseguradas garantias constitucionais necessárias ao pleno e independente exercício de suas funções. O objetivo do presente estudo, assim, é a investigação do papel desempenhado pela Advocacia Pública na defesa do interesse da sociedade, notadamente do patrimônio público, bem como a sua importância para a efetiva e permanente observância dos Princípios Constitucionais.

Para tanto, visando ao aprimoramento do trabalho, será necessário limitar o campo de pesquisa à atuação da Advocacia-Geral da União, sem embargo de o resultado traçar linhas gerais aplicáveis, por analogia, às outras esferas da Advocacia Pública.

Assim, a partir de uma análise da evolução histórica do Estado, notadamente dos fatos que deflagraram os movimentos político-sociais que conduziram ao Estado Democrático, este trabalho pretende investigar as razões que levaram o legislador a inserir no texto da Constituição Federal as chamadas Funções Essenciais à Justiça, com destaque para a criação da Advocacia-Geral da União.

Nessa linha, a pesquisa pretende averiguar, também, a cadeia de relacionamento entre as Funções Essenciais à Justiça, o papel de cada uma das instituições e as garantias

constitucionais previstas para a Advocacia-Geral da União.

1 O ITINERÁRIO ATÉ O ESTADO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

A denominação *Estado*, segundo Dallari,¹ é adotada pela maioria dos autores para designar todas as sociedades políticas que, com autoridade superior, fixaram as regras de convivência de seus membros.

A concepção de Estado Democrático tem origem no final do século XVII, consubstanciada na afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana. A proteção de tais valores balizou a forma de organização e funcionamento do Estado. Partindo-se do princípio de que a base do conceito de Estado Democrático é a noção de governo do povo, relevante que se façam algumas anotações, ainda que breves, acerca dos antecedentes históricos que levaram à supremacia da preferência pelo governo popular.²

Nesse sentido, no curso de sua evolução, o Estado assumiu formas que variaram de acordo com as contingências temporais e locais da sociedade. Na Idade Média, prevaleceu a idéia de que a autoridade dos governantes se fundava num contrato com os súditos: o *pactum subjectionis*. Por força disso, o povo se sujeitava a

¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, São Paulo: Malheiros, 2005. p. 51-52.

² DALLARI, idem, p. 145.

obedecer ao príncipe que, de sua parte, se comprometia a governar com justiça, ficando Deus como árbitro e fiel do cumprimento do contrato. Violada, pelo príncipe, a obrigação de justiça, exoneravam-se os súditos da obediência devida pela intervenção do Papa, representante da divindade sobre a Terra. No século XVII, Hobbes, no *Leviatã*, e Locke, no *Segundo Tratado do governo civil*, desenvolveram a concepção de que a própria sociedade se funda num pacto fixado, ainda que de forma tácita, entre os homens. Posteriormente, às vésperas da Revolução Francesa, a mesma idéia seria difundida por Rousseau, no *Contrato Social*. Tais doutrinas, o presente estudo irá demonstrar mais detalhadamente, resultaram na concepção de que o poder decorre da vontade dos homens e tem um estatuto fixado por estes, que se impõe aos governantes e visa a assegurar a paz (único objetivo para Hobbes) e os direitos naturais (objetivo principal para Locke e Rousseau).³

As características da sociedade política medieval,⁴ a luta contra o

absolutismo, deflagraram três grandes movimentos político-sociais que conduziram ao Estado de Direito.

O primeiro desses acontecimentos é a Revolução Inglesa, cuja expressão mais significativa é o *Bill of Rights*, Declaração de Direitos, formulado na Inglaterra, em 1689, como decorrência da chamada Revolução Gloriosa de 1688. Sua glória, registre-se, está no fato de que foi uma revolução feita no espaço das instituições, sem derramamento de sangue, mediante um amplo consenso político alcançado no Parlamento.⁵ Introduz-se, com isso, a idéia de representação em oposição a Hobbes, que defende o Estado forte para garantir a segurança.

O segundo foi a Revolução Americana, cujos princípios resultaram na Declaração de Independência das treze colônias, em 1776. Enquanto os textos ingleses tiveram por finalidade limitar o poder do rei, proteger o indivíduo contra a arbitrariedade do rei e firmar a supremacia do Parlamento, as Declarações de Direito americanas importaram em limitações ao Poder

³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 6.

⁴ SOUZA JÚNIOR refere que o Reino Medieval Feudal adotado pela monarquia inglesa dos séculos XII e XIII pode ser descrito apontando-se duas características políticas fundamentais. A primeira e mais visível, era a *fragmentação territorial e social do poder político* entre extensões independentes chamadas *feudos*, porções de terras doadas pelo Imperador aos guerreiros, nobres e validos que se tornavam senhores quase onipotentes, exercendo sobre as pessoas que nelas viviam as funções de administrador e de juiz. A segunda característica do Reino Medieval, era a *hierarquização da sociedade política* que, em seu conjunto de feudos, apresentava uma estrutura escalonada, de forma piramidal, tecida em uma imensa rede de contratos, pactos e compromissos, escritos e costumeiros, todos, em seu âmago, exprimindo relações de cunho pessoal. No Reino Medieval, nenhum órgão, nenhuma pessoa, exercia propriamente uma função legislativa. Não havia lei, na acepção técnica da palavra. O direito emanava espontaneamente nas unidades locais, pela via de práticas, costumes e pactos que refletiam e reforçavam as diferenças e hierarquias sociais existentes. Disso decorria a extrema desigualdade e diversidade do Direito na monarquia medieval, que variava de região, de feudo a feudo, *dificultando as relações inter e suprafendais*. (SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos Poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 20-21 e 24).

⁵ SOUZA JÚNIOR, idem, p. 46.

Estatal, calcadas na existência de direitos humanos naturais e imprescritíveis.⁶ O terceiro evento histórico de destaque foi a Revolução Francesa, que, em relação aos demais acontecimentos, se destaca por universalizar seus princípios por intermédio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.⁷ As condições políticas da França eram diferentes das existentes na América, o que resultou em dessemelhanças entre uma e outra orientação. A existência de uma grande instabilidade interna na França e a conseqüente necessidade de busca por uma unidade resultaram no surgimento de uma idéia de *nação* como centro unificador de vontades e de interesses. As divergências entre Igreja e Estado, de outra parte, ensejaram a Universalização da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, diversamente do que ocorreria na Inglaterra e Estados Unidos.⁸

A partir de tais ideais, portanto, consolidou-se a idéia de Estado de Direito como aspiração suprema, sintetizada em três pontos fundamentais: “Supremacia da vontade popular, preservação da liberdade e igualdade de direitos”. Tais preceitos, registre-se, influíram diretamente nas transformações do Estado durante o século XIX e primeira metade do XX,

servindo, também, de limite a qualquer objetivo político. A preocupação primordial esteve sempre centrada na participação do povo na organização do Estado, na formação e na atuação do governo, por se considerar implícito que o povo, expressando livremente sua vontade soberana, saberá resguardar a liberdade e a igualdade.⁹ Adquire-se, assim, uma compreensão de que o poder decorre do povo e a sua existência se justifica na preservação da liberdade individual e na busca do bem comum. Ferreira Filho¹⁰ anota que, ao Direito, descendente direto e imediato do iluminismo, é confiada, pelo liberalismo, a tarefa de limitar, instituir, organizar e disciplinar a atuação do Poder, sempre resguardando-se o fundamental, aí compreendidos a liberdade e os direitos do homem. O Estado, assim, submetido ao império do Direito, veio a ser chamado, já no século XVIII, de Estado de Direito.

1.2 ESTADO DE DIREITO LIBERAL

Fixadas as bases de um Estado de Direito, há uma solução de continuidade com os postulados que vigoravam desde a Idade Média, ensejando a prevalência do império da lei, o Estado de Direito na concepção moderna. Essa supremacia do Direito sobre o público, anota Souza Júnior,¹¹

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 142.

⁷ DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*. p. 147.

⁸ DALLARI, *idem*, p. 150.

⁹ DALLARI, *Elementos de teoria geral do Estado*. p. 151.

¹⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3-4.

¹¹ SOUZA JÚNIOR, *O Tribunal Constitucional como poder*, p. 62.

reside fundamentalmente na tripartição dos poderes, notadamente na independência dos Juízes ante o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Surge o denominado Estado de Polícia, cuja função era policiar e cuidar para que os cidadãos respeitassem o patrimônio alheio. Nesse modelo Liberal, ressalta o fato de que o Estado restringia-se a garantir a liberdade contratual de fazer e não fazer o que bem entendesse a sociedade, desde que a lei não fosse violada.

Durante o apogeu do Estado Liberal, ao longo do século XIX, prevalece a utilização do constitucionalismo como forma de limitar o poder político, resultando no reconhecimento de que o homem é detentor de direitos que são anteriores e superiores ao Estado, e que devem ser respeitados pelo mesmo. Sob a ótica dos sujeitos passivos do Poder existe um Direito superior, consubstanciado num feixe de liberdades, que preexistem à sua declaração solene e “recobrem o campo da autonomia da conduta individual. Autonomia que é a regra, a qual apenas sofre as restrições estritamente necessárias ao convívio social”.¹²

Consagra-se a igualdade de todos os homens, independentemente de credo, posição social ou de outras características. O advento de um

Estado-Nação forte e pleno enseja o fortalecimento da noção de soberania nacional. Surgem os partidos políticos, o sistema de governo representativo e o parlamentarismo. Substitui-se “a instável autoridade do príncipe pela estável autoridade da lei”,¹³ com a conseqüente subordinação do Estado ao princípio da legalidade e o fortalecimento das garantias individuais diante do Estado. Ocorre a superação do arbítrio pelo direito, originando a clássica distinção dos dois elementos de contenção característicos do Estado de Direito: a limitação e o controle, impostos ao poder estatal.¹⁴ As normas legais, com o advento do Estado de Direito, ganham uma dupla função: a de limitar e a de controlar o poder do Estado, de modo a garantir os indivíduos e os grupos secundários por eles instituídos em face dos excessos e desvios praticados no exercício do poder político.¹⁵

1.3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO CONTEMPORÂNEO

Ocorre que, a partir de meados do século XIX, o liberalismo, aliado à Revolução Industrial, acabou por gerar imensas desigualdades sociais, o desamparo dos menos favorecidos economicamente. A concepção do Estado como simples espectador dos fenômenos econômicos e sociais, com

¹² FERREIRA FILHO, Estado de direito e Constituição, p. 4.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 17.

¹⁴ MOREIRA NETO, idem, p. 18.

¹⁵ MOREIRA NETO, idem, ibidem.

efeito, permitiu o crescimento de pólos de poder irrefreados na sociedade, comprometendo a igualdade de oportunidades entre os indivíduos.¹⁶

Tal situação resulta no aparecimento do chamado Estado Social de Direito, ou Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), ou Estado Intervencionista, como uma busca pela efetiva realização de direitos e garantias até então assegurados somente de maneira formal aos indivíduos. Há um clamor social pela concretização de direitos, observância de normas que, até então, limitavam-se ao plano formal.

Como alternativa ao Estado de Polícia, despontam duas novas formas de organização política: o Estado socialista, que, objetivando a igualdade, ainda que com o sacrifício da liberdade, concentra na máquina estatal todos os poderes, visando à dominação dos processos econômicos e sociais; e o Estado do bem-estar social, que se limita a estabelecer mecanismos corretivos, de intervenção e de controle sobre as atividades privadas, “procurando conciliar esta ação com o mínimo de sacrifício das liberdades fundamentais e com as conquistas juspolíticas alcançadas pelo Estado de Direito”.¹⁷

O Estado Social de Direito, conquanto tenha atendido aos anseios das classes oprimidas economicamente,

também acabou por gerar distorções, ensejando o aparecimento de alguns regimes políticos totalitários, de que são exemplos típicos a Alemanha, a Itália, e, até mesmo, o Brasil no Estado Novo. O Estado de Direito, no século XX, transforma-se num mero Estado Legal, que recusa a subordinação do Estado a um Direito a ele superior, ao mesmo tempo em que identifica Direito como o comando do Estado.¹⁸ Para este Estado Legal, os direitos do homem são os direitos que o Estado lhe quiser reconhecer, sendo irrelevante cogitar acerca do conteúdo de justiça ou injustiça nas leis que são feitas pelo Estado. A Constituição não passa de uma lei, mais alta que as outras, que se estabelece por um procedimento mais complexo do que o ordinário. Prevalece, neste Estado Legal, o princípio de que a lei dita a conduta dos particulares, é condição e limite de atuação dos órgãos públicos e instrumento para a realização de objetivos politicamente definidos.¹⁹ No Estado Legal, o princípio da legalidade é um mero princípio de disciplina, a condição de legalidade se resume à sujeição ao comando do “legislador”. A legalidade desvincula-se da justiça, ficando adstrita a um objetivo de governo, e a supremacia da lei não tem relação com o seu conteúdo, mas sim com a autoridade do órgão que a edita.

¹⁶ MOREIRA NETO, idem, ibidem.

¹⁷ MOREIRA NETO, idem, ibidem.

¹⁸ FERREIRA FILHO, *Estado de direito e Constituição*, p. 41.

¹⁹ FERREIRA FILHO, idem, ibidem.

Tais fatos, dentre outros, resultaram no declínio do Estado Social e na conseqüente busca de um novo ponto de equilíbrio, prevalecendo o modelo do Estado Democrático de Direito, com a devolução do poder, concentrado no Estado, à sociedade, “consciente de seus interesses e organizada para promovê-los e defendê-los”.²⁰ Para Lobo Torres,²¹ o que caracteriza o Estado Democrático de Direito é o fato de “que concilia o Estado Social, podado em seus aspectos de insensibilidade para a questão financeira, com as novas exigências para a garantia dos direitos fundamentais e sociais”.

Nesse contexto, a Constituição de 1988, consagrando o Princípio da Legitimidade,²² fixa que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição, e estabelece que a República Federativa do Brasil constitui Estado Democrático de Direito, que tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do

trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.²³

De outra parte, a Constituição Federal fixa que são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário,²⁴ e estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.²⁵

2 AS FUNÇÕES DO ESTADO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO

2.1 A SEPARAÇÃO DAS FUNÇÕES

Segundo Moreira Neto,²⁶ o Estado pode ser definido como sendo uma instituição juspolítica que detém o poder e o exerce sobre pessoas e bens em seu território e onde alcance sua ordem jurídica, para realizar sua destinação.

²⁰ LOBO TORRES, Ricardo. A metamorfose dos direitos sociais e mínimo existencial. In **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro; São Paulo, 2003. p. 25.

²¹ LOBO TORRES, idem, p. 25-26.

²² MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO observa que a legitimidade do governo está em haver sido ele estabelecido de conformidade com a opinião predominante na sociedade sobre a quem cabe o poder. Com efeito, não se confunde a legitimidade com a mera legalidade, porquanto o fato de haver sido o governo estabelecido de acordo com as leis vigentes não impede que essas sejam ilegítimas em face do *consensus*. Nessa linha, é de fato o poder que não tem por si a legitimidade, ainda que revestido de legalidade. O poder se torna de direito quando alcança a legitimidade. (**Curso de Direito Constitucional**, p. 23-24)

²³ Art. 1º, *caput*, incisos e parágrafo único, da Constituição Federal.

²⁴ Art. 2º da Constituição Federal.

²⁵ Art. 3º, *caput* e incisos, da Constituição Federal.

²⁶ MOREIRA NETO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 21.

Por óbvio, não há, nem pode haver, Estado sem poder. O Estado, refere Bobbio,²⁷ assim como qualquer sociedade organizada onde exista uma esfera pública, é caracterizado por relações de subordinação entre governantes e governados, entre detentores do poder de comando e destinatários do dever de obediência, em relações entre desiguais, decorrentes da dicotomia público/privado. O exercício desse poder, contudo, pode ser estruturado de formas diferentes, concentrado nas mãos de um só órgão ou distribuído entre vários órgãos.

A concentração de Poderes, alerta Ferreira Filho,²⁸ vai de encontro à segurança do indivíduo e não se presta a servir a liberdade individual, valor básico da democracia representativa. Exemplo clássico disso é a Monarquia Absolutista. A divisão de Poderes, assim, é um dos processos técnicos mais eficazes na prevenção ao arbítrio.

Os Poderes de Estado, compreendidos como estruturas internas destinadas à execução de certas funções, foram concebidos por Montesquieu no clássico *O Espírito das Leis*,²⁹ que ensejou a chamada Tripartição dos Poderes, concebida como um necessário equilíbrio visando

a evitar a supremacia de qualquer deles sobre o outro. Não se trata, pois, de separação de Poderes com divisão absoluta de funções, mas, sim, distribuição das funções estatais precípua entre órgãos independentes, mas harmônicos e coordenados no seu funcionamento.

Hodiernamente, conquanto haja opiniões que considerem superado o conceito clássico de tripartição de poderes, dentre outros motivos pelo surgimento de órgãos constitucionalmente autônomos,³⁰ prevalece na doutrina a concepção de que há uma trilogia de funções no Estado: a legislativa, a administrativa (executiva) e a jurisdicional. Tais funções estão distribuídas entre três blocos orgânicos, denominados “Poderes”, os quais absorveriam, senão com exclusividade, ao menos com manifesta predominância, as funções correspondentes a seus próprios nomes: Legislativo, Executivo e Judiciário.³¹

Dentre os critérios utilizados para caracterizar as funções do Estado, podemos destacar dois:

- a) critério orgânico ou subjetivo, que identifica a função a partir do sujeito que a produz;
- b) critério objetivo, que leva em conta a atividade desenvolvida.

²⁷ BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. 11. ed.. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 15-16.

²⁸ FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, p. 132.

²⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. *O espírito das leis*: as formas de governo: a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 164 *et seq.*

³⁰ MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 22.

³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 28-29.

Este segundo critério, a seu turno, subdivide-se em dois:

1) critério material ou substancial – reconhece a função a partir de elementos intrínsecos a ela, que estejam diretamente relacionados com a atividade característica da função;³²

2) critério formal – independentemente da semelhança material existente, as atividades, as funções, podem ser identificadas a partir do tratamento normativo que lhes é dado.³³

Partindo de um conceito objetivo formal, tem-se que a função legislativa é aquela exercida com exclusividade pelo Estado, visando a inovar a ordem jurídica, por intermédio de normas gerais, geralmente abstratas, com fulcro imediato na Constituição.³⁴ Função jurisdicional, a seu turno, é aquela exercida pelo Estado, também com exclusividade, consubstanciada no ato de decidir controvérsias com força de coisa julgada.³⁵ A função administrativa é exercida, de regra, pelo Poder Executivo e seus sujeitos auxiliares, e, excepcionalmente, por órgãos de outros Poderes. É a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce mediante comportamento infralegal, ou, excepcionalmente,

infraconstitucional, ambos sujeitos ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário.³⁶

Tecendo críticas à classificação tradicional das funções do Estado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁷ afirma:

Em realidade, essa tripartição não tem o rigor necessário para ser acatada como científica. De fato, é fácil mostrar que as funções administrativa e jurisdicional têm no fundo a mesma essência, que é a aplicação da lei a casos particulares. A distinção entre ambas pode estar no modo, no acidental, portanto, já que substancialmente não existe. Por outro lado, a função legislativa não esgota a edição de regras gerais e impessoais. Tradicionalmente inclui-se na função administrativa o estabelecimento de regulamentos, cujo conteúdo são também regras gerais e impessoais. Cientificamente, parece preferível a classificação de Burdeau (v. *Traité*, v. 4, n. 186): função governamental – consistente em introduzir por primeira vez uma questão no domínio do Direito (manifestação de poder só condicionado pela Constituição) e função administrativa (consistente em tomar decisões subordinadas em relação àquela). Essa classificação,

³² V.g.: a atividade característica da função legislativa é a expedição de atos gerais e abstratos, ao passo que a atividade administrativa (executiva) se caracteriza por ser *prática* ou *concreta*.

³³ V.g.: a função legislativa pressupõe o poder de, com base na Constituição, inovar a ordem jurídica.

³⁴ MELLO, *Curso de Direito Administrativo*. p. 33-34.

³⁵ MELLO, *idem*, p. 34. O atributo da *coisa julgada*, registre-se, é característica das decisões de última instância, ou, ainda, daquelas contra as quais não tenha havido interposição de recurso.

³⁶ MELLO, *idem*, *ibidem*, p. 34.

³⁷ FERREIRA FILHO, *Curso de Direito Constitucional*, 2005, p.134-135.

como se vê, repousa no grau de intensidade do poder estatal manifestado.³⁸

2.2 GOVERNO, FUNÇÕES POLÍTICA E ADMINISTRATIVA

Alguns autores aludem à existência da denominada função política. Tal assertiva tem origem na constatação de que determinados atos não se enquadram, de forma satisfatória, em nenhuma das tradicionais funções do Estado. O professor Moreira Neto,³⁹ todavia, adverte que em vez de se reconhecer a existência autônoma de uma quarta função jurídica do Estado, é preferível que se compreenda essa atividade como uma qualidade, ou conteúdo, das “altas escolhas de governo, que poderá existir em maior ou menor grau, qualificando qualquer das três funções”. Cuida-se, em síntese, de atos de superior gestão estatal ou de enfrentamento de contingências extremas que pressupõem, sobretudo, decisões eminentemente políticas.⁴⁰

É bem de ver, contudo, que os atos em questão, ainda que estejam diretamente relacionados com uma chamada “função política” ou de “governo”, em um Estado Democrático não são imunes ao controle jurisdicional e devem

obediência ao Princípio da Legalidade. Vale dizer, conquanto essa escolha de governo tenha uma considerável amplitude, ainda assim estará vinculada ao ordenamento constitucional. A Administração Pública, na forma do art. 37 da Constituição Federal, deve obediência ao Princípio da Legalidade, diretriz básica do administrador público. Bandeira de Mello observa que o princípio da legalidade importa na completa submissão da Administração às leis. Ao administrador, assim, cabe tão-somente obedecer e cumprir as leis.

O Princípio Administrativo da Legalidade é resultado de séculos de evolução política e tem direta relação com a criação do Estado de Direito, ou seja, do Estado que deve respeitar as próprias leis que edita. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei.⁴¹

Conforme destaca Hely Lopes Meirelles⁴² em clássica comparação:

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa “poder fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

³⁸ FERREIRA FILHO, idem, p. 132-133.

³⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Curso de Direito Administrativo*, p. 25.

⁴⁰ MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 35. Como exemplo de atos revestidos desta *qualidade*, podemos destacar a declaração do estado de sítio, a decretação de calamidade pública.

⁴¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 12-13.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 82-83.

Tema muitas vezes tortuoso, notadamente à vista dos interesses envolvidos, o estudo da relação Governo/Administração – atividades que andam juntas e muitas vezes são confundidas – é essencial para que se delimite, na medida do possível, as regras que devem reger a relação entre os que foram escolhidos pelo povo para governar e aqueles encarregados de gerir a coisa pública, com responsabilidade técnica e legal.

Assentado na convicção de que Governo e Administração expressam conceitos diversos nos vários aspectos em que se apresentam, Meirelles destaca que, em sentido de comparação, podemos afirmar que governo é atividade política e discricionária; administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica. Governo é conduta independente; administração é conduta hierarquizada. O Governo comanda com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade profissional pela execução; a Administração executa sem responsabilidade constitucional ou política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução. A administração é o instrumento de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo. A Administração tem poder de decisão somente na área de suas atribuições e nos limites legais de sua competência executiva, só podendo opinar e decidir

sobre assuntos jurídicos, técnicos, financeiros ou de conveniência e oportunidade administrativas, sem qualquer faculdade de opção política sobre a matéria.⁴³

Em emblemático exemplo de que o tema de há muito é controvertido, o Conselheiro Antônio Joaquim Ribas, ao tratar das relações da administração com os poderes do Estado, na sua obra premiada e aprovada por Resolução Impèrial de 09 de fevereiro de 1861 para uso das aulas da Faculdade de Direito do Recife e São Paulo – Direito Administrativo Brasileiro, assevera com absoluta atualidade:

Quanto ao Poder Executivo Governamental, tão intimamente entranhadas são as suas relações com a administração, que muito árduo se torna traçar entre êles a linha divisória. Com efeito, exercidos ambos, em parte, pelos mesmos funcionários, sendo como que o desenvolvimento ou o prolongamento um do outro, a sua ação e influência se entrelaçam e mesclam a ponto de confundirem-se freqüentemente.

Em teoria é fácil discriminar as funções políticas e administrativas dos agentes do Poder Executivo (Cap. 1º, § 2º *huj. tit.*); mas na prática nem sempre se pode determinar quando êles exercem umas ou outras, quando governam ou administram.

Ao govêrno, como poder governamental ou político, compete

⁴³ MEIRELLES, *Direito Administrativo brasileiro*, p. 61.

indicar a direção, inspirar o pensamento geral e imprimir o impulso a todo funcionalismo administrativo, tanto nas relações internacionais como nas internas.

A missão da administração, pelo contrário, é por assim dizer tódica material ou mecânica; compete-lhe organizar os meios práticos, e pô-los em ação, para a realização do pensamento governamental.

Ela deve, pois, ser um instrumento dócil e seguro nas mãos do governo, enquanto este obra dentro da sua esfera própria. Assim, não deve imprimir nos serviços públicos um impulso contrário ou diverso daquele que o governo lhe quer dar; não pode ter um pensamento, uma vontade, que não seja o pensamento e a vontade do governo, enquanto este se limita às suas funções de iniciativa, de apreciação e de direção geral.

Aqui, porém, deve parar a subordinação e começar a sua independência.

Quando a administração trata de organizar os serviços públicos, não deve postergar as vantagens dele em atenção às predileções ou antipatias; quando se ocupa com a execução do preceito legislativo, não deve

sofisticá-lo, torcê-lo, ou iludí-lo para comprazer ao sistema preferido pelo governo. Quando se acha em presença dos cidadãos, dos seus direitos e obrigações, deve, como verdadeira magistratura, fazer respeitar esses direitos e cumprir essas obrigações, colocando a sua retidão e imparcialidade acima de tódicas considerações da política.⁴⁴

Administrar, refere Souza Júnior,⁴⁵ é função de serviço. É cuidar de um interesse de que não se é propriamente dono. A administração serve aos três poderes e ao governo do dia. Todavia, está a serviço, antes e acima de tudo, do interesse público que, da mesma forma, deve orientar os demais poderes políticos. A função administrativa, na sua essência, caracteriza-se pela: permanência (ou continuidade), profissionalidade, tecnicidade, imparcialidade, apartidariedade.⁴⁶

2.3 INTERESSE PÚBLICO

A Administração, em um Estado Democrático, este compreendido como uma instituição que ao mesmo tempo em que cria o direito deve

⁴⁴ RIBAS, A. J. *Direito Administrativo brasileiro*. Brasília: Ministério da Justiça, 1968, p. 55-58. Anota, ademais, que “[...] O sistema de absoluta subordinação da administração à política, entre outros males, traz o de tornar necessária a completa inversão no País oficial, todas as vezes que a mudança de pensamento se faz sentir nas altas regiões do poder. Esta inversão, que é freqüente na União Anglo-Americana e nos países que obedecem aos governos absolutos das democracias puras, repugna com o princípio de estabilidade e permanência, que é uma das bases do regime monárquico, embora modificado pelo elemento representativo nacional.

As destituições em massa dos funcionários e empregados administrativos, além de afetar dolorosamente a sua sorte e a de suas famílias, são prejudiciais ao serviço público, que perde os seus mais experimentados agentes e passa a ser confiado a outros novatos, cujo título principal não é a aptidão profissional, e sim a opinião política”.

⁴⁵ SOUZA JÚNIOR, *O Tribunal Constitucional como poder*, p. 89.

⁴⁶ SOUZA JÚNIOR, *idem*, p. 90.

sujeitar-se a ele, alicerçado no fato de que o poder decorre do povo e a sua existência se justifica na preservação da liberdade individual e na busca do bem comum, deve ter presente que está a serviço do interesse público, que é superior ao do governo do momento. O Estado Democrático, necessariamente, há de ter normas delimitadoras da organização do Estado-poder e da sua ação, estabelecendo limites às prerrogativas dos governantes nas suas relações recíprocas, e, bem assim, nas relações com os governados.

A doutrina italiana divide interesse público entre primário e secundário.⁴⁷ O interesse público primário, compreendido como o interesse da coletividade, pode ser identificado com o da sociedade, do bem geral, ou da observância da ordem jurídica a título de bem tratar o interesse da coletividade. O interesse público secundário, de outra parte, é aquele do Estado como administração. Com efeito, independentemente do fato de

ser encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, que encarnam no Estado como pessoa.⁴⁸ Nem sempre o primeiro coincide com o segundo. Caso haja incompatibilidade entre eles, os interesses públicos secundários não são atendíveis. Os interesses secundários do Estado,⁴⁹ “só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários”, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos.⁵⁰

A propósito da necessária⁵¹ prevalência dos interesses primários, públicos propriamente ditos, anota Bandeira de Mello:

[...] o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles.⁵²

⁴⁷ MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 57-58.

⁴⁸ MELLO, *idem*, p.57.

⁴⁹ Exemplo do interesse público secundário consiste na conduta de cobrar tributos indevidos, hipótese que resulta no dever de indenizar, porquanto contrária à ordem jurídica, nada obstante o interesse do governante em sentido contrário. Ao agente público não é dado optar entre interesse público primário ou secundário, na medida em que está adstrito, vinculado, ao interesse público primário.

⁵⁰ MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 57.

⁵¹ Humberto Ávila, em análise crítica do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, anota que: “Não se está a negar a importância jurídica do interesse público. Há referências positivas em relação a ele. O que deve ficar claro, porém, é que, mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição. É essa ponderação para atribuir máxima realização aos direitos envolvidos o critério decisivo para a atuação administrativa. E antes que esse critério seja delimitado, não há cogitar sobre a referida supremacia do interesse público sobre o particular”. (ÁVILA, Humberto. *Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 2 ago. 2005).

⁵² MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 57.

O *primado do público*, ensina Bobbio,⁵³ “se funda sobre a contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e sobre a necessária subordinação, até à eventual supressão, do segundo ao primeiro, bem como sobre a irredutibilidade do bem comum à soma dos bens individuais”. O ilustre filósofo e jurista italiano salienta, a propósito, que, conquanto não se possa colocar no mesmo plano histórico e político todas as teorias acerca do primado do público, a “todas elas é comum a idéia que as guia, resolvível no seguinte princípio: o todo vem antes das partes”.⁵⁴ O primado do público, assim, importa em renúncia do indivíduo à própria autonomia a favor do ente coletivo. Não se cuida de teoria recente:

Trata-se de uma idéia aristotélica e mais tarde, séculos depois, hegeliana (de um Hegel que nesta circunstância cita expressamente Aristóteles); segundo ela, a totalidade tem fins não reduzíveis à soma dos fins dos membros singulares que a compõem e o bem da totalidade, uma vez alcançado transforma-se no bem das suas partes, ou, com outras palavras, o máximo bem dos sujeitos é o efeito não da perseguição, através do esforço pessoal e do antagonismo, do próprio bem por parte de cada um, mas da contribuição que cada

um juntamente com os demais dá solidariamente ao bem comum segundo as regras que a comunidade toda, ou o grupo dirigente que a representa (por simulação ou na realidade), se impôs através de seus órgãos, sejam eles órgãos autocráticos ou órgãos democráticos.⁵⁵

Com efeito, a supremacia do interesse público sobre o privado, o reconhecimento da superioridade do interesse da coletividade, é um pressuposto de uma ordem social estável.

3 AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO CONTEMPORÂNEO

3.1 A BUSCA POR UM ESTADO DE JUSTIÇA

Nada obstante a relevância da inovação trazida pelo Constituinte de 1988, a doutrina nacional, conforme destaca Moreira Neto,⁵⁶ na sua maioria, não se apercebeu do importante trajeto percorrido no *iter* em busca da realização do valor justiça, esta entendida como síntese da *licitude*, da *legitimidade* e da *legalidade*. Nesse sentido, a evolução histórica do conceito de Estado aponta para três conquistas representadas pela sujeição do Estado: à Lei (Princípio da Legalidade) – a *doma do Leviatã* – consubstanciada na transição do Estado Absolutista para o Estado de Direito; à

⁵³ BOBBIO, *Estado, governo, sociedade*, p. 24.

⁵⁴ BOBBIO, *idem*, *ibidem*.

⁵⁵ BOBBIO, *idem*, *ibidem*.

⁵⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 1, 2001, p.46.

vontade popular (Princípio da Legitimidade); e, por fim, à moral (Princípio da Licidade). Ainda está por vir, contudo, uma efetiva subordinação do Estado à moral: o princípio da licitude, garantia do primado da moralidade na vida pública, conjugado com os demais, é o aperfeiçoamento que falta para a realização do *Estado de Justiça*.

A legalidade e a legitimitade, assim, aliadas ao princípio da licitude, conduzem ao *Estado de Justiça*,⁵⁷ no ensinamento de Moreira Neto, “aspiração mais ambiciosa do que a realização de um Estado Democrático de Direito, que naquela se contém e com ela se supera”.⁵⁸ Às tradicionais funções legislativa, executiva e judiciária, portanto, se alinham aquelas denominadas pela Constituição de Essenciais à Justiça.

A observância desse princípio pressupõe a existência de um sistema tal capaz de materializar a *justicialidade*⁵⁹ por intermédio de instituições legítimas e consolidadas, respeitada, por óbvio, a premissa de que deve haver a maior separação ou especialização possível entre jurisdição, legislação e administração, com inegável vinculação entre a clássica separação de poderes e o Estado de Direito.⁶⁰ Bem por isso,

rompendo com o Estado ditatorial até então vigente, o Constituinte de 1988 consagrou o denominado Estado Democrático de Direito, assentado em uma estrutura organizacional e diretrizes de atuação da administração expressamente previstas na Constituição Federal.

Com efeito, a Constituição Federal, conquanto se refira ao Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, de onde se destacam a legitimidade e a legalidade, invocando a licitude, denota, em mais de um dispositivo, a busca por um Estado de Justiça. Nesse sentido, Moreira Neto destaca que: “logo nos Princípios Fundamentais, em seu Título I, se estabelece, entre os ‘objetivos fundamentais’, a construção de uma ‘sociedade livre, justa e solidária’ e, no âmbito das relações internacionais, a ‘prevalência dos direitos humanos’ e a ‘defesa da paz’”. Dito isso, destaca, entre outros, os seguintes artigos da Constituição Federal: 1º, III (dignidade humana), 5º, LXXIII (moralidade administrativa); 55, II (perda de mandato parlamentar por procedimento indecoroso); 101 (reputação ilibada como requisito de escolha para o STF).⁶¹

⁵⁷ MOREIRA NETO, As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, p. 46.

⁵⁸ MOREIRA NETO, *idem*, p.48.

⁵⁹ Observa FERREIRA FILHO: “Num Estado submetido ao Direito, a atuação do Poder tem como pauta a lei. Obedece ao princípio da legalidade. Entretanto, da legalidade decorre como princípio também a igualdade. E ambos, legalidade e igualdade, estão sob o crivo de uma justiça, daí o terceiro princípio, garantidor dos demais, o princípio da justicialidade [...]” (conforme será visto no item 3.3)

⁶⁰ FERREIRA FILHO, *Estado de direito e Constituição*, p. 35

⁶¹ MOREIRA NETO, As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, p. 47.

A busca por esse *Estado de Justiça*, é bem de ver, requer um Estado contemporâneo, mais aberto e dinâmico que seus antecessores, “já não mais é uma torre de marfim, intangível e distante, na qual os três Poderes dividiam entre si as responsabilidades do Governo, *lato sensu*, quando não o *dictat* da juridicidade”.⁶²

3.2 O POSICIONAMENTO CONSTITUCIONAL

Nessa linha, a Constituição Federal previu, no Título IV (arts. 44 a 135), a organização dos Poderes em quatro capítulos assim distribuídos:

Capítulo I – Do Poder Legislativo(arts. 44 a 135);

Capítulo II – Do Poder Executivo(arts. 76 a 91);

Capítulo III – Do Poder Judiciário(arts. 92 a 126);

Capítulo IV – Das funções essenciais à Justiça (arts. 127 a 135).

Assim, com prudente adequação histórica, às três funções tradicionais do Estado foram acrescentadas funções públicas autônomas, independentes e *destacadas* das estruturas dos três Poderes do Estado, denominadas funções

essenciais à justiça.⁶³ É bem de ver que as “funções essenciais à justiça não estão reguladas no Título que trata da Organização do Estado (Título III), ficando, assim, previstas na Organização dos Poderes e não como parte integrante de nenhum deles especificamente”.⁶⁴

Essencialidade à justiça, ensina Moreira Neto, deve ser entendida no sentido mais amplo que se possa atribuir à expressão. Não se trata, portanto, tão-somente de essencialidade à *justiça formal*, prestada pelo judiciário. No conceito, com efeito, estão compreendidas todas as atividades de orientação, de fiscalização, de promoção e de representação judicial necessárias à “zeladoria, provocação e defesa de todas as categorias de interesses protegidos pelo ordenamento jurídico”.⁶⁵ A expressão “Justiça”, empregada pelo legislador constituinte para qualificar a essencialidade das funções previstas nos arts. 127, 131, 133 e 134 da Constituição Federal, há de ser interpretada em acepção ampla, para significar não só a atividade típica exercida pelo Poder Judiciário, como também “a justiça abrangente da

⁶² MOREIRA NETO, *idem*, p. 51.

⁶³ MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 31.

⁶⁴ Em relação ao Ministério Público, dentre as funções essenciais à Justiça, há uma ruptura com a tradição de incluí-lo dentro de um dos Poderes. Nesse sentido, a Constituição de 1967, alterando a posição adotada em 1946, colocou o Ministério Público dentro da estrutura do Poder Judiciário (Capítulo VIII – Do Poder Judiciário – Seção IX – Do Ministério Público); posteriormente, por força da Emenda Constitucional nº 1, de 1969 e pela Emenda Constitucional nº 7 de 1977, o Ministério Público foi inserido no Poder Executivo (Capítulo VII – Do Poder Executivo – Seção VII – Do Ministério Público).

⁶⁵ MOREIRA NETO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 31.

equidade, da legitimidade, da moralidade”.⁶⁶

Neste escopo, tendo presente que a legalidade e a legitimidade, aliadas ao princípio da licitude, conduzem ao Estado de Justiça,⁶⁷ indissociável do Estado Democrático de Direito, forçoso concluir – colocando entre parênteses os pré-juízos⁶⁸ – que às tradicionais funções legislativa, executiva e judiciária se alinham aquelas denominadas pela Constituição de Essenciais à Justiça.

A propósito do tema, discorrendo acerca da isonomia entre carreiras jurídicas, Mário Bernardo Sesta⁶⁹ afirma:

A simples situação dessas carreiras na topologia da constituição, de forma inteiramente nova no constitucionalismo brasileiro, e sua qualificação como ‘funções essenciais à Justiça’, está a significar que participam da essência da atividade de realização da Justiça.

Que significa, afinal, dizer-se que tais ou quais funções são essenciais à Justiça? Significa por certo que, sem

seu concurso, justiça não haverá, pressuposto e decorrência que são da escolha constitucional de um perfil moderno de Estado Democrático. Significa a sobrevalorização do interesse público, que se busca alcançar já não só pela pacificação vinculativa na solução das lides, mas ainda por uma especial valorização da custódia da lei; da impessoalidade no aconselhamento preventivo e no patrocínio judicial dos interesses do Estado; na franquia do acesso ao amparo da ordem jurídica em favor dos desvalidos da fortuna.

A enumeração da Advocacia de Estado entre as funções essenciais à justiça é conseqüência das premissas definidoras do Estado de Direito, acolhidas pela Constituição Federal, dando especial relevo ao caráter participativo do modelo democrático.⁷⁰

3.3 AS QUATRO FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA E A SUA NATUREZA

A Constituição Federal, no Título IV, Capítulo IV, prevê quatro funções essenciais à justiça:

⁶⁶ FERREIRA, Sérgio A. Comentários à Constituição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1991, v. 3, p.12, apud MOREIRA NETO, As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, p. 49.

⁶⁷ MOREIRA NETO, As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, p. 46.

⁶⁸ LÊNIO LUIZ STRECK, ante a constatação de que hoje há uma crise de paradigmas que obstaculiza a realização (o acontecer) da Constituição, afirma: “[...] o sentido da Constituição não pode continuar velado (isto porque, passados mais de treze anos desde sua promulgação, grande parte de seu texto continua inefetivo, portanto, não descoberto). Por isso, para interpretar a Constituição (entendida como o novo, o “estranho” para o jurista dogmático), é necessário, primeiro, tornar transparente a própria situação hermenêutica para que o estranho ou diferente (sinistro) do texto (jurídico-constitucional) possa valer antes de tudo, isto é, sem que nossos pré-juízos não esclarecidos (tradição inautêntica do direito) exerçam aí sua despercebida dominação e assim escondam o específico do texto (GRONDIN, 1999, p. 165; GADAMER, 1998, p. 14). Não podemos esquecer, como diz Gadamer (1996, p. 415 et seq), que toda compreensão começa com o fato de que algo nos interpela. Ou seja, para compreender, temos de pôr entre parênteses os pré-juízos”. (STRECK, Lênio Luiz. A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do direito. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 108-109.)

⁶⁹ SESTA, Mário Bernardo. Isonomia remuneratória das carreiras jurídicas. **Revista Jurídica da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 1, 2001, p. 72.

⁷⁰ SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: posição institucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 30, n. 117, 1993, p. 199.

- a) Ministério Público;
- b) Advocacia Pública;
- c) Advocacia Privada; e
- d) Defensoria Pública.

A advocacia privada é desempenhada por profissionais do Direito, legalmente habilitados junto à Ordem dos Advogados do Brasil, mediante contrato, e tem por objeto, ainda que não exclusivamente, a defesa dos interesses individuais, coletivos e difusos da sociedade. A *advocacia pública*, a seu turno, é exercida por profissionais do Direito que, além de inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, devem estar investidos em Cargo Público acessível mediante Concurso Público de provas e títulos. Aos Advogados Públicos incumbe a tutela do interesse público, bem como dos interesses individuais, coletivos e difusos que a ordem jurídica lhes cometer. A Constituição prevê três tipos institucionais de procuraturas, atribuindo a cada uma delas funções consultivas e postulatórias definidas no texto constitucional.⁷¹

Qual a natureza dessas funções? Onde estão situadas na dinâmica dos três Poderes? Toda e qualquer posição que se venha a adotar, desde já registre-se, não será pacífica, dada a controvérsia acerca da matéria.

Moreira Neto,⁷² atento ao aperfeiçoamento constitucional que representam a evolução da participação política e as funções essenciais à justiça, demonstra a convergência de tais acontecimentos para a *realização de um Estado de Justiça*. Nesta linha, com brilhante compreensão do momento histórico em que foi gestada a Constituição Federal, afirma:

De um lado, os três Poderes tradicionais, principalmente o Poder Judiciário, têm a seu cargo a correção, e de outro, as funções essenciais à Justiça e à sociedade, cuidam da fiscalização e da provocação. Trata-se de um novo esquema de distribuição de poderes, que, embora mantenha nos Poderes orgânicos o seu mais importante centro de decisão sobre a juridicidade, descentraliza, nas funções essenciais à justiça, nos indivíduos, nas empresas, nas associações e nas instituições privadas, em geral, inúmeras funções de fiscalização e de provocação. Sobretudo, e em última análise, devolve-se ao povo, a fração politicamente ativa da sociedade, a decisão final sobre a legitimidade e a moralidade, pelo exercício da participação democrática.

De outra parte, ao tratar dos Princípios do Estado de Direito, Ferreira Filho⁷³ destaca a importância do *Princípio da Justicialidade*⁷⁴ anotando:

⁷¹ MOREIRA NETO, As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, p. 54-55.

⁷² MOREIRA NETO, *idem*, p. 46.

⁷³ FERREIRA FILHO, *Estado de direito e Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 23, 32-33.

⁷⁴ Conforme item 3.1.

O campo de preferência da justicialidade é a aferição de legalidade. Toda questão de legalidade deve ser resolvida segundo um procedimento litigioso e perante um “juiz”. Isto é, alguém que há de dizer o direito. [...]

Também se inclui no âmbito da justicialidade o exame do respeito ao princípio da igualdade. De fato, a verificação de legalidade já de per si importa na tutela da generalidade da lei, o que bem entendido já compreende a igualdade. Mas – insista-se – sendo a isonomia um dos elementos básicos do Estado de Direito, merece tanta garantia quanto a legalidade.

O Juiz, assim, deve aferir se a lei atende às exigências do Princípio da Igualdade, ou seja, se, com justiça, trata igualmente os casos iguais, e desigualmente os desiguais. Isonomia é princípio que também há de ser observado em relação ao Estado, tendo presente que em um regime democrático, diversamente do Estado totalitário, onde há oposição, haverá interação entre o ente estatal e a sociedade civil, complementaridade na relação.⁷⁵

4. AS PROCURATURAS CONSTITUCIONAIS

4.1 CLASSIFICAÇÃO

Para a perfectibilização do Estado de Direito e de Justiça, é imprescindível a existência de uma defesa técnica, porquanto defesa promovida por leigo é o mesmo que ausência de defesa. Nesse sentido, Salvatore Scoca⁷⁶ destaca que:

A concepção de estado de direito como é o Estado moderno, que desenvolve toda a sua atividade no seu campo de atuação e com observância às normas que ele mesmo elaborou e que se sujeita à jurisdição, ordinária ou especial, em igualdade aos cidadãos comuns e das entidades públicas ou privadas, os quais reclamam de terem sido lesados em um dos seus direitos ou legítimo interesse em razão das atividades desenvolvidas pelos órgãos executivos do mesmo Estado, impõe a necessidade de promover adequadamente a sua defesa em juízo.

Partindo da constatação de que, ao longo do tempo, houve uma pluralização de *categorias jurídicas de interesses*,⁷⁷ como reflexo jurídico da pluralização das fontes e das sedes de poder,⁷⁸ com a devolução do poder à sociedade, Moreira Neto conclui que se multiplicaram e especializaram-se as “funções de controle: preventivas e repressivas, fiscalizatórias, postulatórias e corretivas, parlamentares, administrativas

⁷⁵ RIBEIRO DA SILVA, Walküre Lopes. Institucionalização dos órgãos de advocacia pública. *Advocacia Pública e Sociedade*, São Paulo, v. 2, n. 2, [s.d.], p. 295.

⁷⁶ SCOCA, Salvatore. A advocacia do estado. *Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 1, 2001, p. 153.

⁷⁷ Destaque-se aí a distinção estabelecida, *vg.*, entre interesses coletivos e interesses difusos.

⁷⁸ MOREIRA NETO anota que, segundo BOBBIO e REALE, essa *pluralização* marca o conceito de *democracia social*, substituindo a idéia de “socialização da propriedade” pela da “socialização do poder”. (MOREIRA NETO, As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, p. 52)

e judiciárias”.⁷⁹ Como resposta a essa nova e complexa conjuntura, visando a preservar os princípios da igualdade, plenitude do direito de defesa e devido processo legal, houve uma extensão do princípio da *defesa técnica*. *Defesa técnica*, tenha-se presente, é elemento necessário e inafastável da ampla defesa.

Com efeito, toda e qualquer controvérsia envolvendo interesses que coloquem em jogo a moralidade, a legitimidade e a legalidade, juridicamente protegidas e consideradas *relevantes à justiça* (no sentido amplo da expressão), deve expressar-se *tecnicamente*, na forma legalmente prescrita, “pois só assim a defesa desses interesses se fará em nível aceitável de eficiência, igualando os interessados perante a lei e o Estado”.⁸⁰ A existência de uma defesa técnica, dessarte, é um pressuposto lógico do respeito ao Princípio da *Justicialidade*, garantia do Estado de Direito, porquanto, conforme o já mencionado escólio do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sendo a isonomia um dos elementos básicos do Estado de Direito, merece tanta garantia quanto a legalidade. Resulta daí que:

[...] as funções essenciais à Justiça se constituem num conjunto de atividades políticas preventivas e postulatórias através das quais

interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais.⁸¹

A custódia do *interesse público*, nas suas variadas facetas, adequando-se às necessárias especificações e capacitações técnicas, visando a preservar o Estado de Direito e alcançar o Estado de Justiça, desdobrou-se no que Moreira Neto definiu como sendo as *Procuraturas Constitucionais*. Nesse sentido, o referido doutrinador salienta que a Constituição cria três tipos institucionais de procuraturas, todas encarregadas das funções essenciais à justiça, e cada uma delas com atribuições consultivas e postulatórias definidas no ordenamento constitucional (arts. 127, 129, 131, 132, 133 e 134, CF) e infraconstitucional (Constituições estaduais e respectivas leis orgânicas), voltadas a três conjuntos de interesses caracterizados. A partir dos interesses tutelados, portanto, define-se a procuratura constitucional encarregada da defesa, dentre as seguintes: “advocacia da sociedade; advocacia do Estado; advocacia dos necessitados”.

O primeiro conjunto de interesses engloba, basicamente, dois subconjuntos de relevância: os interesses difusos da defesa da ordem jurídica e do regime democrático e os

⁷⁹ MOREIRA NETO, *idem*, p. 52.

⁸⁰ MOREIRA NETO, *idem*, *ibidem*.

⁸¹ MOREIRA NETO, *As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais*, p. 52-53.

interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CF), detalhados em rol de funções (art. 129, CF), em relação aberta que pode ser acrescida de outras compatíveis com a finalidade institucional (art. 129, IX, CF). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia da sociedade, e a procuratura que a tem a seu cargo é o Ministério Público, em seus ramos federal, distrital federal e estaduais. O segundo conjunto de interesses são os interesses públicos, assim entendidos os estabelecidos em lei e cometidos ao Estado, em seus desdobramentos políticos (União, Estados e Distrito Federal). Para este conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia do Estado (arts. 131, para a União, e 132, CF, para os Estados e Distrito Federal), e as procuraturas que têm a seu cargo são a Advocacia-Geral da União (órgão coletivo) e os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (órgãos singulares). Por fim, a Constituição prevê um terceiro conjunto de interesses, individuais, coletivos e até difusos, todos qualificados pela insuficiência de recursos daqueles que devam ou queiram defendê-los: são os interesses dos necessitados (art. 5º, LXXIV, CF). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia dos necessitados, e a procuratura que a tem

a seu cargo é a Defensoria Pública, Federal, distrital federal e estadual (art. 134, CF).⁸²

4.2 IGUALDADE ENTRE AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

Conquanto as referidas *procuraturas constitucionais* representem, em princípio, conjuntos de interesses que aparentemente denotam qualificações distintas, há que se ter presente que, nos três casos, estamos diante do mesmo *constituente*: o interesse primário, público propriamente dito. Essas três procuraturas, assim, estão a serviço da sociedade nas variadas formas que pode assumir. Sociedade e Estado “atuam como dois momentos necessários, separados mas contíguos, distintos mas interdependentes, do sistema social em sua complexidade e em sua articulação”.⁸³ O Estado que se faz Sociedade conduz ao Estado *sem sociedade*, totalitário; a sociedade que se faz Estado nos leva a uma *sociedade sem Estado*, resulta na extinção do Estado.⁸⁴ Se é certo que Estado e Sociedade são conceitos diferentes, não é menos correto afirmar que sempre deverá haver compatibilidade dos interesses daquele (interesses públicos secundários) com os da sociedade (interesses primários).

Nesse sentido, desde já se mostra relevante destacar a inexistência de hierarquia entre as funções essenciais à

⁸² MOREIRA NETO, *idem*, p. 55.

⁸³ BOBBIO, *Estado, governo, sociedade*, p. 52.

⁸⁴ BOBBIO, *Estado, governo, sociedade*, p.51.

justiça, gozando todas elas do mesmo *status* constitucional, dada a igual importância conferida à defesa dos interesses públicos estabelecidos em lei e cometidos ao Estado (Procuratura da Advocacia Pública), dos interesses difusos, da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (Procuratura do Ministério Público), e dos interesses individuais, coletivos e até difusos, caracterizados pela insuficiência de recursos econômicos daqueles que os titularizam (Procuratura da Defensoria Pública). Não existe, é importante ressaltar, monopólio da defesa do interesse público.

A Constituição Federal fixou o tratamento isonômico e determinou à legislação infraconstitucional a observância dessa igualdade, dada a essencialidade dessas funções para a existência do Estado Democrático de Direito, consubstanciada na representação judicial e extrajudicial do Estado e consultoria e aconselhamento jurídico da atividade administrativa, garantias contra eventuais arbitrariedades da ação estatal. Não há falar, pois, em maior ou menor relevância dentre as funções eleitas pela Constituição Federal como essenciais à Justiça. Qualquer manobra neste sentido, aliás, vai de encontro ao Estado Democrático de Direito e um ideal de Estado de Justiça. As funções essenciais à justiça são Órgãos de Estado, identificados com o perfil democrático, participativo, adotado pela Constituição Federal de 1988.

4.3 PRERROGATIVAS DE CADA UMA DAS PROCURATURAS CONSTITUCIONAIS

Com efeito, se desempenham funções essenciais à justiça e estão encarregadas da representação da sociedade nas várias formas que pode assumir, devem contar com as mesmas garantias constitucionais no desempenho das atividades que lhes são próprias. A análise do texto constitucional, todavia, demonstra que, nesse aspecto, houve tratamento diferenciado entre as *Procuraturas*. Nesse sentido, a partir de cada uma das garantias previstas na Constituição Federal, traçaremos um quadro comparativo a fim de verificar em que condições foi regulada a matéria.

Autonomia Funcional e Administrativa – essa prerrogativa institucional, inicialmente, foi assegurada tão-somente ao Ministério Público (art. 127, § 2º, CF). Por força da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, foi prevista a autonomia funcional e administrativa às Defensorias Públicas Estaduais (art. 134, § 2º, CF). A Advocacia Pública e a Defensoria Pública da União não contam com esta garantia.

Vitaliciedade – aos membros do Ministério Público é garantida a vitaliciedade (art. 128, I, a, CF), ou seja, a previsão de que somente poderão perder seu cargo por decisão judicial transitada em julgado. Não existe prerrogativa deste teor para os membros da Advocacia Pública e da Defensoria Pública.

Inamovibilidade – os membros do Ministério Público (art. 128, I, *b*, CF) e da Defensoria Pública (art. 134, § 1º, CF) somente podem ser removidos por iniciativa própria ou interesse público. Não há dispositivo legal na Constituição Federal prevendo esta garantia para os Advogados Públicos.

Dentre as garantias constitucionais, poderíamos destacar, ainda, a irredutibilidade de subsídio, que consta expressamente em relação ao Ministério Público no art. 128, I, *c*, da Constituição Federal. No que pertine à Advocacia Pública e à Defensoria Pública, conquanto não haja disposição que trate em particular destas carreiras, ao que tudo indica, a irredutibilidade decorre do art. 37, XV, da Constituição Federal.

Uma rápida análise do tema demonstra, à evidência, que à Advocacia Pública não foram asseguradas garantias essenciais para o desempenho de sua função. Ressalta, aliás, o fato de que não houve tratamento lógico e sistemático no trato da matéria. Se essenciais são todas as funções previstas na Constituição como tal, por óbvio, devem contar com as mesmas garantias. Não se justifica o tratamento desigual, dadas as funções que detêm, tanto quanto o Ministério Público, a tutela do interesse público. As evidências de que interesses outros que não o do bem comum da

sociedade estão a pautar a condução desse assunto; ressalte-se, por exemplo, o fato de que a autonomia funcional e administrativa da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias do Estado e da Defensoria Pública da União não constaram no texto final da Emenda Constitucional nº 45. No caso da Defensoria Pública, a omissão é ainda mais patente se levarmos em conta que a prerrogativa só alcança a esfera estadual.

5 A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

5.1 PROCURATURA DO ESTADO E DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO

Dentre as funções essenciais à justiça, optou-se por um estudo mais detalhado da Advocacia-Geral da União. O Advogado Público exerce um mandato legal que tem suporte nos princípios que vinculam todas as funções do Estado aos legítimos interesses da sociedade.⁸⁵ A evolução histórica da Advocacia de Estado é reflexo da evolução das instituições estatais, do absolutismo ao Estado Democrático social contemporâneo.⁸⁶

No que pertine à Advocacia-Geral da União, releva notar que se trata de inovação⁸⁷ levada a efeito pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 131, rompendo com a tradição de a representação judicial da União ser exercida pelo Ministério Público

⁸⁵ MURICY, Marília. O Procurador do Estado e a ética profissional. *Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 1, 2001, p.131.

⁸⁶ SESTA, Mário Bernardo. *Advocacia de Estado: posição institucional*, p. 190.

⁸⁷ “Antes da promulgação da Constituição da República de 5 de outubro de 1988 a representação judicial da União (Administração

Federal. Conquanto isso possa denotar que a Advocacia Pública surge *a partir* do Ministério Público, uma análise dos aspectos históricos das duas instituições demonstra que, no que diz respeito à atividade de defesa do Estado, há primazia histórica, tanto da atividade quanto da instituição, em favor da primeira. Neste sentido, a propósito, o escólio de Mário Bernardo Sesta:

E não é só isso: é absolutamente inequívoco que o Ministério Público, segundo o ensinamento de seus melhores doutrinadores, decorre de uma especialização da Advocacia do Estado; é filho da Advocacia de Estado, tendo merecido maior destaque em face da incorporação de valores institucionais inerentes ao legado da Revolução Francesa.

Na tradição institucional luso-brasileira, não há a menor dúvida, essa afirmação pode ser feita com base na doutrina do próprio Ministério Público, de que a origem da instituição reside nos “Procuradores da Coroa”, erigidos à instância de órgãos permanentes a partir de 1289, sob o reinado de D. Afonso III.

E o que eram os “Procuradores da Coroa”? Eram, antes de tudo,

Advogados de Estado. Competia-lhes precipuamente a defesa dos interesses da Coroa, e, ancilarmente, o exercício da acusação pública, quando, desta, pudessem resultar cominações capazes de reverter em benefício do erário real.

Em toda a tradição portuguesa, a defesa judicial do interesse público tem sido organizada juntamente e durante séculos com nítida prevalência da Advocacia de Estado sobre a acusação pública.⁸⁸

No mesmo sentido, José Afonso da Silva anota que foi a Constituição de 1934 que institucionalizou a Advocacia Pública da União, embora com a denominação de Ministério Público, salientando que este, no Império, já exercia as funções de Advocacia Pública, mas, então, as atribuições típicas de Ministério Público, ou seja, de custos legais e da *persecutio criminis*, preponderaram sobre as de defesa judicial dos interesses da Fazenda. Na República Federativa, todavia, essa equação se alterou fundamentalmente. A competência penal e sobre interesses privados indisponíveis passou para as Justiças Estaduais e, conseqüentemente, para o

Direta) estava a cargo da Procuradoria-Geral da República e as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo estavam confiadas à Advocacia Consultiva da União, que tinha como instância máxima a Consultoria-Geral da República e era composta pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (no Ministério da Fazenda), pelas Consultorias Jurídicas (nos demais Ministérios, Estado-Maior das Forças Armadas e Secretarias da Presidência da República), pelos órgãos jurídicos dos Gabinetes Militar e Civil da Presidência da República, pelas Procuradorias-Gerais e departamentos jurídicos das autarquias e das fundações federais, e pelos órgãos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União. Exercia parcialmente a representação extrajudicial da União a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, como órgão do Ministério da Fazenda. A representação judicial da União esteve afeta à Procuradoria-Geral da República até o advento da Lei Complementar nº 73, de 11 de fevereiro de 1993, com exceção daquela referente às causas de natureza fiscal que passaram à antiga Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desde a promulgação da Carta Política, por força do art. 29, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT.” (VALENTE, Maria Jovita Wolney. *Advocacia-Geral da União*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/agu.htm>> Acesso em 28 jul. 2005)

⁸⁸ SESTA, Mário Bernardo. Isonomia remuneratória das carreiras jurídicas, p. 82-83.

Ministério Público dos Estados. Descentralizaram-se as funções de Ministério Público, de tal sorte que o Ministério Público Federal se tornou fundamentalmente um órgão de defesa dos interesses da União em juízo. Não foi sem razão que os membros da instituição se chamaram Procuradores da República. Com a criação de Justiças Federais Especiais, Eleitoral, do Trabalho, pela Constituição de 1946, surgiram ramos do Ministério Público da União junto dessas Justiças, mas o ramo chamado Ministério Público Federal continuou sendo tipicamente Advocacia Pública da União, embora acumulasse também atividades típicas de Ministério Público, especialmente depois da recriação da Justiça Federal de primeira instância.⁸⁹

Conforme destacou Gilmar Ferreira Mendes,⁹⁰ à Advocacia Pública cabe “operar na redefinição do interesse público sob um paradigma democrático”.⁹¹ Para tanto, afirma que se é o Direito a forma própria de manifestação dos atos dos representantes populares, compete à Advocacia Pública oferecer a alternativa técnica para a imaginação institucional e a conseqüente transformação da sociedade brasileira.⁹² A propósito disso,

Walküre Lopes Ribeiro da Silva observa que apesar de atuar na esfera do Estado, a Advocacia Pública detém informações, conhecimentos úteis não apenas ao Estado mas também à sociedade. Via de conseqüência, o “efeito desejado é a realização do interesse público, não do interesse dos governantes do momento ou de indivíduos ou grupos existentes no meio social”. Por ser necessariamente ético, objetivando a defesa de valores essenciais, ainda que implícitos nas normas constitucionais ou infraconstitucionais, o papel da Advocacia assume relevância na definição do interesse público.⁹³

De qualquer sorte, parece-nos que o mais importante é o fato de que a Constituição Federal optou por dividir a instituição incumbida da tutela judicial do interesse público. Essa partição de funções, fixemos, é resultado de uma busca pelo melhor aparelhamento da tutela do interesse público. Trata-se, como já afirmado, de uma adequação às necessárias especificações e capacitações técnicas, consubstanciada nas *Procuraturas Constitucionais*, visando a preservar o Estado de Direito e alcançar o Estado de Justiça. Assim, repetindo experiências

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. A advocacia pública. *Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 1, 2001, p.11.

⁹⁰ Advogado-Geral da União no período de 31/01/2000 a 20/06/2002 e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal.

⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Discurso de abertura. In ENCONTRO NACIONAL DOS PROCURADORES DA AGU, 5, Cuiabá, 2001. [*Anais...*].

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. Discurso de abertura.

⁹³ RIBEIRO DA SILVA, Walküre Lopes. Institucionalização dos órgãos de advocacia pública, p. 296.

já adotadas com sucesso em nível estadual,⁹⁴ a Constituição Federal, por influência do modelo italiano, atribuiu à “Advocacia da União” a atividade institucional originária, ou seja, a tutela do interesse público naquilo que diz respeito com os interesses do Estado, remanescendo ao Ministério Público, em suma, as competências acusatória e fiscalizadora herdadas do modelo francês, a que se acrescentou, a título revitalizador, a tutela dos chamados interesses difusos.⁹⁵

A Advocacia-Geral da União é, em síntese, a defensora do patrimônio público, do patrimônio do povo brasileiro, e, como tal, vem desempenhando importante papel para a Nação. Como função essencial à Justiça que é, consoante já referido, não pode, não deve, estar enquadrada dentro de um dos Poderes. Trata-se de função pública autônoma, independente e destacada das estruturas dos três Poderes do Estado, nos termos da Constituição Federal. Nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 127:

[...] A União e os Estados-membros não se confundem e nem se reduzem à dimensão pessoal e político-jurídica do Presidente da República e dos Governadores Estaduais.

O Governador do Estado não pode tomar para si, patrimonializando-se como mera projeção pessoal do Chefe do Poder Executivo, um órgão público concebido pela Constituição local como depositário da magna prerrogativa de representar, em juízo, o próprio Estado – pessoa jurídica de direito público interno.

Todavia, na realidade de um País em que o Executivo é o Poder que efetivamente governa, nas palavras de Ferreira Filho,⁹⁶ é o árbitro da vida social, lamentavelmente, a Advocacia-Geral da União vem sendo submetida ao jugo do Poder Executivo. Tome-se como exemplo a atividade de consultoria jurídica que consubstancia garantia de controle interno da legalidade ao mesmo tempo em que serve de instrumento visando a coibir a ação de agentes públicos que importem em desrespeito a direitos fundamentais ou lesão ao erário, e que, no mais das vezes, só chegam, quando chegam, a ser responsabilizados por intermédio de

⁹⁴ No Rio Grande do Sul, já a Constituição de 1967 previa a existência da então chamada “Consultoria-Geral do Estado”. (cf. SESTA, Mário Bernardo. *Advocacia de Estado*, p. 189)

⁹⁵ SESTA, Mário Bernardo, *idem*, *ibidem*.

⁹⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, dando destaque à hipertrofia do Poder Executivo, refere: “Essa extensão de tarefas trouxe aumento de prestígio, especialmente porque nas repúblicas o Executivo se tornou desde cedo a cúpula do partido ou da coligação majoritária. Daí resultou que, embora a estrutura constitucional não se modificasse, ainda que o Legislativo conservasse uma preeminência aparente, o centro real do poder político se deslocou para o Executivo. De fato, este se tornou o motor da vida política, a mola do governo, o que, em última análise, veio repercutir no próprio campo legislativo, com a legislação delegada etc.

Mais ainda, tendo em mãos a vida econômica, pelo controle de câmbio, dos meios de pagamento, do fisco, veio o Executivo a transformar-se no árbitro da vida social, cujas opções governam a tudo e todos”. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, ed. 31. p. 220)

medidas judiciais repressivas que, não raro, têm se revelado tardias, insuficientes para reparação do patrimônio público, reforçando a sensação de impunidade. À evidência, portanto, trata-se de função que demanda independência funcional, na medida em que, conforme o ensinamento de Moreira Neto, vincula⁹⁷ a Administração.

Nada obstante, antes de se prestar a reforço da independência, ironicamente, a função de consultoria e aconselhamento ao Poder Executivo vem sendo utilizada como justificativa para o laço mais forte existente entre a Advocacia-Geral da União e aquele Poder.⁹⁸

5.2 A AUTONOMIA E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS COMO REQUISITO PARA O PLENO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA

A Advocacia-Geral da União exerce função essencial à justiça e sua missão institucional pressupõe o exercício de uma Advocacia de Estado, uma Advocacia a serviço da sociedade. Tal como, de resto, toda a Advocacia Pública, a Advocacia-Geral da União não serve ao patrocínio de interesses particulares, não é patrimônio⁹⁹ do governante de plantão. Trata-se de uma conquista da sociedade, resultante de sua evolução histórica; garantia da busca por um Estado de Justiça.

Ainda assim, não há uma correta compreensão acerca da importância dessa instituição. As causas são variadas, assumindo destaque as seguintes: Em um País que teve Estado, antes de ter tido território e antes de ter tido povo,¹⁰⁰ ao observador ressalta uma tendência, muitas vezes estimulada pela mídia, ainda que involuntariamente, a

⁹⁷ MOREIRA NETO anota que: “Distintamente, observe-se, a consultoria jurídica é uma atividade essencial à justiça, porquanto nela o advogado tem a decisão técnico-jurídica a seu cargo e sob sua plena responsabilidade, direta e pessoal. O consultor jurídico do Poder Público emite uma vontade estatal, como órgão do Estado que é, vinculando-o de tal forma que, se a Administração não seguir o ditame, deverá motivar porque não o faz, sob pena de nulidade do ato (princípio da motivação – art. 5º, LIV e LV, 93, X). Seus pronunciamentos têm, por isso, uma eficácia própria, que é a eficácia do parecer jurídico, no exercício das funções de fiscalização da juridicidade dos atos do Estado, embora possam alguns pender de um visto ou de qualquer outro ato de assentimento para cobrarem executibilidade. Os órgãos da Administração Pública, que têm na ordem jurídica não só o fundamento como os limites de sua atuação, não podem ignorar os pareceres regularmente emitidos pelas consultorias jurídicas dos órgãos da procuratura constitucional que sobre elas atuem, embora possam deixar de segui-los, motivadamente, mas sempre a seu inteiro risco, jurídico e político”. (MOREIRA NETO, *As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais*, p. 54)

⁹⁸ No site da Advocacia-Geral da União consta anotação da Secretária-Geral de Consultoria, Maria Jovita Wolney Valente, do seguinte teor “Teve o Constituinte o cuidado de situar a Advocacia-Geral da União fora dos três Poderes da República, não para que formasse um ‘quarto poder’, mas para que pudesse atender, com independência, aos três Poderes, tendo presente que a representação judicial da União, confiada à nova Instituição, envolveria os três Poderes da República. Também deixou claro que a Advocacia-Geral da União ficaria responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos apenas do Poder Executivo. Portanto, o laço mais forte a unir a Advocacia-Geral da União ao Poder Executivo decorre desses serviços que lhe presta, com exclusividade. Texto extraído do site <http://www.agu.gov.br/agu.htm>, em 28.07.2005.

⁹⁹ Nas palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 127: “[...] A União e os Estados-membros não se confundem e nem se reduzem à dimensão pessoal e político-jurídica do Presidente da República e dos Governadores Estaduais.

O Governador do Estado não pode tomar para si, patrimonializando-se como mera projeção pessoal do Chefe do Poder Executivo, um órgão público concebido pela Constituição local como depositário da magna prerrogativa de representar, em juízo, o próprio Estado – pessoa jurídica de direito público interno”.

¹⁰⁰ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *Constituições do Brasil*. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 2002, p. 11.

se compreender o Estado como algo completamente desligado da sociedade; um ser autônomo que, em vez de garante da liberdade, no melhor estilo contratualista, tem função meramente restritiva de direitos; esse ser que habita o imaginário popular não é identificado com o patrimônio público. Trata-se, também, de uma conseqüência dos períodos em que estivemos sob um regime totalitário, época em que o Estado se fez Sociedade conduzindo ao Estado *sem sociedade*. A superação dessa distorcida imagem da Advocacia Pública, portanto, passa por uma constante busca por canais de comunicação com a sociedade; a construção de pontes que despertem a percepção correta desse instrumento de realização do Estado de Justiça, cujo mandato legal, repita-se, tem suporte nos princípios que vinculam todas as funções do Estado aos legítimos interesses da sociedade.

A despeito das funções exercidas e dos poderosos interesses¹⁰¹ que muitas vezes tem de confrontar, a Advocacia-Geral da União carece de garantias mínimas ao exercício de sua missão constitucional. O exercício de tão relevante função exige que aos seus Membros sejam asseguradas garantias e prerrogativas, essenciais ao pleno e independente exercício de suas funções. Essas garantias podem ser divididas em garantias institucionais e garantias aos membros.

A questão das garantias da Advocacia-Geral da União demanda um estudo aprofundado da matéria. Os limites a que se propõe o presente trabalho, todavia, não permitem uma análise a contento da importância do assunto. Ainda assim, já encaminhando a finalização do presente estudo, não poderíamos deixar de ressaltar alguns aspectos que dizem respeito à autonomia administrativa e funcional, à inamovibilidade e, por fim, à proibição de se manifestar acerca dos processos que estão sob sua responsabilidade.

No que se refere às garantias institucionais, ressalta a necessidade de que lhe seja assegurada Autonomia Administrativa e Financeira, visando a assegurar a possibilidade de elaboração de sua própria proposta orçamentária, bem como a gestão e aplicação dos recursos que lhe forem destinados. O orçamento centralizado nas mãos do governante do dia, não há como negar, é forte instrumento de pressão sobre os membros da carreira. Não bastasse isso, resulta, como tem demonstrado a realidade, em incalculável prejuízo para a sociedade, na medida em que os cargos deixam de ser preenchidos por força de desmandos governamentais que tornam pouco atrativo o exercício da Advocacia, se comparado com o vencimento pago às demais funções

¹⁰¹ Consta da Mensagem enviada pela Presidência da República ao Congresso Nacional na abertura da 2ª Sessão Legislativa Ordinária da 52ª Legislatura: "A atuação judicial da AGU tem sido importante para o equilíbrio da situação econômico financeira do País, à medida que tem obtido substanciais vitórias em ações judiciais movidas contra a União perante diversos Tribunais, uma vez que, em apenas três ações, a AGU evitou um gasto de aproximadamente R\$111 bilhões aos cofres públicos".

essenciais à justiça. Da mesma forma, a ausência de autonomia administrativa e financeira resulta em falta de capacidade material para acompanhar a constante expansão da Justiça Federal e do Ministério Público.

No campo das garantias dos membros da Advocacia-Geral da União, da mesma forma, uma análise rápida do texto constitucional evidencia que não houve preocupação mínima com as condições de exercício dessa função essencial. Tanto é assim, que nem mesmo a inamovibilidade restou assegurada. Não bastasse isso, por força de Ação Direta de Inconstitucionalidade¹⁰² promovida pela Procuradoria-Geral da República, o Supremo Tribunal Federal suspendeu dispositivo da Constituição do Paraná que previa a inamovibilidade dos Procuradores daquele Estado, ao argumento de que o preceito legal em questão fere prerrogativa do Chefe do Poder Executivo de dispor sobre a movimentação de agentes públicos no interesse da Administração. Tal decisão, s.m.j., vai de encontro ao interesse público, razão e fundamento das instituições democráticas. Explica-se: o Advogado Público, no exercício de suas funções, sempre estará balizado pelo respeito e defesa do interesse público primário, compreendido como o interesse da coletividade, da sociedade,

do bem geral, ou da observância da ordem jurídica a título de bem tratar o interesse da coletividade. Por óbvio, não pode estar sujeito a eventuais pressões da Administração. O Advogado Público, como bem salienta Sesta,¹⁰³ no exercício de sua função básica, não fala ao administrador para assessorá-lo; fala pelo Estado no processo em que este for parte, vinculando-o. Via de conseqüência, a inamovibilidade, assim como aos integrantes do Ministério Público¹⁰⁴ deve ser garantia dos membros da Advocacia Pública, sujeita tão-somente ao interesse público. A Advocacia Pública não atende a interesses setorializados, de determinados grupos, mas interesse que é comum a toda a sociedade e, nessa condição, se sobrepõe aos demais.¹⁰⁵

Causa espécie, outrossim, o fato de que aos membros da Advocacia-Geral da União é defeso prestar esclarecimentos à sociedade acerca do trabalho que estão desenvolvendo na defesa do patrimônio público. Isso decorre do art. 28 da LC n° 73/93 (Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências), que estabelece:

Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado [...] III -

¹⁰² ADIN n° 1246-1/PR.

¹⁰³ SESTA, Mário Bernardo. *Advocacia de Estado*, p. 197.

¹⁰⁴ Art. 128, § 5°, I, da CF.

¹⁰⁵ RIBEIRO DA SILVA, Walküre Lopes. *Institucionalização dos órgãos de advocacia pública*, p. 296.

manifestar-se, por qualquer meio de divulgação, sobre assunto pertinente às suas funções, salvo ordem, ou autorização expressa do Advogado-Geral da União.

A carga repressora do dispositivo legal em questão, não bastasse o fato de que contraria evidentemente o art. 133 da Constituição Federal, denota, com lamentável evidência, a visão equivocada que ainda está a obstaculizar o efetivo desempenho da Advocacia-Geral da União como função essencial à justiça e instrumento na busca pelo *Estado de Justiça*. A Advocacia-Geral da União é uma instituição destinada a, dentro do Estado, servir a sociedade. Esta tarefa, com efeito, pressupõe a capacidade de interagir com a sociedade civil, prestando-lhe conta do trabalho desenvolvido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após essa breve análise, impende sejam feitas algumas considerações, cumprindo destacar, em primeiro lugar, que o estudo das funções essenciais à justiça, sua origem, evolução histórica, posicionamento na Constituição Federal de 1988, demonstra que não existe monopólio da defesa do interesse público; este é um papel a ser desempenhado por três Procuraturas Constitucionais: Advocacia Pública, Defensoria Pública e Ministério Público.

Neste sentido, é bem de ver que a evolução histórica da Advocacia de Estado, e a conseqüente previsão da Advocacia-Geral da União no patamar constitucional de função essencial à

justiça, ao lado das demais funções do Estado, é reflexo da evolução das instituições estatais, do necessário aprimoramento da tutela do interesse público, em atenção ao princípio da igualdade e visando a preservar o Estado de Direito e alcançar o Estado de Justiça.

Todavia, conquanto exerça funções essenciais ao Estado de Direito, a Advocacia-Geral da União carece de garantias mínimas ao exercício de sua missão constitucional. A concessão de garantias à instituição e seus membros é providência que vem ao encontro da sociedade, porque é em nome dela que os Advogados da União falam, representando o Estado.

A Advocacia-Geral da União, infelizmente, ainda é muitas vezes confundida com Advocacia do Governo, quando, na realidade, exerce a representação do Estado, fala em nome do ente estatal e vincula a Administração. A superação deste quadro passa por uma constante busca por canais de comunicação com a sociedade, visando a superar uma equivocada visão de Estado como um ser autônomo, sem relação direta com a sociedade. Há que se trilhar os caminhos necessários ao encontro da sociedade, a fim de despertar a percepção correta deste instrumento de realização do Estado de Justiça, cujo mandato legal, repita-se, tem suporte nos princípios que vinculam todas as funções do Estado aos legítimos interesses da Sociedade.

Na defesa do patrimônio público, a despeito do quadro acima referido, a Advocacia-Geral da União vem desempenhando importante papel para a Nação. Trata-se, pois, de instituição com *crédito*, que já demonstrou sua importância, e que poderá representar ainda melhor o interesse da sociedade no momento em que for dotada de todas as garantias e poderes necessários ao exercício de sua função. A realização de um *Estado de Justiça*, portanto, certamente passa por essa transformação institucional.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 2 ago. 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: para uma teoria geral da política. 11. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**, São Paulo: Malheiros, 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997; 31. ed., 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Discurso de abertura. In: ENCONTRO NACIONAL DOS PROCURADORES DA AGU, 5, Cuiabá, 2001. [*Anais...*].
- LOBO TORRES, Ricardo. A metamorfose dos direitos sociais e mínimo existencial. In **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: São Paulo, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**: as formas de governo: a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais, **Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 1, 2001.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

MURICY, Marília. O Procurador do Estado e a ética profissional. **Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 1, 2001.

RIBAS, A. J. **Direito Administrativo brasileiro**. Brasília: Ministério da Justiça, 1968.

RIBEIRO DA SILVA, Walküre Lopes. Institucionalização dos órgãos de advocacia pública. **Advocacia Pública e Sociedade**, São Paulo, v. 2, n. 2 [s.d.].

SCOCA, Salvatore. A advocacia do estado. **Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n.1, 2001.

SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: posição institucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 30, n. 117, 1993.

_____. Isonomia remuneratória das carreiras jurídicas. **Revista Jurídica da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 1, 2001.

SILVA, José Afonso da. A advocacia pública. **Revista da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 1, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **Constituições do Brasil**. Porto Alegre: Santa Luzzato, 2002.

_____. **O Tribunal Constitucional como poder: uma nova teoria da divisão dos Poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. A crise da hermenêutica e a hermenêutica da crise: a necessidade de uma nova crítica do direito. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. **Advocacia-Geral da União**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/agu.htm>> Acesso em 28 jul. 2005