

3º Lugar

A AUTONOMIA FUNCIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA NA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DIANTE DE SUA VIOLAÇÃO PELO ESTADO

Anna Carolina Pinheiro da Costa Silva

1 INTRODUÇÃO

Segundo um antigo provérbio latino *nemo iudex sine actore*, não há juiz sem autor.¹ Essa máxima expressa o papel fundamental da advocacia no funcionamento da Justiça ao identificar a inércia do juiz, que precisa ser provocado para exercer a jurisdição. A advocacia é, dessa forma, um múnus e um pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário.²

Por esse motivo, a advocacia qualifica-se como uma das *funções essenciais à Justiça*, procuratórias e propulsoras da atividade jurisdicional, das quais depende não apenas a formação, mas o funcionamento do Poder Judiciário. A advocacia fornece, pois, um elemento técnico propulsor ao caráter inercial da jurisdição. Em outras palavras, o seu exercício consagra-se como prestação de um serviço público, de função social.³

¹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 594.

² *Ibidem*, p. 596.

³ *Ibidem*, p. 597. Cf., a propósito, o art. 2º, § 1º, do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94), *verbis*: “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.”

Nesse sentido, a Constituição de 1988 consagrou a Advocacia particular ou comum, na tutela legal do interesse privado, e a Advocacia Pública ou de Estado, na tutela do interesse público ou administrado, distinguindo-as, seja no seu aspecto consultivo, seja no seu aspecto contencioso.⁴

A Carta de 1988 inovou ao conferir hierarquia de órgão de Estado à Advocacia Pública, designando-lhe radical constitucional específico,⁵ tanto na esfera federal, representada pela Advocacia-Geral da União (art. 131),⁶ quanto na estadual, pelas Procuradorias-Gerais dos Estados (art. 132).⁷

A inovação delineou-se, sobretudo, na distinção institucional, de inspiração italiana, entre o órgão responsável pela custódia da lei, combinada com a acusação pública, a saber,

⁴ SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: posição institucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 30, n. 117, jan./mar. 1993, p. 187 e 191. Leciona o Dr. Procurador do Rio Grande do Sul que a distinção da Advocacia de Estado em relação à Advocacia comum “radica basicamente na diferença do interesse aconselhado ou patrocinado, que é o *interesse público*, o qual, a par de sua publicidade, e em razão mesmo dessa sua natureza, é um *interesse administrado* assim tomado no sentido técnico do termo” (grifo do original).

⁵ *Ibidem*, p. 187.

⁶ “Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. § 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. § 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos. § 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.”

⁷ “Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

o Ministério Público, e a Advocacia de Estado, incumbida da representação e do assessoramento jurídico do ente federado. Essas funções eram, até então, ao menos em nível constitucional e relativamente à União, desempenhadas pelo *Parquet*.⁸

Diante desse cenário, podem-se observar duas consequências do desenvolvimento histórico da Advocacia Pública no Brasil. Primeiramente, a influência na formação da cultura jurídica dos procuradores ou advogados públicos, por estarem congregados em uma instituição que, simultaneamente, exerce a custódia do interesse público sob o enfoque do Estado e do ponto de vista da Sociedade,⁹ aos quais não raro se contrapõem.

Nesse ponto, verifica-se o pleito da classe pelas mesmas prerrogativas conferidas aos membros do Ministério Público, como a equiparação remuneratória e a autonomia administrativa e funcional, indo além da gestão orçamentária, inclusive com a definição de que o Procurador-Geral seja escolhido entre os

⁸ SESTA, op. cit., p. 190-191. Explica o autor que tendo “em vista um melhor aparelhamento da tutela do interesse público, a Constituição Federal de 1988, secundando antecedentes praticados, com sucesso, há mais de dez anos, em nível estadual, optou por *dividir a instituição* incumbida da tutela judicial do interesse público, atribuindo à chamada ‘Advocacia da União’, à conta da influência do *modelo italiano* [Avvocatura dello Stato, distinta do Ministério Público], a *atividade institucional originária*, isto é, a tutela do interesse público naquilo que diz respeito com os interesses do Estado, remanescendo ao ‘Ministério Público’, basicamente, as competências acusatória e fiscalizadora herdadas do *modelo francês*, a que se acrescentou a título revitalizador, a polêmica participação na tutela dos chamados ‘interesses difusos’”. E nota a essa passagem do texto, Sesta informa que, no Rio Grande do Sul, a Constituição estadual de 1967 já previa a existência da então chamada “Consultoria-Geral do Estado”, cujas atribuições incluíam a “defesa dos interesses dos Estado em juízo”, bem como a “assistência judiciária aos órgãos da administração estadual e aos Municípios”. O retrocitado órgão passou a ser denominado Procuradoria-Geral do Estado com a Emenda Constitucional n. 10, de 11 de dezembro de 1979, o que revela o pioneirismo do Estado do Rio Grande do Sul no desenvolvimento institucional da PGE (Ibidem, p. 189 e nota n. 3

⁹ Ibidem, p. 187.

membros da carreira, para garantir-lhe a independência diante de pressões de ordem política e, portanto, de ocasião.¹⁰

A outra consequência é concernente à crescente busca por legitimidade da Advocacia Pública como órgão de controle, preventivo ou repressivo, da constitucionalidade e da legalidade das leis, dos atos normativos, dos atos e contratos administrativos, dos projetos e medidas políticas em geral, seja internamente, no âmbito da Administração Pública, em sua função consultiva, seja na representação judicial e extrajudicial do Estado.¹¹

Por um lado, esse aspecto relaciona-se, também, à cultura jurídica dos advogados públicos, como decorrência do período em que se encontravam sob o pálio do *Parquet*, enquanto curador da lei. Por outro lado, evidencia-se um movimento de maior protagonismo dos diferentes seguimentos da comunidade jurídica na concretização da Constituição, em reconhecimento a sua força

¹⁰ Nesse sentido, a coleta de dados para a elaboração da presente monografia revelou a ligação e a troca de artigos jurídicos e textos doutrinários entre as diversas associações de Procuradores do Estado, o que permite a consolidação de um entendimento comum à classe em nível nacional, a despeito das peculiaridades de cada ente da federação. Citem-se, a título de exemplo, as associações da Bahia, do Espírito Santo, de Goiânia e do Rio Grande do Sul. Destacam-se, igualmente, o conhecimento produzido e a contribuição para o tema dos textos apresentados no Congresso Nacional de Procuradores do Estado, que está em sua 37ª edição esse ano.

¹¹ O Dr. Procurador do Estado do Rio de Janeiro Marcos Juruena Villela Souto chama atenção para o fato de que “os Procuradores dos Estados e dos Municípios não são Procuradores do Poder Executivo, tendo previsão constitucional no Capítulo dedicado às funções essenciais à Justiça, no Título da organização dos Poderes e não no Capítulo dedicado à Administração (só para a União que se limitou a atuação da AGU ao Poder Executivo)” (SOUTO. O papel da advocacia pública no controle de legalidade da administração. *Interesse Público*, Porto Alegre, a. 6, n. 28, nov./dez. 2004, p. 56). Observe-se que tal entendimento decorre da redação dos arts. 131, *caput*, e 132, *caput*, da CF/88. Vide notas 6 e 7.

normativa e em reverência a sua irradiação pelo ordenamento jurídico infraconstitucional.¹²

Como desdobramento desse quadro, a Advocacia Pública passa por uma ressignificação no Estado Democrático de Direito. Os interesses do Estado, que os advogados públicos patrocinam e defendem, não se cingem, unicamente, aos de repercussão patrimonial. A função jurídica assumida pela Advocacia Pública ultrapassa a defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública. Incumbe-lhe, igualmente, a defesa da moralidade pública.¹³ Os advogados públicos saíram da mera condição de servidores públicos burocráticos,¹⁴ são advogados da cidadania.¹⁵

A autonomia técnica e funcional da Advocacia Pública emerge, nesse contexto, como meio de concretização da Constituição e das leis, não apenas dos princípios que regem a Administração Pública, mas dos que se afinam com os fins do Estado, que constituem a própria razão de ser do Estado, entre os quais ressalta a “*realização da Justiça*, visualizada de acordo com as concepções filosóficas e políticas, explícita ou implicitamente adotadas pela ordem institucional correspondente”.¹⁶

A realização da Justiça demanda, necessariamente, a dos direitos humanos. Esses representam um dever à atuação estatal e um limite a sua subjetividade discricionária.¹⁷ Mais ainda, um requisito de legitimidade da

¹² Sobre o dogma da força normativa da Constituição e sobre a constitucionalização do direito administrativo nas vertentes da redefinição da supremacia do interesse público e da vinculação do administrador à Constituição, vide BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 9 e 27-30; e, do mesmo autor, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262-263 e 372-376.

¹³ SILVA, José Afonso da. A Advocacia Pública e o Estado democrático de direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, out./dez. 2002, p. 284.

¹⁴ *Ibidem*, p. 289.

¹⁵ DELGADO, José Augusto. Autonomia das Procuradorias dos Estados. Associação dos Procuradores do Estado da Bahia, Salvador, 11 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.apeb.org.br/Autonomia%20das%20PGEs%20José%20Delgado.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2011, p. 2.

¹⁶ SESTA, op. cit., p. 192-193.

¹⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação, in ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. XXXV.

atuação dos agentes públicos. Isso porque a legitimação não se comunica tão-somente ao acesso, ao poder e ao seu exercício. Está ligada, de igual modo, à legitimação teleológica, pelo alcance dos resultados esperados.¹⁸

Como leciona José Afonso da Silva, citando Tomas Pará Filho, “o arbítrio é inconcebível na atividade do Estado, regida sempre por um escopo ético e por valoração de interesse público”, o qual “requer avaliação especializada que pondere e controle o seu exercício, ao mesmo tempo em que defende a posição jurídica do Estado em face dos particulares”. Trata-se do exercício dos direitos subjetivos da Administração.¹⁹

A Advocacia Pública insere-se na defesa dos direitos humanos, como instituição componente da Organização dos Poderes em um Estado Democrático de Direito e, por isso, essencial à Justiça, dotado de conhecimentos técnicos e mecanismos para orientar a atividade estatal em suas repercussões jurídicas. Sua responsabilidade pela plena defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana é consectária de sua posição institucional na organização do Estado.²⁰

A presente monografia tem por objeto a atuação da Advocacia Pública na defesa dos direitos humanos. Tem-se por premissa a realização desse múnus, a necessária autonomia técnica e funcional dos advogados públicos, na medida em

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Tribunais de Contas e democracia. *I Fórum Brasileiro de Controle da Administração*. Rio de Janeiro: Editora Fórum, 2 ago. 2004, apud SOUTO, op. cit., p. 54.

¹⁹ PARÁ FILHO, Tomas. A Advocacia do Estado e os interesses jurídicos da Administração Pública no Estado de Direito, *Anais do I Congresso Nacional de Procuradores do Estado*, p. 27-28, apud SILVA, A Advocacia Pública cit., p. 281.

²⁰ Cf. MOREIRA NETO. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 42-45. O autor esclarece que o termo Estado Democrático de Direito faz remissão à legitimidade e à legalidade, respectivamente. O Estado, nessa acepção, evolui do conceito de *poder de Estado* para o de *função de Estado*, em que ocorre a *funcionalização* da atividade administrativa para a efetiva, eficiente e legítima *realização dos direitos das pessoas*. As tarefas do Estado e a missão da Administração derivam dos direitos dos cidadãos e os direitos humanos são extraídos do paradigma da legitimidade.

que o exercício de suas atribuições adstringe-se aos princípios da legalidade, da moralidade e da indisponibilidade do interesse público.

O desenvolvimento do mencionado tema será feito em três partes. Na primeira, relata-se, brevemente, a formação histórica da Advocacia Pública no Brasil, suas funções institucionais, os princípios norteadores dessa função pública e o papel dos advogados públicos na defesa dos direitos humanos.

A segunda seção versa sobre a autonomia do advogado público no desempenho de suas atividades, os fundamentos da referida autonomia, a dicotomia entre ordem constitucional e patrimônio público e o entendimento sobre o assunto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Na terceira e última parte da monografia, será dado tratamento específico à defesa dos direitos humanos pela Advocacia Pública, relatando como se inserem os advogados no sistema de proteção aos direitos humanos, nacional e internacionalmente, e na análise de situações práticas em que se verifica a possibilidade de atuação dos membros da carreira diante de violações estatais aos direitos humanos.

2 FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA PÚBLICA

2.1 Breve Histórico

A Advocacia Pública é ínsita à estrutura do Estado.²¹ Originariamente, não era exercida pela Advocacia-Geral da República e pelas Procuradorias-Gerais dos Estados. De fato, inexistia um órgão próprio às funções de representação judicial e extrajudicial, assessoria e consultoria jurídica dos entes federados.

No magistério de Fides Angélica Ommati, segundo a qual “a advocacia pública foi, historicamente, decorrência da distinção entre

²¹ SILVA, A Advocacia Pública cit., p. 282.

o Príncipe e o Estado, de uma parte, e, ainda, entre o Estado-poder e o Estado-sociedade, submetendo-se a organização estatal à limitação da lei”.²²

No Império, a função era cumprida pelo Ministério Público, com o objetivo de “defender perante os tribunais a propriedade e manutenção dos direitos da coroa ou nacionais”.²³ Contudo, era o *Procurador da Coroa* que a exercia nos Tribunais Superiores.²⁴ O Ministério Público exercia, dessa forma, a dupla função de promoção da ação penal e de defesa dos interesses do Estado.

Esse sistema perdurou no regime da Constituição de 1891. O Presidente da República designaria o *Procurador-Geral da República* entre os membros do Supremo Tribunal Federal. A lei manteve o mesmo complexo de competências, regulando expressamente o Ministério Público como órgão da Advocacia Pública e sua competência em matéria criminal.²⁵

A Constituição de 1934 mudou esse quadro, institucionalizando a Advocacia Pública da União, como um dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais, embora persistisse a denominação Ministério Público.²⁶ De outro giro, acenava-se para a criação de órgão semelhante em âmbito estadual.

Ressalte-se que, desde o Império, o *Parquet* exercia as funções de Advocacia Pública, contudo as atribuições típicas do Ministério Público, a saber, de *custos legis* e de *persecutio criminis*, preponderaram sobre as de defesa judicial dos interesses fazendários. No regime de 1934, a competência penal e as sobre interesses privados indisponíveis passaram para as Justiças

²² GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A Advocacia Pública no Estado democrático de direito. *Doutrina ADCOAS*, Rio de Janeiro, a. 7, n. 23, dez. 2004, p. 450.

²³ BUENO, Pimenta. *Direito Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Ministério da Justiça, 1958, p. 372-373, apud SILVA, loc. cit.

²⁴ O art. 48 da Constituição Imperial de 1824 menciona o *Procurador da Coroa e Soberania Nacional*, com competência para o exercício cumulativo das funções da Advocacia de Estado e da acusação pública, segundo o Decreto n. 5.618, de 2 de maio de 1874.

²⁵ Art. 58, § 2º, da CF/1891; arts. 28 e 33 da Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894; e arts. 11, 123 e 124 do Dec. n. 3.084, de 5 de novembro de 1898.

²⁶ Arts. 95 a 98 da CF/1934. SILVA, *A Advocacia Pública* cit., p. 282.

estaduais e, conseqüentemente, para os respectivos Ministérios Públicos estaduais.²⁷

Dessa maneira, o Ministério Público Federal tornou-se, fundamentalmente, um órgão de defesa dos interesses da União em juízo. As funções de Ministério Público assumiram posição marginal, sobretudo quando a Constituição de 1937 extinguiu a Justiça Federal. Isso explica, inclusive, o fato de os membros da instituição terem sido chamados de Procuradores da República.²⁸

A mesma estrutura institucional persistiu nas Constituições de 1946, em título autônomo, de 1967, no título do Poder Judiciário, e na Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, no do Poder Executivo, fazendo referência explícita ao Ministério Público dos Estados.²⁹

Estabeleceu-se, nesse período, uma clara distinção entre as funções do Ministério Público Federal e as dos Estados, no que se refere, principalmente, à função de defesa dos interesses da unidade federada em juízo. O Ministério Público Estadual não mais representaria judicialmente a unidade federada. O Ministério Público Federal, por sua vez, somente deixou de fazê-lo após 1988.³⁰

De fato, nesse momento, a grande maioria dos Estados já possuía suas respectivas Procuradorias-Gerais de Estado. Todavia, não existia a obrigatoriedade constitucional no sentido de ser privativo aos procuradores estaduais o exercício da representação judicial dos Estados e a realização de suas consultorias jurídicas.³¹ A esse respeito, Cláudio Grande Júnior elucida que, *verbis*:

à medida que os direitos fundamentais de terceira geração pontilhavam no horizonte, emergia a necessidade de

²⁷ Ibidem, p. 282.

²⁸ Ibidem, p. 282-283.

²⁹ Art. 126, parágrafo único, da CF/1946; art. 138, § 2º, da CF/1967; e art. 95, § 2º, após a EC n. 1/69.

³⁰ BICCA, Ronald Christian Alves. *Advocacia Pública: autonomia necessária. Associação dos Procuradores do Estado de Goiás*. Disponível em: <http://projuridico.net/apeg/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35:is-it-possible-to-change-the-types-of-menu-entries&catid=31:general&Itemid=46>. Acesso em: 11 jul. 2011.

³¹ BICCA, loc. cit.

especializar as funções do *Parquet*, que, muitas vezes, se situava em incômoda circunstância entre a fiscalização da aplicação da lei, em atuação como *custos legis*, e a de advogado do Estado-administrador, parte no processo.³²

O impasse, afirma Cláudio Grande Júnior, foi sentido mais intensamente nos Estados-membros, em razão de sua proximidade com os fatos e as partes envolvidas. Como resultado, a experiência estadual da Advocacia Pública, como órgão autônomo do Ministério Público, é observada há meio século, na qual se separa o patrocínio judicial e a orientação da aplicação dos comandos legais em situações concretas, situação essa, consolidada com a Constituição de 1988.³³

A Carta de 1988 instituiu a Advocacia-Geral da União (art. 131), dividindo o exercício da Advocacia Pública da custódia da lei e da acusação pública, exercidas pelo Ministério Público Federal, por meio da atuação dos Procuradores da República. Na esfera estadual, foi constitucionalizada, ainda, a carreira de Procurador do Estado na forma do art. 132 da CF/88.

2.2 Atribuições dos Advogados Públicos

A Advocacia Pública é essencial à Administração Pública nas respectivas órbitas de atuação, seja federal, estadual ou municipal. Suas funções institucionais são diversificadas e possuem inúmeros desdobramentos sob a rubrica representação judicial e extrajudicial, assessoramento e consulta jurídica da unidade federada.

Existe uma simetria entre as funções exercidas pelos Advogados da União e Procuradores da Fazenda Nacional e Advogados do Estado.³⁴ Norma Kyriakos elenca como atribuições da Procuradoria-Geral do Estado, *verbis*:

³² GRANDE JÚNIOR, op. cit., p. 450.

³³ *Ibidem*, p. 450.

³⁴ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. *Associação dos Procuradores do Estado da Bahia*, Salvador, 11 ago. 2008. Disponível em: <http://www.apeb.org.br/A_independencia_ea_autonomia_funcional_do_Procurador_do_Estado.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2011, p. 6.

o procuratório judicial e extrajudicial do Estado, a consultoria e a assessoria do Poder Executivo e da Administração, a orientação e defesa dos necessitados,³⁵ em todos os graus, a representação perante o Tribunal de Contas, a consultoria e a fiscalização da Junta Comercial, o assessoramento técnico-legislativo do governador, a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa estadual, a propositura de ação civil pública, a assistência jurídica aos municípios,³⁶ os procedimentos disciplinares (...).³⁷

A quase totalidade das Constituições estaduais instituiu suas respectivas Procuradorias e designou ao Advogado Público a representação judicial e extrajudicial do Estado e a consultoria jurídica do Poder Executivo.³⁸ A CF/88, entretanto, prevê que as atividades de representação e de consulta devam ser exercidas em benefício da unidade federada, não apenas em favor de um dos poderes constituídos.

Ressalte-se que apesar de a Advocacia-Geral da União e as Procuradorias-Gerais dos Estados estarem vinculados aos respectivos Poderes Executivos, não foi essa a vontade do Constituinte. A previsão

³⁵ Nos Estados que não tiverem constituído suas Defensorias Públicas. Foi o caso do Estado de São Paulo até a edição da Lei Complementar Estadual n. 988, de 09 de janeiro de 2006. Atualmente, somente o Estado de Santa Catarina permanece sem instituição própria à prestação da assistência judiciária gratuita, nos moldes do art. 134 da CF/88, segundo informações dos sítios do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (<http://www.tj.sc.gov.br/jur/custas/a_juridica.htm>) e da Associação Nacional dos Defensores Públicos (<<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=6026>>). Acesso em: 29 jul. 2011.

³⁶ Seguindo o mesmo raciocínio quanto às Defensorias Públicas, nos Municípios onde não tiverem sido instaladas as respectivas Procuradorias-Gerais municipais.

³⁷ KYRIAKOS, Norma. Procuradores do Estado: função essencial à justiça. In: NALINI, José Renato (coord.). Formação Jurídica. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 156.

³⁸ FERREIRA; FARIA, op. cit., p. 6-7. Informam os autores que são exceções as Constituições dos Estados da Bahia (art. 140, *caput*), do Ceará (art. 150, *caput*), do Mato Grosso (art. 112, *caput*), do Pará (art. 187, *caput*), do Rio de Janeiro (art. 176, *caput*) e do Rio Grande do Sul (art. 115, *caput*), que atribuem a suas Procuradorias-Gerais a representação judicial e o aconselhamento jurídico do Estado, não do Poder Executivo ou da Administração Pública. A Constituição de Goiás destaca-se por prever o controle da legalidade dos atos do Executivo pela PGE, ao invés da prestação de consultoria jurídica.

constitucional das referidas instituições encontra-se no Capítulo IV do Título IV da Carta de 1988, que versam, respectivamente, sobre as funções essenciais à Justiça e sobre a organização dos poderes.

Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário foram tratados nos três capítulos anteriores no mesmo título. Observa-se que a intenção do legislador constituinte foi atribuir a prática da advocacia pública ao ente federado, e não ao Poder Executivo, como demonstra Ronald Christian Alves Bicca, *verbis*:

Um exemplo simples pode elucidar esta questão. Se por acaso houver um ilícito praticado por membros dos Poderes Judiciário ou Legislativo no exercício de suas funções e que atinjam terceiros, que se sentirem prejudicados e processaram o poder público por tais condutas, quem defenderá tais entes em Juízo em decorrência disto? Respondemos novamente: é claro que será a Advocacia-Geral da União se forem os poderes federais e as Procuradorias-Gerais, se forem poderes estaduais.³⁹

Assevera, com razão, que a vinculação da Advocacia Pública ao Poder Executivo seria uma violação ao princípio da independência entre os poderes, haja vista a previsão constitucional, insculpida no art. 2º da Carta de 1988, de que a União é composta por três poderes independentes e harmônicos entre si, norma que se aplica aos demais entes federados pelo princípio da simetria. A Advocacia

³⁹ BICCA, loc. cit.

Pública deve, portanto, ser autônoma e desvinculada de qualquer dos poderes, sob pena de configurar sua ilegitimidade e parcialidade.⁴⁰

Na preleção de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e de Ana Paula Andrade Borges de Faria, a melhor técnica legislativa seria a especificação do Estado como ente beneficiário da atividade de aconselhamento jurídico do advogado público ou, conforme as Constituições dos Estados de Goiás, do Rio de Janeiro e do Ceará, conferir à Procuradoria do Estado a atribuição de fiscalizar a legalidade dos atos do Poder Executivo, exercendo função de controle interno da ação administrativa.⁴¹

Da mesma maneira, Cláudio Grande Júnior identifica a função de controle da Advocacia Pública ao identificar que a representação judicial e a consultoria são o núcleo de um conjunto de funções, que se distribuem em três tipos de atividades: a orientação, a defesa e o controle jurídicos da atividade administrativa.⁴²

Explica o autor que Advocacia Pública constitui “o conjunto de funções permanentes, constitucionalmente essenciais à Justiça e ao Estado Democrático de Direito, atinentes à representação judicial e extrajudicial das pessoas jurídicas de

⁴⁰ BICCA, loc. cit. Cláudio Grande Júnior reconhece a possibilidade de o advogado defender o governo, uma vez que é a Administração Pública que determina a atuação estatal e “o comportamento do Estado em ações populares e ações civis públicas. Mas não se pode chegar ao absurdo de advogados públicos defenderem a pessoa do governante em processos criminais, porque se estaria patrimonializando mão-de-obra qualificada estatal em benefício pessoal. Aliás, o que o Estado ganharia com isso? Nada, só o governo! Não se justifica, portanto, dito patrocínio judicial por advogados públicos” (GRANDE JÚNIOR, op. cit., p. 451). Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, veja-se trecho do voto do Ministro Celso de Mello, relator na ADIn n. 127 MC-QO/AL, *verbis*: “A intervenção do Procurador-Geral do Estado, destinada a suprir a ausência de capacidade postulatória do Governador, em processo no qual este – e não o Estado de Alagoas – figura como autor, desatende à própria finalidade institucional que motivou a criação deste órgão jurídico. (...) 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” (Tribunal Pleno, DJ 04/12/92).

⁴¹ FERREIRA; FARIA, op. cit., p. 7.

⁴² GRANDE JÚNIOR, op. cit., p. 451.

direito público”, bem como à representação judicial “dos órgãos, conselhos e fundos administrativos excepcionalmente dotados de personalidade judiciária”.⁴³

De maneira abrangente, o referido Procurador do Estado de Goiás, relaciona como atribuição do advogado público a “prestação de consultoria, assessoramento e controle jurídico interno a todas as desconcentrações e descentralizações, verificáveis nos diferentes Poderes que juntos constituem a entidade federada”.⁴⁴

Quanto à função de controle jurídico da atividade administrativa, observa-se que o poder constituinte decorrente de alguns Estados, como Goiás, Rio de Janeiro, Ceará e Piauí, fizeram-lhe reconhecimento expresso, dando relevo ao desiderato de prevenção de litígios que envolvam o Poder Público.

Nesse ponto, é relevante a função consultiva de caráter preventivo, exercida pela Advocacia Pública na identificação do interesse público e sua prevalência sobre o particular, evitando desgastes tanto para o cidadão quanto para o Poder Público, haja vista que, na pós-modernidade, o Poder Judiciário pode e deve analisar o mérito administrativo.⁴⁵

Cabe ao advogado público defender o interesse estatal. Sua preocupação é a *República* e o bom funcionamento do Estado, e sua tarefa jurídica é resgatar o conceito de interesse público, buscar

⁴³ Ibidem, p. 451.

⁴⁴ Ibidem, p. 451.

⁴⁵ GRANDE JÚNIOR, O controle interno de constitucionalidade exercido pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, a. 5, n. 57, nov. 2005, p. 6382. Cf. BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Poder Público ao Dever de Proporcionalidade, in ARAÚJO, Valter Shuenquener de (coord.). *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. Série Direito em Foco, p. 88, *verbis*: “a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um *resíduo de legitimidade*, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Por sua importância no contexto democrático e de implementação dos direitos fundamentais, tem-se dado ênfase à *participação* e à *eficiência* como mecanismos de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública” (grifos do original).

constantemente sua identificação, cumprindo e fazendo cumprir os direitos e deveres constitucionais do Poder Público.⁴⁶

O “mandato outorgado por lei é para o patrocínio do interesse público”, pautando-se pela moralidade na aplicação impessoal do ordenamento jurídico, “sem perder de vista a exigência de eficiência e respeito à dignidade da pessoa humana”, explica Cláudio Grande Júnior. O advogado público insere-se na estrutura administrativa do Estado como “intérprete estatal da Constituição e harmonizador da interpretação técnica com a do governante, a da sociedade e as dos cidadãos”.⁴⁷

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Ana Paula Andrade Borges de Faria apresentam relevante divisão da doutrina italiana entre interesse público primário e secundário, *verbis*:

O interesse público primário é o interesse da coletividade, pode ser identificado com o interesse da sociedade, é o interesse do bem geral, ou da observância da ordem jurídica a título de bem tratar o interesse da coletividade. Já o interesse público secundário é aquele do Estado enquanto administração, ou seja, ‘o modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público’. Nem sempre o primeiro coincide com o segundo. Caso haja incompatibilidade entre eles os interesses públicos secundários não são atendíveis, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, sob pena de a Administração Pública ‘trair sua missão própria razão de existir’.

Exemplo do interesse público secundário, segundo a melhor doutrina, consiste na conduta de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que devidas, ou de cobrar tributos indevidos. Nestas hipóteses a Administração Pública tem o dever de indenizar, já que a ordem jurídica, assim dispõe,

⁴⁶ KYRIAKOS, *op. cit.*, p. 152, 157 e 159.

⁴⁷ GRANDE JÚNIOR, *O controle cit.*, p. 6379. Sobre a teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, a que o autor faz alusão nesse excerto, cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpr. 2002.

não obstante o interesse do governante ser em sentido contrário.⁴⁸

A Carta de 1988 é guiada pelo influxo do princípio da dignidade da pessoa humana. Decorre, dessa orientação, a necessidade de se estabelecer alguma proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado pelos interesses gerais promovidos pelo Estado. Nesse ponto, diante da diferenciação supramencionada, a Advocacia Pública não pode ficar inerte a eventuais violações a direitos fundamentais do homem perpetradas pelo Poder Público, por terem primazia na ordem constitucional pátria.

2.3 Princípios Norteadores e Defesa dos Direitos Humanos

Os advogados públicos são agentes públicos que recebem, institucionalmente, o mandato que os habilita à tutela do interesse público, enquanto interesse do Estado. Para tanto, são investidos nos seus poderes não por ato administrativo ou em comissionamento, mas em nível institucional, com acesso à carreira por intermédio de concurso público, conforme preceito constitucional.⁴⁹

Em suas funções de representação e controle, devem observar e fazer cumprir os princípios previstos no art. 37, *caput*,

⁴⁸ FERREIRA; FARIA, op. cit., p. 13. Cf. Carlos Ari Sundfeld, que faz uma diferenciação entre interesse público em sentido mínimo e em sentido forte, para decidir-se qual dos valores e direitos em conflito deve prevalecer, verbis: “Quando o direito atribui ao Estado o dever de cuidar de certo valor, está implicitamente definindo-o como interesse público, que legitima a ação estatal (*interesse público em sentido mínimo*). Só que isso não importa necessariamente tomada de posição da ordem jurídica quanto à prevalência desse valor sobre os outros, que com ele se choquem, pois algo pode ser sério o bastante para ensejar a atuação do Estado, mas não sê-lo a ponto de justificar o sacrifício de outros bens. Quando o Direito consagra essa prevalência, pode-se falar em interesse público em sentido forte. Essa expressão serve para descrever a relação entre dois valores, um que prevalece (*interesse público em sentido forte*) e o que se cede (o interesse simples)” (grifos do original). In: SUNDFELD, Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. *Interesse Público*, Porto Alegre, a. 6, n. 28, nov./dez. 2004, p. 31.

⁴⁹ SESTA, op. cit., p. 195.

da CF/88: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Todavia, alguns princípios que emergem da ordem constitucional vigente guardam maior pertinência com a atuação das atribuições próprias da Advocacia Pública, dentre os quais se destacam os mencionados princípios da legalidade e da moralidade e o princípio da indisponibilidade do interesse público.

A Advocacia Pública é verdadeiro instrumento do controle da legalidade administrativa, como informa a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989, em seu art. 114.⁵⁰ Deveras, o princípio da legalidade é basilar no Estado de Direito e realiza-se por meio da lei, concebida como norma geral, porque para todos, e abstrata.⁵¹

O referido princípio é, igualmente, fundamento do Estado Democrático de Direito, proclamado no art. 1º da CF/88, como legalidade democrática, emanada da vontade do povo, cuja lei realiza os princípios de igualdade e de justiça, pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.⁵²

O princípio da legalidade assume conotação mais ampla no Estado Democrático de Direito. Submete o Estado à lei em sentido formal, mas igualmente “ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição”.⁵³ Dessa maneira, cabe ao advogado público tanto na representação do ente federado, quanto no controle e na assessoria jurídica à Administração Pública, pautar suas ações, atos e manifestações em consonância com a lei e com a ordem de valores constitucionais que lhe é subjacente.

Incumbe à Advocacia Pública, igualmente, a defesa da moralidade pública, como valor autônomo constitucionalmente garantido. Anteriormente à Constituição de 1988, o princípio

⁵⁰ “Art. 114 - A Advocacia do Estado é atividade inerente ao regime de legalidade na administração pública e será organizada, mediante lei complementar, em regime jurídico especial, sob a forma de sistema, tendo como órgão central a Procuradoria-Geral do Estado, vinculada diretamente ao Governador do Estado e integrante de seu Gabinete”.

⁵¹ SILVA, *A Advocacia Pública* cit., p. 285.

⁵² *Ibidem*, p. 286.

⁵³ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 6, n. 30, mar./abr. 2005, p. 47, apud GRANDE JÚNIOR, *O controle* cit., p. 6381.

da moralidade apresentava uma dimensão estritamente administrativa, decorrente da legalidade e da ligação aos problemas dos desvios de finalidade. Com o advento da nova ordem constitucional, o princípio adquiriu um sentido próprio, extensivo e abrangente da ética pública.⁵⁴

O conjunto de normas constitucionais vigente extrai a moralidade da área subjetiva da intenção do agente público, destacando-a da mera legalidade e erigindo-a em princípio constitucional objetivo, como requisito de legitimidade da atuação dos agentes estatais, mais do que simples requisito de validade do ato administrativo.⁵⁵

O princípio da moralidade espalha-se na CF/88 em diversos dispositivos. Além do art. 37, *caput*, tratou-se da *licitude*, ora enunciando seu referencial de valor substantivo, ora definindo os instrumentos que devem garanti-la, o art. 5º, inc. LXXIII, ao mencionar o princípio como condição de validade do ato do Poder Público; o art. 85, inc. V, ao categorizar a probidade na administração, como valor jurídico inviolável pelo Presidente da República; e o art. 37, § 4º, ao prever as penalidades para os atos de improbidade administrativa.⁵⁶

Na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *verbis*:

Com efeito, a *moral comum* é orientada por uma distinção puramente *ética*, entre o *bem* e o *mal*. Enquanto que a moral administrativa é orientada por uma diferença eminentemente prática, entre *boa* e *má* administração. Para o administrador incidir em hipótese de *imoralidade administrativa*, basta que use de seus poderes funcionais com vistas a *resultados divorciados do estrito interesse público* a que deveria atender. Por isso, além do *desvio de finalidade*, pode ocorrer *imoralidade administrativa* nas hipóteses de ausência de finalidade, bem como nas de *ineficiência grosseira* da ação do

⁵⁴ SILVA, A *Advocacia Pública* cit., p. 287-288.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 288.

⁵⁶ MOREIRA NETO, Princípios informativos e interpretativos do Direito Administrativo, in ARAÚJO, op. cit. p. 29.

administrador público, tendo em vista, também, a *finalidade*, a que se propunha atender. (grifos do original)⁵⁷

Quanto ao princípio da indisponibilidade do interesse público, verifica-se que, nas relações de natureza pública, onde há subordinação de interesses, a lei identifica um determinado interesse geral e qualifica-o como interesse público, priorizando com isso, seu atendimento sobre outros interesses. Nas relações tipicamente privadas, ao contrário, há coordenação de interesses, que são tratados isonomicamente pelo Direito, garantindo-se a igualdade das partes e sua autonomia da vontade.⁵⁸

A definição de um interesse público específico, pela norma legal, atribui ao Estado o encargo finalístico de satisfazê-lo por intermédio de qualquer de suas entidades ou órgãos, ou por particulares, definindo para tanto, as competências, os direitos e os deveres jurídicos respectivos. Exsurge da norma o dever de atuar na prossecução do interesse público, independentemente de sua natureza, não se podendo desistir, mas tão-somente escolher, nos limites da própria lei, como, quando e de que modo fazê-lo.⁵⁹

3 AUTONOMIA FUNCIONAL DOS ADVOGADOS PÚBLICOS

3.1 Fundamentos

A independência técnica ou autonomia funcional constitui tema dos mais relevantes no estudo da Advocacia Pública, na medida em que é condicionante ao exercício técnico e despolitizado das atribuições dos membros da carreira⁶⁰ e à efetivação das superiores funções institucionais insculpidas no texto constitucional.

⁵⁷ Ibidem, p. 29.

⁵⁸ Ibidem, p. 23. Cf. a crítica à ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, in SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 95, v. 845, mar. 2006, sobretudo p. 30-31, em que versa sobre a Constituição como sistema unitário de interesses ou direitos.

⁵⁹ Ibidem, p. 23.

⁶⁰ SOUTO, op. cit., p. 49.

Entretanto, trata-se de questão ainda não pacificada, a despeito do movimento em prol da autonomia promovido por Procuradores de Estado em todo o território nacional, por meio de intensa produção doutrinária e de debates promovidos em congressos, cujas repercussões são verificadas em iniciativas normativas dos poderes constituintes decorrentes, dos legisladores infraconstitucionais, das autoridades administrativas competentes para estabelecerem regramentos com efeitos *interna corporis*.

Impende diferenciar-se a dos membros do Ministério Público da autonomia funcional necessária ao exercício das funções da Advocacia Pública. Refere-se ao reconhecimento do direito do cidadão, quando levado à apreciação da Justiça, desde que não haja parecer em contrário do Advogado-Geral da União ou do Procurador-Geral do Estado, chefe-maior da instituição, ou que, em havendo a independência profissional do advogado público, possa ser manejada dentro dos seus limites.

O reconhecimento da autonomia dos advogados públicos afasta, por exemplo, o inconveniente de sustentar, em juízo, teses sem fundamento jurídico ou sem um mínimo de plausibilidade, de contestar pleitos manifestamente improcedentes, com base nas provas carreadas nos autos.

Ao contrário, o não reconhecimento da autonomia da Advocacia Pública, em larga escala, contribui para a litigiosidade improfícua, para o abarrotamento do Poder Judiciário e para a morosidade da Justiça. Depara-se com a figura de um Estado gerador de conflitos e que atua de maneira protelatória, propiciando excesso de demandas que não decorre da democratização do acesso à Justiça que deveria promover, mas da sua utilização exagerada por poucos atores, dentre os quais destaca para o Poder Público.⁶¹

Dentre os limites à autonomia funcional da advocacia pública, e nesse sentido trata-se de uma autonomia relativa, encontra-se a existência de parecer em contrário do Advogado-Geral da União ou do Procurador-Geral do Estado, ratificado pelo Conselho Superior ou corroborado pelo chefe do Poder Executivo,

⁶¹ COLODETTI e MADUREIRA, valendo-se dos ensinamentos de Kazuo Watanabe e Pierpaolo Cruz Bottin, op. cit., p. 62.

hipótese em que há uma vinculação dos membros da carreira em cada esfera de competência.

No Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, a Lei Orgânica da respectiva Advocacia de Estado prevê expressamente a autonomia funcional dos procuradores, e viabiliza essa independência profissional pela possibilidade de delegação da competência do Procurador-Geral do Estado para reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, firmar compromisso, receber e dar quitação, nas ações em que a PGE/RS esteja no exercício da representação judicial.⁶²

Os advogados públicos dispõem de certos mecanismos que lhes permitem uma atuação mais próxima de sua função de defesa da legalidade da ação administrativa e da proteção do interesse público, especialmente no exercício da representação judicial, em que se requer a conformação da Constituição e da lei aos casos concretos e, por vezes, em contraposição aos interesses fazendários do ente federado.

Cite-se, por exemplo, a possibilidade de desistência ou de transigência pelos membros da Advocacia-Geral da União com atuação direta na defesa, nas causas judiciais de montante igual ou inferior a sessenta salários mínimos em que seja parte o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).⁶³

Destaca-se, igualmente, a autorização aos advogados públicos federais de transigirem, deixarem de recorrer, desistirem de recursos

⁶² LC n. 11.742, de 17 de janeiro de 2002:

“Art. 9.º - A Procuradoria-Geral do Estado, dotada de autonomia administrativa e funcional, elaborará sua proposta orçamentária e a encaminhará ao Governador do Estado. (Art. 9º Regulamentado pelo decreto 41.537, de 16.04.2002)”.

“Art. 12 - Ao Procurador-Geral do Estado compete: (...) III - reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, firmar compromisso, receber e dar quitação, nas ações em que a Procuradoria-Geral do Estado esteja no exercício da representação judicial; (...) Parágrafo único - São indelegáveis as funções definidas nos incisos I, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIV, XVII, XX, XXI, XXII, XXIV e XXV”.

⁶³ Resolução n. 1.303, de 26 de novembro de 2008, editada pelo Presidente do Conselho Nacional de Previdência Social.

interpostos ou concordarem com a desistência do pedido, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, conforme determinação do Advogado-Geral da União.⁶⁴

Nos Estados, tem-se o exemplo o regramento normativo da PGE do Espírito Santo, que confere ao Procurador-Geral do Estado a prerrogativa de autorizar a não propositura ou a desistência de ações ou medidas judiciais, a dispensa da interposição de recursos judiciais ou a desistência dos recursos interpostos, sobretudo quando contraindicada a medida, em face de jurisprudência dominante.⁶⁵

Ressalte-se, ainda, o Provimento n. 114, de 10 de outubro de 2006, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que reconhece aos advogados públicos da União e dos Estados a independência técnica e o exercício das funções do cargo de acordo com suas convicções profissionais e em estrita observância aos

⁶⁴ Portaria n. 109, de 30 de janeiro de 2007.

⁶⁵ Art. 6º, inc. XIV, da LC n. 88/96, *verbis*: “Art. 6º - São atribuições, responsabilidades e prerrogativas do Procurador Geral do Estado: (...) XIV- autorizar, por solicitação do Procurador do Estado vinculado ao feito, referendada pelo Procurador - Chefe, e ouvido o Conselho da Procuradoria Geral do Estado, caso entenda necessário: a) a não propositura ou a desistência de ações ou medidas judiciais, especialmente quando o valor do benefício não justifique a lide ou, quando do exame da prova ou da situação jurídica, se evidenciar improbabilidade de resultado favorável; b) a dispensa da interposição de recursos judiciais ou a desistência dos recursos interpostos, especialmente quando contraindicada a medida, em face da jurisprudência predominante; c) a composição amigável em processos administrativos ou judiciais, resguardados os superiores interesses do Estado.”

princípios constitucionais da administração pública, mas que carece de regulamentação pela Advocacia-Geral da União.⁶⁶

Observem-se, ademais, a malsucedida tentativa política de constitucionalização da autonomia funcional da Advocacia Pública, por meio da Proposta de Emenda à Constituição n. 96b/92, transformada na EC n. 45/04, e, mais recentemente, a PEC n. 82/2007 e a PEC n. 452/2009, ambas em tramitação no Congresso Nacional, que atribuem *autonomia funcional aos órgãos*, bem como *autonomia administrativa e financeira, prerrogativas dos advogados públicos e independência institucional aos membros da carreira*.⁶⁷

No quadro atual, verifica-se que a autonomia funcional dos advogados públicos tem possibilidades de efetivação na estrutura organizacional hierarquizada das Procuradorias de Estado,

⁶⁶ “Art. 2º Exercem atividades de advocacia pública, sujeitos ao presente provimento e ao regime legal a que estejam submetidos: I - os membros da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal, da Consultoria-Geral da União e da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil; II - os membros das Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal; III - os membros das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das respectivas entidades autárquicas e fundacionais; IV - os membros das Procuradorias e Consultorias Jurídicas junto aos órgãos legislativos federais, estaduais, distrital e municipais; V - aqueles que sejam estáveis em cargo de advogado, por força do art. 19 do ADCT. (...) Art. 5º É dever do advogado público a independência técnica, exercendo suas atividades de acordo com suas convicções profissionais e em estrita observância aos princípios constitucionais da administração pública.”

⁶⁷ Também estão em tramitação as PEC n. 443/2009 e n. 465/2009, que versam sobre remuneração.

segundo as orientações dos respectivos Procuradores-Gerais, referendadas por seus Conselhos Superiores.⁶⁸

Deveras, os advogados públicos não podem dispor do direito posto em juízo, deixando de apresentar defesa ou recurso, sem a autorização de seus superiores.⁶⁹ Contudo, a Advocacia Pública possui independência, desde que não haja desvio de conduta e desde que sua atuação esteja calcada na técnica, nos preceitos normativos que emanam da ordem constitucional e legal, aos quais o Poder Público deve estrita observância, e nos precedentes judiciais consagrados nos tribunais.

3.2 A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema da autonomia dos advogados públicos em diversos casos levados a sua apreciação, em sede, sobretudo, de controle concentrado de constitucionalidade. Na análise dos julgados, verifica-se que a Corte Constitucional assumiu uma postura contrária à referida prerrogativa funcional.⁷⁰ Esse posicionamento restou sedimentado na ADIn n. 291 MC/MT, no voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, *verbis*:

⁶⁸ Dispõe a LC estadual n. 11.742/02, do Rio Grande do Sul:

“Art. 26 – (*omissis*). § 1.º - No exercício das prerrogativas de que trata o caput, a independência funcional do Procurador do Estado não elide o dever de zelar pelo contraditório e a ampla defesa em favor de seus constituintes institucionais e legais, em todas as instâncias, ressalvados os casos em que a pretensão resistida tenha abrigo: I - em parecer a que se tenha atribuído caráter jurídico-normativo; II - em orientação uniforme de instâncias não ordinárias do Poder Judiciário. § 2.º - Nos casos ressalvados nos incisos do parágrafo anterior, serão previamente ouvidos os órgãos próprios da Procuradoria-Geral do Estado, conforme definição regulamentar”.

“Art. 12 - Ao Procurador-Geral do Estado compete: (...) IX - propor súmulas de jurisprudência administrativa para conferir uniformidade à orientação jurídico-normativa para a administração pública estadual sempre que provocado pelo Conselho Superior; (...) XIX - expedir atos normativos aos órgãos de execução, quando necessário à atuação uniforme da Procuradoria-Geral do Estado;”.

⁶⁹ COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. A autonomia funcional da advocacia pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do direito no Estado Democrático Constitucional brasileiro. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, a. 9, n. 103, set. 2009, p. 61.

⁷⁰ *Idem*, op. cit., p. 57.

Quando assumi a Procuradoria-Geral da República, lembro-me de que me referi ao dilema institucional vivido, cotidianamente, pelo seu titular, que exerce, de um lado, as funções de chefe do Ministério Público, a reclamar-lhe isenção e independência, em relação, particularmente, ao Governo; e, de outro, de chefe da advocacia contenciosa da União, função a demandar uma relação de estrita confiança. Só a cisão orgânica das duas funções, na Constituição de 88, permitiu dotar o Ministério Público das garantias de que hoje dispõe, de uma verdadeira ‘magistratura requerente’, para usar a expressão do Direito Italiano.

Creio que transplantar essas garantias e esses princípios adequados ao Ministério Público à advocacia do Estado é inconstitucionalmente tão esdrúxulo quanto, anteriormente, em função mesmo de acumular estas funções, era desastroso negar ao Ministério Público as garantias fundamentais ao exercício de suas funções específicas.⁷¹

Determinados pronunciamentos, todavia, sinalizam a possibilidade de uma alteração futura de entendimento do STF. É o que se observa na ADIn 881 MC/ES, em que o Ministro Néri da Silveira externou entendimento favorável à independência funcional dos Procuradores de Estado, *verbis*:

Penso que o art. 132 da Constituição quis, relativamente à Advocacia de Estado, no âmbito dos Estados-membros e do Distrito Federal, conferir às Procuradorias não só a representatividade judicial, mas, também, o exame da legalidade dos atos, e o fez com a preocupação de atribuir essa função a servidores concursados e detentores do predicamento da efetividade. O grande objetivo foi o exame da legalidade dos atos do Governo, da Administração Estadual, a ser

⁷¹ ADIn n. 291 MC/MT, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 14/09/1990. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADVOCACIA DO ESTADO DE MATO GROSSO. PEDIDO DE LIMINAR. - A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA ARGUIÇÃO E OS EMPECILHOS QUE PODEM SURTIR PARA A BOA MARCHA DA ADMINISTRAÇÃO, COM O DESVINCULAMENTO DOS ÓRGÃOS DE DEFESA DO ESTADO COM RELAÇÃO AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO, INDICAM A CONVENIÊNCIA DE QUE SE SUSPENDA, EX NUNC, A EFICÁCIA DAS DISPOSIÇÕES DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL IMPUGNADAS, ATÉ O JULGAMENTO FINAL DA AÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR.

feito por um órgão cujos ocupantes, concursados, detenham as garantias funcionais. Isso conduz à independência funcional, para o bom controle da legalidade interna, da orientação da administração quanto a seus atos, em ordem a que esses não se pratiquem tão-só de acordo com a vontade do administrador, mas também conforme a lei. Não quis a Constituição que o exame da legalidade dos atos da Administração Estadual se fizesse por servidores não efetivos. Daí o sentido de conferir aos Procuradores dos Estados — que devem se compor em carreira a ser todos concursados — não só a defesa judicial, a representação judicial do Estado, mas também a consultoria, a assistência jurídica. De tal maneira, um Procurador pode afirmar que um ato de Secretário, do Governador não está correspondendo à lei, sem nenhum temor de poder vir a ser exonerado, como admissível suceder se ocupasse um cargo em comissão.⁷²

Posteriormente, na ADIn n. 470/AM, contra dispositivo da Constituição do Estado do Amazonas que outorgava a autonomia funcional aos Procuradores do Estado, esse entendimento foi mais uma vez defendido, no voto divergente do Ministro Marco Aurélio e no debate que se seguiu com o Ministro Sepúlveda Pertence, verbis:

Divirjo, sim, quanto à independência técnica do profissional da advocacia que defende os interesses do Estado.
Não consigo imaginar que, de uma atuação fidedigna aos próprios interesses do Estado – e refiro-me não só ao primário, mas, ainda, aos secundários – passe-se para

⁷² STF, ADIn n. 881 MC/ES, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 25/04/97. E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR 11/91, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ART. 12, CAPUT, E §§ 1º E 2º; ART. 13 E INCISOS I A V) - ASSESSOR JURÍDICO - CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO - FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO - USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. - O desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. A Constituição da República, em seu art. 132, operou uma inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura no cargo que exercem depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos.

algo que submeta os Procuradores a um direcionamento inafastável quanto aos atos que devem ser praticados, quer em processos administrativos, quer, principalmente, em processos jurisdicionais.

Vem-me à lembrança, do Direito do Trabalho, que o vínculo empregatício pode estar submetido a três dependências: a jurídica, a financeira e a técnica. Porém, mesmo na área do Direito do Trabalho, mostram-se dispensáveis as duas dependências que se distinguem da jurídica – a financeira e a técnica.

Na hipótese dos autos, lidamos com profissionais que, tais como médicos e engenheiros, devem ter ampla liberdade na definição do que há de ser veiculado, ou não, para a boa defesa do Estado.⁷³

Bruno Colodetti e Claudio Penedo Madureira salientam que o STF vem orientado suas decisões mais recentes, ainda que reflexamente, no entendimento sustentado pelo Ministro Marco Aurélio, na ADIn n. 470/AM, no sentido de que os Procuradores detêm autonomia funcional, porque podem ser responsabilizados pelos seus posicionamentos profissionais, como se verifica nos seguintes julgados,⁷⁴ *verbis*:

Responsabilidade Solidária de Assessoria Jurídica – 5. Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, denegou mandado de segurança impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União - TCU que determinara a audiência de procuradores federais, para apresentarem, como

⁷³ STF, ADIn n. 470/AM, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 11/10/2002. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 96 E 100, I E III, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS PROCURADORES ESTADUAIS. Perda do objeto do feito em relação ao art. 96 e ao inciso III do art. 100 da Carta amazonense, tendo em vista posteriores modificações nos textos normativos impugnados. O inciso I do mencionado art. 100, por sua vez, ao atribuir independência funcional aos Procuradores do Estado do Amazonas, desvirtua a configuração jurídica fixada pelo texto constitucional federal para as Procuradorias estaduais, desrespeitando o art. 132 da Carta da República. Ação julgada procedente, tão-somente, para declarar a inconstitucionalidade do inciso I do art. 100 da Constituição do Amazonas.

⁷⁴ COLODETTI; MADUREIRA, op. cit., p. 59.

responsáveis, as respectivas razões de justificativa sobre ocorrências apuradas na fiscalização de convênio firmado pelo INSS, em virtude da emissão de pareceres técnico-jurídicos no exercício profissional - v. Informativos 328, 343, 376 e 428. Entendeu-se que a aprovação ou ratificação de termo de convênio e aditivos, a teor do que dispõe o art. 38 da Lei 8.666/93, e diferentemente do que ocorre com a simples emissão de parecer opinativo, possibilita a responsabilização solidária, já que o administrador decide apoiado na manifestação do setor técnico competente (Lei 8.666/93, art. 38, parágrafo único: “As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.”). Considerou-se, ainda, a impossibilidade do afastamento da responsabilidade dos impetrantes em sede de mandado de segurança, ficando ressalvado, contudo, o direito de acionar o Poder Judiciário, na hipótese de virem a ser declarados responsáveis quando do encerramento do processo administrativo em curso no TCU. Vencidos os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, que deferiam a ordem.”⁷⁵

“Parecer Jurídico e Responsabilização. O Tribunal deferiu mandado de segurança impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União - TCU que, aprovando auditoria realizada com o objetivo de verificar a atuação do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER nos processos relativos a desapropriações e acordos extrajudiciais para pagamento de precatórios e ações em andamento, incluía o impetrante, então procurador autárquico, entre os responsáveis pelas irregularidades encontradas, determinando sua audiência, para que apresentasse razões de justificativa para o pagamento de acordo extrajudicial ocorrido em processos administrativos nos quais já havia precatório emitido, sem homologação pela justiça. Salientando, inicialmente, que a obrigatoriedade ou não da consulta tem influência decisiva na fixação da natureza do parecer, fez-se a distinção entre três hipóteses de consulta: 1) a facultativa, na qual a autoridade administrativa não se vincularia à consulta emitida; 2) a

⁷⁵ STF, Informativo n. 475, MS n. 24.584/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento em 09/08/2007.

obrigatória, na qual a autoridade administrativa ficaria obrigada a realizar o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou não, podendo agir de forma diversa após emissão de novo parecer; e 3) a vinculante, na qual a lei estabeleceria a obrigação de “decidir à luz de parecer vinculante”, não podendo o administrador decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. Ressaltou-se que, nesta última hipótese, haveria efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, razão pela qual, em princípio, o parecerista poderia vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois seria também administrador nesse caso. Entendeu-se, entretanto, que, na espécie, a fiscalização do TCU estaria apontando irregularidades na celebração de acordo extrajudicial, questão que não fora submetida à apreciação do impetrante, não tendo havido, na decisão proferida pela Corte de Contas, nenhuma demonstração de culpa ou de seus indícios, e sim uma presunção de responsabilidade. Os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio fizeram ressalva quanto ao fundamento de que o parecerista, na hipótese da consulta vinculante, pode vir a ser considerado administrador.⁷⁶

Extrai-se dos julgados que há o reconhecimento de certa *autonomia funcional*, ou de certa liberdade de atuação, que não se prende aos limites da mera *autonomia técnica* ou *autonomia profissional*, pois essa prerrogativa é inerente à estatura de sua atuação profissional na defesa do interesse público.⁷⁷

Não se deve, como salientado pelo Ministro Marco Aurélio, partir-se do pressuposto de o advogado público irá claudicar no exercício de suas funções, porque cooptado pela parte contrária a não interpor determinado recurso, a não peticionar em certo sentido ou a desistir da demanda quando o ente federado for autor da ação.

⁷⁶ STF, Informativo n. 475, MS n. 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julgamento em 09/08/2007.

⁷⁷ COLODETTI; MADUREIRA, op. cit., p. 59.

4 O ADVOGADO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DIANTE DE SUA VIOLAÇÃO PELO ESTADO

4.1 O Advogado Público no Sistema de Proteção aos Direitos Humanos

O homem é a finalidade última do Direito, que somente existe para regular as relações entre os homens. Portanto, é um produto do homem. Na lição de Norma Kyriakos, “o ser humano há de ser o ponto de partida e de chegada do Estado Democrático de Direito”. O bem-estar individual e social da pessoa humana “é o projeto da ação do Estado moderno, de caráter intervencionista”.⁷⁸

Os direitos humanos têm origem na dignidade humana, princípio fundamental do Estado brasileiro, insculpido na Carta de 1988, em seu art. 1º, inc. III. Historicamente, a expressão direitos humanos admite diversas interpretações, como direitos civis, direitos fundamentais e liberdades públicas. Atualmente, é compreendida no seu sentido mais abrangente, englobando as dimensões individual e social do homem.⁷⁹

Doutrinariamente, os direitos do homem classificam-se em direitos de primeira geração, direitos civis e políticos, de

⁷⁸ KYRIAKOS, op. cit., p.149.

⁷⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 11. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v.1, p. 739.

segunda geração, direitos econômicos e sociais,⁸⁰ e de terceira geração, direitos coletivos,⁸¹ separação essa que se adota para fins didáticos, em que pesem as críticas sobre a teoria geracional

⁸⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. A ordem sequencial de direitos civis, políticos e sociais, que compõem as dimensões da cidadania plena, aproxima-se da cronologia e da lógica de seu surgimento e conquista na Inglaterra, conforme a descrição de T. H. Marshall, em *Cidadania, classe social e status*, de 1967, como explica José Murilo de Carvalho, *verbis*: “Primeiro vieram os direitos civis, no século XVIII. Depois, no século XIX, surgiram os direitos políticos. Finalmente, os direitos sociais foram conquistados no século XX. Segundo ele, não se trata apenas da sequência cronológica: ela é também lógica. Foi com base no exercício dos direitos civis, nas liberdades civis, que os ingleses reivindicaram o direito de votar, de participar do governo de seu país. A participação permitiu a eleição de operários e a criação do partido trabalhista, que foram os responsáveis pela introdução dos direitos sociais. (...) O surgimento sequencial dos direitos sugere que a própria ideia de direitos, e, portanto, a própria cidadania, é um fenômeno histórico. O ponto de chegada, o ideal da cidadania plena, pode ser semelhante, pelo menos na tradição ocidental dentro da qual nos movemos. Mas os caminhos são distintos e nem sempre seguem linha reta. Pode haver também desvios e retrocessos, não previstos por Marshall. O percurso inglês foi apenas um entre outros. A França, a Alemanha, os Estados Unidos, cada país seguiu seu próprio caminho. O Brasil não é exceção”. O autor salienta o fato de o país ter seguido a lógica inversa: primeiro, os direitos sociais, a partir do período posterior à Primeira Guerra Mundial, seguidos dos direitos políticos, e, mais recentemente, os direitos civis, com a redemocratização do país. In: CARVALHO, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 10-12.

⁸¹ Antônio Augusto Cançado Trindade observa que, na ordem internacional, a 1ª geração foi a dos direitos sociais, com a criação da Organização Internacional do Trabalho, criada pela Conferência de Paz após a Primeira Guerra Mundial, no Tratado de Versalhes, em 1919. Quanto aos direitos de 3ª geração, respondem também pelas denominações *direitos de solidariedade ou novos direitos do homem*. Apud: MELLO, *op. cit.*, p. 742.

dos direitos em pesem as críticas sobre a teoria geracional dos direitos humanos.⁸²

O problema cinge-se, todavia, a como concretizá-los diante dos limites do sistema de proteção aos direitos humanos, tanto nacional quanto internacionalmente. Nesse ponto, procura-se deslindar a inserção da Advocacia Pública nos sistemas de proteção do homem contra a tortura, de proteção da criança e do adolescente e na garantia do mínimo existencial.

A Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991.⁸³ Pela convenção, os Estados-parte obrigam-se a:

⁸² Variadas são as críticas à classificação dos direitos humanos em gerações. Frédéric Sudre considera-a enganadora, porque acabaria por levar o Terceiro Mundo a se preocupar com os direitos da 3ª geração e a marginalizar os de 1ª e de 2ª gerações (apud MELLO, op. cit. p. 742). Cançado Trindade assevera que a teoria das chamadas gerações de direitos é “historicamente incorreta e juridicamente infundada” e que tem “fomentado a visão atomizada dos direitos humanos, com todas suas distorções”. O fenômeno que se observa, continua o autor, “não é o de uma fantasiosa e indemonstrável sucessão ‘geracional’ de direitos (que poderia inclusive ser invocada para tentar justificar restrições indevidas ao exercício de alguns deles, como já ocorreu na prática), mas antes o da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente consagrados, todos essencialmente complementares e em constante interação. O ‘dever de abstenção’ não é apanágio de determinados direitos civis e políticos, como o revela, por exemplo, o direito à greve, no âmbito dos direitos sociais. As medidas ‘positivas’ tampouco se limitam aos direitos econômicos, sociais e culturais, como revela a mobilização de recursos públicos, por exemplo, para assegurar as garantias do devido processo legal, ou o direito de participação na vida pública (mediante eleições livres). (...) Até mesmo o mais fundamental dos direitos humanos, o direito à vida, compreende o direito de todo ser humano de não ser privado arbitrariamente de sua vida (medidas negativas de abstenção) assim como o direito de todo ser humano de dispor dos meios apropriados de subsistência e de um padrão de vida decente (medidas positivas)”. In: ALVES, op. cit., p. XXX-XXXI.

⁸³ Entrou em vigor internacionalmente em 1987. O Brasil a ratificou em 1989, e o crime de tortura encontra-se tipificado na Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997. Na Constituição de 1988, é considerado crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, inc. XLIII).

- assegurar a proibição total da tortura e a punição de tal ofensa;
- proibir a extradição de pessoas para Estados onde correm risco substancial de ser torturadas;
- cooperar com outros Estados para prisão, detenção e extradição de possíveis torturadores;
- educar os encarregados da manutenção da ordem a propósito da proibição da tortura;
- rever, sistematicamente, os procedimentos e métodos de interrogatório de pessoas detidas;
- investigar prontamente alegações de tortura;
- compensar as vítimas de tortura.

José Augusto Lindgren Alves informa que a Anistia Internacional relaciona, como especialmente importantes na Convenção contra a Tortura, a jurisdição compulsória e universal contra suspeitos torturadores (arts. 5º e 8º), a obrigação de não repatriar refugiados ou outras pessoas a países onde corram o risco de ser torturados (art. 3º), a exclusão da “obediência a ordens superiores” como defesa ante uma acusação de tortura (art. 2º, parágrafo 3º), a obrigação dos Estados-parte de investigar informações fidedignas de torturas ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e de garantir compensação às vítimas (arts. 12 a 14).⁸⁴

A Advocacia Pública insere-se, especificamente, nesse sistema, ao ser um dos atores protagônicos na reparação civil do dano causado pelo Estado, no sistema prisional,⁸⁵ em decorrência de violações aos direitos humanos à incolumidade física e psíquica, a sua dignidade, ao devido processo legal para o cerceamento de sua liberdade, a não ser submetido a tratamentos cruéis ou desumanos (art. 5º, incs. III e XLVII).

A Convenção sobre os Direitos da Criança, por sua vez, foi adotada em 1989 e incorporada ao ordenamento pátrio pelo Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990.⁸⁶ Seus Estados-parte comprometem-se a proteger a criança de todas as formas de

⁸⁴ ALVES, op. cit., p. 58-59.

⁸⁵ Competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, segundo o art. 24, inc. I, da CF/88.

⁸⁶ Vigente desde 1990.

discriminação e a assegurar-lhe assistência apropriada. A criança é definida como “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, pela legislação aplicável, a maioridade seja atingida mais cedo”.

Compreendem-se entre os direitos previstos para as crianças:

- o direito à vida e à proteção contra a pena capital;
- o direito de ter uma nacionalidade;
- a proteção ante a separação dos pais;
- o direito de deixar qualquer país e de entrar em seu próprio país;

– o direito de entrar e sair de qualquer Estado-parte para fins de reunificação familiar;

- a proteção para não ser levada ilicitamente ao exterior;
- a proteção de seus interesses em caso de adoção;
- a liberdade de pensamento, de consciência e de religião;
- o direito a acesso a serviços de saúde, devendo os Estados reduzir a mortalidade infantil e abolir as práticas tradicionais prejudiciais à saúde;

- o direito a um nível adequado de vida e a segurança social;
- o direito à educação, devendo os Estados garantirem a educação primária compulsória e gratuita;

- a proteção contra a exploração econômica, com idade mínima para admissão em emprego;

- a proteção contra o envolvimento na produção, no tráfico e no uso de drogas e de substâncias psicotrópicas;

- a proteção contra a exploração e o abuso sexual.

Antes da adoção da convenção pela ONU e de sua ratificação pelo Brasil, seu projeto inspirou a preparação do Estatuto da Criança e do Adolescente,⁸⁷ que reflete e expande as disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança e é referência na matéria em nível internacional.

O advogado público, nesse ponto, deve observar o direito da criança à educação primária, de prestação obrigatória pelos entes federados, haja vista, também o art. 208, inc. I, da CF/88, com a

⁸⁷ Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

redação dada pela EC n. 59/2009, que estende a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino básico dos quatro aos dezessete anos de idade.

Quanto ao mínimo existencial, Ricardo Lobo Torres preleciona que esse direito ocorre com mais frequência nas declarações internacionais de direitos humanos do que no ordenamento pátrio.⁸⁸ Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, está previsto nos arts. XXV, item 1, e XXVI que, *verbis*:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, por sua vez, reconheceu em seu preâmbulo e no art. 1º, item 1, que, *verbis*:

o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes

1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

Ricardo Lobo Torres diferencia, dentre os direitos ligados ao desenvolvimento, os que representariam propriamente direito ao mínimo necessário à existência, ou direitos fundamentais, o direito à educação básica, à saúde preventiva e à água potável. O

⁸⁸ TORRES, *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 9.

direito à moradia e ao emprego, entretanto, seriam direitos sociais, subordinados à ideia de justiça, e não de direitos fundamentais.⁸⁹

Destaca-se, também, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1996, que ampliou e aperfeiçoou o catálogo de direitos da Declaração de 1948. Prevê seu art. 2º, *verbis*:

Cada Estado-parte do presente Pacto comprometem-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o, pleno exercício e dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativa.

Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, os Estados-parte comprometem-se, no art. 26, *verbis*:

a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Por fim, na Declaração do Milênio das Nações Unidas, de 2000, afirmou-se, no tema III, desenvolvimento e erradicação da pobreza, que, *verbis*:

11. Não pouparemos esforços para libertar os nossos semelhantes, homens, mulheres e crianças, das condições abjetas e desumanas da pobreza extrema, à qual estão submetidos atualmente mais de 1000 milhões de seres humanos. Estamos empenhados em fazer do direito ao desenvolvimento uma realidade para todos e em libertar toda a humanidade da carência.

⁸⁹ Ibidem, p. 11.

12. Em consequência, decidimos criar condições propícias, a nível nacional e mundial, ao desenvolvimento e à eliminação da pobreza.

Diante desse quadro, verifica-se que os direitos humanos são amplamente protegidos pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, constituindo, assim, campo vasto para a atuação do advogado público na defesa dos valores consagrados ao homem, como finalidade última e interesse público primordial do Estado.

4.2 Casos Concretos

As possibilidades de atuação da Advocacia Pública na defesa de direitos humanos, enquanto interesse público primário que confere legitimidade à ação estatal, ocorrem, por excelência, através do exercício da representação judicial do ente federado, na esfera de discussão da responsabilidade civil do Estado e do respectivo dever de reparação do dano por ele causado.

A jurisprudência pátria sobre o assunto define determinados parâmetros que limitam a revisão do *quantum* indenizatório. Assim, somente quando *exorbitante* ou *insignificante* a quantia arbitrada, cuja caracterização se verifica mediante os *princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*, torna-se viável o manejo do Recurso Especial, conforme se observa nos arestos que versam sobre o crime de tortura e sobre erro médico, a seguir:

ADMINISTRATIVO. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REGIME MILITAR. **TORTURA. IMPRESCRITIBILIDADE**. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932. **QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE**. 1. As ações indenizatórias por danos morais decorrentes de atos de tortura ocorridos durante o Regime Militar de exceção são imprescritíveis. Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º do Decreto 20.910/1932. Precedentes do STJ. 2. O Brasil é signatário do **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas** – incorporado ao ordenamento jurídico

pelo Decreto-Legislativo 226/1991, promulgado pelo Decreto 592/1992 –, que traz a **garantia de que ninguém será submetido a tortura, nem a pena ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes**, bem como prevê a **proteção judicial para os casos de violação de direitos humanos**. 3. A Constituição da República não estipulou lapso prescricional à **faculdade de agir**, correspondente ao **direito inalienável à dignidade**. 4. Hipótese em que o Tribunal de origem, ao concluir, diante da documentação colacionada aos autos, que o autor foi realmente preso e torturado, tendo sofrido danos psicológicos permanentes, fixou indenização por danos morais em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). 5. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que **somente em casos excepcionais é possível rever o valor da indenização, quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**, o que, in casu, não se configura. 6. Recurso Especial não provido. (grifou-se)⁹⁰

RECURSO ESPECIAL DE JPGB E OUTROS. ADMINISTRATIVO. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. HOSPITAL MUNICIPAL. AMPUTAÇÃO DE BRAÇO DE RECÉM-NASCIDO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM FAVOR DOS PAIS E IRMÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.** 1. É possível a cumulação de indenização por danos estético e moral, ainda que derivados de um mesmo fato, desde que um dano e outro possam ser reconhecidos autonomamente, ou seja, devem ser passíveis de identificação em separado. Precedentes. 2. Na hipótese dos autos, em Hospital Municipal, recém-nascido teve um dos braços amputado em virtude de erro médico, decorrente de punção axilar que resultou no rompimento de veia, criando um coágulo que bloqueou a passagem de sangue para o membro superior. 3. Ainda que derivada de um mesmo fato - **erro médico de profissionais da rede municipal de saúde** -, a amputação do braço direito do recém-nascido ensejou

⁹⁰ STJ, REsp 200802773859, Rel. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 05/11/2009.

duas formas diversas de dano, o moral e o estético. O primeiro, correspondente à violação do direito à dignidade e à imagem da vítima, assim como ao sofrimento, à aflição e à angústia a que seus pais e irmão foram submetidos, e o segundo, decorrente da modificação da estrutura corporal do lesado, enfim, da deformidade a ele causada. 4. **Não merece prosperar o fundamento do acórdão recorrido no sentido de que o recém-nascido não é apto a sofrer o dano moral, por não possui capacidade intelectual para avaliá-lo e sofrer os prejuízos psíquicos dele decorrentes.** Isso, porque o dano moral não pode ser visto tão-somente como de ordem puramente psíquica - dependente das reações emocionais da vítima -, porquanto, na atual ordem jurídica-constitucional, **a dignidade é fundamento central dos direitos humanos**, devendo ser protegida e, quando violada, sujeita à devida reparação. 5. A respeito do tema, a doutrina consagra entendimento no sentido de que o dano moral pode ser considerado como violação do direito à dignidade, não se restringindo, necessariamente, a alguma reação psíquica (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 76/78). 6. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 447.584/RJ, de relatoria do Ministro Cezar Peluso (DJ de 16.3.2007), acolheu a proteção ao **dano moral como verdadeira “tutela constitucional da dignidade humana”**, considerando-a “um autêntico direito à integridade ou à incolumidade moral, pertencente à classe dos direitos absolutos”. 7. O Ministro Luiz Fux, no julgamento do REsp 612.108/PR (1ª Turma, DJ de 3.11.2004), bem delineou que “deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual”. 8. Com essas considerações, pode-se inferir que é devida a condenação cumulativa do Município à reparação dos danos moral e estético causados à vítima, na medida em que o recém-nascido obteve grave deformidade - prejuízo de caráter estético - e teve seu direito a uma vida digna seriamente atingido - prejuízo de caráter moral. Inclusive,

a partir do momento em que a vítima adquirir plena consciência de sua condição, a dor, o vexame, o sofrimento e a humilhação certamente serão sentimentos com os quais ela terá de conviver ao longo de sua vida, o que confirma ainda mais a efetiva existência do dano moral. Desse modo, é plenamente cabível a cumulação dos danos moral e estético nos termos em que fixados na r. sentença, ou seja, conjuntamente o quantum indenizatório deve somar o total de trezentos mil reais (R\$ 300.000,00). **Esse valor mostra-se razoável e proporcional ao grave dano causado ao recém-nascido, e contempla também o caráter punitivo e pedagógico da condenação.** 9. Quanto ao pedido de majoração da condenação em danos morais em favor dos pais e do irmão da vítima, ressalte-se que **a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada.** Essa excepcionalidade, contudo, não se aplica à hipótese dos autos. Isso, porque **o valor da indenização por danos morais** - fixado em R\$ 20.000,00, para cada um dos pais, e em R\$ 5.000,00, para o irmão de onze (11) anos, totalizando, assim, R\$ 45.000,00 -, **nem é irrisório nem desproporcional aos danos morais sofridos por esses recorrentes.** Ao contrário, a importância assentada foi arbitrada com bom senso, **dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.** 10. Recurso especial parcialmente provido, apenas para determinar a cumulação dos danos moral e estético, nos termos em que fixados na r. sentença, totalizando-se, assim, trezentos mil reais (R\$ 300.000, 00). RECURSO ESPECIAL ADESIVO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. REVISÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. O recurso especial adesivo fica prejudicado quanto ao valor da indenização da vítima, tendo em vista o exame do tema por ocasião do provimento parcial do recurso especial dos autores. 2. O quantum indenizatório dos danos morais fixados em favor dos pais e do irmão da vítima, ao contrário do alegado pelo Município, não é exorbitante (total de R\$ 45.000,00). Conforme anteriormente ressaltado, esses valores foram fixados em patamares razoáveis e dentro dos limites da proporcionalidade, de maneira que é indevida

sua revisão em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 3. Recurso especial adesivo não-conhecido. (grifou-se)⁹¹

Ainda versando sobre tortura e sobre prisão em condições degradantes, ressaltando o dever estatal de manutenção da integridade física e psíquica das pessoas sob a custódia do Estado e diante do *reconhecimento pelo próprio Estado, anteriormente ao dano, da situação que o ensejou*, bem como, no campo das liberdades individuais, sobre o dano gerado pela prisão ilegal, colacionam-se os seguintes arestos, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR **DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO** DECORRENTE DE ATOS PRATICADOS PELO PODER JUDICIÁRIO. **MANUTENÇÃO DE CIDADÃO EM CÁRCERE POR APROXIMADAMENTE TREZE ANOS (DE 27/09/1985 A 25/08/1998) À MINGUA DE CONDENAÇÃO EM PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE OU PROCEDIMENTO CRIMINAL, QUE JUSTIFICASSE O DETIMENTO EM CADEIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO. ATENTADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.** 1. Ação de indenização ajuizada em face do Estado, objetivando o recebimento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da ilegal manutenção do autor em cárcere por quase 13 (treze) anos ininterruptos, de 27/09/1985 a 25/08/1998, **em cadeia do Sistema Penitenciário Estadual, onde contraiu doença pulmonar grave (tuberculose), além de ter perdido a visão dos dois olhos durante uma rebelião.** 2. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a **dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de**

⁹¹ STJ, REsp 200602733358, Rel. Denise Arruda, Segunda Turma, DJ 04/12/2008.

seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária. 3. Consectariamente, a vida humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial. 4. Direitos fundamentais emergentes desse **comando maior erigido à categoria de princípio e de norma superior** estão enunciados no art. 5.º da Carta Magna, e dentre outros, os que interessam o caso sub judice destacam-se: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...) LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (...) LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; 5. A plêiade dessas garantias revela **inequívoca transgressão aos mais comezinhos deveres estatais**, consistente em manter-se, sem o devido processo legal, um ser humano por quase 13 (treze) anos consecutivos preso, por força de inquérito policial inconcluso, sendo certo que, em razão do encarceramento ilegal, contraiu o autor doenças, como a tuberculose, e a cegueira. 6. Inequívoca a responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37 da CF/1988, escoreita a imputação dos danos materiais e morais cumulados, cuja juridicidade é atestada por esta Eg. Corte (Súmula 37/STJ) 7. Nada obstante, o Eg. Superior Tribunal de Justiça invade a seara da fixação do dano moral para ajustá-lo à sua ratio essendi, qual a da exemplariedade e da solidariedade, considerando os consectários econômicos, as potencialidades da vítima, etc, para que a indenização não

resulte em soma desproporcional. 8. In casu, foi conferida ao autor a indenização de R\$ 156.000,00 (cento e cinquenta e seis mil reais) de danos materiais e R\$ 1.844.000,00 (um milhão, oitocentos e quarenta e quatro mil reais) de danos morais. 9. Fixada a gravidade do fato, a **indenização imaterial revela-se justa, tanto mais que o processo revela o mais grave atentado à dignidade humana, revelado através da via judicial**. 10. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade se tanto quanto experimentou foi uma “morte em vida”, que se caracterizou pela **supressão ilegítima de sua liberdade, de sua integridade moral e física e de sua inteireza humana**? 11. Anote-se, ademais, retratar a lide um dos mais expressivos atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana. Sob esse enfoque temos assentado que “a exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a **Declaração Universal** inaugura seu regramento superior estabelecendo no **art. 1º que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’**. Deflui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual”. (REsp 612.108/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 03.11.2004) 12. Recurso Especial desprovido. (grifou-se)⁹²

Ementa: APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRISÃO CAUTELAR. **PRESO LINCHADO ATÉ A MORTE**. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO FRENTE AOS APENADOS. DEVER DE INDENIZAR. I. A Carta de Direitos Humanos prevê que **nenhuma pessoa passará por constrangimentos e torturas sob a tutela estatal**.

⁹² STJ, REsp 200502029820, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 30/10/2006.

A Constituição Federal recepcionou tal visão impondo ao Estado dever de zelar pela integridade física dos detentos retidos junto aos estabelecimentos carcerários. II. A inércia e o sucateamento das condições prisionais não são capazes de isentar a responsabilidade do Estado quanto ao cumprimento do dever legal enquanto ente público frente à sociedade. III. A omissão de obrigação constitucional configura ato ilícito passível de reparação pecuniária. III. O linchamento de preso expõe a falência do sistema carcerário nacional, respondendo o Estado pelo dano causado aos parentes da vítima. IV. Valor indenizatório vai mantido por atender ao caráter punitivo/pedagógico adotados pela Câmara. APELO DESPROVIDO. (grifou-se)⁹³

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. **PRISÃO ILEGAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. DANOS MORAIS.** O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por meio de atuação dos seus agentes, prende ou detém ilegalmente o indivíduo. Em tal caso, o ente estatal deve indenizar os prejuízos morais advindos da prisão indevida. **O Estado tem o dever de respeitar integralmente os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão**, especialmente, o de ir e vir. Ao prender indevidamente o indivíduo, o Estado atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. **A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção violado.** NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (grifou-se)⁹⁴

Construção de presídio. Implementação de política pública. Ativismo Judicial. Possibilidade. Atendimento. Sentença mantida. Recurso Improvido. É possível ao Judiciário, em situações excepcionais, intervir na implementação de políticas públicas. No caso, evidencia-se omissão lesiva aos **DIREITOS HUMANOS**, revelada no **descumprimento da obrigação**

⁹³ TJRS. Apelação Cível n. 70030042568. Relator: Liege Puricelli Pires. Sexta Câmara Cível. Origem: Comarca de Alvorada. DJ 20/05/2010.

⁹⁴ TJRS. Apelação Cível n. 70008255895. Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Nona Câmara Cível. Origem: Comarca de Porto Alegre. DJ 22/06/2006.

estatal de fornecer condições mínimas de salubridade e segurança aos indivíduos que se encontram sob sua custódia, e qualificada pelo reconhecimento do fato pelo próprio Estado, que firmou acordo expresso para mitigar o problema, mas não o cumpriu. (grifou-se)⁹⁵

Quanto aos direitos sociais, na esfera da proteção estatal à criança e ao adolescente, considerando-se o princípio da vedação ao retrocesso social, ou seja, à garantia aos avanços sociais conquistados,⁹⁶ e ainda sobre a garantia do mínimo existencial, no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Poder Público, *verbis*:

Ementa: REMESSA DE OFÍCIO E APELAÇÃO CÍVEL. CONHECIMENTO. **MENOR SOB GUARDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIORIDADE ABSOLUTA. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA.** 1. A regra que confere **ao menor sob guarda a condição de dependente para fins previdenciários (art. 33, § 3º do ECA)** consiste em uma **manifestação normativa pontual do núcleo essencial de direitos humanos – a dignidade da pessoa humana.** 2. A aplicação da norma, em sua plenitude, encontra assento no princípio constitucional da **prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, insculpido no art. 227, caput, da Constituição Federal.** 3. A garantia da condição de dependente ao menor sob guarda visa prestigiar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, razão

⁹⁵ TJRO. Ação Civil Pública n. 0051869-66.2007.8.22.0002. Rel. Des. Walter Waltenberg Silva Junior. Revisor e Relator p/ Acórdão Des. Renato Mimessi. Origem: Comarca de Ariquemes. Julgamento em 22/07/2010.

⁹⁶ Ana Paulo de Barcellos identifica no retrocesso social um desdobramento da eficácia negativa dos direitos sociais, que permite recorrer-se ao Judiciário para declarar a invalidade da revogação das normas infraconstitucionais que concedem ou ampliam direitos fundamentais, regulamentando o princípio definidor de um direito social previsto na Constituição, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente (BARCELLOS, O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy, in TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 106-107. Sobre o mínimo existencial, cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

pela qual, em atenção ao princípio da eficiência, deve-se **preferir a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais**. 4. **O Estatuto da Criança e do Adolescente é lei especial em relação às Leis Previdenciárias**, devendo a norma estatutária ser preferida na análise do conflito aparente de normas. 5. Conforme dispõe o princípio da vedação ao retrocesso, é **vedada a eliminação ou diminuição de direitos já conquistados**. 6. A não consideração do menor sob guarda, como dependente, para fins previdenciários, viola o princípio da isonomia, uma vez que ao menor tutelado é garantido tais direitos. 7. Remessa de ofício conhecida. Sentença confirmada. 8. Recurso de Apelação conhecido e improvido.

Decisão: ACORDAM os componentes da Egrégia 3ª Câmara Especializada Cível, do Tribunal de Justiça do Estado, por votação unânime, em conhecer da Remessa oficial e da Apelação, mas para negar-lhes provimento, mantendo, na íntegra, a decisão atacada.(grifou-se)⁹⁷

Ementa: PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. **FORNECIMENTO MEDICAMENTO**. LEGITIMIDADE. SOLIDARIEDADE. **RESERVA DO POSSIVEL ANTE DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 1- A divisão de atribuições e recursos é questão meramente administrativa, ou seja, questão interna corporis a ser solucionada entre as esferas de Poder envolvidas, não podendo ser alegada contra o cidadão em detrimento de sua vida. 2- As medidas liminares, sejam cautelares ou satisfativas, têm caráter provisório, vez que somente com a sentença é que se tornam definitivas e aptas a produzir os efeitos inerentes à coisa julgada formal e material. 3- **A cláusula da reserva do possível não pode ser alegada para impor limites à eficácia e efetividade dos direitos humanos**. 4- A rede de saúde deve se amoldar às necessidades dos administrados e não o contrário. Segurança concedida.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os componentes do Egrégio Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, pela confirmação da liminar, com a concessão em definitivo da segurança,

⁹⁷ TJPI. Remessa de Ofício/Apelação n. 60013427. Rel. Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho. 3ª Câmara Especializada Cível. Julgamento em 15/12/2010.

no sentido de que seja fornecido continuamente o medicamento prescrito, em harmonia com o parecer ministerial. (grifou-se)⁹⁸

Nesse último ponto, o advogado público deve ter cautela para distinguir os casos em que o fornecimento gratuito de medicamento insere-se em *política pública anteriormente adotada pelo ente federado* dos casos em que o mencionado fornecimento gratuito deriva do ativismo judicial, ou seja, do reconhecimento do dever prestacional do Estado como decorrência da máxima efetividade dos direitos humanos. A atuação da Advocacia Pública pró-cidadão apenas justificar-se-ia na primeira hipótese.⁹⁹

De uma maneira geral, pode-se observar que existem espaços de conformação, pelo advogado público, dos direitos humanos em situações em que o Estado é o responsável por sua violação, sem implicar falta funcional na defesa dos interesses estatais, haja vista que a proteção da pessoa humana é a finalidade primeira do Poder Público. Para tanto, a Advocacia Pública dispõe da técnica, da jurisprudência consagrada nos tribunais e dos parâmetros aplicáveis ao caso concreto.

5 CONCLUSÃO

A Advocacia Pública presta à sociedade um serviço público essencial aos fins do Estado Democrático de Direito, na busca pela construção de uma sociedade igualitária e justa, fundada na valorização da pessoa humana e na garantia e promoção de sua dignidade. Por

⁹⁸ TJPI. Mandado de Segurança n. 200900010015961. Rel. Des. José Ribamar Oliveira. Tribunal Pleno. Julgamento em 10/06/2010. Sobre o fornecimento gratuito de medicamentos, cf. BARROSO, Da falta de efetividade à judicialização excessiva, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação estatal, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

⁹⁹ A propósito da crítica técnica à instituição de políticas públicas pelo Poder Judiciário, cf. BARROSO, *Da falta de efetividade* cit., p. 896. Afirma o autor que o “Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública”.

isso, a instituição mereceu consagração constitucional, como função essencial à Justiça.

No desempenho de suas funções de representação judicial e extrajudicial, consultoria e assessoramento jurídico e controle da constitucionalidade e da legalidade do Poder Público, os advogados públicos agem na defesa do interesse público, entendido como interesse estatal e, não raro, confundido com os interesses fazendários da pessoa jurídica de direito público beneficiária.

Verifica-se, entretanto, que a noção de interesse público passou por profunda transformação na chamada constitucionalização do Direito Administrativo, em que a ordem de valores e princípios constitucionais que regem a Administração Pública adquiriu força normativa, e cuja observância é condição de validade e legitimidade dos atos estatais, que remontam, em última análise, à realização dos direitos humanos.

Dessa forma, a Advocacia Pública encontra-se incumbida, na sua função de controle, de assegurar o estrito cumprimento, pelos entes federados, dos princípios da legalidade, da moralidade e da indisponibilidade do interesse público, que, no Estado Democrático de Direito, é informado pelos direitos humanos.

A autonomia funcional dos membros da Advocacia Pública não foi reconhecida pela Carta de 1988, contudo, a necessidade de atribuição dessa prerrogativa aos advogados públicos levou as legislações estaduais e a relativa à Advocacia-Geral da União preverem diversos mecanismos que conferiram aos membros da carreira uma autonomia relativa, referendada pela estrutura hierarquizada da instituição.

O reconhecimento da autonomia dos advogados públicos é fundamental a sua atuação de controle e à promoção dos direitos humanos nos casos em que a violação é perpetrada pelo Estado. Não raro, o Estado é posto em juízo por não garantir ou atentar contra os direitos fundamentais. O advogado público pode e deve abster-se de contestar e recorrer em causas que envolvam flagrante violação a direitos humanos e que sejam pautadas em remansosa jurisprudência, inclusive quanto ao montante dos valores indenizatórios.

Para isso, a Advocacia dispõe de parâmetros para legitimar

sua ação, como a ausência de exorbitância ou insignificância no *quantum* definido na sentença, a proporcionalidade e a razoabilidade, o reconhecimento da situação danosa pelo próprio Estado em momento anterior à ação de indenização, a existência de políticas públicas prévias.

Dessa forma, a Advocacia Pública tem papel fundamental no sistema de proteção dos direitos humanos, seja evitando que violações possam ocorrer em sua função consultiva e de controle prévio, seja em sua função de representação judicial, evitando que violações cometidas pelo próprio Estado promovam um desgaste maior para o cidadão e para a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de (coord.). **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. Série Direito em Foco.

BARROSO. Luís Roberto (org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 1. ed., 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

BICCA, Ronald Christian Alves. Advocacia Pública: autonomia necessária. **Associação dos Procuradores do Estado de Goiás**. Disponível em: <http://projuridico.net/appeg/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35:is-it-possible-to-change-the-types-of-menu-entries&catid=31:general&Itemid=46>. Acesso em: 11 jul. 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. A autonomia funcional da advocacia pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do direito no Estado Democrático Constitucional brasileiro. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, a. 9, n. 103, p. 54-65, set. 2009.

DELGADO, José Augusto. Autonomia das Procuradorias dos Estados. **Associação dos Procuradores do Estado da Bahia**, Salvador, 11 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.apeb.org.br/Autonomia%20das%20PGEs%20José%20Delgado.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. **Associação dos Procuradores do Estado da Bahia**., Salvador, 11 ago. 2008. Disponível em: <http://www.apeb.org.br/A_independencia_ea_autonomia_funcional_do_Procurador_do_Estado.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2011.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A Advocacia Pública no Estado democrático de direito. **Doutrina ADCOAS**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 23, p. 450-451, dez. 2004.

_____. O controle interno de constitucionalidade exercido pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal. **Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, a. 5, n. 57, p. 6379-6392, nov. 2005.

KYRIAKOS, Norma. Procuradores do Estado: função essencial à justiça. In: NALINI, José Renato (coord.). **Formação Jurídica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 1. v. 11. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, v. 845, p. 22-36, mar. 2006.

SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: posição institucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 30, n. 117, p. 187-202, jan./mar. 1993.

SILVA, José Afonso da. A Advocacia Pública e o Estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 230, p. 281-289, out./dez. 2002.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle de legalidade da administração. **Interesse Público**. Porto Alegre, a. 6, n. 28, p. 48-63, nov./dez. 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. **Interesse Público**. Porto Alegre, a. 6, n. 28, p. 29-42, nov./dez. 2004.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.