



Brasília | ano 52 | nº 206
abril/junho – 2015

As prerrogativas constitucionais dos Procuradores do Estado

REINALDO PEREIRA E SILVA

Sumário

1. Introdução. 2. Das prerrogativas constitucionais. 3. Da intransferência e da indisponibilidade. 4. Da imposição constitucional da organização da carreira. 5. Do princípio constitucional da impessoalidade. 6. Da autonomia funcional. 7. Considerações finais.

1. Introdução

O presente artigo parte do pressuposto de que a Administração Pública, quando descumpra a imposição do art. 132 da Constituição Federal de 1988, regra geral também adota comportamentos comissivos, que atentam contra as prerrogativas constitucionais dos Procuradores do Estado. O fenômeno analisado, para a demonstração do pressuposto, é a escolha por parte da Administração Pública do “nuto” como critério para a definição da lotação e para a movimentação funcional dos Procuradores do Estado. O objetivo deste artigo, é contribuir para a compreensão das implicações dessa opção administrativa para a carreira da Advocacia de Estado.

2. Das prerrogativas constitucionais

Embora possam revestir-se de mais de um significado, não necessariamente conflitantes, para os propósitos deste artigo, as prerrogativas constitucionais são definidas como as atividades funcionais constitucionalmente imputadas, em caráter intransferível e indisponível, a uma determinada categoria de agentes, do que lhe resulta, como consequência, o dever de atuar enquanto carreira de Estado¹. Dito isso, é fácil identificar, na Cons-

Reinaldo Pereira e Silva é doutor em Direito pela UFSC, Professor Associado de Direito Constitucional na UFSC e Procurador do Estado de Santa Catarina.

¹ Em sentido estrito, as carreiras de Estado correspondem àqueles conjuntos de cargos públicos que integram o núcleo estratégico do Estado porque essenciais à sua funcionalidade

tituição Federal de 1988, que duas são as prerrogativas constitucionais da carreira de Procurador do Estado: a representação institucional do Estado-membro em juízo e a consultoria jurídica². Com efeito, é mais do que claro o que a Constituição Federal de 1988 prescreve em seu art. 132:

“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.

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” (BRASIL, 1988).

A outorga dessas duas prerrogativas aos Procuradores do Estado decorre da concepção de Estado de Direito estabelecida pela Constituição Federal de 1988, que, ao institucionalizar a Advocacia de Estado como advocacia preventiva e repressiva³, delineou seu perfil constitucional como carreira de Estado e discriminou as atividades inerentes aos agentes que a compõem. Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “o conteúdo normativo do art. 132 da Constituição revela os limites materiais em cujo âmbito processar-se-á a atuação funcional dos integrantes da Procuradoria-Geral do Estado e do Distrito Federal. Nele, contém-se norma de eficácia vinculante e cogente para as unidades federadas locais, que não permite conferir senão aos Procuradores o exercício, intransferível e indisponível, das funções de representação judicial e de consultoria jurídica da respectiva unidade federada” (BRASIL, 2013).

A institucionalização da Advocacia de Estado, segundo Silva (2013, p. 637), “significa a institucionalização dos órgãos estaduais de representação e de consultoria dos Estados, uma vez que os Procuradores a que se incumbem essa função, no art. 132 da Carta Magna, hão de ser organizados em carreira dentro de uma estrutura administrativa unitária em que sejam todos congregados, ressalvado o disposto no art. 69 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que autoriza os Estados a manter consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais,

enquanto Estado de Direito. Em sentido forte, Estado de Direito não é o Estado que apenas exerce o poder *sub lege*, mas que o exerce subordinado ao reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais do homem. Ver Bobbio (2006, p. 32; 1995, p. 6-7).

²Embora o artigo, por questão de estilo, fale em “Procuradores do Estado”, evidentemente que se refere aos “Procuradores dos Estados e do Distrito Federal”, tal qual estabelecido no art. 132 da Constituição Federal de 1988.

³Silva (1997, p. 103-108); Manzari (1987); Pavone (2002).

desde que, na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos para as respectivas funções [...]. É, pois, vedada a admissão ou contratação de advogados para o exercício das funções de representação judicial (salvo, evidentemente, impedimento de todos os Procuradores) e de consultoria daquelas unidades federadas, porque não se deram essas funções aos órgãos, mas foram diretamente imputadas aos Procuradores”.

Com efeito, as atividades constitucionais de representação e de consultoria, por expressa determinação do art. 132, não são funções da Procuradoria Geral do Estado como instituição, e sim prerrogativas dos Procuradores do Estado como agentes, e de todos os Procuradores do Estado em igualdade de condições, já que igualmente habilitados a seu exercício por concurso público de provas e títulos⁴. Daí por que a todos os Procuradores do Estado deve ser assegurada, em uma carreira organizada, a possibilidade de exercer as prerrogativas que lhes são constitucionalmente imputadas. Não pode a Procuradoria Geral do Estado, a pretexto de coordenar o trabalho dos Procuradores e de administrar o regular funcionamento das atividades internas, subtrair dos Procuradores as possibilidades de exercício das prerrogativas que lhes são próprias, porque as prerrogativas constitucionais da carreira, segundo firme jurisprudência excelsa, são intransferíveis e indisponíveis⁵.

A prerrogativa da representação institucional do Estado-membro em juízo consiste no dever tanto de promover quanto de responder a ações judiciais em prol do interesse público. O dever de promover é exercido, em regra, como instrumento de recuperação de créditos fiscais, também abrangendo, com vistas a outras tantas finalidades, a condenação por improbidade administrativa. O dever de resposta, em regra, é exercido como defesa, assumindo a natureza jurídica de ônus, embora alcance, em caráter excepcional, a possibilidade do reconhecimento do pedido do autor⁶. A prerrogativa constitucional da representação habilita o Procurador do Estado a praticar, independentemente de instrumento procuratório, todos os atos do processo, promovendo quaisquer medidas judiciais necessárias à garantia e à promoção do interesse público, com a ressalva da autonomia funcional plena apenas naquelas hipóteses em

⁴ Em verdade, cada Procurador do Estado, enquanto agente, é também um órgão individual. Nesse sentido, mais do que um simples agente, cuja função é servir de meio colaborador dos órgãos do Estado, o Procurador do Estado incorpora uma “organicidade unipessoal”, o que faz com que a expressão de sua vontade enquanto órgão individual seja imputável ao próprio Estado (MOREIRA NETO, 1992, p. 93).

⁵ Ver Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.261 (BRASIL, 2010). Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 881-1 (BRASIL, 1997). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.679 (Brasil, 2003).

⁶ Ver Voto do Min. Marco Aurélio na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 470-1 (BRASIL, 2002).

que a liberdade técnica concorre legitimamente com a discricionariedade administrativa, a exemplo do poder de celebrar acordos judiciais. A prerrogativa da consultoria jurídica, por sua vez, consiste no dever de exercer o controle interno da legalidade em todos os contextos de funcionamento da Administração Pública estadual, bem como no dever de exercer a fiscalização da legalidade dos atos da Administração Pública estadual⁷. Também aqui a autonomia funcional dos Procuradores do Estado deve ser institucionalmente garantida, só que “para o bom controle da legalidade interna, da orientação da Administração quanto a seus atos, em ordem a que esses não se pratiquem apenas de acordo com a vontade do administrador, mas também conforme a lei”⁸.

Assim como a prerrogativa da representação institucional do Estado-membro em juízo, a prerrogativa da consultoria jurídica do Procurador do Estado se insere no Título IV da Constituição Federal de 1988, dedicado à Organização dos Poderes, mais propriamente dentro do estipulado pelo constituinte originário como funções essenciais à Justiça. A Justiça, aqui, não é entendida apenas como um atributo do Poder Judiciário, assumindo um sentido que o envolve juntamente com os demais Poderes do Estado e se lança para além deles, arrastando-os consigo. Daí porque Moreira Neto (1992, p. 92) fala da essencialidade das tais prerrogativas, ou, se se preferir, das funções, na manutenção do Estado Democrático de Direito e na construção do Estado de Justiça, ressaltando que, pela designação constitucional, “elas não podem deixar de existir, com as

⁷ A prerrogativa constitucional da consultoria pode assumir “uma forma de atuar passiva, na qual a função é provocada pelo interessado, e uma forma ativa, na qual é exercida sem provocação, em caráter fiscalizatório” (MOREIRA NETO, 1992, p. 88). Assim como a forma passiva de atuação da prerrogativa constitucional da consultoria imprescindível da organização da carreira e da profissionalização de seus quadros, como condição para o efetivo exercício do controle interno, também a forma ativa de atuação da prerrogativa da consultoria, para dar sentido à determinação constitucional da eficiência do agir administrativo, igualmente pressupõe a existência de um corpo permanente de Procuradores em constante e planejada ação preventiva.

⁸ Voto do Min. Néri da Silveira na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 881-1 (BRASIL, 1997). “A previsão, em sede constitucional, da atuação dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, obrigatoriamente organizados em carreira, radicou na necessidade, verificada durante o funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte, de se garantir às *Unidades Federadas* um corpo jurídico estruturado e bem preparado para as tarefas de orientação jurídica, com isenção e imparcialidade, em defesa da legalidade e da constitucionalidade em todos os contextos de funcionamento da Administração Pública estadual. Esses requisitos constitucionais de investidura, aliados ao caráter efetivo do provimento, asseguram requisitos mínimos de qualificação e independência funcional, além de impessoalidade e tecnicidade com os quais a função deve ser exercida. Afasta-se, assim, desses cargos, a figura dos protegidos políticos, dos pareceres encomendados, da defesa propositadamente deficiente. A preocupação fica ainda mais relevante na área de licitações e contratos. Ora, como admitir a atuação de um comissionado em tais casos? Qual o requisito para a investidura num cargo assim? Não precisa mais que uma assinatura do governador. A mínima experiência de vida demonstra que se um titular de cargo demissível *ad nutum* ‘contrariar interesses’ será, certamente, substituído imediatamente por alguém que se dobre em troca do cargo” (BRASIL, 2013).

características e roupagens orgânicas que lhes são próprias, e nem tolhidas ou prejudicadas no seu exercício”.

À diferença da prerrogativa constitucional da representação, que é facilmente compreendida a partir da perspectiva jurisdicional de Justiça, a prerrogativa constitucional da consultoria se define a partir de uma perspectiva não-jurisdicional. Em quaisquer de suas perspectivas, a Justiça incorpora exigências concretas⁹, não se devendo esperar das funções que lhe são essenciais senão eficiência e independência técnica. É por essa razão que, para não se transmutar em uma arrumação temporária, o Supremo Tribunal Federal ressalta a necessidade de a consultoria jurídica constituir-se num corpo técnico permanente, a exemplo do que também deve ocorrer com a representação judicial. Não é admissível que as prerrogativas constitucionais sejam desempenhadas por terceiros ou por ocupantes de cargos de provimento fiduciário, dos quais não se exige a profissionalização na carreira. É impositivo ainda, na estrutura administrativa unitária da Procuradoria Geral do Estado, assegurar aos Procuradores a possibilidade de optarem pelo exercício da advocacia consultiva ou da postulatória, cada qual organizada em um corpo técnico que não seja provisório, e cujo ingresso deve dar-se de acordo com regras que assegurem a todos iguais oportunidades. Qualquer outra decisão contraria a Constituição Federal de 1988 porque ofende as prerrogativas da carreira de Procurador, cuja indisponibilidade e cuja intransferência, como acima ressaltado, são de há muito proclamadas pela jurisprudência da Suprema Corte.

⁹“A Justiça incorpora exigências concretas de respeito à personalidade de cada homem (como ser absoluto e autônomo) e de todos os homens [...] As exigências concretas da Justiça voltam continuamente à consciência dos homens; realizam-se por um trabalho permanente; transformam o direito em vigor” (MONTORO, 2000, p. 282). Ver Cotta (1985, p. 139-143).

3. Da intransferência e da indisponibilidade

A intransferência é a qualidade de intransferível, o mesmo que inalienabilidade. A intransferência das prerrogativas constitucionais da Advocacia de Estado significa que à Administração é vedado ceder a terceiros as atividades funcionais constitucionalmente imputadas aos Procuradores, salvo a contratação de advogado para o exercício da prerrogativa de representação na excepcionalíssima hipótese de impedimento de todos os Procuradores¹⁰. Indisponibilidade, por sua vez, é a qualidade de indisponível, daquilo de que não se pode dispor. A indisponibilidade das prerrogativas constitucionais da Advocacia de Estado significa que à Administração é imposto o dever de regulamentar as possibilidades de seu exercício de maneira igualitária, uma vez que as atividades funcionais que são constitucionalmente imputadas aos Procuradores, por serem de ordem pública, “não podem, por isso mesmo, comportar exceções nem sofrer derrogações sequer previstas ou autorizadas pelo próprio texto da Lei Fundamental” (BRASIL, 2013).

Tanto a transferência das prerrogativas constitucionais dos Procuradores a terceiros quanto o arranjo não igualitário das possibilidades de seu exercício implicam afronta direta ao art. 132 da Constituição Federal de 1988 e, em consequência, inconstitucionalidade de natureza material. E, como toda afronta direta à Constituição e toda inconstitucionalidade,

¹⁰O Supremo Tribunal Federal, em caráter excepcional, admite que o Estado constitua mandatário *ad judicium* para atuar em causa específica, a despeito da existência de Procuradores do Estado à disposição. Em sentido contrário é o voto do Min. Celso de Mello. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 409-4 (BRASIL, 2009). O precedente do Supremo Tribunal Federal, ao admitir a excepcionalidade do exercício da representação por um terceiro e sempre para causa específica, na verdade é uma confirmação da regra da intransferência.

num regime de Constituição rígida, clamam igualmente por controle. E é da natureza do controle de constitucionalidade a exigibilidade de conduta diversa^{11,12}. Com isso, chega-se ao seguinte raciocínio: se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera a transferência injustificada a terceiros e a disposição das prerrogativas constitucionais dos Procuradores como violações ao art. 132 da Constituição Federal de 1988, não há como não inferir a exigência de que a carreira da Advocacia de Estado seja organizada de modo a não permitir que as prerrogativas dos Procuradores possam ser desempenhadas por terceiros ou por ocupantes de cargos de provimento comissionado, e de modo a não permitir que essas mesmas prerrogativas possam ser tratadas como se fossem cargos de natureza jurídica fiduciária¹³.

4. Da imposição constitucional da organização da carreira

É incontroverso que o art. 132 da Constituição Federal de 1988, a par da pouca relevância da discussão acerca de sua natureza jurídica¹⁴, exige a implementação de medidas necessárias à organização da carreira da Advocacia de Estado. Para Rocha, a Constituição de 1988 define de

¹¹ Ver Crisafulli (1970, p. 90-91).

¹² “Não é só o Judiciário que possui o poder de controlar a constitucionalidade do ato emanado de órgão do Poder Público. Se a última palavra sobre a questão está com os juízes e os tribunais, nada impede, porém, que os outros Poderes também as resolvam, nas esferas de suas atribuições. A diferença entre o controle judicial e a verificação de inconstitucionalidade de outros Poderes reside em que o primeiro é definitivo *hic et nunc*, enquanto a segunda está sujeita a exame posterior pelas Cortes de Justiça” (BRASIL, 1980).

¹³ “Atuando como padrão jurídico fundamental, que se impõe ao Estado, aos governantes e aos governados, as normas constitucionais condicionam todo o sistema jurídico, daí resultando a exigência absoluta de que lhes sejam conformes todos os atos que pretendam produzir efeitos jurídicos dentro do sistema” (DALLARI, 1995, p. 173).

¹⁴ Ver Reale (2000, p. 99).

maneira obrigatória a organização da carreira dos Procuradores do Estado, com a expressa nomeação de seu cargo, bem como com a indicação explícita de suas funções (representação judicial e consultoria jurídica). Nessa carreira, as funções devem ser ordenadas em caráter institucional permanente, não podendo ser detidas pelos Procuradores do Estado senão em regime de exclusividade¹⁵. O caráter vinculante do art. 132 não se restringe, no entanto, ao legislador ordinário, alcançando, em diferente medida, também o administrador público. Desse modo, ambos podem incorrer em descumprimento da Constituição por comportamento omissivo. No caso da Administração Pública, o que se pretende demonstrar daqui em diante é que a omissão em cumprir a imposição do art. 132, regra geral, somam-se comportamentos comissivos, violadores das prerrogativas constitucionais dos Procuradores do Estado.

Não há a menor dúvida de que o exercício por terceiros das prerrogativas constitucionais dos Procuradores do Estado viola o art. 132 da Constituição Federal de 1988. A transferência é violação facilmente demonstrável. Já a disposição é uma violação mais insidiosa, requerendo, para seu desvelar, um esforço argumentativo bem maior. Um padrão de arranjo não igualitário é o tratamento por parte da Administração Pública das prerrogativas constitucionais dos Procuradores do Estado como se fossem cargos de provimento comissionado. Seu *modus operandi* consiste na adoção do “nuto” como critério para a definição da lotação, valendo-se a Administração Pública do “nuto” também como critério para a movimentação funcional. Ora, o “nuto” viola o art. 132 da Constituição Federal de 1988, excluindo a organização da carreira da Advocacia de Estado, porque apenas se harmoniza com cargos de provimento precário

¹⁵ Ver Rocha (1998, p. 24-25).

e transitório, ou seja, cargos que pela sua natureza não se organizam em carreira. Desse modo, por meio da adoção do “nuto”, não são asseguradas a todos os Procuradores iguais oportunidades para opção de exercício das prerrogativas constitucionais. O que significa dizer que, no caso da lotação, não se cogita considerar a ordem de classificação no concurso de ingresso¹⁶, contrariando-se, em consequência, o princípio constitucional da impessoalidade. Mas a violação das prerrogativas pelo critério do “nuto”, como visto, não se cinge à contrariedade à impessoalidade quando da lotação. Com efeito, da mesma maneira que a lotação do Procurador não é orientada por parâmetros imparciais quando definida a partir do “nuto”, assim também a permanência no exercício das prerrogativas não é segura se a movimentação funcional encontra-se sujeita ao “nuto” da autoridade que define a lotação, o que torna o exercício da função essencial à Justiça incompatível com a autonomia funcional característica da Advocacia de Estado.

Não convém dourar a pílula alegando que eventual lotação de um Procurador do Estado em inobservância à ordem de classificação no concurso de ingresso não ocorre por simples “nuto”, mas se realiza pautada pelo sentimento de confiança da autoridade que define a lotação¹⁷. Um Procurador não pode e não deve ser preterido por outro, no que concerne à possibilidade de exercício de suas prerrogativas constitucionais, com base num critério tão subjetivo como o sentimento de confiança. Uma vez que o cargo de Procurador do Estado é de provimento efetivo e sua carreira é de Estado, a Constituição Federal de 1988 exige, por imperativo de racionalidade, que os atos administrativos de lotação se orientem por critérios socialmente controláveis. Ademais, no que concerne ao exercício em si de suas prerrogativas constitucionais, é evidente que um Procurador não pode e não deve sujeitar-se à confiança de outrem como condição de exercício. E assim deve ser porque, além de não deter cargo de provimento fiduciário, ao Procurador do Estado é imputada função essencial à Justiça e ao regime da defesa do interesse público e do controle da legalidade dos atos da Administração Pública estadual, cujo exercício somente é compatível com a plena garantia institucional da autonomia funcional.

Para melhor ilustrar as diferentes formas como pode se dar a violação do art. 132 por meio da disposição das prerrogativas constitucionais dos

¹⁶ A ordem de classificação no concurso de ingresso, que, no somatório dos concursos realizados na carreira, se define como antiguidade, é o exemplo utilizado neste artigo de critério objetivo. Evidentemente que podem existir outros critérios objetivos e que eles podem ser empregados pela Administração Pública para a definição da lotação dos Procuradores do Estado, desde que não se trate da lotação inicial.

¹⁷ “A exclusividade dos Procuradores do Estado para as atividades de consultoria e representação jurídica, entendidas aqui como assessoramento e procuratório judicial, é incompatível com a natureza dos cargos em comissão, que se definem como de estrita confiança da autoridade nomeante” (BRASIL, 2010).

Procuradores do Estado, convém ao menos registrar um exemplo local. No Estado de Santa Catarina, desde o advento da Constituição Federal de 1988, a Administração Pública tem observado a ordem de classificação no concurso de ingresso para a lotação inicial dos Procuradores do Estado nos órgãos de execução da prerrogativa constitucional da representação judicial, sempre com exclusão da consultoria jurídica, como se a atividade típica de Procurador fosse apenas a representação judicial, e a consultoria jurídica fosse uma atividade atípica. Por uma opção administrativa que persiste até os dias de hoje, a lotação na consultoria jurídica, sob o impróprio título de “designação”, ocorre de acordo com o critério do “nuto”. Desse modo, não são asseguradas a todos os Procuradores do Estado de Santa Catarina iguais oportunidades de exercício da prerrogativa da consultoria. Entretanto, a violação da prerrogativa constitucional pelo critério do “nuto” não se cinge à lotação em contrariedade à impessoalidade. Assim como a “designação” do Procurador para o exercício da prerrogativa da consultoria no Estado de Santa Catarina é pautada pela subjetividade, também o tempo de permanência em seu exercício encontra-se sujeito ao “nuto” da autoridade designante. A Lei Complementar nº 317, de 30 de dezembro de 2005, atual Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado, dispõe, em seu art. 7º, inciso II, que compete ao Procurador Geral do Estado designar Procuradores do Estado para o desempenho de funções de consultoria jurídica. Mas não diz só isso. O mesmo dispositivo confere ao Procurador Geral do Estado competência para designar Procuradores do Estado para quaisquer funções de natureza contenciosa, ou não. O que significa dizer que o instituto da designação, nos termos legais, é de emprego geral¹⁸. A rigor, designação é sinônimo de lotação. Mas o que importa mesmo ressaltar é que não há, na lei de 2005, a determinação de um critério para a definição da lotação na consultoria jurídica. Como também não havia nas leis anteriores. A adoção do “nuto” no Estado de Santa Catarina, como critério para a definição da lotação e, em consequência, da permanência, é uma opção administrativa de há muito tempo, que persiste às mudanças legislativas por pura inércia. Fato é que lotação e permanência sujeitáveis ao “nuto” na consultoria jurídica do Estado de Santa Catarina, para muito além de ilegais, são práticas administrativas flagrantemente inconstitucionais, já que submetem uma prerrogativa constitucional essencial à Justiça e inerente à condição de todo Procurador do Estado ao mesmo tratamento destinado a um cargo de provimento comissionado.

¹⁸ Art. 7º, inciso II: “Compete ao Procurador Geral do Estado designar Procurador do Estado para o desempenho de funções de natureza contenciosa ou não, bem como de consultoria jurídica” (BRASIL, 2005).

Em relação à lotação e à movimentação, a adoção do critério do “nuto” por parte da Administração Pública viola o art. 132 da Constituição Federal de 1988, porque contraria o princípio constitucional da impessoalidade e também porque torna incompatível o exercício das prerrogativas constitucionais dos Procuradores do Estado com a autonomia funcional característica da Advocacia de Estado.

5. Do princípio constitucional da impessoalidade

A contrariedade ao princípio constitucional da impessoalidade é manifesta na prática administrativa de adotar o critério do “nuto” para definir a lotação quer na representação judicial, quer na consultoria jurídica, já que resulta em tratamento desigual, sem qualquer justificativa plausível, do conjunto dos Procuradores¹⁹. Ao revés, cumpre ao Estado assegurar a todos os Procuradores a possibilidade do exercício de suas prerrogativas constitucionais de acordo com critérios impessoais, porque, segundo Bacellar Filho (2002, p. 94), “o princípio constitucional da impessoalidade implica, para a Administração Pública, o dever de agir segundo regras objetivas e racionalmente controláveis. Dessa forma, acentua-se a funcionalidade do agir administrativo e concretiza-se o princípio da igualdade”.

Diversos dispositivos constitucionais tratam do princípio da igualdade, sendo que a interpretação mais recorrente do princípio da impessoalidade, insculpido na Constituição Federal de 1988, no *caput* de seu art. 37 e de-

talhado em seus incisos I, II e XXI, não é outra senão a do dever da Administração Pública de destinar a todos um tratamento igualitário, enquanto espécie do gênero. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da igualdade é norma constitucional autoaplicável; vinculante de todas as manifestações do Poder Público em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios; e de duplo aspecto: (a) o da igualdade na lei; e (b) o da igualdade perante a lei. Nesse sentido, “a igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador que, no processo de sua formação, nela não poderá incluir fatores de discriminação responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. A igualdade perante a lei, contudo, pressupondo lei já elaborada, traduz imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório” (BRASIL, 1991).

Para Satta (1989, p. 1), o princípio da impessoalidade “exprime um conceito tão óbvio que chega a ser banal”: em um modelo estatal, regido pela soberania popular, é absolutamente impensável que o aparato por meio do qual a comunidade se organiza possa agir com o propósito de beneficiar a um e de prejudicar a outro. Mello (2000, p.102), ao discorrer sobre o princípio da impessoalidade, ensina que, no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, “se traduz a ideia de que a Administração tem que tratar a todos sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igual-

¹⁹ O princípio da igualdade não significa absoluta paridade de tratamento. Circunstâncias diversas autorizam disciplinas diferentes. Mas jamais se pode admitir, num regime de Constituição rígida, tratamentos desiguais sem qualquer justificativa plausível (“discriminazioni arbitrarie”) (MARTINES, 2007, p. 352-353).

dade. Assim como ‘todos são iguais perante a lei’ (art. 5º, *caput*), *a fortiori* têm de sê-lo perante a Administração”²⁰. Da mesma forma que o princípio da igualdade, que se constitui em gênero, o princípio da impessoalidade é norma constitucional autoaplicável, insuscetível, portanto, de regulamentação ou complementação, e vinculante de todos os critérios a serem adotados pela Administração Pública quando da aplicação da lei.

Não há como negar que o “nuto” é o mais subjetivo dos critérios de decisão, inconcordável com o princípio constitucional da impessoalidade. Não é por outra razão que se pode dizer que, pelo critério do “nuto”, a Administração Pública transmuta a natureza jurídica do ato administrativo que deveria ser a lotação do Procurador do Estado no quadro de carreira em algo similar ao provimento de um cargo comissionado, utilizando-se impropriamente do instituto da designação. Tudo isto em expressa violação do art. 132. Por outro lado, segundo Maia e Queiroz (2007, p. 229-230), a lotação de acordo com a ordem de classificação no concurso de ingresso, além de privilegiar os candidatos, em tese, mais bem preparados, traduz um critério eminentemente objetivo, evitando que a Administração Pública quebre o princípio constitucional da impessoalidade, seja beneficiando um candidato com classificação inferior por motivo de interesse privado, seja evitando a perseguição de um outro candidato com a imposição arbitrária de sua lotação. De fato, “seria incoerente respeitar as nomeações pela ordem de classificação e, de outra banda, não se respeitar essa mesma ordem para a escolha das lotações iniciais”. Assim, “o direito subjetivo de o candidato escolher sua lotação inicial em conformidade com a ordem de classificação

deflui da própria Constituição Federal de 1988, sendo uma decorrência lógica do princípio proibitivo da quebra da ordem de classificação dos aprovados (arts. 37, IV, 93, I, e 129, § 1º), bem como dos princípios da moralidade e da impessoalidade”.

6. Da autonomia funcional

De acordo com Bruni e Palatiello, não integrando a hierarquia burocrática, porque considerada uma instituição de colaboração – contenciosa e consultiva – de toda a Administração Pública, é fora de discussão a independência e a autonomia funcional, de ordem técnico-profissional, de que goza a Advocacia de Estado²¹. Também é fora de discussão que ao Estado cumpre garantir aos Procuradores as condições institucionais para que suas prerrogativas constitucionais possam ser exercidas com independência técnica, sujeitas apenas aos princípios da legalidade, da moralidade e da indisponibilidade do interesse público. Como essas duas assertivas são conexas entre si, a premissa que daí decorre é que somente no contexto de garantia institucional tem sentido falar da autonomia funcional.

É oportuno abrir um parêntese para esclarecer que interesse público é a dimensão pública dos interesses dos indivíduos delimitada historicamente pela ordem constitucional, conformando-se num interesse comum a todos. É interesse que cumpre ao Estado resguardar e promover^{22,23}. No entanto, “é um erro supor que, sendo o interesse público interesse do Estado, todo e qualquer interesse do Estado seria *ipso*

²¹ Ver Bruni e Palatiello (2011, p. 38).

²² Ver Pereira (2003, p. 43-44).

²³ “Interesse público é a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade (entificada juridicamente no Estado)” (MELLO, 2000, p. 58).

²⁰ Sobre “l’imparzialità dell’azione amministrativa”, ver Vergottini (2006, p. 561-562); Cassese (2009, p. 13).

facto um interesse público” (MELLO, 2000, p. 60). Em outras palavras, é um erro supor que quaisquer interesses da entidade que representa o todo se identifica com o interesse público, porque o Estado pode ter, legítima ou ilegitimamente, interesses que lhe são particulares. Os interesses particulares do Estado, à diferença do que ocorre com os dos indivíduos, só são legítimos se servem de instrumento à realização do interesse público em sua acepção primária. Nessa medida, os interesses particulares legítimos do Estado são qualificados como interesses públicos secundários²⁴ (ALESSI, 1953, p. 151-153). Já os interesses ilegítimos do Estado são interesses particulares divorciados do interesse público. Não é por outra razão que indisponível deve ser apenas o interesse público entendido em sua acepção primária. O interesse público secundário do Estado deve ser considerado disponível na medida da legalidade. E os interesses particulares ilegítimos do Estado, a exemplo da recusa em responder pela lesão causada a terceiros, ou a resistência em corrigir monetariamente débitos em atraso, são verdadeiros caprichos da Administração. Nesse último caso, nem tem sentido falar de disponibilidade na medida da legalidade, porquanto “tal proceder, não obstante seja comum, é fruto de uma falsa compreensão do dever administrativo ou resultado de ignorância jurídica”²⁵ (MELLO, 2000, p. 65).

Fechado o parêntese, é chegada a hora de enfrentar a afirmação da incompatibilidade do exercício das prerrogativas constitucionais com a autonomia funcional inerente à Advocacia de Estado quando sujeito ao “nuto” da autoridade que designa a lotação. Como anteriormente afirmado, pela dinâmica da carreira ou por interesse público, a lotação dos Procuradores do Estado não é definitiva, mesmo quando orientada sua designação por critérios objetivos, daí porque também é imperiosa, quando da implementação das medidas necessárias à organização da carreira, a adoção de critérios que possibilitem demonstrar objetivamente a necessidade da movimentação funcional. Ainda que se argumente que o Procurador designado, quer para o exercício da prerrogativa da representação, quer para o da consultoria, de acordo com o critério do “nuto”, é titular de um cargo de provimento efetivo, o fato é que, se a permanência no exercício da prerrogativa constitucional a que foi designado sujeita-se à fidúcia, além de não integrar um corpo jurídico permanentemente estruturado, o Procurador termina por não ter garantida sua autonomia funcional, já que, na prática, é “demissível” *ad nutum*. Não é demais reafirmar que, pela imposição constitucional do art. 132, é vedado à Administração Pública

²⁴ Sobre a ponderação entre interesses públicos secundários à luz do interesse público primário, ver Giannini (1993, p. 48-51).

²⁵ Sobre o conceito de “interesse alla buona amministrazione”, ver Falzone (1953, p. 147).

tratar a prerrogativa da representação e a prerrogativa da consultoria do Procurador do Estado como se fossem cargos de natureza fiduciária.

De acordo com decisão plenária do Supremo Tribunal Federal e, no particular, unânime, no exercício de suas prerrogativas constitucionais, apenas o Procurador Geral do Estado e seu substituto legal são titulares de cargo de provimento comissionado. O que significa dizer que sequer os cargos de Procurador Chefe do Contencioso e da Consultoria Jurídica podem ser de livre nomeação e exoneração pelo Governador do Estado. Assim, se as atribuições do Procurador Chefe são idênticas às dos demais Procuradores do Estado, apenas com a diferença de ser responsável por coordenar o trabalho do restante da equipe de Procuradores, o que a Suprema Corte não tolera é a existência de cargos fiduciários na estrutura da Procuradoria Geral do Estado, porque não se prestam os Procuradores às atribuições de direção, chefia, nem mesmo de assessoramento transitório e precário do Governador do Estado (BRASIL, 2009). Em outras palavras, não admitindo o Supremo Tribunal Federal que sequer o cargo de Procurador Chefe seja de provimento comissionado, absolutamente nada justifica que os demais Procuradores do Estado sujeitem-se ao “nuto” para poder exercer suas prerrogativas, a não ser que se faça “letra morta” da essencialidade de sua função à Justiça.

Quando a permanência no exercício das prerrogativas da carreira de Procurador do Estado encontra-se subjugada pelo “nuto”, não há que se falar em sua garantia institucional. E é exatamente no contexto em que não se pode falar da garantia institucional das prerrogativas da carreira que a autonomia funcional se fragiliza, em prejuízo, entre outros bens sociais, da defesa técnica e do controle da legalidade. Se é certo que o cargo de Procurador do Estado, pela essencialidade de suas prerrogativas à Justiça, não pode ser de provimento comissionado, é igualmente certo que seu trato administrativo, como se fiduciário fosse, importa em grave atentado contra a Constituição Federal de 1988 e sua ordem de valores.

7. Considerações finais

A representação institucional do Estado-membro em juízo e a consultoria jurídica são prerrogativas de índole constitucional outorgadas, com exclusividade, a todos os Procuradores do Estado, operando a Constituição Federal de 1988, em seu art. 132, uma inextinguível imputação de duas específicas atividades funcionais essenciais à Justiça. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, “essas prerrogativas institucionais, que são de ordem pública, encontram assento na Constituição Federal. Não podem, por isso mesmo, comportar exceções nem sofrer derrogações sequer previstas ou autorizadas pelo próprio texto da Lei Fundamental”

(BRASIL, 2013). A dimensão impositiva da Constituição, portanto, impede que as prerrogativas da carreira de Procurador do Estado se sujeitem a um disciplinamento que não seja de natureza geral ou que sofram derrogações pela vontade da Administração Pública. Desse modo, seja por força de lei, seja em decorrência de prática reiterada, nada disso pode afastar os Procuradores do Estado das possibilidades de exercício de suas prerrogativas, já que elas lhes são constitucionalmente indisponíveis para a promoção e o resguardo do interesse público e para o controle interno e a fiscalização da legalidade dos atos da Administração Pública estadual. Com efeito, enquanto conteúdo de uma carreira de Estado, as prerrogativas constitucionais dos Procuradores do Estado são indispensáveis à funcionalidade do Estado enquanto Estado de Direito.

Da mesma forma que a prerrogativa constitucional da representação, a prerrogativa constitucional da consultoria é atividade funcional inderrogavelmente imputada a todos os Procuradores do Estado. Para a garantia do acesso de todos os Procuradores do Estado às possibilidades de exercício de suas prerrogativas constitucionais, cumpre à Administração Pública, quando da implementação das medidas necessárias à organização da carreira, a adoção de um critério objetivo para a definição da lotação. Isto significa que a ordem de classificação no concurso de ingresso deve ser o critério a ser considerado pela Administração Pública, desde a nomeação ou desde a vacância do cargo, em não sendo a lotação inicial. Logo, viola a Administração Pública a Constituição Federal de 1988 quando por meio do “nuto” discrimina negativamente o acesso do conjunto dos Procuradores às possibilidades de exercício do conteúdo normativo do art. 132. Trata-se da violação da Constituição Federal de 1988 pela inobservância do princípio da impessoalidade. Além disso, para a garantia da autonomia funcional, cumpre à Administração Pública, quando da implementação das medidas necessárias à organização da carreira, a adoção de critérios que possibilitem demonstrar objetivamente a necessidade da movimentação funcional. O “nuto”, como condição de exercício das prerrogativas constitucionais, não só gera um constrangimento para a autonomia funcional, mas produz um verdadeiro empecilho para sua garantia institucional. Ao contrário do que determina o art. 132, a opção administrativa pelo “nuto” tem o condão de desorganizar a carreira da Advocacia de Estado, de atentar contra as prerrogativas constitucionais dos Procuradores do Estado consideradas essenciais à Justiça e de impedir a profissionalização de seus quadros e a especialização de sua atividade. Ao invés do “nuto”, o que deve presidir as decisões administrativas sobre as lotações e as movimentações funcionais dos Procuradores do Estado é o compromisso, verdadeiramente democrático, com a aplicação imparcial de critérios objetivos, previsíveis e racionalmente controláveis.

Referências

- ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*. Milano: Giuffrè, 1953.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Profissionalização da Função Pública*. Madrid: INAP, 2002.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação n. 980/SP. Relator: Ministro Moreira Alves. DJ, 21 nov. 1979. *Diário da Justiça*, 19 set. 1980.
- _____. (Constituição 1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 fev. 2015.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 409 AgR/AC – ACRE. DJ, 18 abr. 1990. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, 29 jun. 1990.
- _____. Mandado de injunção n. 58/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 14 dez. 1990. *Diário da Justiça*, 19 abr. 1991.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 881-1 MC/ES. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 2 ago. 1993. *Diário da Justiça*, 25 abr. 1997.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 470-1. Relator: Ministro Ilmar Galvão. DJ, 1º jul. 2002. *Diário da Justiça*, 11 out. 2002.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1.679-7. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ, 8 out. 2003. *Diário da Justiça*, 21 nov. 2003.
- _____. Lei complementar n. 317, de 30 de dezembro de 2005. Dispõe sobre a organização e o funcionamento da Procuradoria Geral do Estado, o regime jurídico dos Procuradores do Estado e estabelece outras providências. *Diário Oficial*, 30 dez. 2005.
- _____. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2682/AP – AMAPÁ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJ, 12 fev. 2009. *Diário da Justiça Eletrônico*, 19 jun. 2009.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 4.261 – Rondônia. Relator: Ministro Ayres Britto. DJ, 2 ago. 2010. *Supremo Tribunal Federal*, 20 ago. 2010.
- _____. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n. 4.843. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ, 6 fev. 2013. *Diário da Justiça Eletrônico*, 13 mar. 2013. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23076729/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4843-df-stf>>. Acesso em: 23 fev. 2015.
- BOBBIO, Norberto. *Il Futuro della Democrazia*. Torino: Einaudi, 1995.
- _____. *Liberalismo e Democrazia*. Milano: Simonelli, 2006.
- BRUNI, Alessandra; PALATIELLO, Giovanni. *La Difesa dello Stato nel Processo*. Torino: UTET, 2011.
- CASSESE, Sabino. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 2009.
- COTTA, Sergio. *Il Diritto nell'Esistenza: Linee di Ontofenomenologia Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1985.
- CRISAFULLI, Vezio. *Lezioni di Diritto Costituzionale: Introduzione al Diritto Costituzionale Italiano*. Padova: CEDAM, 1970.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FALZONE, Guido. *Il Dovere di Buona Amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1953.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1993. v. 1.
- MAIA, Márcio Barbosa; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. *O regime jurídico do concurso público e o seu controle jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

- MANZARI, Giuseppe. *Avvocatura dello Stato*. In: SACCO, Rodolfo (Org.). *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1987.
- MARTINES, Temistocle. *Diritto Costituzionale*. Milano: Giuffrè, 2007.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 116, p.79-102, out./dez. 1992.
- PAVONE, Pietro. *Lo Stato in Giudizio: Enti Pubblici ed Avvocatura dello Stato*. Milano: Giuffrè, 2002.
- PEREIRA, Hélio do Valle. *Manual da fazenda pública em juízo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Reforma administrativa: o novo regime constitucional do procurador do estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 49/50, p.15-36, jan./dez. 1998.
- SATTA, Filippo. Imparzialità della Pubblica Amministrazione. In: LANFRANCHI, Lucio (Org.). *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Roma: Treccani, 1989. v. 15.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. A função Social do Procurador do Estado. *Justiça & Democracia: revista de informação e debates da associação juizes para a democracia*, São Paulo, v. 3, p.103-108, 1997.
- VERGOTTINI, Giuseppe de. *Diritto Costituzionale*. Padova: CEDAM, 2006.