



REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

JANEIRO MARÇO 1993 • ANO 30 • Nº 117

Advocacia de Estado: Posição Institucional

MÁRIO BERNARDO SESTA

Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.
Diretor da Escola Superior de Advocacia de
Estado do Rio Grande do Sul

A Constituição Federal de 1988 inovou, em matéria de particular relevância, no que respeita à tutela legal do interesse público, ao adotar *radical constitucional específico* para a Advocacia de Estado, tanto em nível da União (art. 131), quanto dos Estados e do Distrito Federal (art. 132).

Até então, especificamente no que respeita à União, as duas facetas, igualmente relevantes, da custódia do interesse público, uma sob o enfoque do Estado, outra sob o enfoque da Sociedade, vinham sendo cometidas cumulativamente ao Ministério Público, como ainda ocorre em alguns países¹.

1 A Constituição Imperial de 1824, no seu art. 48, menciona o *Procurador da Coroa e Soberania Nacional*, competente para o exercício cumulativo das funções da Advocacia de Estado e da acusação pública, como se depreende das disposições expressas do Decreto nº 5.618, de 2 de maio de 1874, que regulamentava as "Relações" (Tribunais) do Império (art. 19). O advento da República determinou a mudança da denominação daquele órgão para *Procurador-Geral da República* (CF/1891, art. 58, § 2º), mantido o mesmo complexo de competências. Durante a 1ª República, a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, dispoendo sobre a organização da Justiça Federal, regulava expressamente a competência do Ministério Público como órgão da Advocacia de Estado (art. 28) bem como sua competência em matéria criminal (art. 33). A mesma linha organizativa foi mantida em consolidação da Legislação referente a Justiça Federal, efetivada pelo Decreto nº 3.084, de 5 de novembro de 1898, conforme consta dos arts. 11, 123 e 124. Em 1937, o Decreto-Lei nº 6, de 16 de novembro, definiu os "Procuradores da República" como *Advogados de Estado* (art. 17). Em 1938, o Decreto-Lei nº 986, de 27 de dezembro, novamente definiu o Ministério Público como órgão da Advocacia de Estado (arts. 6º e 9º, I). A Constituição Federal de 1946 previa
(Continua)

O delinear-se progressivo de um perfil mais democrático da atividade administrativa, e de sua estruturação, foi impondo, entre os princípios inerentes à dogmática organizacional do Estado contemporâneo, especial atenção a seu caráter liminarmente jurídico.

De outra parte, dia-a-dia, avulta, não só em termos de grandeza quantitativa, como também em termos de complexidade e não menos de repercussão social e econômica, o espaço pertinente ao interesse público enquanto interesse do Estado, e, coerentemente, a relevância do aconselhamento jurídico e patrocínio desse mesmo interesse em juízo.

O despertar da consciência de um novo patamar de exigências estruturais do Estado democrático sublinhou as peculiaridades, especialmente daquele patrocínio, orientando o legislador constituinte a que buscasse, nos melhores exemplos do direito comparado e na própria tradição jurídica luso-brasileira, a inspiração para institucionalizar o que hoje se chama de *Advocacia de Estado*.

Tendo em vista que o Ministério Público brasileiro desenvolveu-se quase exclusivamente em torno das funções acusatória e fiscalizadora, herdadas do hoje superado *modelo francês*, nascido, menos da Revolução de 1789, do que do Império Napoleônico, a mencionada cumulação de atribuições resultava prejudicial à tutela conjugada do interesse público, em detrimento dos interesses estatais, não menos essenciais que os da sociedade, em relação às exigências da ordem jurídica, e, por sua amplitude e expressão, certamente mais sensíveis, em relação às exigências de uma ordem jurídica *democrática*².

O Estado contemporâneo, independentemente do modelo social, econômico e até político, atua, quando menos através do simples poder de polícia, desde as questões postas em termos de escala, envolvendo interes-

(Continuação da nota 1)

expressamente a competência do Ministério Público como órgão da Advocacia de Estado (art. 126, § único). Idem a Lei Federal nº 1.341, de 30 de janeiro de 1951 (Lei Orgânica do Ministério Público da União — arts. 30, I; 37 e 38, I). Idem as Constituições Federais de 1967 (art. 138, § 2º) e de 1969 (art. 95, § 2º). Só a Constituição Federal de 1988, ao instituir a "Advocacia Geral da União" (art. 131) dividiu o exercício da Advocacia de Estado da custódia da lei e da acusação pública.

2 Essa preocupação transparece no Decreto-Lei nº 2.590, de 17 de setembro de 1940, que alterou a redação do art. 33, do Decreto-Lei nº 988, de 27 de dezembro de 1938, para dizer que: "Os Promotores de Justiça que mostrarem desídia ou descaso na defesa dos interesses da União, mediante representação fundamentada dos Procuradores Regionais, poderão ser dispensados das funções do Ministério Público Federal por portaria do Procurador-Geral, sem prejuízo de outras sanções em que incorrerem. No caso de dispensa, as causas a seu cargo serão confiadas ao Promotor da Comarca mais próxima, ou passarão diretamente aos Procuradores Regionais, se na Comarca não houver outro Promotor, conforme for julgado mais conveniente pelo Procurador-Geral da República".

ses mensuráveis na mesma escala, até as filigranas situadas no limiar da intimidade individual.

O conjunto e, especialmente, a relevância dos interesses estatais, todos, por definição, imersos no universo jurídico, por que todos tecnicamente pertinentes à categoria dos interesses administrados, por certo constituem-se, hoje, na faceta *mais sensível* da tutela do interesse público.

Tendo, assim, 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 estadual³, 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, a atividade institucional originária*, isto é, a tutela do interesse público naquilo que diz respeito com os interesses do Estado⁴, 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"⁵.

3 No Rio Grande do Sul, já a Constituição de 1967 previa a existência da então chamada "Consultoria-Geral do Estado", cujas atribuições incluíam a "defesa dos interesses do Estado em juízo", bem como a "assistência judiciária aos órgãos da administração estadual e aos Municípios" (art. 66, a e b; este dispositivo foi implementado pela Lei Estadual nº 5.896, de 23 de dezembro de 1969, em razão do comando expresso no art. 229, das "Disposições Transitórias", da mesma Constituição); a Constituição Estadual de 1970, repetiu o dispositivo em seu art. 87; posteriormente, a Emenda Constitucional nº 10, de 11 de dezembro de 1979, de autoria do Deputado Guido Moesch, alterou a denominação do órgão para "Procuradoria-Geral do Estado". Desde a Constituição Estadual de 1967, o chefe do Ministério Público Estadual vinha designado como "Procurador-Geral da Justiça" (art. 126), designação essa mantida nas Constituições subsequentes (CE/69, art. 78; CE/69, art. 108).

4 Na Itália, a defesa judicial dos interesses do Estado compete a "Avvocatura dello Stato", distinta do Ministério Público, instituída pelo RD nº 2.914, de 16 de janeiro de 1876, como "Avvocatura Erariale", tendo recebido a atual denominação por força do RD nº 1.483, de 20 de novembro de 1930.

5 "Com efeito, o Ministério Público constitui uma instituição apegada aos problemas da Justiça tradicional. Ora, nesta não se inserem com clareza e absoluta definição os que dizem respeito aos direitos e interesses coletivos, motivo pelo qual o Ministério Público teria imensas dificuldades para ajustar-se a essas funções novas e tão diferentes das que lhe são normalmente atribuídas".

"O *Parquet*, na verdade, encontra-se aparelhado, em todo o mundo, para fazer frente à criminalidade tradicional, de feição tipicamente individual e revestida de pouca complexidade. Não está, porém, preparado para enfrentar delitos de maior vulto e infinitamente mais complexos, tais como aqueles que envolvem problemas religiosos, étnicos e sociais, referentes a grupos, classes, comunidades. Quando se pensa em crimes que são praticados por ou em sociedades anônimas,

(Continua)

A superação do absolutismo e a progressiva impessoalização do interesse estatal, que se veio a chamar de *interesse público*, está na base, não só das origens do Ministério Público, mas principalmente, pois aquela instituição surgiu a partir da Advocacia de Estado, daquilo que poderíamos denominar de gradativa institucionalização desta última função estatal.

Por isso que a evolução histórica da Advocacia de Estado, a partir dos *les gens du roi* até hoje, nada mais é do que a evolução das instituições estatais, do absolutismo ao Estado Democrático social contemporâneo⁶. Essa circunstância dá a marca fundamental das relações da Advocacia de Estado, e de seus agentes, tanto com os interesses que lhes incumbem aconselhar e patrocinar judicialmente, quanto com os órgãos e agentes incumbidos da gestão de tais interesses, sejam "condutores políticos", na versão de CIRNE LIMA, sejam "servidores".

(Continuação da nota 5)

bancos, monopólios abusivos, quando se cogita de fraudes alimentares e publicitárias, de poluição da mais variada espécie, enfim, quando se foge do esquema clássico, o Ministério Público encontra-se praticamente manietado, sem condições e forças para agir. Dificilmente seria o porta-voz dos grupos, das classes, das coletividades, para a defesa dos interesses dos mesmos."

"No campo civil o mesmo fenômeno ocorre, desde que o Ministério Público tem nele participação muito limitada, intervindo, principalmente, em casos da família e de estado das pessoas. E, em grande parte deles, atua como *custos legis*, sendo muito reduzida sua intervenção no processo civil, como parte principal, circunstâncias que tornariam quase inoperante e ineficaz seu posicionamento como defensor dos direitos coletivos" (cf. WALDEMAR MARIZ DE OLIVEIRA, in "Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos, *apud* A Tutela dos Interesses Difusos", Max Limonad, SP, 1ª ed., 1984, p. 18).

Observe-se que PONTES DE MIRANDA, já ao comentar a CF/46, particularmente os arts. 125 a 128, pertinentes ao Ministério Público, enumerava, dentre as atitudes doutrinárias "que se nos deparam nos nossos dias", as seguintes:

(a) a dos que reputam o Ministério Público duplicação supérflua, inútil, dispendiosa, ao lado dos magistrados a que se atribuíam funções de julgamento de ofício, hoje minguadas; (b) a dos que só o explicam como fato psicológico de desconfiança da magistratura, e foi devido, em sua origem francesa, porém não em sua origem luso-brasileira, elemento político; (c) a dos que lhe querem a conservação como corpo autônomo ao mesmo lado mas diferente da magistratura ligada mas independente do Poder Executivo. Representante da lei, dizem os penúltimos; e não no Poder Executivo, aditam os últimos." (In *Comentário à Constituição de 1946*, Ed. Borsoi, RJ, 3ª ed., 1960, t. III, p. 493.)

6 Entendemos que a distinção dos agentes públicos em *condutores políticos* e *servidores públicos* (CIRNE LIMA, Ruy; "Princípios de Direito Administrativo, Livraria Sulina Editora P.A., 4ª ed.; 1964, p. 163), em que pese à sua importância na história do direito público brasileiro e suas virtualidades como fator elucidativo da matéria a que diz respeito, não corresponde mais à realidade. Atualmente, parece-nos mais apropriado classificar os *agentes públicos* em *agentes de existência necessária* e *agentes de existência possível*; os primeiros correspondem aos *agentes institucionais*, uns providos pela via eleitoral, outros mediante concurso público; os segundos correspondem aos *servidores públicos* em sentido próprio ou *agentes administrativos*.

A evolução do Ministério Público não foi linear como a da Advocacia de Estado e a ruptura que sofreu com a Revolução Francesa, da qual guarda a marca indelével, comprometer-lhe justamente na França, a independência funcional⁷.

E, sob esse aspecto, a Constituição Brasileira de 1988 delineou sobre o legado lusitano, melhormente afeiçoado pela distinção institucional creditável ao modelo italiano, um traço de alta relevância, perfeitamente apto a caracterizar o *modelo brasileiro de tutela do interesse público, na medida em que (a) distinguiu a custódia da lei, combinada com a acusação pública, tanto da Advocacia de Estado, quanto da Defensoria Pública; (b) conferiu, igualmente, a hierarquia de órgãos de Estado às instituições incumbidas daquelas atividades, definidas como "funções essenciais à Justiça"; e (c) investiu constitucionalmente os respectivos agentes nas funções correspondentes.*

Procedida essa divisão e expresso, conseqüentemente, radical constitucional específico à Advocacia de Estado, impõem-se traçar-lhe o exato perfil, aclarando algumas nuances relativas ao posicionamento do Advogado no contexto administrativo e no contexto institucional do Estado.

A Advocacia de Estado, antes de mais nada, distingue-se da Advocacia comum, seja no seu aspecto consultivo, seja no seu aspecto contencioso. Essa distinção 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.

O trato do interesse público e, mais especificamente o trato jurídico desse interesse, apresenta, como decorrência fundamental do fato de ser ele, por natureza, um *interesse administrado*, a característica de que, entre o objetivo final do agente e sua vontade (do agente), está, não o seu interesse (do agente ou administrador), mas o interesse abstrato da coletividade, tutelado pelas diretrizes que dimanam da Constituição e das leis.

Essa distinção entre os atos de senhorio e os de administrador interfere não só na atuação do administrador diante da coisa pública, mas também na atuação do Advogado que aconselha ou patrocina judicialmente o interesse público, e mais, nas relações institucionais e administrativas que se hão de estabelecer entre o administrador e o Advogado do interesse público.

7 O Ministério Público francês obedece ao princípio segundo o qual "la plume est serve mais la parole est libre", o que significa que os membros do *Parquet* dizem o que entendem mas são obrigados, nas intervenções escritas, a acatar a orientação de seus superiores (cf. HELIO TORNAGHI, *Instituições de Processo Penal, Forense*, Rio, 1ª ed., 1969, vol. III, p. 143, nº 14).

Assim tal qual o administrador não pode dispor da coisa pública como se sua fosse, assim também o Advogado do Estado guarda, em relação ao interesse público, aconselhado ou judicialmente patrocinado, um grau muito menor de disponibilidade.

Mas não é só: a própria relação entre o administrador da coisa pública e o Advogado do Estado difere, essencialmente, das relações comuns entre Advogados e constituintes, pelo fato já referido, de que, no caso, o interesse em tela é indisponível *também para o constituinte*, que é mero agente da coletividade. Aliás, efetivamente, *o constituinte é a coletividade*, razão pela qual a investidura do Advogado deve decorrer de instância institucional, indisponível para o administrador.

Quer do ponto de vista da evolução histórica da instituição, quer do ponto de vista das implicações de natureza técnica relativas à sua organização e funcionamento, poderíamos avançar uma *noção de Advocacia de Estado*, descrevendo-a como atividade pertinente ao patrocínio judicial e ao aconselhamento jurídico do interesse público, exercida por agentes especificamente investidos nas respectivas funções, em nível institucional.

A *Advocacia de Estado*, enquanto modalidade diferenciada da *Advocacia* e enquanto atividade diferenciada no contexto da ação estatal, distingue-se por duas características fundamentais.

Primeira delas, o seu *objeto* que, como já se disse e repetiu, é patrocínio judicial e o aconselhamento jurídico do interesse público; *segunda*, a modalidade de investidura de seus agentes que é, em razão da *natureza* mesma do seu objeto, estabelecida necessariamente em nível institucional.

Quando se fala de que o *objeto* da *Advocacia de Estado* é a tutela do interesse público, está-se a referir, naturalmente e em *primeiro lugar*, o *interesse do Estado*, que, numa estrutura federativa ou descentralizada, vem a corresponder ao interesse das chamadas "pessoas administrativas necessárias".

A natureza específica desse interesse, do interesse do Estado, a par de sua indisponibilidade, revela, profundamente, as marcas inerentes aos *fins do Estado*, enquanto organização política da sociedade.

Assim, quando se fala no interesse do Estado, a palavra *interesse* assume conotações muito especiais porque *esse* interesse distingue-se profundamente daquilo que comumente se denomina de interesse *particular* ou *privado*. Aliás, o *privatum* é o universo próprio do interesse. Mesmo naquelas ocasiões em que o Estado intervém despido de sua condição de *imperium*, o "interesse estatal", ainda que tratado ou expresso através de organismos estruturados segundo as normas ou modelos de direito privado, não se confunde com o *interesse privado* em sentido próprio, com as im-

plicações que lhe são conaturais e consentâneas com o universo do *privatum*, que lhe é peculiar.

O interesse do Estado manifestado, quer através de seus órgãos máximos, expressivos da soberania, quer através de todo complexo de órgãos de sua administração direta, quer, inclusive, através da vasta gama dos *órgãos da chamada administração descentralizada, mesmo aqueles organizados com base no formulário peculiar ao direito privado, é, nada mais e nada menos, do que a realização da Justiça, visualizada de acordo com as concepções filosóficas e políticas, explícita ou implicitamente adotadas pela ordem institucional correspondente.*

É por essa razão, por ser o interesse do Estado a realização da Justiça, que sua tutela jurídica, tanto no patrocínio judicial quanto no aconselhamento preventivo, é *atividade "essencial à Justiça"*.

Foi extremamente feliz o constituinte brasileiro ao inserir a Advocacia de Estado entre as ditas "funções essenciais à Justiça", de que trata o Capítulo IV, do Título IV, este tratando da "Organização dos Poderes", da Constituição Federal de 1988, por ter sido sensível à sobredita característica daquela tutela.

Como já se pode concluir, do que se disse a respeito do interesse público, enquanto interesse estatal, fica claro que abrange *todas as facetas* que esse mesmo interesse apresenta, levada em conta a complexidade estrutural do Estado contemporâneo, que se desdobra, desde as superestruturas institucionais, passando pelas estruturas tipicamente publicísticas e espalhando-se, na periferia, em estruturas organizadas com base no formulário de direito privado.

Em outras palavras, sabe-se perfeitamente que, em qualquer país contemporâneo razoavelmente desenvolvido, independentemente do modelo sócio-econômico e político adotado, a estrutura estatal, como um todo, cujo interesse é necessariamente sincrônico com o respectivo núcleo organizativo-gravitacional, inclui não só o interesse da estrutura do chamado "Poder Executivo", ao qual compete a *apresentação do Estado*, como ainda dos demais "Poderes"; abrange o interesse das autarquias, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das fundações sob controle estatal. Poder-se-ia até entender, sem nenhuma demasia, que a abrangência conceitual do interesse estatal transcende o complexo estrutural pertinente ou diretamente subordinado ao Estado, para incluir também o das instituições privadas que, por delegação, permissão, concessão ou contrato prestam serviços públicos, ao menos naquilo que pertina ao universo do *publicum*.

A impregnação jurídica do Estado contemporâneo, enquanto processo institucional, é tão marcante que enseja, modalidades, *qualitativamente* distintas, de atuação do Advogado em relação aos diversos aspectos estruturais e dinâmicos daquela realidade.

Nessa linha, faz-se necessário, distinguir quatro situações funcionais possíveis: (a) o Advogado *no* Estado; (b) o Advogado *no* Governo; (c) o Advogado *do* Estado; (d) o Advogado *do* Governo.

Num primeiro plano, deparamos com a salutar presença de Advogados dispostos em diversos pontos da malha administrativa, prestando *assessoramento jurídico*. Dito assessoramento objetiva instrumentalizar a decisão administrativa, tendo em vista mantê-la adstrita às balizas legais e constitucionais que consignam o contorno do regime de legalidade tutelar do interesse público. Tal assessoramento não tem efeito vinculativo para o administrador, nem expressa a chamada "vontade do Estado", conquanto possa, em determinadas circunstâncias, acarretar-lhe a responsabilidade.

Normalmente, tais Advogados estão inseridos no contexto administrativo sob o regime próprio do serviço público, titulando cargos de provimento efetivo, nomeados mediante concurso público, embora nada impeça serem providos mediante comissionamento e, não raro, vamos até encontrá-los admitidos mediante contrato.

Nesse mesmo nível de exigência institucional (de conveniência), podemos ainda distinguir, sempre no campo da atividade exclusivamente consultiva, o papel do Advogado *no* Estado do papel do Advogado *do* Governo; o primeiro, como se disse, despido de qualquer conotação política, constitui-se num agente administrativo, graduado em Direito, que se situa, orgânicamente ou não, no contexto da administração estatal, para atender à *conveniência administrativa*, em face do regime de legalidade peculiar à administração pública; o segundo, igualmente limitado ao nível do assessoramento, atende ao desiderato da *conveniência administrativa*, combinado com o da *conveniência política*.

Nada mais razoável do que determinada administração, tendo em vista as diretrizes, decorrentes do programa partidário ou da ideologia que o informa, ou mesmo, os compromissos pertinentes ao processo de sua investidura, querer assessorar-se juridicamente, com vistas a que as opções políticas de sua atuação permaneçam dentro dos limites das respectivas possibilidades jurídicas. Isso posto, pode dizer-se dos Advogados no Governo que são Advogados *no* Estado, com sobrecharacterização político-partidária.

O que distingue melhormente o Advogado *no* Governo é sua investidura que, normalmente, é de caráter político. Tenha-se, porém, presente que a atividade do Advogado *no* Governo não é política no sentido de que pertina ao contexto institucional do país; político é o critério de sua investidura, que se concretiza, de regra, através do comissionamento.

Desses Advogados na Administração e no Governo distinguem-se, fundamental e qualitativamente, os Advogados do Estado, também designados como Procuradores do Estado⁸.

Quando se fala em Advogado do Estado ou, mais apropriadamente, Procurador do Estado, não se está a referir a presença de bacharéis em direito enquanto agentes administrativos, inseridos na textura da administração para assessorar o administrador, com vistas a manter-se dentro dos parâmetros jurídicos apropriados.

O Advogado do Estado responde a um desiderato bem mais complexo, que compromete o próprio perfil estrutural do Estado de Direito Democrático⁹.

Não se trata, nesse caso, como se disse, tão só de assegurar minimamente a juridicidade liminar de toda a atividade administrativa, mas de implementar institucionalmente, tanto o assessoramento da ação administrativa, quanto, e principalmente, o *patrocínio do interesse do Estado em juízo*.

Os Advogados do Estado são agentes públicos que recebem institucionalmente o mandato que os habilita à tutela judicial do interesse público, enquanto interesse do Estado. Essa especial circunstância de que os Advogados do Estado são investidos nos seus poderes, não por ato administrativo, mesmo sujeito a normas objetivas de provimento, não por investidura eventual, não por comissionamento, mas, como se disse, necessariamente em nível institucional, decorre da natureza peculiar do interesse que se lhes incumbe patrocinar e significa o atendimento de um novo pata-

8 A organização conjunta da defesa dos interesses do Estado, da acusação pública e da custódia de lei, em nível federal até a Constituição Federal de 1988, resultou na anomalia de o Chefe do Ministério Público conservar a denominação de Procurador-Geral da República, originária da época em que os antecedentes desse órgão desincumbiam-se principalmente da defesa judicial do interesse estatal. Contornando essa anomalia terminológica, adotou-se a denominação de "Advogado-Geral da União", para chefiar a "Advocacia-Geral da União", numa evidente remissão à terminologia italiana.

Nos Estados adotou-se, com mais propriedade, a designação de "Procurador-Geral do Estado" para designar os agentes e o chefe de Advocacia de Estado. Aliás, a própria Constituição Federal de 1988, em relação aos Estados, adota a denominação mais apropriada (art. 132).

9 "...il problema dell'organizzazione della difesa dello Stato in giudizio non è che un aspetto parziale di un più vasto problema, quello della posizione dello Stato come parte del giudizio, in relazione alla tutela giudiziaria dei diritti ed interessi del cittadino rispetto allo Stato stesso." (GIUSEPPE BELLI, "Avvocatura dello Stato", *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè Editore, 1959, v. IV, p. 672).

mar de exigências, revelador de um estágio mais avançado da juridização do Estado¹⁰.

A presença do Advogado do Estado visa atender essa circunstância e corresponde, melhormente do que à idéia de um simples assessoramento, à idéia, dentro da mais avançada análise da estrutura estatal, de uma verdadeira linha de *controle da legalidade administrativa*¹¹.

A esse propósito, tenha-se presente que a Advocacia de Estado, enquanto instrumento institucional pertinente ao controle do regime da legalidade administrativa, o que, de resto, foi muito apropriadamente expresso na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul (CE/RS/89, art. 114) inclui, entre seu acervo de atribuições, facetas das mais relevantes da *custódia da lei*, referidas a uma sublinhada feição democrática da administração pública contemporânea.

É por isso que, rigorosamente dentro de condições compatíveis com a própria dinâmica da administração, o aconselhamento do interesse pú-

10 De tudo quanto pertine ao *interesse público*, pode dizer-se o que CIRNE LIMA refere a respeito dos bens objeto de uma relação administrativa: "O bem, objeto de uma relação de administração, se há de permanecer vinculado à finalidade que lhe é designada, há de ser também munido e defendido contra tudo quanto possa desviá-lo daquela finalidade; seja, como excelentemente disse Marciano, das cousas santas, — "ab injuria hominum defensum ac munitum". (CIRNE LIMA, Ruy; *Preparação à Dogmática Jurídica*, Liv. Sulina, POA, 2ª ed., p. 164).

Noutra obra, esclarece o mesmo autor: "Exprime-se, nestes passos, pela palavra *administração* conceito antagônico ao de propriedade. Propriedade "latu sensu" pode dizer-se o direito que vincula à nossa vontade ou à nossa personalidade um bem determinado em todas as suas relações. Opõem-se a noção de administração à de propriedade nisto que, sob administração, o bem se não entende vinculado à vontade ou personalidade do administrador, porém, à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir." (CIRNE LIMA, Ruy; *Princípios de Direito Administrativo*, Liv. Sulina, POA; 1964, 4ª ed., p. 20).

Conforme observa CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, todo o "sistema de Direito Administrativo, . . . , se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e *indisponibilidade do interesse público*" (in *Elementos de Direito Administrativo*", RT, SP, 1980, p. 6, grifou-se).

A expressão "supremacia do interesse público" em relação ao interesse privado, adotada pelo ilustre administrativista, preferimos dizer "superioridade", na medida em que essa condição do interesse público não é absoluta, como expressaria melhormente o termo "supremacia"; não é em todos os confrontos que o interesse público, ou da pessoa de direito público, sobrepe-se ao interesse particular. Essa sobreposição só é legítima quando exista consonância do interesse público com os fins justificadores de sua especial qualificação.

11 Sobre o desenvolvimento da idéia de "controle" na análise de vanguarda da estrutura e do dinamismo do Estado contemporâneo, veja-se BERGERON, Gerard, in *Fonctionnement de L'Etat*; Colin, Paris, 1965.

blico, no caso da Advocacia de Estado *deve*, obedecidas certas condições, ter *caráter vinculativo*. Aqui vai a diferença fundamental entre o simples assessoramento, que caracteriza a Advocacia no Estado, e o controle de legalidade administrativa que caracteriza o aconselhamento jurídico cometido à Advocacia do Estado.

Mas a característica *especial* da Advocacia do Estado sobressai, evidentemente, no que diz respeito ao *patrocínio judicial do interesse público*, porque nessa atividade, os agentes dela encarregados atuam *em nome do Estado*.

É secundário o fato de que o administrador manifeste sua preferência por determinada argumentação ou determinada postura em juízo; é irrelevante tal manifestação porque essa argumentação só chega em juízo *através do Advogado do Estado* e se ele a perfilhar. Em outras palavras: chega *porque ele a perfilhou*.

O Advogado do Estado, no exercício de sua função básica, não fala *ao* administrador *para assessorá-lo*; fala *pele Estado no processo* em que este for parte, vinculando-o.

Usando da mesma alocação figurativa antes empregada, o Advogado do Estado, atuando em juízo, expressa, no processo, a *vontade do Estado*.

Usando de distinção muito em voga, embora não muito apropriada, poder-se-ia dizer serem os Advogados de Estado *agentes políticos*, na medida em que, como os magistrados, os promotores e os defensores públicos, correspondem a determinado contexto político-institucional, de modo específico e expresso.

Melhor seria dizer serem agentes institucionais, ao lado dos "agentes administrativos", porquanto nos parece curioso designar como *políticos* agentes públicos que não são investidos pelo modo especificamente político, que é a eleição.

Por outro lado, quando se fala na *necessária* investidura institucional de seus agentes, como uma das características essenciais, identificadoras da Advocacia do Estado, dentre as diversas formas de atuação do Advogado na estrutura estatal, o que se pretende é enfatizar a circunstância de que a indisponibilidade peculiar ao interesse público, enquanto interesse administrado em sentido técnico, exige que o patrocínio judicial e o aconselhamento jurídico desse mesmo interesse seja cometido a agentes que guardem, em relação à administração pública e ao Governo, a devida *independência*.

Assim, são incompatíveis com a caracterização da Advocacia do Estado, salvo em hipóteses excepcionais¹², as formas de investidura marcadas pela precariedade, tais como o comissionamento, a contratação e qualquer outra modalidade de admissão de Advogados para o exercício dessa competência, que os deixe sujeitos ao *nudo* de quem os tenha nomeado, admitido ou contratado.

A investidura institucional *pressupõe, no mínimo*, que os agentes da Advocacia do Estado sejam investidos em cargo público de provimento efetivo, só acessível mediante concurso público, e que a competência que lhes é própria decorra, no mínimo, *da lei e, não, de ato administrativo*.

O constituinte brasileiro, coerente com a visão que adotou da tutela do interesse estatal como função essencial à Justiça, elevou a institucionalização da investidura dos agentes da Advocacia do Estado ao nível constitucional federal (CF/88, arts. 131 e 132), estabelecendo um novo marco na caracterização da atividade no contexto institucional brasileiro.

Não se pense, no entanto, que a característica própria dessa forma específica de Advocacia, que é a Advocacia de Estado, careça do radical constitucional, vale, neste passo, trazendo à baila a distinção, formulada, dentre outros, por CARL SCHMIDT, entre *constituição formal e constituição material*¹³, ter presente que o Ministério Público Francês não deixou de ser reputado pertinente à constituição material, independente do fato de que, desde a reconstitucionalização posterior à II Guerra Mundial, o *parquet* não figure mais nos textos constitucionais da França.

12 Não é impossível imaginar situações em que o exercício de atribuições próprias da Advocacia de Estado possa e até deva ser cometido a advogados que não revistam as características peculiares aos agentes daquela "função essencial à Justiça", sob pena, por exemplo de deixar desguarnecida, em situações extraordinárias, a tutela judicial do interesse estatal. E o caso da tutela do interesse público estatal junto a tribunais federais ou de outros Estados, para o que determinada Procuradoria-Geral pode não estar materialmente preparada sem comprometer o desempenho de suas atividades de rotina.

Agora essas situações extraordinárias, o texto constitucional, quer no que se refere ao patrocínio judicial dos interesses da União, quer no que se refere ao dos Estados e do Distrito Federal, pressupõe inequivocamente a Advocacia de Estado organizada em nível institucional com agentes investidos também em nível institucional. Basta comparar, no que respeita a União, o disposto no art. 131, emprestada especial atenção ao § 3º desse mesmo artigo da CF/88, com o art. 29 do ADCT/88; no que se respeita aos Estados, o disposto no art. 132 da CF/88 com o disposto no art. 69 da ADCT/88.

13 "O conceito sociológico da Constituição, ou Constituição no sentido material (HATSCHERK, JELLINEK, MORGAN etc.), significa a própria organização do Estado, as instituições políticas e jurídicas, ainda não corporificadas numa carta. Nesse sentido, todos os Estados têm uma Constituição, simbolizada nas tradições, usos e costumes políticos, que regulam a transmissão do poder, a criação e funcionamento dos órgãos estatais." PINTO FERREIRA, *Princípios Gerais de Direito Constitucional Moderno*. Ed. Saraiva, 6ª ed. 1983, vol. I, p. 33.

Se o legislador constituinte pretendeu organizar um Estado que prime por sua juridicização; um Estado que sendo democrático, seja ao mesmo tempo participativo e marcadamente sujeito ao princípio da legalidade administrativa, que supere as exigências meramente elementares do Estado de Direito, revelando-se como um Estado de Direito de feição mais avançada, nada mais natural que emprestasse particular relevo às instituições mais diretamente vinculadas com essa marca.

A institucionalização da Advocacia de Estado, na Constituição Federal de 1988, não se resume a um dispositivo ou um conjunto de dispositivos constitucionais, que possam ser visualizados isoladamente.

A instituição da Advocacia de Estado, com radical Constitucional Federal, tanto para a União, quanto para o Distrito Federal e os Estados; sua enumeração entre as funções "essenciais à Justiça", e o regime jurídico especial que se lhe atribui, não são mais do que mera consequência das premissas definidoras do Estado de Direito, adotadas pelo constituinte brasileiro, que deu particular relevo ao caráter participativo do modelo democrático escolhido e, coerentemente, buscou assegurar os melhores instrumentos de preservação do princípio da legalidade administrativa. Foi como decorrência dessas premissas, dessa opção política, que o constituinte institucionalizou a Advocacia de Estado reputando-a como essencial à Justiça, de *existência necessária*, pertinente ao novo arcabouço constitucional do país.

Esse aspecto é de fundamental relevância na distinção entre os papéis do Advogado no Estado e o do Advogado do Estado sob o ponto de vista institucional, onde o primeiro figura como agente de *existência contingente* (conquanto desejável) e o segundo como agente de *existência necessária*. Em outras palavras, quando se trata do segundo, não se cogita mais de uma situação de *conveniência estrutural* mas, sim, de uma situação de *necessidade institucional*.

Coerentemente, a topologia da Constituição Federal de 1988, revela, com muita propriedade, a situação peculiar dos agentes da Advocacia do Estado no contexto do serviço público: não é em vão que o legislador constituinte deixou de regular a Advocacia de Estado no Título III (Da Organização do Estado), onde trata especificamente da Administração Pública (artigos 37 a 43), dos servidores públicos civis e militares; é no Título IV, que versa sobre a "Organização dos Poderes" (artigos 44 a 135) que, após tratar do Poder Judiciário, arrola e disciplina a Advocacia de Estado, a Defensoria Pública e o Ministério Público, denominando-as, englobadamente "funções essenciais à Justiça".

O teor da Constituição Federal de 1988, reconhece, não só para a Advocacia de Estado, mas para todas as chamadas "funções essenciais à Justiça" um *estatuto especial* no contexto da *organização do Estado*.

Efetivamente, tais atividades estão definitivamente fora do rol daquilo que alguns administrativistas denominam “burocracia” ou administração: foram instituídas constitucionalmente em nível de *órgãos de Estado*, dispostos os respectivos radicais no mesmo tópico dos “Poderes de Estado”¹⁴

Assim sendo, fica fora de dúvida que, tanto o Ministério Público, quanto a Advocacia de Estado, quanto a Defensoria Pública não podem ser considerados simplesmente *órgãos administrativos* ou contingentes; são *órgãos de Estado*, pertinentes ao quadro institucional adotado pela Constituição Federal de 1988, sendo pois de existência necessária.

Evidentemente, não se cairá na tentação de alguns doutrinadores que se perdem na fantasiosa idéia de que algum desses órgãos possa revestir características de “Poder” de Estado. Aliás, os próprios “Poderes” tradicionais são-no hoje mais nominalmente do que substancialmente, eis que a tricotomia do poder estatal cumpriu sua função instauradora do Estado Democrático e os três “Poderes” prosseguem assim designados atualmente mais por razões pertinentes ao léxico constitucional consagrado do que por correspondência à realidade objetiva: o poder estatal é uno e indivisível, titulado pelo Povo.

Indubitavelmente, os órgãos mais importantes do contexto institucional do Estado são aqueles que expressam a soberania estatal, isto é, o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário, que segundo o figurino presidencialista são, por definição, “independentes e harmônicos entre si” (CF/88, art. 2.º).

Tal não impede, porém, que haja *outros órgãos de Estado*, de existência *necessária*, identificados com o perfil institucional adotado pelo legislador constituinte, e é nesse contexto, que se inserem a Advocacia de Estado, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Conquanto não sejam “Poderes” de Estado, não são órgãos administrativos, de existência contingente. Assim como, dentre as ditas “pessoas administrativas”, existem as de existência necessária e as de existência contingente¹⁵, assim também, entre os órgãos integrantes da tessitura orga-

14 “O conjunto dos agentes, distribuídos pelas diversas funções que a lei institui e regula e hierarquicamente subordinados aos órgãos, forma a *burocracia* que, no Estado moderno, desempenha um papel importantíssimo como força efetiva e atuante ao serviço do exercício do Poder”. (CAETANO, Marcelo; *Direito Constitucional*, Forense, Rio, 1977, v. 1, p. 225, nota 1.)

15 “2. No elenco das pessoas administrativas, já dissemos, algumas são de natureza política e existência necessária (4): a União, os Estados e os Municípios. Outras são de natureza meramente administrativa e existência contingente: as entidades autárquicas.” (CIRNE LIMA, Ruy; *Princípios de Direito Administrativo*, Sulina, POA, 1964, 4ª ed., p. 62).

nizacional do Estado, há os de existência necessária, que são os *órgãos políticos*, porque *inerentes ao perfil institucional do país*, e há os de existência contingente ou possível, que são os *órgãos administrativos*. Entre os primeiros estão os três "Poderes" de Estado e os correspondentes às ditas "funções essenciais à Justiça".

Dentro desse contexto, percebe-se logo que o Procurador do Estado, o agente da Advocacia de Estado à luz da Constituição Federal de 1988, é *peça* inerente a um *design* jurídico-institucional específico, no qual o respectivo mandato decorre da maior instância normativa da ordem jurídica nacional, indisponível para a administração e indisponível inclusive para o legislador ordinário, pela circunstância de que se trata uma Advocacia profundamente marcada pelo objetivo que persegue.

É preciso deixar bem claro, porém, que a relevância institucional da Advocacia de Estado não decorre de sua constitucionalização. Tanto o Constituinte Federal de 1988, como o Constituinte Estadual no Rio Grande do Sul, há dez (10) anos atrás, constitucionalizaram a Advocacia de Estado, em razão do reconhecimento da sua pertinência ao *conjunto material* das instituições do Estado, enquanto órgão e instrumento de tutela do interesse público, nesse seu aspecto, extremamente sensível e relevante, da defesa do interesse público enquanto interesse do Estado.

De outro lado, a especificação desse radical, expresso constitucionalmente em 1988, apenas revela a consciência que teve o legislador constituinte federal, precedido pelo legislador constituinte estadual rio-grandense em mais de uma década (1967), da pertinência da *distinção* dos conteúdos funcionais, até então concentrados no Ministério Público, ao *conjunto material mínimo das instituições estatais, com vistas a melhor* a atender às exigências organizacionais do Estado de Direito Democrático.

Finalmente, impõe-se distinguir o papel do Advogado do Estado daquele correspondente ao do Advogado do Governo¹⁶.

16 "L'avvocatura dello Stato è, pertanto, istituzionalmente l'organo di difesa legale e di consulenza non di una singola amministrazione, ma dello Stato considerato nelle sue unitarietà." ... "deriva quindi dalla natura stessa dell'istituto, che si è venuto concretando attraverso l'evoluzione storica, la particolare situazione giuridica e morale dell'avvocatura dello Stato. Essa, infatti, è collocata alle dirette dipendenze della Presidenza del Consiglio di Ministri (t.u. 20 ottobre, 1950, n. 1483), in una posizione di particolare autonomia in relazione agli organi strettamente burocratici, posizione che presenta delle caratteristiche comunicano il Consiglio di Stato a la Corte dei conti nelle loro funzioni non giurisdizionali. E essa un organo di collaborazione dalle amministrazione tutte, che è, pertanto, fuori della gerarchia burocratica. La sua attività ha un carattere di particolare autonomia, che si avvicina a quella della magistratura." (GIUSEPPE BELLI, op. cit. p. 671; grifou-se.)

Conquanto pertina, de longa data, ao conceito nuclear do Estado de Direito Democrático a distinção entre *Estado* e *Governo*, não falta quem desenvolva, quiçá deliberadamente, uma linha de raciocínio que visa confundir o papel do Advogado do Estado com o Advogado do Governo, tudo com vistas ao objetivo adminicular de sustentar a quimérica impossibilidade da *independência* enquanto prerrogativa *também* da Advocacia de Estado.

Cumpre, antes de mais nada, apontar para os dois significados que pode ter a expressão "Governo": ela, ora indica o órgão do Poder Executivo, ora designa determinada administração ou gestão.

No primeiro caso, de Advocacia *de* Estado se trata; o que se quer agora é considerar o segundo significado justamente para distinguir o que se pode chamar de Advocacia de Governo.

O fato de à Advocacia *de* Estado competir a defesa do interesse público, enquanto interesse institucional do Estado ou da pessoa administrativa necessária, não impede que o Governo, no legítimo interesse de defender a imagem, o bom nome, a idoneidade de seus agentes; com vistas à preservação do patrimônio político de respectivo Partido, no contexto da vida pública de determinada sociedade, queira e possa comissionar ou contratar Advogados especificamente para a defesa desses interesses.

Um Governador de Estado ou um Secretário de Estado que resulte réu numa ação popular, onde o autor busque a anulação de ato praticado no exercício da função pública, tem direito de defender-se e, para tal fim contratar um Advogado. Essa contratação pode ser feita inclusive com verba pública, na medida em que, num sistema democrático, em que o acesso aos cargos públicos se opera através do processo eleitoral, isto é, da manifestação da opinião pública através do voto, a imagem do administrador é inerente à sua condição de agente público.

Esse o campo específico de atuação do Advogado do Governo.

Ressalve-se que essas situações, pelo fato de serem distintas, não são insuscetíveis de ocorrerem combinadas. Assim, conquanto o Advogado *no* Estado (ou *no* Governo) nunca se possa confundir com o Advogado *do* Estado, este pode, além da titularidade do patrocínio judicial do interesse público, prestar assessoramento jurídico à administração. Nada impede, também, que um assessor jurídico de quadro seja comissionado como Advogado *no* Governo. Finalmente nada impede, conquanto se possa discutir a conveniência de tal combinação, que o Procurador-Geral do Estado, em sendo comissionado, seja também o Advogado *do* Governo.