

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
ESCOLA DE DIREITO DO BRASIL – EDIRB
MESTRADO INTERDISCIPLINAR PROFISSIONAL

MAURÍCIO LORENA COELHO DA SILVA

**UMA ANÁLISE SOBRE OS LIMITES DA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA
EM JUÍZO: DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E INTERESSE
PÚBLICO**

SÃO PAULO

2021

MAURÍCIO LORENA COELHO DA SILVA

**UMA ANÁLISE SOBRE OS LIMITES DA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA
EM JUÍZO: DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E INTERESSE
PÚBLICO**

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a orientação da Professora Doutora Monica Sapucaia Machado, apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento.

SÃO PAULO

2021

MAURÍCIO LORENA COELHO DA SILVA

**UMA ANÁLISE SOBRE OS LIMITES DA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA
EM JUÍZO: DEMOCRACIA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E INTERESSE
PÚBLICO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Mestrado Interdisciplinar Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, Justiça e Desenvolvimento.

Data da Defesa: 08/12/2021

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Monica Sapucaia Machado (Orientadora)
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Prof. Dra. Paula Zambelli Salgado Brasil (Examinadora externa)
Instituto Presbiteriano Mackenzie

Prof. Dr. Flávio de Leão Bastos Pereira (Examinador externo)
Instituto Presbiteriano Mackenzie

AGRADECIMENTOS

O tempo rege o ato – ou *tempus regit actum* – é um princípio de Direito que esteve presente na minha vida profissional desde seu início, primeiro como estagiário na 5ª Vara Federal de Guarulhos, tendo contato com um sem-número de processos contra o INSS em que o jargão, sempre em latim, era invocado, depois como técnico em gestão previdenciária da São Paulo Previdência e hoje como procurador autárquico do Instituto de Previdência dos Funcionários Públicos Municipais de Guarulhos, instituição na qual atuo e em que surgiram as indagações que levaram à construção da presente dissertação.

Este mestrado, assim como alguma espécie de carreira na área do Direito Previdenciário (somados os tempos de trabalho, já são cerca de dez anos, um terço do meu tempo de vida, sendo que há mais de 8 anos consecutivos é neste ramo que atuo diariamente), não foi algo planejado, foi uma oportunidade que surgiu e que tive que aproveitar – e espero ter aproveitado bem -, o que me leva de volta justamente ao princípio do tempo rege o ato, que sempre preferi assim, em português mesmo.

Tal princípio significa, basicamente, que um ato jurídico tem sua forma de produção e seus efeitos ditados pela lei vigente no tempo em que foi praticado. Mas eu gosto de pensar que ele é muito mais que um princípio jurídico, é um princípio filosófico, de vida. Numa acepção mais ampla, ele significa que as circunstâncias de nosso tempo nos impõem atitudes ou ao menos nos direcionam para determinadas medidas; já num âmbito mais pessoal, individual, significa que a cada momento de nossas vidas nossos atos têm pesos diferentes e consequências distintas.

E o que essa circunstância específica da minha vida, a produção de dissertação de mestrado durante uma pandemia nesse Brasil, dentre todos os brasis possíveis, o que ela me impõe é que eu agradeça às pessoas que me fizeram conseguir entregar um texto, aquelas pessoas sem as quais esses agradecimentos não existiriam porque a dissertação certamente não teria saído.

Eu agradeço à minha companheira, Máira Kikuti Nunes, pela orientação informal, pelo amor e pela convivência diária, por mim certamente dificultada diante do tempo de estudo e da ansiedade impulsionada com a produção da dissertação. Agradeço a meus pais, Rubens Coelho da Silva e Lygia Scattolini Lorena da Silva, pelo apoio incondicional que me deram a vida toda, não sendo diferente agora. Agradeço à minha irmã, minha amiga, Renata Lorena Coelho da Silva, por estar sempre comigo, mesmo que virtualmente durante a pandemia, por me manter informado sobre o São Paulo e por dividir alguns dos pesos, que carregamos juntos,

da atuação do advogado. Agradeço a meus amigos, em especial ao Artur Hiroshi Caldeira Sato, cuja amizade é hoje pra mim tão certa quanto fraterna.

Agradeço, também, à Professora Monica Sapucaia Machado, sem a qual igualmente esse trabalho não teria saído, não só por questões acadêmicas, formais, mas também pelo aspecto motivacional. Lembro que li num livro que tratava da produção de dissertações e teses, preparando-me, que a escolha de orientadora recomendava algum tipo de admiração recíproca, o que acredito que exista no nosso caso. Também sou muito grato à Professora Paula Zambelli Salgado Brasil e ao Professor Flávio de Leão Bastos Pereira, que me deram o prazer de fazer parte de minha jornada como pesquisador, não só, mas também participando da qualificação com contribuições que muito enriqueceram o trabalho.

Finalmente, agradeço a todos os colegas de mestrado, especialmente à Regina Ikezaki e ao Diego Rodrigues, com quem partilhei de maneira mais próxima essa experiência, que nesse momento da minha vida tem um peso com certeza mais leve em razão de todos citados acima e cujas consequências ainda estou por descobrir quais serão.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	8
1 CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E INTERESSE PÚBLICO	11
1.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988.....	11
1.2 APROPRIAÇÃO TÉCNICO-JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	21
1.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E INTERESSE PÚBLICO.....	33
2 ADVOCACIA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL	45
2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E DEBATES NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE	45
2.2 ATUAL CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL.....	56
2.3 ANÁLISE LEGISLATIVA	65
3 AUTONOMIA TÉCNICA DA ADVOCACIA PÚBLICA	74
3.1 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	74
3.2 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO	82
CONCLUSÃO.....	91
REFERÊNCIAS	100
APÊNDICE A – QUADROS – ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE	110
APÊNDICE B – QUADRO - CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS	135
APÊNDICE C – QUADRO - LEIS ESTADUAIS.....	136

RESUMO:

Esta pesquisa busca analisar os limites da atuação da advocacia pública em juízo. Objetiva-se compreender se existe a obrigação de o(a) advogado(a) público(a) defender a Fazenda Pública quando não tiver autorização legislativa para a dispensa da prática de atos processuais ou, ainda, quais os limites e em que condições pode tal profissional decidir autonomamente por não apresentar defesa ou deixar de recorrer, baseado no seu entendimento de que a pretensão levada a juízo pelo cidadão ou pela cidadã está consonante com o ordenamento jurídico. Tal avaliação tem como principais pontos de análise a democracia, os direitos fundamentais e o interesse público. O método utilizado é o hipotético-dedutivo, analisando-se as duas posições majoritárias quanto à questão, apreendidas segundo revisão bibliográfica e análise legislativa: obrigação de defesa do ente público e obrigação de adoção da estratégia jurídica que melhor cumpra o ordenamento jurídico, sendo que, nesta segunda hipótese, há uma divisão acerca do detentor da competência para definir tal estratégia, se o(a) advogado(a) público(a) individualmente considerado ou a advocacia pública, como instituição. Conclui-se que há autonomia da Procuradoria, não do(a) procurador(a).

Palavras-chave: Advocacia pública, democracia, direitos fundamentais, interesse público.

ABSTRACT:

This research aimed to analyze the limits of government lawyers practice in courts. It was aimed to understand if there is a duty to defend the public entity in the lack of legislative authorization to not act or, if otherwise, which are the limits and under what conditions can the government lawyer decide not to act or not to appeal, based on his understanding that the case led to the Judiciary is favorable to the citizen. The analysis focused on three main points: democracy, fundamental rights and public interest. The method used was the hypothetic-deductive, having been analyzed the two main positions found in the doctrine and legislation about the topic, measured according to literature review: the obligation to defend the public entity or the obligation to adopt the legal strategy that better fulfill the legal order. On this latter hypothesis, there is a division around the holder of the legal attribution to define this legal strategy, if the public attorney itself or the institution. The conclusion was that the institution, not the lawyer, has the independence whether to act or not.

Palavras-chave: Government lawyers, democracy, fundamental rights, public interest.

INTRODUÇÃO

Buscaremos analisar, no presente trabalho, os limites da atuação da Advocacia Pública em juízo, tentando compreender se existe a obrigação de o(a) integrante da carreira da Advocacia Pública defender o ente público que o(a) emprega ou se tal profissional pode – ou mesmo deve – adotar o comportamento processual que melhor realize o ordenamento jurídico, em seu entender, mesmo diante da ausência de autorização legislativa expressa para a dispensa da prática de um ato processual ou para o reconhecimento da procedência do pedido, nos casos em que isto signifique a derrota da Fazenda Pública em processo ajuizado pelo cidadão ou pela cidadã. Isto é, pode o advogado público ou a advogada pública encarregada de realizar a defesa judicial da Fazenda Pública optar por não o fazer se entender que a pretensão trazida a juízo pelo particular respeita o ordenamento jurídico?

Ao realizar a revisão bibliográfica e a análise da legislação pertinente acerca do tema da autonomia técnica¹ da Advocacia Pública, ainda que muitos dos trabalhos não tenham o mesmo referencial da presente dissertação, encontramos dois principais posicionamentos: (i) o advogado público tem o dever de defender o ente público que (re)presenta em juízo, quando não tiver autorização legislativa para agir diferentemente; (ii) o advogado público deve adotar a estratégia que julgue mais consonante com o ordenamento jurídico pátrio, sendo que este segundo posicionamento comporta, internamente, uma divisão: uma delas afirma que a prerrogativa mencionada é do advogado público ao passo que outra afirma que é da Advocacia Pública como instituição.

O método de pesquisa escolhido foi o hipotético-dedutivo, buscando-se analisar se as hipóteses anteriormente mencionadas estão consonantes com os pontos de análise do presente trabalho: democracia, direitos fundamentais e interesse público. A dissertação consistirá em especial em pesquisa bibliográfica, sendo realizado o estudo de obras sobre os três pontos de análise (democracia, direitos fundamentais e interesse público), bem como de textos especificamente sobre a Advocacia Pública e sua autonomia.

Aqui, vale explicar que, quando mencionamos a obrigação de o advogado público defender o ente público, queremos dizer o dever de este profissional realizar a defesa judicial da Fazenda Pública - independentemente de seu entendimento acerca da correção da tese

¹ Entendemos que o termo “autonomia técnica” não representa perfeitamente a questão ora estudada, tendo em vista que, como veremos, a advocacia pública exerce poder estatal e mencionado termo parece restringir a prática dos advogados públicos a uma questão técnica, fechada em si mesmo. No entanto, tal termo é comumente utilizado pela doutrina, de modo que, por ora, optamos por utilizá-lo.

jurídica alegada pelo cidadão - quando não há autorização legislativa para agir de maneira diferente. Isto porque há muito o legislador brasileiro confere às procuradorias a faculdade de preverem situações em que o advogado público está dispensado de apresentar defesa ou de recorrer, mas tais situações relacionam-se, em regra, às ações judiciais em que estão em jogo valores monetários de pouca monta ou à capitulação frente à reiterada jurisprudência em determinado sentido.

Ante o exposto, no primeiro capítulo da presente dissertação, estudaremos a intenção da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 de instituir um Estado Democrático de Direito, no qual os direitos fundamentais possuem papel de protagonismo. Discorreremos sobre o conceito de democracia, fundamentando-nos, em especial, nos estudos do cientista político estadunidense Robert Dahl (2001, 2004) e analisaremos, também, alguns dos efeitos que a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 teve no Direito Administrativo pátrio, destacando-se as discussões que a constitucionalização do Direito impulsionou em tal ramo, em especial no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, com o estudo do que Madureira (2018) chamou de *doutrina crítica* do Direito Administrativo, aqui capitaneada por Gustavo Binenbojm (2006), em confronto com o entendimento mais tradicional, titularizado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, 2013).

No segundo capítulo, teremos como foco a Advocacia Pública, apresentando um panorama da instituição antes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com análise dos debates havidos na Assembleia Nacional Constituinte sobre o tema. Serão produzidos quadros organizando todas as discussões realizadas pelo Poder Constituinte sobre o tema da representação judicial das pessoas políticas, com foco na formação do artigo 131, que trata da Advocacia Pública e nos artigos 127 a 130, referentes ao Ministério Público, instituição com a qual estava a atribuição de representação judicial da União até a Constituição Cidadã.

Ainda no segundo capítulo, estudaremos a atual conformação constitucional da Advocacia Pública, levando-se em conta o fato de o advogado público ser simultaneamente advogado e servidor público. Também analisaremos os dados do I Diagnóstico da Advocacia Pública realizado pelo Ministério da Justiça e a percepção que os advogados públicos federais têm de seu papel. Estudaremos as Constituições de dez Estados e as leis organizadoras das Procuradorias destes Estados, além da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, com o fim de verificar como a legislação existente trata o tema. Também produziremos quadros resumindo os achados.

O terceiro capítulo, por sua vez, abordará especificamente o tema da autonomia técnica da Advocacia Pública, com análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e também do entendimento doutrinário sobre o tema.

Por fim, na conclusão, veremos que a Advocacia Pública tem a obrigação de defender o ente público, mas tal obrigação é relativa e cai diante da violação de direitos fundamentais, sendo que esta barreira – os direitos fundamentais – deve ser colocada por um agente político, o chefe da Advocacia Pública, nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, de modo que o advogado público não pode, de maneira autônoma, optar por não realizar a defesa da Fazenda Pública.

1 CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL, DIREITOS FUNDAMENTAIS E INTERESSE PÚBLICO

1.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, foi resultado de um processo histórico que culminou com a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988², responsável pela elaboração da denominada Constituição Cidadã. Bonavides (2018) chega a descrever a Assembleia Nacional Constituinte como poder constituinte derivado, tendo em vista que, em seu entendimento, a Constituição não decorreu de um ato revolucionário, mas sim de acordo³ formulado entre o decadente regime militar e lideranças da sociedade civil.⁴

No mesmo sentido, O'Donnell (1987, p. 10) utiliza os termos “transações” ou “negociações” para tratar do conservadorismo da transição brasileira e de suas possíveis repercussões sobre o relacionamento entre o Estado e o indivíduo e, conseqüentemente, sobre a legitimação de um repertório republicano, fundamental para o exercício da cidadania.

Ajuda a corroborar o posicionamento de Bonavides e de O'Donnell o fato de que, incomodados com o protagonismo de Mário Covas, que promovia dispositivos constitucionais considerados mais progressistas, parlamentares ligados ao então Presidente da República, José Sarney, uniram-se em um grupo, o Centrão⁵, para alterar o regimento da Assembleia Nacional Constituinte e diminuir o poder da ala progressista. Como se sabe, Sarney, até pouco tempo antes de integrar a chapa de Tancredo Neves, era do PDS, partido governista (Schwarz; Starling, 2015).

² Apesar do nome parecer indicar que se tratou de constituinte exclusiva, SILVA (2019) relembra que a Assembleia Nacional Constituinte foi formada por deputados e senadores, alguns destes eleitos em 1982 – antes, portanto, do fim do regime autoritário -, e que continuaram com seus mandatos após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, com os parlamentares tendo exercido, concomitantemente, seus mandatos “regulares”.

³ Como relatam Schwarz e Starling (2015), Tancredo Neves anunciou publicamente que não faria perguntas às Forças Armadas quanto às investigações dos crimes da ditadura, escolheu para vice José Sarney, então no PDS (partido governista), e buscou dar a seu programa um tom de mudança, não de ruptura.

⁴ Cumpre-nos ressaltar, porém, que o poder constituinte derivado exercido pela Assembleia Nacional Constituinte a que Bonavides se refere é por ele qualificado como sendo de primeiro grau, ao passo que o poder de reformar formalmente a Constituição, por meio de emendas, é chamado de poder constituinte derivado de segundo grau.

⁵ Conforme o verbete no Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro do CPDOC/FGV, o centrão foi “grupo suprapartidário com perfil de centro e direita criado no final do primeiro ano da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988 para dar apoio ao presidente da República José Sarney. Foi responsável pela reviravolta no processo de elaboração constitucional ao conseguir alterar, por meio de um projeto de resolução, as normas regimentais que organizavam os trabalhos constituintes.”

Apesar de todos esses fatores que indicam uma certa acomodação, não podemos relevar o fato de que a Assembleia Nacional Constituinte permitiu uma intensa participação popular, mobilizando diversos setores organizados, que apresentaram emendas de iniciativa popular com milhões de assinaturas, algumas das quais se converteram em dispositivos constitucionais. Destacamos também a presença diária de cerca de 10 mil cidadãos às dependências do Parlamento com o fim de influir no processo constituinte⁶, bem como a existência de formulários, nas agências de Correios de todo o país, para o envio gratuito de sugestões aos membros da Assembleia Nacional Constituinte (Silva, 2021).

E, de todo modo, a legitimidade do procedimento de formação constitucional não deve ser confundida com a legitimidade da Constituição em si (Silva, 2019), não podendo ser desprezado o fato de que, vigente formalmente até os dias de hoje, tornou-se a Constituição mais longeva do Brasil republicano, em vigor há mais de 30 anos e permitindo uma certa estabilidade democrática, mesmo que com dois impedimentos de presidentes e com um momento atual que muitos consideram de ruptura, como Abranches (2020):

A eleição geral de 2018 foi disruptiva. Encerrou o ciclo político que organizou o presidencialismo de coalizão brasileiro nos últimos 25 anos e acelerou o processo de realinhamento partidário que já estava em curso, pelo menos desde 2016. (...) O fim do ciclo PT-PSDB na Presidência da República e a hiperfragmentação das bancadas desorganizaram completamente o jogo político-partidário que assegurou a estabilidade democrática e o funcionamento do presidencialismo de coalizão por quase um quarto de século.

É inegável, portanto, apesar das apontadas vicissitudes em seu processo de formação, que a Constituição Federal de 1988 representou um avanço na história brasileira, ao marcar formalmente o fim do regime ditatorial civil-militar que havia sido instalado em 1964, bem como sendo o marco histórico do processo de constitucionalização do Direito no Brasil (Barroso, 2005).

Com efeito, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é parte do constitucionalismo contemporâneo – ou neoconstitucionalismo –, movimento político-jurídico ocorrido no Ocidente no pós-segunda guerra⁷. Esse movimento abrange diversas ideias distintas

⁶ Conforme discurso de Ulysses Guimarães no momento de promulgação da Constituição, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf> Acesso em 13/02/2021.

⁷ ABBOUD (2014) destaca a necessidade de não se confundir o pós-positivismo, paradigma filosófico originado do giro linguístico, com o neoconstitucionalismo, movimento político-jurídico da segunda metade do século XX, que tem como algumas de suas principais características a expansão das matérias tratadas nos diversos textos constitucionais do pós-guerra e a pretensão de normatividade da Constituição e de seus princípios.

entre si, mas que contêm, todas elas, alguns pontos em comum, como a atribuição de normatividade aos princípios, a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica e a centralidade dos direitos fundamentais (Barroso, 2005), com atenção especial ao procedimento decisório judicial (Campos, 2010).

Conforme Barcellos (2018), o neoconstitucionalismo, influenciado pelo pós-positivismo, diferentemente do positivismo jurídico – que tinha como fundamento o isolamento entre o Direito e a moral –, pugna pela reaproximação entre ambos, reatando “com as possibilidades transformadoras do Direito sobre a realidade” (posição 5790). Deixou-se de entender o Direito como um fenômeno isolado, livre de qualquer influência externa, passando-se a compreendê-lo em conexão com a ética e os valores de determinada sociedade (Barcellos, 2018, posição 5786):

A essa crise do Direito respondeu a doutrina com um movimento que passou a ser designado de pós-positivismo: reata-se com as possibilidades transformadoras do Direito sobre a realidade, sem, contudo, compactuar com um rumo vazio: os valores voltam à cena para preencher de conteúdo as normas jurídicas.

Citada autora ainda conclui que a mudança na própria concepção de Direito tornou necessária, também, uma mudança na metodologia jurídica, trazendo-se como algumas de suas principais características a diferenciação entre regras e princípios e a caracterização destas duas como normas jurídicas, com eficácia e aplicabilidade direta ao caso concreto. O conceito de princípio fora alterado. Propugnou-se pelo reconhecimento de força normativa à Constituição e o próprio conceito de norma jurídica passou por transformação.

Realmente, como afirma Streck (2017), “A superação da hermenêutica clássica (...) implica admitir que há uma diferença entre o texto jurídico e o sentido desse texto”, afirmando que “é no nosso modo da compreensão enquanto ser no mundo que exsurte a norma, produto da síntese hermenêutica, que se dá a partir da faticidade e historicidade do intérprete”.

No Brasil, argumenta Schier (2005), tendo sido a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 promulgada como marco do fim de um período ditatorial caracterizado por abuso do poder estatal e violação de direitos fundamentais que eram consideradas juridicamente, ao menos pelas autoridades instituídas, válidas dentro da concepção positivista então vigente, esse movimento de aproximação entre o Direito e a moral e de valorização da força normativa da Constituição e de seus princípios teve especial impulsionamento.

O reconhecimento da força normativa da Constituição é outra parte essencial do constitucionalismo contemporâneo. Hesse (1991), na obra que consagrou no vocabulário

jurídico o termo “força normativa da Constituição”, afirma que a Constituição tem uma pretensão de eficácia, procurando “imprimir ordem e conformação à realidade política e social” (p. 15). A aquisição de força normativa depende justamente da realização dessa pretensão (Hesse, 1991), razão pela qual os constitucionalistas contemporâneos têm estudado de maneira aprofundada mecanismos para concretizar as disposições constitucionais, buscando evitar que estas sejam meras indicações programáticas.

Vemos aqui, com Coelho (2004), uma promoção pelo jurista alemão da crença no valor intrínseco da Constituição:

A esta altura, cumpre ressaltar que o principal objetivo de Konrad Hesse é reafirmar o valor, ainda que simbólico, do respeito à Constituição. Então, sob essa perspectiva, vale insistir, elo como que encarna ou professa uma nova crença na Constituição. Por isso, também, é que o seu discurso configura, como o já dissemos antes, um autêntico discurso de conversão, via do qual ele pretende nos conduzir a ver verdade naquilo que, até então, nada nos dizia.

Essa crença no valor intrínseco da própria Constituição e no seu potencial transformador fica evidente, no contexto brasileiro, no discurso de Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, no momento da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988:

Não é a Constituição perfeita, mas será útil, pioneira, desbravadora. Será luz, ainda que de lamparina, na noite dos desgraçados. É caminhando que se abrem os caminhos. Ela vai caminhar e abri-los. Será redentor o caminho que penetrar nos bolsões sujos, escuros e ignorados da miséria.
 (...) Termino com as palavras com que comecei esta fala: a Nação quer mudar. A Nação deve mudar. A Nação vai mudar.
 A Constituição pretende ser a voz, a letra, a vontade política da sociedade rumo à mudança.
 Que a promulgação seja nosso grito: - Mudar para vencer!
 Muda, Brasil!

Elaborada num contexto histórico de superação do autoritarismo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 afirma, já em seu art. 1º, que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito (Brasil, 1988). Apesar da utilização do verbo *ser* no presente e na primeira pessoa do singular, mais do que uma observação ou descrição, a utilização de tal expressão representa uma direção a ser seguida, como afirmam Streck e Moraes (2018), segundo os quais “O Estado Democrático de Direito tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação melhorada das condições sociais de existência”. Cabe então analisar o que pretendeu o constituinte com tal afirmação.

Nesse sentido, sabemos que o constitucionalismo moderno surge no âmbito das revoluções liberais do século XVIII, podendo-se citar a independência estadunidense e a Revolução Francesa como dois dos marcos mais relevantes dessa quadra histórica, ainda que não os únicos, como demonstram estudos acerca da Revolução Haitiana e do Atlântico Negro, por exemplo, que buscam mostrar a importância que o colonialismo e a escravidão tiveram na formação da chamada modernidade (Duarte; Queiroz, 2016).

Num primeiro momento, o objetivo do constitucionalismo é a contenção do poder estatal. Submete-se, assim, o Estado à lei (em respeito ao princípio da legalidade) e criam-se os denominados direitos fundamentais de primeira dimensão, chamados também de direitos de defesa, que buscam impedir a interferência do Estado na esfera privada de seus cidadãos. Posteriormente, incorporam-se ao rol dos direitos a serem protegidos – e, agora, fornecidos - pelo Estado os direitos fundamentais de segunda e terceira geração, que trazem aos Estados novas funções, não mais restritas ao absentismo, tornando-se dever estatal a prestação de direitos sociais e a preocupação com bens difusos, como o meio-ambiente.

Mais recentemente, ganhou força na doutrina o reconhecimento da força normativa da Constituição e de seus princípios, que passaram a reger diretamente a relação entre o Estado e os particulares e mesmo entre particulares. No neoconstitucionalismo, predominaram as constituições dirigentes e compromissórias, como a do Brasil, na qual, logo em seu art. 3º são declarados os objetivos fundamentais de nossa república, dentre os quais estão: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza; reduzir as desigualdades e promover o bem de todos.

Veja-se a amplitude dos objetivos acima elencados. Mais do que impor ao Estado a abstenção (com o resguardo da esfera individual do cidadão) ou a garantia de prestações positivas, o art. 3º demonstra claramente a pretensão transformadora da realidade que foi encampada por nosso texto constitucional. Há um claro caráter compromissório e um direcionamento da sociedade, reforçado também pela forma verbal adotada, que denota a ação.

A tentativa de fornecer à Constituição força normativa e aplicabilidade direta de seus princípios pode ser notada, também, no teor de seu art. 5º, § 1º, que dispõe que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988).

Como se vê, em consonância com o contexto histórico do Ocidente no momento da promulgação de nossa Constituição, o constituinte pátrio depositou clara confiança no valor em si da Lei Maior, que mais que estabelecer a organização política do país e o modo de assunção do poder, mais do que defender os cidadãos contra o abuso do poder estatal, mais do que obrigar o Estado à prestação de serviços públicos, pretende transformar a realidade brasileira.

Além de ser dirigido por uma Constituição, com pretensão transformadora da realidade, o Estado Democrático de Direito deve, como o próprio nome sugere, ser democrático, de modo que julgamos pertinente tecer algumas considerações acerca do conceito de democracia e de sua aplicação num Estado fundado no constitucionalismo contemporâneo. Para tanto, recorreremos, principalmente, a Robert Dahl, cientista político estadunidense.

Em boa parte de sua produção acadêmica, Dahl mostra grande preocupação com uma definição processual de democracia. A análise de uma de suas principais obras, *Sobre a Democracia* (2001), é um exemplo de tal preocupação, tendo referido cientista político estadunidense focado no processo democrático, indicando – num capítulo denominado “Democracia Ideal” - os requisitos para que esta exista: participação efetiva, igualdade de voto, entendimento esclarecido, controle do programa de planejamento e inclusão dos adultos (pp. 49-50).

Para a concepção de democracia de Dahl, estes requisitos buscam atingir uma das questões essenciais para um Estado ser considerado democrático, que é a responsividade do governo às demandas dos seus cidadãos, contrapondo-se, como destacam Abrúcio e Loureiro (2018), a uma visão tecnocrática de democracia, encampada, por exemplo, por Schumpeter e Keynes, segundo os quais os técnicos é que devem tomar as decisões, por supostamente serem mais capazes para essa função.

Essa contraposição justifica a adoção dos ensinamentos de referido cientista político na presente pesquisa, vez que, em nosso entender, buscamos compreender o procedimento adequado pelo qual o advogado público deve representar a Fazenda Pública em juízo sem que deixe de atender aos valores e normas que orientam a sociedade brasileira, valendo transcrever o seguinte trecho de Abrúcio e Loureiro sobre a burocracia (2018, p. 38):

Diferentemente de uma visão tecnocrática da política, esses últimos autores mostram os limites da capacidade analítica e da racionalidade técnica para resolver os conflitos nas sociedades contemporâneas, potencialmente geradores de guerras, violência, pobreza, incapacidades e sofrimento de toda ordem. Ao contrário, afirmam que a racionalidade ou a inteligência do processo democrático consiste na capacidade de incorporar o conhecimento técnico e a análise racional à política, e não a sua exclusão recíproca.

Também destacamos que a preocupação com a igualdade política permeia toda a obra de Dahl, mas esta igualdade atua primordialmente como condição para que os requisitos de um processo democrático possam ser exercidos satisfatoriamente, não como um fim em si mesmo,

sem que isso signifique que Dahl tenha ignorado o aspecto substancial da democracia⁸. Pelo contrário, como demonstra Abu-El-Haj (2008), referido cientista político flutuou entre o foco na estabilidade e a atenção à igualdade, tendo mostrado uma preocupação com os efeitos da desigualdade material na igualdade política, especialmente em seus últimos escritos (p. 177):

Na sua última obra (2003) repete a grande preocupação de ver a democracia tal qual prática de princípios, e não como recurso eficiente para a escolha de lideranças políticas. Finalmente, Dahl supera a definição processual da democracia e assume a maximização da igualdade na qualidade de meta suprema. Para Dahl, a ciência política não deve se contentar com a poliarquia como a democracia possível, mas precisa de dismantelar os mecanismos constitucionais que limitam a igualdade de condição. (...)

Em sentido semelhante, em artigo que reproduz a definição que deu ao verbete Democracia para a Enciclopédia Britânica, Dahl adiciona aos requisitos constantes da obra Sobre a Democracia um sexto pressuposto: os direitos fundamentais, tendo afirmado que (2004, p. 30)⁹:

Ainda que os teóricos políticos sigam divergindo acerca dos melhores meios para fazer efetivo o governo da maioria nos sistemas democráticos, parece evidente que as maiorias não podem atingir legitimamente os direitos fundamentais dos cidadãos. (...) Em suma, dado que a democracia não é somente um sistema político de ‘governo do povo’, mas também, necessariamente, um sistema de direitos, um governo que infringe estes direitos é, nessa medida, não-democrático.

Nota-se, portanto, que o conceito de democracia trata também da relação entre a forma como decisões são tomadas – por meio da organização competitiva das relações de poder – e quais decisões são tomadas, considerando julgamentos valorativos e normativos que permeiam

⁸ Conforme BOBBIO (2018, p. 206), “O princípio desses fins ou valores, adotado para distinguir não mais só formalmente, mas também conteudisticamente um regime democrático de um regime não democrático, é a igualdade, não a igualdade jurídica introduzida nas Constituições liberais mesmo quando estas não eram formalmente democráticas, mas a igualdade social e econômica (ao menos em parte). Assim foi introduzida a distinção entre democracia formal, que diz respeito precisamente à forma de governo, e democracia substancial, que diz respeito ao conteúdo dessa forma”.

⁹ Tradução livre por nós efetuada do original, que assim segue: Aunque los teóricos políticos siguen discrepando acerca de los mejores medios para hacer efectivo el gobierno de la mayoría en los sistemas democráticos, parece evidente que las mayorías no pueden acotar legitimamente los derechos fundamentales de los ciudadanos. (...) Em suma, dado que la democracia no es sólo un sistema político de ‘gobierno del pueblo’ sino, necesariamente, también un sistema de derechos, un gobierno que infringe estos derechos es, en esa medida, no-democrático.

tanto a dimensão procedimental¹⁰ como as finalidades concebidas, em termos de representatividade e equidade¹¹.

Para além de um conjunto de regras normativas, o processo democrático também envolve a possibilidade de distribuição coletiva de um capital político, capaz de assegurar liberdade de expressão, influência e participação no processo de produção de normas e tomada de decisões de natureza substantiva e redistributiva. Tal como observado por Dahl, um contexto de ampla desigualdade econômica pode afetar as oportunidades de acesso equitativo ao capital político, dificultando ou impossibilitando, por exemplo, permeabilidade do sistema político à participação ou influência dos cidadãos e a formação de grupos para expressão de preferências, o que afeta diretamente os requisitos de uma democracia (Dahl, 2001), especialmente a inclusão de todos os adultos e o controle do programa de planejamento.

Isto é, para além do aspecto formal – eleições periódicas, direito ao voto para todos os cidadãos e possibilidade de formação de partidos políticos, por exemplo -, a efetividade de uma democracia depende da razoável equidade na distribuição do capital político, isto é, das oportunidades de acesso ao sistema político, que são influenciadas pelos conflitos e decisões distributivas (de estaturas culturais, sociais e econômicas), bem como pela sua alocação e agendamento, em termos de recursos financeiros e simbólicos.

Nesse sentido, vale destacar que o Informe Latinobarómetro (Corporación Latinobarómetro, 2018), relatório produzido anualmente¹² pela organização sem fins lucrativos chilena Corporación Latinobarómetro e consistente em pesquisas de opinião acerca do estado da democracia nos países da América Latina, revela que, para 90% dos brasileiros entrevistados, o governo atua em prol dos interesses de um pequeno grupo, em detrimento do interesse público. Veja-se que tal percepção aponta para o não preenchimento do requisito da inclusão, que Dahl entende ser necessário para a caracterização de uma democracia plena. A cidadania

¹⁰ Em sentido semelhante, MELLO (2012, pp. 65/66), ao analisar a teoria do desvio de poder, afirma que: “Repise-se que no Estado de Direito é garantia do administrado saber que o poder público está adstrito não só aos fins que de antemão a lei elegera como prezáveis, mas também aos meios que adrede categorizou como sendo os próprios para suprir as finalidades consideradas valiosas tanto mais porque, nos tempos modernos, rara é a finalidade que não se inclua dentro do campo de objetivos que o Estado se propõe a tutelar. (...)”

¹¹ Cumpre dizer que as reflexões constantes dos parágrafos seguintes, referentes às relações entre a desigualdade material e o processo democrático, com ênfase no contexto brasileiro, foram desenvolvidas inicialmente em artigo que elaboramos em coautoria com Regina Ikezaki para a avaliação final da disciplina Democracia, Estado e Sociedade deste mestrado profissional, ministrada pelas professoras Monica Sapucaia Machado e Paula Zambelli Salgado Brasil.

¹² Em razão da pandemia de COVID-19, a edição posterior à de 2018 teve sua publicação efetuada somente durante a finalização da presente dissertação, de modo que não foi possível realizar uma análise mais detida dos dados atualizados, mas não parece ter havido grandes alterações, vez que a apresentação do Informe no site da organização assim se inicia, em tradução nossa: “A democracia na América Latina está estável dentro do seu estado de mal-estar.”

inclusiva envolve “ter direitos a outras liberdades e oportunidades que sejam necessárias para o bom funcionamento das instituições políticas da democracia em grande escala” (Dahl, 2001, p. 100).

Evidentemente, não queremos aqui afirmar que há uma relação diretamente proporcional entre a igualdade econômica e a igualdade política, mas sim assumir que conflitos e decisões distributivas, sua alocação e agendamento, em termos de recursos financeiros e simbólicos, são notadamente de cunho público e político e são afetados pelas condições materiais da sociedade. Em sentido semelhante, O’Donnell (1998, p. 55):

Sem revelar para o erro de identificar democracia com igualdade ou bem-estar substantivos, nossas teorias têm de reconhecer a grande importância prática e analítica que tem, em cada caso, a relativa efetividade não apenas da cidadania política, mas também da civil e da accountability – ou, para dizê-lo em termos equivalentes, a medida em que um regime poliárquico coexiste com um princípio da lei adequadamente democrático (ou um Estado Democrático de Direito).

(...)

Essas reflexões propõem o que talvez seja a singular tarefa da política democrática e de orientação progressista na América Latina: levar a cabo lutas liberais pela efetividade de direitos civis formais e universalistas para todos.

A relação entre o conteúdo formal e o conteúdo substancial de democracia foi apreendida também durante o processo constituinte brasileiro, conforme, novamente, demonstra o discurso de Guimarães (1988): “O inimigo mortal do homem é a miséria. O estado de direito, conseqüência da igualdade, não pode conviver com estado de miséria. Mais miserável do que os homens é a sociedade que não acaba com a miséria.”

A intenção transformadora da Constituição é reconhecida também por Silva (2019, posição 864):

A Constituição de 1988 busca fazer mais que simplesmente garantir os direitos de liberdade e estabelecer as normas básicas de governo. É um claro exemplo de uma constituição que busca mudar o *status quo* ao estabelecer metas que devem ser perseguidas e ao definir *standards* de políticas públicas em diversas áreas. Em suma, tem a intenção de ser uma constituição transformadora¹³.

Assim, o Estado Democrático de Direito desejado e instituído pela Constituição Federal de 1988 é, de certo modo, a união dos conceitos de democracia e de constitucionalismo. Como se viu, ao invés de se oporem, tais conceitos complementam-se, sendo que, nos Estados contemporâneos, é praticamente inconcebível a ideia de uma democracia sem

¹³ Tradução livre do original: The 1988 Constitution aims to do more than simply provide for freedom rights and establish the basic rules of government. It is a clear example of a constitution that aims to change the status quo by establishing goals to be pursued and defining the standards of public policies in different areas. In short, it is intended to be a transformative constitution.

constitucionalismo (Nery; Abboud, 2019). O povo, como titular do poder, definiu e positivou no texto constitucional os valores regentes da sociedade. A plena realização da democracia exige não só que o povo seja titular do poder, mas que sejam respeitados os direitos fundamentais e buscada e promovida a igualdade.

Desse modo, embora desde sua concepção liberal o Estado de Direito previsse uma ordem jurídica calcada em direitos fundamentais, é só com o Estado Democrático de Direito que estes assumem centralidade e passam não só a balizar a atitude estatal, mas também a direcioná-la: “Quando assume o feitiço democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do status quo” (Streck; Morais, 2018).

O Estado Democrático de Direito tem o povo como titular do poder estatal, faz compromissos de transformação da realidade e busca garantir o respeito aos direitos fundamentais e promover a igualdade. Nas palavras de Streck (2017, p. 14):

A Constituição é o elo contudístico que liga a política e o direito, d’onde se pode dizer que o grande salto paradigmático nesta quadra da história está exatamente no fato de que o direito deve servir como garantia da democracia. Trata-se, no fundo, de um paradoxo: a Constituição é um remédio contra maiorias, mas, ao mesmo tempo, serve como garantia destas.

Bonavides (2018a), destacando a importância dos direitos fundamentais, chama esse Estado constituído sob a perspectiva do pós-positivismo e do constitucionalismo contemporâneo de Estado Constitucional de Direitos Fundamentais. Referido constitucionalista paulista afirma, ainda, que (p. 56):

Quando se analisa a matéria sujeita, ou a substância dessa segunda forma de Estado constitucional, é de todo o ponto fácil averiguar que ela não gira ao redor de formalismos e abstrações; seu ponto de apoio e traço de identidade são o tecido social dos direitos fundamentais. Sua legitimidade se faz e cresce na exata medida em que tais direitos se concretizam.

Resta evidente que os direitos fundamentais, num Estado Democrático de Direito, não são apenas prestações a que o Estado se obriga a cumprir. São, na verdade, a própria essência do conceito, bem como sua fonte de legitimidade. Sem a busca incessante pela realização dos direitos fundamentais, não se pode falar na existência de um Estado Democrático de Direito. Ainda que o Estado seja submetido à lei, e mesmo que deva respeitar os direitos individuais e coletivos e fornecer prestações positivas, um Estado só pode ganhar a qualificação de Estado Democrático de Direito se tiver como objetivo a busca da igualdade e da realização efetiva dos direitos fundamentais.

Ao prever a transformação da sociedade, “agindo como fomentador da participação pública no processo de construção e reconstrução de um projeto de sociedade” (Streck; Moraes, 2018), o ideal do Estado Democrático de Direito também busca evitar a ocorrência do que O’Donnell denominou de democracia delegativa, na qual a participação da população restringir-se-ia à participação eleitoral, tendo o governante eleito mandato para governar como bem entendesse, já que *ungido* pela maioria do povo.

1.2 APROPRIAÇÃO TÉCNICO-JURÍDICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como visto, em um Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais contam com centralidade, sendo justificadores da própria existência estatal, servindo como norte valorativo e como norma jurídica diretamente aplicável aos casos concretos. Nossa Constituição conta com previsão bastante extensa de direitos fundamentais, concentrados em seu Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, mas não a ele restritos.

De fato, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (Brasil, 1988) prevê, no § 2º de seu art. 5º, uma cláusula de abertura, segundo a qual “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Quanto aos tratados internacionais a que o país aderir, vale destacar que, se tratarem de direitos humanos e forem aprovados pelo Congresso Nacional em rito especial, equivalem às emendas constitucionais, nos termos do § 3º do mesmo art. 5º.

É isso porque, como afirma Canotilho (1999, p. 34), “[h]oje os limites jurídicos impostos ao Estado advêm também, em medida crescente, de regras e princípios jurídicos internacionais”, sendo a “amizade e a abertura ao direito internacional (...) uma das dimensões caracterizadoras do Estado de Direito”. Afirma ainda o citado constitucionalista português, em complemento (1999, p. 35), que “Estado de direito é o Estado que respeita e cumpre os direitos consagrados nos grandes pactos internacionais (...)”.

É também com esse espírito que a Constituição da República Federativa do Brasil prevê, no parágrafo único de seu art. 4º, que nosso país “buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações” (Brasil, 1988), impulsionando – “buscará”, afirma a norma – a criação de uma cidadania regional, em movimento que teve como decorrência, por exemplo, o MERCOSUL e a UNASUL.

Maliska (2018) afirma que há na Constituição brasileira um “princípio da integração latino-americana”, algo que não existiu em nossos textos constitucionais anteriores, caracterizando uma inovação. O autor destaca, ainda, que as Constituições da Argentina, Uruguai e Venezuela fazem também referência à integração entre os países da América Latina (2018, posição 9837).

No âmbito da Advocacia Pública, destacamos a criação, em 2018, da Associação Latino-Americana de Advocacias e Procuradorias de Estado – ALAP, que une as advocacias públicas do Brasil, Peru, Colômbia, Chile, Panamá, dentre outras, visando aprofundar o processo de integração regional, tendo como objetivos, por exemplo, “fomentar a cooperação mútua e rápida entre as instituições em tudo relacionado ao exercício do serviço público a elas cometido” e “impulsionar processos de transferência de conhecimento, informação e experiência técnica em temas relacionados com o fortalecimento da defesa jurídica internacional, tais como ante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e nas controvérsias internacionais de investimento”¹⁴.

Além disso, com a referida cláusula de abertura, temos um bloco de constitucionalidade, a partir do qual as normas internas devem ser compatíveis tanto com a Constituição Federal quanto com as normas internacionais a que o Estado se obrigou, sendo possível, ainda, o denominado controle de convencionalidade, no âmbito do qual se analisa se a norma internacional foi violada pelo direito interno, inclusive pelas normas constitucionais (Ramos, 2009). Nesse sentido, Ramos (2009) aponta, inclusive, que “não pode o Estado infrator alegar impedimento de Direito interno” para escusar-se do cumprimento das obrigações de fazer ou de não-fazer impostas por sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça determinou a aplicação da Resolução de 22/11/2018 da Corte Interamericana de Direitos Humanos em um caso concreto em que cidadão encontrava-se preso no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho no Rio de Janeiro, que já havia sido objeto de diversas inspeções que reconheceram a ocorrência de situação degradante e desumana para o cumprimento de pena neste estabelecimento prisional.

Baseando-se no fato de que o Brasil sujeitou-se, por meio dos procedimentos previstos constitucionalmente, à jurisdição da Corte IDH, bem como ressaltando a eficácia vinculante e direta às partes da sentença de tal ente internacional, o Superior Tribunal de Justiça determinou o exercício do controle de convencionalidade, afirmando que “os juízes nacionais devem agir como juízes interamericanos e estabelecer o diálogo entre o direito interno e o direito

¹⁴ Conforme texto disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/assuntos-1/internacional>

internacional dos direitos humanos, até mesmo para diminuir violações e abreviar as demandas internacionais. (...)” (Brasil, 2021)

A Constituição Federal de 1988, em especial com as normas que citamos – art. 4º e art. 5º, §§ 2º e 3º -, pretendeu que a transformação da realidade a ser efetivada pela realização do Estado Democrático de Direito brasileiro envolvesse também a observância do direito internacional e a integração efetiva à América Latina, fato bastante relevante que não pode passar despercebido, inclusive pelos efeitos de tais disposições no conceito de soberania (Piovesan, 2018, posição 8780):

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. (...) Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido.

Os direitos fundamentais são essenciais também no direito migratório, diante da situação de vulnerabilidade em que normalmente se encontram os imigrantes, que enfrentam obstáculos normativos, estruturais e institucionais para uma boa acolhida no país de destino, como aponta o projeto Pensando o Direito, nº 57, do Ministério da Justiça, que destaca (Brasil, 2015):

Os Estados estão obrigados, especialmente, em razão do princípio de não discriminação, a respeitar os direitos humanos dos imigrantes, inclusive daqueles em situação irregular. Além disso, os Estados são responsáveis por todas as pessoas que se encontram em seu território, sejam elas nacionais ou não, o que exige garantir condições de realização, respeito e proteção dos direitos humanos dos imigrantes, incluindo os direitos econômicos, sociais e culturais, tais como o direito à saúde, à educação, à moradia e ao trabalho, dentre outros, que se refletem na garantia do acesso dos imigrantes aos serviços públicos essenciais.

Quanto ao ponto, vale acrescentar que a fonte de um direito, somada ao fato de estar ou não positivado nos documentos de direito internacional, é o critério de diferenciação entre os direitos humanos e os direitos fundamentais (Silva, 2021)¹⁵. Com efeito, os direitos humanos podem ser considerados como aqueles direitos mínimos que a filosofia política e jurídica de tradição ocidental entende pertencerem ao ser humano pelo simples fato dele existir, estando

¹⁵ Como aponta Silva, 2021 (p. 101): “Em sua redação original, todas as vezes que a Constituição empregou a expressão ‘direitos humanos’ ela o fez para se referir a tratados, tribunais ou relações internacionais. Já as referências aos direitos garantidos pela própria Constituição ocorrem por meio de expressões como ‘direitos fundamentais’, ‘direitos e garantias fundamentais’, ‘direitos individuais’, ‘direitos e garantias individuais’, dentre outras.

tais direitos usualmente prescritos em declarações ou tratados internacionais, ao passo que os direitos fundamentais, como ver-se-á, têm a positivação em documento constitucional de um Estado como parte integrante de seu conceito.

Partimos, então, à conceituação de direitos fundamentais: conforme Sarlet (2017), para que um direito possa ser considerado como direito fundamental, é necessária a presença de três requisitos: a sua positivação no direito constitucional pátrio; a existência de um regime jurídico qualificado, que o proteja da vontade instantânea dos poderes constituídos; e a aceitação, por determinada sociedade, da relevância – da fundamentalidade – de tal direito. Vale transcrever o conceito de referido autor (2017, p. 23):

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo (na ótica do Constituinte), foram, por seu conteúdo e importância, integradas – de modo expresso ou implícito, bem como por força da abertura material do catálogo constitucional (art. 5º, § 2º, CF) – à Constituição formal e/ou material, além de subtraídas à plena disposição dos poderes constituídos, porquanto dotadas de um regime jurídico qualificado e reforçado.

Este conceito, em consonância com os apontamentos que acima fizemos acerca da conceituação de Estado Democrático de Direito, leva em conta os aspectos instrumentais e substanciais dos direitos fundamentais, bem como demonstra a relevância da força normativa da Constituição e dos princípios no Direito Constitucional: para ser caracterizado como direito fundamental, um direito precisa ser positivado no texto constitucional, contar com fundamentalidade reconhecida em um contexto histórico específico pelo poder constituinte e, ainda, contar com meios que garantam a sua efetivação e a sua proteção contra os poderes constituídos.

A conceituação adotada ainda tem o condão de afastar os direitos fundamentais que protagonizam o Estado Democrático de Direito de uma justificação metafísica típica do jusnaturalismo existente no momento da promulgação dos primeiros documentos internacionais com previsões acerca dos direitos humanos e do constitucionalismo liberal, bem como de exigir algo a mais do que a simples formalização dos direitos como indutora da legitimidade. A necessidade de positivação pelo poder constituinte - sendo que tal positivação decorre da relevância dada por determinada sociedade em determinado momento histórico a um direito – conforma teoricamente os direitos fundamentais ao constitucionalismo contemporâneo, ao realizar uma aproximação historicamente contextualizada entre o Direito, a moral e a realidade.

Com isso, queremos dizer que a justificação da centralidade dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito brasileiro não reside apenas na ideia da existência de direitos

inerentes à condição humana, mas também em uma escolha política consciente do poder constituinte. Nesse sentido, Kaufmann (2006, p. 25):

Existe, portanto, não só uma relação de dependência entre realidade histórica e direitos fundamentais, mas também uma relação de mútuo condicionamento: os direitos fundamentais são formados a partir da realidade social e também por conta de sua força irradiante influenciam e condicionam essa mesma realidade. (...)

Cumprir observar, portanto, o vínculo íntimo entre os direitos fundamentais, a sua compreensão e a sua interpretação e as realidades locais historicamente formadas que, apesar de fundamentações universalistas, continuam a apresentar peculiaridades e especificidades.

Trata-se do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que representa o direcionamento do Estado pelos valores consagrados no texto da Constituição. Disso decorre, também, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, significando que a aplicação do direito infraconstitucional fica condicionada à compatibilidade com o rol de direitos previstos na Constituição Federal, o que Schier denomina filtragem constitucional¹⁶.

Nesse sentido, destacamos que uma das questões mais estudadas em tempos recentes pela doutrina brasileira – também pela estrangeira – é a judicialização, que “significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais (...)” (Barroso, 2012, p. 24).

Tal fenômeno é decorrente, em parte, da adoção de constituições rígidas e da expansão das matérias atualmente tratadas pelas cartas constitucionais, quando comparadas com as constituições liberais (Barroso, Vieira, Hirschl), em fenômeno típico do chamado constitucionalismo contemporâneo.

Com efeito, especialmente no pós-segunda guerra, diversas constituições, inclusive a brasileira, passaram a contar com um vasto elenco de direitos, inclusive prestacionais – aqueles que exigem uma atuação positiva do Estado -, em contraposição à ideia predominante no constitucionalismo liberal dos séculos XVIII e XIX de posituação dos chamados direitos de defesa. Além disso, doutrina e jurisprudência, nos influxos do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, passaram a defender a força normativa das constituições e de seus princípios, que começaram a ser diretamente aplicadas aos casos concretos.

¹⁶ Conforme SCHIER (2005, pp. 145-146): “Neste quadro, então, desenvolveu-se a ideia de filtragem constitucional, que tomava como eixo a defesa da força normativa da Constituição, a necessidade de uma dogmática constitucional principialista, a retomada da legitimidade e vinculatividade dos princípios, o desenvolvimento de novos mecanismos de concretização constitucional, o compromisso ético dos operadores do Direito com a Lei Fundamental e a dimensão ética e antropológica da própria Constituição, a constitucionalização do direito infraconstitucional, bem como o caráter emancipatório e transformador do Direito como um todo.

Diante desse cenário, o Poder Judiciário passou a ser um foro de discussão de matérias de caráter eminentemente político, sendo a ele levadas pelos cidadãos, pela sociedade civil organizada, pelo Ministério Público e por diversos outros atores políticos, diversas questões relativas, por exemplo, a dilemas morais, desenhos de políticas públicas, limitação dos poderes do Estado, dentre outras (Hirschl, 2009).

A transferência de poder dos órgãos tradicionais, como o Legislativo e o Executivo, para o Judiciário (Barroso, Hirschel, Vieira) tem suscitado diversos estudos acerca da legitimidade democrática de tal fenômeno, questionando-se a compatibilidade da tomada de decisões acerca dos temas mais importantes de uma sociedade em uma arena decisória integrada por profissionais não eleitos. Ocorre que a grande maioria dos trabalhos sobre o tema da judicialização têm realizado uma análise sob a perspectiva da Magistratura ou do Ministério Público, mas não sob o prisma da Advocacia Pública, órgão constitucionalmente incumbido da representação judicial do Poder Público¹⁷, apresentando-o em juízo (Cunha, 2014, p. 20):

Na verdade, a Procuradoria Judicial e seus procuradores constituem um órgão da Fazenda Pública. Então, **o advogado público quando atua perante os órgãos do Poder Judiciário é a Fazenda Pública presente em juízo**. Em outras palavras, a Fazenda Pública se faz presente em juízo por seus procuradores. Segundo clássica distinção feita por Pontes de Miranda, os advogados públicos apresentam a Fazenda Pública em juízo, não sendo correto aludir-se à representação. (g. n.)

Sendo o processo judicial cada vez mais um *locus* de tomada de decisões de caráter eminentemente político, torna-se essencial o estudo da atuação da Advocacia Pública, que, como visto acima, atua como Poder Executivo nessa esfera. Note-se que, nos termos da Súmula nº 644 do Supremo Tribunal Federal, o advogado público sequer precisa apresentar instrumento de mandato para atuar em nome da Fazenda Pública em juízo (Brasil, 2003).

Além da atuação nessa nova arena decisória, uma vez que não vivemos mais em uma cultura jurídica em que prevalece o entendimento de que ao *operador do Direito* caberia apenas encontrar a solução correta, mas sim num momento em que predomina um posicionamento que privilegia a adoção de métodos interpretativos, faz sentido dizer que a Advocacia Pública exerce poder estatal ao atuar (Dodek, 2010)¹⁸.

Realmente, sabe-se que, no conceito pós-positivista de norma, não cabe ao jurista apenas encontrar e declarar a vontade do legislador por meio da interpretação do enunciado normativo.

¹⁷ Cf. arts. 131 e 132 da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁸ Inclusive, como nota MENDONÇA (2017, p. 20), o constituinte atribuiu ao Advogado-Geral da União, chefe da Advocacia-Geral da União, a qualidade de agente político, vez que o inseriu no rol de autoridades que devem ser processadas e julgadas pelo Senado Federal pela prática de crimes de responsabilidade.

No pós-positivismo, a norma *surge* da interpretação e da aplicação do enunciado normativo ao caso concreto. O texto normativo é apenas o ponto de partida, que é integrado pela realidade social e pelas pré-compreensões do intérprete. Nesse sentido, vejamos Abboud (2015):

A partir das premissas supracitadas, pode-se concluir que, em face do pós-positivismo, a norma não se confunde com o texto legal (enunciado), ela surge somente diante da problematização do caso concreto, seja real ou fictício. Com efeito, consiste em equívoco do positivismo legalista entender que a norma já está acabada e presente no texto da lei ou em enunciado da súmula vinculante. A lei e a súmula vinculante são *ante casum* com o objetivo de solucionarem casos pro futuro.

No entanto, a necessidade de interpretar-se para além do texto normativo e a consequente exigência de participação do intérprete na criação da norma aplicável ao caso concreto não podem traduzir-se na substituição da legalidade vigente, o que caracterizaria ativismo judicial (Nery; Abboud, 2019).

Kaufmann (2006) destaca que a euforia causada pela promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 trouxe à tona um discurso especialmente valorativo, que buscasse implementar o texto constitucional após os tempos sombrios anteriores. Schier (2005) compara o momento ao acender das luzes: ainda que seja positiva, que ilumine ao nosso redor, num primeiro momento ela nos cega e exige uma adaptação; assim, afirma que, recém-saído do “quarto escuro do positivismo”, o constitucionalismo brasileiro passou por um momento de euforia e agora deve reorganizar-se.

Segundo Kaufmann (2006), o modelo europeu-alemão de análise dos direitos fundamentais, que influenciou pesadamente a produção jurídica brasileira no final do século XX e neste início de século XXI, como confirma Campos (2010), aproxima a concretização dos direitos fundamentais de uma tarefa judicial, focando os doutrinadores na atividade decisória do Poder Judiciário.

Ainda consoante referido autor, decorre disso uma valorização dos aspectos jurídico-técnicos dos direitos fundamentais e um concomitante enfraquecimento de sua dimensão política, que privilegia a atividade do Poder Judiciário e, ao fim e ao cabo, viola os próprios valores do Estado Democrático de Direito (Kaufmann, 2006, p. 30):

A questão primordial é que o discurso dos direitos fundamentais vinculado a um trabalho especificamente realizado pelo Poder Judiciário acaba por se transformar em um discurso excludente, que pouco aprimora as potencialidades do conteúdo semântico dos direitos fundamentais. (...) Nesse sentido, os direitos fundamentais deixam de ser emancipatórios da condição do cidadão do Estado Democrático de Direito para passarem a ser meras ferramentas de decisão de exclusivo uso de poucos.

Ainda, a dimensão política da atuação do Poder Judiciário, que “se dá nos limites da democracia” (Abranches, 2018, p. 400), é favorecida pelo próprio modelo de presidencialismo adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (p. 398):

O modelo de presidencialismo adotado pela Constituição de 1988, da maneira como operacionalizou a separação e interdependência entre os Poderes, prevê a cooperação, mas também estimula o conflito entre eles. (...) Ainda assim, é clara a ampliação de poderes presidenciais na segunda experiência com o presidencialismo de coalizão, e ela aumentou a responsabilidade do Judiciário na mediação política entre os dois, e aumentou o escopo do controle constitucional dos atos legislativos e de governo. O modelo adotado imprimiu “uma face fortemente política ao Judiciário”.

A transferência de capacidades decisórias sobre temas cada vez mais ampliados das instâncias tradicionais – Executivo e Legislativo -, com seus representantes eleitos, para o Judiciário, em que predominam os ocupantes de cargos públicos da área jurídica, tem especial relevância no Brasil, diante das peculiaridades da formação da burocracia brasileira.

De fato, como revelam Abrucio e Loureiro (2018), após um primeiro período de administração colonial caracterizada pela “combinação de centralismo excessivamente regulador, e geralmente pouco efetivo, com o patrimonialismo local” (p. 39), a administração do país começou a sofrer alterações com as reformas pombalinas, no século XVIII, quando buscou-se a formação, especialmente em Coimbra, de lideranças político-administrativas, tendo esse processo se intensificado com a chegada da Família Real ao Brasil, já no começo do século XIX, o “que gerou uma nova elite político-administrativa, bastante homogênea em seus propósitos” (p. 39).

Ainda segundo esses autores, essa elite ocupou os principais postos governamentais e atuou no processo de independência e na própria formação do Estado brasileiro, mas sem combater a escravidão¹⁹, gerando um legado institucional e cultural (p. 40):

Na verdade, a manutenção do regime escravista combinava-se negativamente com a tendência pombalina antiliberal, que se baseava na proeminência do Estado sobre a sociedade (Faoro, 2001). Isso gerou um legado institucional e cultural que influenciou toda a história imperial: a construção de uma burocracia que buscava, ao mesmo tempo, estar mais à frente do que a elite política e econômica da época e evitar que houvesse maior controle público

¹⁹ Como aponta Queiroz (2017), na Constituição de 1823, outorgada por D. Pedro I, “que seria o único texto constitucional vigente durante o Império e enquanto durou a escravidão negra no Brasil até o final do século XIX, todas as referências à escravidão foram riscadas e apagadas, bem como os libertos africanos, mas não os crioulos, foram afastados da cidadania” (p. 178), afirmando, ainda, o professor do IDP, que a “genealogia da Constituição de 1824 permite, assim, pensar como o medo da onda negra é elemento fundante da prática e da teoria jurídica nacional. Permite também compreender como a raça estruturou os posicionamentos dos deputados e a formação do Império, que tinham como núcleo um ímpeto político anti-negro, supremacista branco e profundamente escravista.” (p. 179)

sobre esta. Esse paradoxo marca as origens de nossa “modernização pelo alto”.

Referidos autores afirmam ainda que, também no império, o acesso aos cargos da alta burocracia era restrito à elite, que não era selecionada por mérito tampouco profissionalizada: “Na verdade, até mesmo na melhor parte da elite burocrática, meritocracia e relacionamentos pessoais de apadrinhamento conviviam na seleção e na promoção dos funcionários” (p. 40).

Corbellini Filho (2020) também ressalta o ponto, destacando que a burocracia brasileira teve como uma de suas bases o *bacharelismo*, com os membros da elite contando com diversos bacharéis em Direito formados em Coimbra e, posteriormente, em faculdades brasileiras de mesma tradição – “Não por acaso as primeiras instituições de ensino superior surgidas após o alvorecer do Brasil Império serão faculdades de Direito, criadas em Olinda e em São Paulo, em 11 de agosto de 1827” (p. 54) -, em fenômeno de certa maneira reproduzido na Assembleia Nacional Constituinte, na qual 46% dos constituintes tinham como formação e atividade econômica principal ou secundária o Direito (Brentano, 2017), o que sugere uma grande imbricação entre o Direito e a política.

Essa maioria de juristas é ilustrada, por exemplo, pela fala do constituinte Raúl Ferraz na 5ª Reunião Ordinária da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo²⁰, o qual, ao debater sobre a organização do Poder Judiciário, afirma, em determinado momento, que: “Todos nós aqui somos do ramo do Direito e sabemos que é comum se dizer qual é a Justiça melhor do Brasil”.

No mesmo sentido, vale também ressaltar as constatações de Engelmann e Penna (2014), os quais, ao realizarem análise das doutrinas brasileiras de Direito Constitucional, notaram que, dentre os autores de maior sucesso editorial, com o maior número de reedições de seus manuais, constam diversos personagens atuantes na política nacional, como Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Michel Temer e Flávia Piovesan, a indicar que não se pode encarar a questão dos direitos fundamentais como assunto puramente técnico, divorciado das escolhas políticas.

E, conforme Borges e Brasil (2019), “aproxima-se da condição de pleno exercício de cidadania, aquele ou aquela que participa da discussão e construção dos instrumentos deste exercício”, de modo que a valorização dos aspectos jurídico-técnicos dos direitos fundamentais, apontada por Kaufmann (2006), como visto acima, pode vulnerar justamente o exercício da cidadania. Ainda segundo Borges e Brasil (2019), “ao falar em exercício da cidadania, não se

²⁰ Ata disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup115anc05ago1987.pdf#page=5>

pode simplesmente admitir um rol de direitos em que indivíduos sejam meros destinatários”, o que pode ocorrer quando prevalece essa visão técnica do Direito, como acaba por exemplificar Corbellini Filho (2020, pp. 64-65), ao discorrer sobre o bacharelismo brasileiro:

A relação de tutela e proteção da sociedade civil tomada como um ente inerte ou incapaz pode ser assumida como um eco do bacharelismo liberal retratado por Adorno (2019). No mesmo sentido, o intuito moralizador desenvolvido de forma externa ao ambiente da política e das relações governo-administrador foi constatada no cotidiano de uma Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no trabalho de Bento (2017), que examina o sentido das decisões colegiadas do órgão recursal com competência de julgar prefeitos em temas como improbidade e regularidade de atos administrativos (a partir de uma atuação voluntariosa do Ministério Público), identificando a atuação da corte com uma das mais eficazes formas de crítica política que pode ser identificada na sociedade, destacando que magistrados passam a assumir a posição de policy makers em detrimento dos atores políticos tradicionais, por meio de uma atuação pautada na afirmação da neutralidade e do desinteresse que conformaria sua autoridade profissional, outorgando-lhes legitimidade para prescrição de “soluções técnicas corretas” para moralizar a política.

Um dos exemplos que podemos citar do impacto da atuação da Advocacia Pública, especialmente nesse ambiente de valorização dos aspectos técnico-jurídicos dos direitos fundamentais, é o posicionamento da Advocacia-Geral da União na questão da demarcação das terras indígenas, mostrando como uma manifestação que se pretende técnica e, segundo essa pretensão, neutra, revela na verdade características e consequências políticas, constando a seguir um breve relato do caso.

A Advocacia-Geral da União, em posicionamento expresso no Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU, determinou a aplicação das salvaguardas institucionais estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal na PET nº 3.388/RR a todos os casos envolvendo demarcação de terras indígenas, além de afirmar que só faz jus à demarcação de suas terras a comunidade indígena que ocupava determinado território em 05 de outubro de 1988, data de promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, estendendo este entendimento à toda Administração Pública federal, após aprovação da Presidência da República.

Na PET nº 3.388/RR, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela constitucionalidade da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, em ação ajuizada por Senador da República do Estado de Roraima. Referido julgamento é um dos mais relevantes da história recente do Supremo Tribunal Federal, tratando de tema fundamental à própria existência dos povos indígenas, que é o direito às terras tradicionalmente ocupadas, que são assim definidas pela Constituição (Brasil, 1988):

Art. 231. § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades

produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultura, segundo seus usos, costumes e tradição.

Julgamos importante transcrever trecho do Parecer nº 001/2017/GAB/CGU/AGU que demonstra o entendimento da advocacia pública federal acerca do posicionamento da Suprema Corte (BRASIL, 2017):

Como se vê, a Corte Suprema tem entendimento muito consolidado a respeito de dois tópicos fundamentais para a demarcação das terras indígenas: 1) a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena; 2) a vedação à ampliação de terras indígenas já demarcadas.

Conforme Pereira (2020), o direito à terra tradicionalmente ocupada é um direito fundamental conferido pela Constituição brasileira aos indígenas, dependendo deste direito a própria sobrevivência de tais povos, devido à relação de integração e dependência que estes possuem com suas terras:

A questão central que envolve a sobrevivência das nações indígenas no Brasil envolve a preservação e manutenção de suas terras tradicionais, bem como da biodiversidade da qual depende a existência de tais povos, que se situam dentre os principais agentes protetores de tal patrimônio natural.

Vê-se, assim, que a atuação da Advocacia-Geral da União, ao tentar impor a toda Administração Pública Federal, de maneira acrítica, as conclusões exaradas pelo Supremo Tribunal Federal na PET nº 3.388/RR, pode afetar direitos fundamentais de toda a população indígena, o que reforça a necessidade de estudos acerca dos limites de atuação da Advocacia Pública, como o presente. No momento de escrita desse trabalho, o julgamento do RE 1.017.365, que trata do tema, está suspenso em razão de pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes, após voto do Ministro relator Edson Fachin, contrário à tese do marco temporal, e do Ministro Nunes Marques, para quem a data de promulgação da Constituição define ocupação tradicional.

Um outro exemplo da importância da atuação da advocacia pública e do seu impacto na realização dos direitos fundamentais pode ser verificado em recente julgamento do Supremo Tribunal Federal acerca do financiamento, pela União, de leitos de UTI para combate à pandemia de COVID-19 nos entes federativos: diante da desabilitação pela União de leitos de

UTI voltados ao combate à pandemia, entes federativos ajuizaram, por meio de suas procuradorias, ações contra a União, buscando com que esta voltasse a financiar tais leitos²¹.

Além de mostrar a interação entre a Advocacia Pública e os direitos fundamentais, a contenda acerca do financiamento de leitos de UTI revela como a atuação dos órgãos jurídicos pode adquirir contornos políticos, visto que, no caso em foco, estamos diante de conflito entre cinco entes federativos e a União, cada um com seus órgãos de representação jurídica. O caso também é importante por demonstrar a expansão do papel do Judiciário a que já nos referimos neste trabalho, visto que foi realizada audiência de conciliação entre as partes, em mais uma clara demonstração de que o Poder Judiciário tem se tornado uma arena decisória de cada vez mais importância.

Ainda, vale ressaltar que não ignoramos a influência da política partidária, das pretensões pessoais dos governantes ou mesmo da corrupção na atuação da Advocacia Pública e na adoção de determinada tese jurídica, mas acreditamos que o estudo mais aprofundado destas questões não cabe no âmbito do presente trabalho. De todo modo, cremos que o estabelecimento de critérios para a atuação constitucional e legal do profissional da Advocacia Pública tem o condão de diminuir – ou, ao menos, evidenciar – tais interferências indevidas e não-republicanas, visto que, conforme Canotilho (1999):

A defesa dos direitos repousa sobre um conjunto de garantias processuais e procedimentais que fazem delas uma das manifestações mais conhecidas do Estado de direito. Nem sempre estas garantias são compreendidas, acusando-se os juristas de, por amor à forma, desprezarem o conteúdo do direito e a realidade das coisas. Há muito que foi respondido aos críticos do formalismo que a forma, no Estado de direito, é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade.

É importante destacar aqui que Kaufmann (2006) menciona o “uso exclusivo de poucos”, o que podemos relacionar com a preocupação que acima expusemos acerca dos efeitos da desigualdade material na participação política dos cidadãos. Mesmo o acesso ao Poder Judiciário, nova arena decisória intensificada pelo constitucionalismo contemporâneo, é fortemente afetado pelas condições materiais dos cidadãos, não só no aspecto do ônus financeiro relativo ao ajuizamento de ações judiciais, mas também à própria falta de compreensão de determinado problema como sendo um problema legal, como apontam Oliveira e Cunha (2016, p. 346):

Afirmamos com os autores [Albiston e Sandefur] que é preciso trabalhar o acesso à justiça como uma demanda universal, não restrita àqueles que dispõem de meios financeiros para reivindicar seus direitos, investigando, assim, as barreiras existentes para além da falta de recursos financeiros, que

²¹ Tratam-se das ACOs nºs 3473/MA e 3474/SP.

dizem respeito principalmente aos significados sociais construídos e à dificuldade de compreender um problema como um problema legal. É preciso considerar o nível de (des)conhecimento de direitos e deveres e da linguagem de direitos.

Assim, resta a preocupação de que, também na atuação da Advocacia Pública, a aplicação imediata dos direitos fundamentais não se resume a uma técnica decisória. Os direitos fundamentais devem, sim, ser aplicados diretamente ao caso concreto e sua realização servir como motivo²² do ato administrativo e móvel²³ do profissional do Direito, como decorrência do Estado Democrático de Direito instituído no Brasil, a que tentamos singelamente descrever acima, mas deve atentar-se para que a maneira como essa aplicação ocorre não despreze o princípio democrático e a capacidade de autodeterminação do povo, o que poderia aprofundar alguns dos problemas apontados acima, como a baixa sensação de inclusão no governo democrático e a diminuição da possibilidade de controle do programa.

1.3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E INTERESSE PÚBLICO

Como afirmamos acima, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é considerada o marco histórico, no contexto brasileiro, do processo de constitucionalização do direito (Barroso, 2005), que é caracterizado, dentre outros fatores, pela aplicação direta da Constituição às relações jurídicas e pela necessidade de interpretação dos institutos jurídicos tendo a Constituição como filtro (Oliveira, 2018):

A constitucionalização do Direito não pressupõe apenas colocação do texto constitucional no topo da hierarquia do ordenamento jurídico. Trata-se, em verdade, de processo dinâmico-interpretativo de releitura (transformação) do ordenamento jurídico que passa a ser impregnado pelas normas constitucionais. Em consequência, a aplicação e a interpretação de todo o ordenamento jurídico devem passar necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição (...)

²² Conforme Mello (2012, p. 86), “[t]odo e qualquer ato administrativo, provenha de onde provier, Legislativo, Executivo ou Judiciário – tem requisitos para sua válida expedição. Dentre eles, de par com o estrito respeito à finalidade que a lei assinala para o ato, avulta a exigência de que a conduta administrativa esteja estribada nos pressupostos fáticos, isto é, nos motivos que a norma jurídica tomou em conta ao autorizar ou exigir dada providência. Motivo, como se sabe, é a situação de direito ou de fato que autoriza ou exige a prática do ato.”

²³ Mais uma vez conforme os ensinamentos de Mello (2012, pp. 87/88), “importa não confundir os motivos – que são, como dito, pressupostos de fato correspondentes a uma caracterização legal – com os móveis do agente, isto é, com a intenção da autoridade. Móvel ou intenção é algo subjetivo, que reside na intimidade psicológica do sujeito que atua. Então, enquanto o móvel é interno, subjetivo, psicológico, o motivo é externo, objetivo. A realidade do motivo é exterior ao agente, por ser algo que reside na lei (motivo de direito) ou na realidade empírica (motivo de fato). O móvel corresponde ao intento, ao propósito, do agente, à sua finalidade subjetiva, pessoal – e por isso sua perquirição ganha relevo na teoria do desvio de poder com intenção viciada – ao passo que o motivo é realidade objetiva cuja existência precede o ato e é condição de sua validade.”

Segundo Binenbojm (2006, p. 64), “a força vinculante da principiologia constitucional” poderia dispensar, em alguns casos, a intermediação do legislador infraconstitucional para produzir seus efeitos frente ao caso concreto e permitiria, inclusive, a atuação *contra legem*, desde que amparada diretamente na Constituição. Haveria, na verdade, um dever de a Administração atuar contrariamente à lei que entendesse inconstitucional.

Destacamos que a constitucionalização tem impactos em todos os ramos do direito, também no Direito Administrativo, em relação ao qual têm surgido diversas obras em que são discutidos os momentos de formação de tal ramo como campo autônomo de estudos dentro do Direito, bem como os princípios elencados como basilares pelos administrativistas brasileiros considerados tradicionais, como o princípio da legalidade, o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público.

Aqui, vale o esclarecimento de que, ao referirmo-nos à doutrina tradicional de Direito Administrativo, fazemos menção a autores e autoras como Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella di Pietro, cujas obras tiveram e ainda têm inegável relevância na formação e desenvolvimento deste ramo do Direito no país, sendo indicadas como leituras nas graduações do país, tendo seus conceitos cobrados em concursos públicos e utilizados como razão de decidir de administradores públicos e magistrados, ainda que autores inspirados nos ideários neoconstitucionais, como, por exemplo, Rafael Carvalho Rezende Oliveira, tenham obtido cada vez mais destaque,.

Celso Antônio Bandeira de Mello, inclusive, é apontado como o responsável pela elaboração teórica do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, como aponta Hachem (2011, p. 45):

Em que pese a ocorrência de pontuais menções à noção de supremacia do interesse público sobre o privado, a elaboração teórica do princípio em questão, na forma como é conhecido contemporaneamente, só emerge no ano de 1967, quando Celso Antônio Bandeira de Mello publica na Revista de Direito Público o artigo intitulado “O conteúdo do regime jurídico-administrativo e o seu valor metodológico”.

Em consonância com o acima apontado, podemos verificar a publicação, nos anos recentes, de diversas obras discutindo os princípios do Direito Administrativo, algumas defendendo que tais princípios devem ser revistos ou até mesmo superados, para que o ramo do

Direito em tela conforme-se à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁴, outras questionando a solidez dessa *doutrina crítica do Direito Administrativo*²⁵ ou defendendo a aplicação dos conceitos tradicionais com algum temperamento ou atualização.

Como exemplo, citamos a produção bibliográfica de diversos autores advindos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, local em que foram realizados os primeiros estudos mais aprofundados, no Brasil, do constitucionalismo do pós-guerra e dos efeitos deste fenômeno nos diversos ramos do Direito brasileiro (Campos, 2010). Luís Roberto Barroso, atualmente ministro do Supremo Tribunal Federal, é provavelmente o principal expoente do movimento, tendo influenciado de maneira relevante a produção acadêmica dos autores a seguir de tal escola.

A *doutrina crítica do Direito Administrativo* a que nos referimos anteriormente tem seus principais expoentes originados nas bancas de mencionada universidade e questiona os próprios pilares da disciplina no Brasil. Nesse sentido, destaca-se a obra *Uma Teoria do Direito Administrativo - Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*, de Gustavo Binenbojm (2006), correspondente à tese de doutoramento de referido autor, orientada justamente por Barroso, responsável inclusive pelo fato de Binenbojm lecionar Direito Administrativo, como revelado no prefácio do livro. Tal publicação tem o objetivo expresso de rever as bases do Direito Administrativo no país, como afirma expressamente o próprio autor (2006): “Anos depois, a vida me levaria a lecionar direito administrativo (sempre ao lado do direito constitucional), o que acabou por reacender em mim a chama por uma crítica estrutural ao arcabouço teórico da disciplina que se ensinava no Brasil”.

No livro, Binenbojm (2006) questiona até mesmo a noção tradicional dos motivos fundantes do Direito Administrativo: enquanto Mello (2013), acompanhado de diversos outros autores, afirma que este ramo do direito surgiu como uma decorrência do liberalismo, com o fim de promover o controle do Estado pelas leis – tendo um teor garantístico, portanto -, o autor carioca afirma que foi “a teoria [do Direito Administrativo] elaborada tendo em vista a preservação de uma lógica da autoridade, e não a construção de uma lógica cidadã.” (2006, p. 3)

Dentro desta proposta de revisão do arcabouço teórico do Direito Administrativo, o conceito de interesse público e o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado,

²⁴ Destaca-se, nesse campo, a produção bibliográfica de autores advindos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, como Gustavo Binenbojm, Daniel Sarmento e Ana Paula de Barcellos, alguns dos principais expoentes do discurso jurídico pós-positivista no direito administrativo brasileiro (CAMPOS, 2010).

²⁵ Adotamos o termo utilizado por Madureira em sua obra *Advocacia Pública* (2016) para fazer referência à plêiade de autores contemporâneos que defende a superação dos princípios tradicionais do direito administrativo brasileiro.

este considerado um dos princípios fundamentais do Direito Administrativo pela doutrina brasileira (Mello, 2013), têm sido alvo de grande debate doutrinário. Além de ser um dos pontos de maior relevância no estudo de tal ramo do Direito²⁶, o interesse público é diretamente relacionado com a atuação da Advocacia Pública, como revela o Código de Processo Civil, que dispõe, em seu artigo 182 (Brasil, 2015):

Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta.

Quanto ao ponto, Berenson (2000), ainda que no âmbito do ordenamento jurídico estadunidense, no qual não há separação entre Ministério Público e Advocacia Pública como no Brasil, elenca críticas comuns por parte de doutrinadores daquele país à noção de que o advogado público deve buscar o interesse público em sua atuação, dentre as quais estão, por exemplo, o fato de que o conceito de interesse público é muito amplo e, conseqüentemente ininteligível, de modo que não pode servir como guia para a tomada de decisões; outra crítica, especialmente relacionada com o tema de nossa dissertação, é a seguinte:

No contexto cível, os críticos alegam que seria anti-democrático que os advogados públicos persigam sua concepção particular de interesse público relacionada a qualquer controvérsia jurídica e que quaisquer determinações sobre como o interesse público será melhor atendido em tal controvérsia deve ser feita por agentes públicos que são mais democraticamente responsabilizáveis que os advogados públicos.²⁷

Diante disso, julgamos pertinente trazer os questionamentos de Binbenbojm acerca do conceito de interesse público e do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado (2006, p. 2):

Como enquadrar um princípio de supremacia do interesse público sobre os interesses particulares em um ambiente reconstitucionalizado, no qual se proclama a centralidade, não do Estado ou da sociedade, mas do sistema de direitos fundamentais? Como justificar a sobrevivência atávica de um conceito pré-constitucional de interesse público, diante da constitucionalização dos interesses individuais e coletivos mais relevantes?

²⁶ Como aponta Hachem (2011), o conceito de interesse público encontra-se “umbilicalmente ligado ao Direito Administrativo” (p. 152) e retrata “uma categoria que sintetiza o conjunto total das instituições desse ramo jurídico, sendo considerada como um conceito nodal do Direito Público em geral e do Direito Administrativo em particular (pp. 152/153).

²⁷ Tradução livre do original: “In the civil context, the critics contend that it would be anti-democratic for government attorneys to pursue their particular determinations of the public interest with regard to any particular legal controversy, and that any determinations regarding how the public interest will best be served with regard to any legal controversy should be made by public officials who are more democratically accountable than government attorneys are.”

Veja-se que o autor destaca que leciona direito administrativo “sempre ao lado do direito constitucional”, bem como questiona se a noção tradicional de supremacia do interesse público seria consonante com um “ambiente reconstitucionalizado”, o que demonstra claramente que seu objetivo é realizar a filtragem do direito administrativo pela Constituição, em movimento típico do constitucionalismo contemporâneo.

Em referida obra, e com base em Daniel Sarmiento, Binbenbojm (2006) afirma que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado poderia ter duas justificações diferentes, o organicismo e o utilitarismo. Sob a perspectiva do primeiro (organicismo), os indivíduos integram um corpo maior, a sociedade, devendo contribuir para que esta funcione corretamente, de modo que o bem comum teria maior relevância que a satisfação individual; já no utilitarismo, deve prevalecer o interesse que melhor promova o bem-estar da maior quantidade de membros da sociedade.

Segundo o autor fluminense, essas duas fundamentações, por pressuporem *a priori* e de maneira abstrata a prevalência de um bem comum sobre direitos individuais, violam frontalmente os pilares de um Estado Democrático de Direito, fundado sob a perspectiva do neoconstitucionalismo, que tem a promoção dos direitos fundamentais e dos valores consagrados na Constituição como principal objetivo e fonte de legitimidade, remontando à ideia de autoridade que afirma ser o norte do Direito Administrativo. Essa crítica é assim descrita por Silva (2013, p. 741):

Ela simplesmente sustenta que não faz sentido defender uma supremacia absoluta do interesse público sobre o privado porque essa solução apriorística para a tensão entre ambos os interesses ignora as variáveis de cada caso concreto e, por isso, pode em muitos casos levar a soluções incompatíveis com a ordem constitucional brasileira.

Outro ponto importante da teoria do professor carioca, desta feita baseado em Humberto Ávila, é a propugnada indissociabilidade entre o interesse público e o interesse privado: como um dos objetivos do Estado Democrático de Direito é a promoção dos direitos fundamentais, não haveria uma contraposição entre o interesse público e o interesse privado, vez que a garantia dos direitos individuais está inclusa no conceito de interesse público.

Diante disso, o citado administrativista fluminense assevera que, havendo aparente conflito em uma situação concreta, seja efetuada uma ponderação dos valores em voga, buscando-se a solução que melhor aplique o ordenamento jurídico, o que inclui diretamente a Constituição e sua principiologia. Esta solução encontrada é o interesse público, mesmo que signifique a proteção dos interesses pessoais de um indivíduo em face de um interesse coletivo.

Por isso, dispõe acerca da inexistência de utilidade do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, vez que, não havendo real contraposição de interesses e sendo o interesse público resultado de um processo ponderativo realizado a cada caso concreto, não faz sentido um princípio que prescreva que tal interesse deva prevalecer²⁸.

Poucos anos depois do lançamento da obra de Binenbojm, Hachem (2011) publica monografia denominada “*Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público*”, saindo em defesa de referido princípio, mencionando expressamente a obra de Binenbojm (além da de Daniel Sarmiento e Alexandre dos Santos Aragão, por exemplo, também professores da UERJ). Hachem (2011) faz expressa menção aos estudos questionadores da noção tradicional de Direito Administrativo e elenca como um de seus objetivos ao escrever o livro “responder a todas as críticas que lhe são dirigidas, evidenciando pontualmente a improcedência de cada uma delas” (2011, p. 34). Os próprios capítulos do livro são, cada um, respostas a um dos argumentos da doutrina crítica.

Nessa obra, Hachem (2011) demonstra a permanência do princípio constitucional da supremacia do interesse público e sua compatibilidade com o Estado Democrático de Direito brasileiro instituído (desejado) pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Quanto à questão da ideologia que justificaria a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, como aponta Hachem (2011, p. 370) – e como indica também a própria expressão “dever-poder”²⁹, sempre referida por Celso Antônio Bandeira de Mello:

O embasamento ideológico do princípio aproxima-se mais da concepção própria da Escola do serviço público francesa, que enfatiza o caráter serviente do Estado aos interesses gerais da coletividade, do que do ideário da escola da *puissance publique*, visto que o relevo não é conferido aos poderes da Administração, mas sim aos deveres que lhe compete cumprir.

²⁸ Segundo citado autor (2006, pp. 302/303): “Assim, o melhor interesse público só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento desse raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade.

(...)

Explica-se: se o interesse público, por ser um conceito jurídico indeterminado, só é aferível após juízos de ponderação entre direitos individuais e metas ou interesses coletivos, feitos à luz de circunstâncias concretas, qual o sentido em falar-se num princípio jurídico que apenas afirme que, no final, ao cabo do processo ponderativo, se chegará a uma solução (isto é, ao interesse público concreto) que sempre prevalecerá?”

²⁹ Referido professor paulista nota, no entanto, que existe na doutrina brasileira considerável número de autores que, equivocadamente, sublinham os poderes e não os deveres da Administração Pública (2013, p. 46): “Sem embargo, até hoje os doutrinadores parecem deixar-se de seduzir pelo vezo de explicar institutos de Direito Administrativo sedimentando-os em remissões a ‘poder’ ou ‘poderes’ da Administração. É o que, no Brasil, ainda fazem ilustres e competentes administrativistas. Este tipo de organização metodológica das matérias do Direito Administrativo, em última análise, favorece, embora indesejadamente, realçar e enfatizar uma concepção autoritária do Direito Administrativo, projetando luz sobre os tópicos exaltadores do ‘poder’ e deitando sombra sobre os concernentes aos ‘deveres’ a que está subjugada a Administração, e que têm cunho mais importante para a boa compreensão da índole do Direito Administrativo no Estado de Direito.”

Nesse ponto, vale destacar que a doutrina crítica, ao afirmar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado suprimiria os direitos fundamentais em prol de um ente abstrato maior – o Estado -, o que significaria que tal princípio seria característico de um Estado totalitário, parece desconsiderar que a doutrina tradicional do Direito Administrativo brasileiro sempre se fundamentou na dualidade *prerrogativas x sujeições* para estudar os diversos institutos da área. Di Pietro (2020, p. 84), nesse sentido, afirma que: “Basicamente, pode-se dizer que o regime administrativo resume-se a apenas duas palavras: prerrogativas e sujeições”.

Na mesma toada, Celso Antônio Bandeira de Mello, prevê essa dualidade desde a identificação formal do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, como aponta Hachem (2011, p. 48):

desde a construção inicial do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o jurista já realçava que todos os efeitos jurídicos dele decorrentes estavam sujeitos a restrições especiais, encontráveis no próprio ordenamento jurídico-positivo, só podendo servir ao alcance das finalidades públicas estampadas nas normas jurídicas que habilitaram à Administração o exercício dessas prerrogativas.

De fato, Mello (2013) aponta claramente como sendo os dois princípios elementares do Direito Administrativo a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Ambos devem ser sempre estudados em conjunto, pois o segundo condiciona as prerrogativas que o primeiro concede ao Estado, o que pode ser verificado pelo próprio conceito de função adotado pelo autor (2012, p. 53):

Todos sabemos que a palavra função em Direito, tem sido usada em mais de um sentido, mas há, para ela, uma acepção, um sentido nuclear, que, mais que outros, merece ser explorado. Existe função, em Direito, quando alguém dispõe de um poder à conta de dever, para satisfazer o interesse de outrem, isto é, um interesse alheio. Função, em síntese, é o exercício no interesse alheio de um poder exercido em conta de dever legal.

Assim, o argumento de que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado permite uma espécie de absorção do cidadão pelo Estado, vez que os fins deste justificariam a supressão dos direitos fundamentais daquele, ignora a construção doutrinária do princípio, a qual sempre enfatizou que sua utilização é condicionada pela necessidade de atendimento à finalidade pública, que no Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como vimos acima, envolve a garantia e promoção dos direitos fundamentais.

Esse argumento da doutrina crítica baseia-se também na percepção de que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado configuraria regra de preferência absoluta daquele em relação a este, mesmo sem considerar a juridicidade do interesse, o que deixa de levar em consideração, como já apontado acima, que a supremacia do interesse público sobre o privado só tem cabimento quando vista em conjunto com a indisponibilidade do interesse público. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não justifica – não deveria justificar, ao menos – que prevaleça um interesse ilegítimo, não albergado pelo ordenamento jurídico, pois este interesse não é público.

Veja-se que Hachem (2011), ao defender a existência de referido princípio, qualifica como interesse público em sentido amplo a realização de um interesse juridicamente protegido, o que inclui os direitos individuais, asseverando que este prevalece em face do interesse não assegurado pelo ordenamento, denominado interesse privado (p. 195):

A primeira hipótese de conflito de interesses passível de ser solucionada pela aplicação do princípio constitucional da supremacia do interesse público é aquela em que um interesse juridicamente protegido se choca com um interesse não assegurado pelo Direito positivo. Trata-se, aí, de uma colisão entre o interesse público em sentido amplo e um interesse privado.

É nesse sentido que o autor aponta que os entes estatais também podem ter interesses privados, vez que o Fisco, por exemplo, pode ter interesse em aumentar sua arrecadação, mas estes interesses não necessariamente são coincidentes com o interesse público, constituindo interesse secundário. Vale notar que o autor não se refere a interesse público secundário, mas a interesse secundário, esclarecendo que é um equívoco classificar como público um interesse do ente público que não seja consonante com o interesse coletivo ou dos particulares enquanto cidadãos.

Quanto à suposta indissociabilidade entre os interesses públicos e privados, não nos parece que os dois sejam tão indistinguíveis, se analisados concretamente. Nesse sentido, Silva (2013) traz o exemplo do tombamento e Mello (2013) o da desapropriação: quando confrontado com a determinação estatal de tombamento ou desapropriação de determinado imóvel, o proprietário desse bem presumidamente tem um interesse privado de não ter sua propriedade limitada ou de não sofrer a expropriação, ao passo que o interesse público é justamente o tombamento ou a desapropriação, que contam mesmo com fundamento constitucional e legal.

Um outro exemplo em que vislumbramos distinção entre o interesse público e o privado é o poder de polícia: empresários e empresárias podem ter interesse pessoal em não seguir regulamentações trabalhistas ou municipais que ensejam gastos adicionais, um motorista pode ter interesse pessoal em não precisar obter licença para dirigir, mas é bastante aceito em nossa

sociedade – tanto que as regulamentações citadas ou a habilitação para dirigir estão previstas em lei - que normas trabalhistas, de zoneamento ou de trânsito têm alguma preferência em relação a tais interesses.

Madureira (2018, p. 86) conceitua interesse público de maneira similar à definição que Hachem (2011) adota para interesse público em sentido amplo, afirmando que:

(...) E isso precisamente porque, nessa perspectiva, o interesse público identifica-se com a juridicidade, com o cumprimento dos enunciados prescritivos que compõem o ordenamento jurídico-positivo, pelo que a sua realização pressupõe, sempre, a fruição dos direitos subjetivos conferidos aos indivíduos pelas leis e pela Constituição.

Asseverando que a legislação, ao prever que a desapropriação dar-se-á mediante prévia e justa indenização, garante também os direitos individuais, continua referido autor (p. 87):

Sendo assim, a afirmação, pela doutrina crítica, de que o princípio da supremacia do interesse público deve ser abandonado, porque embaraça a realização de direitos subjetivos individuais, ou se funda na ignorância da noção de interesse público professada por Bandeira de Mello, ou, talvez, como prefiro acreditar, na sua simples desconsideração como premissa teórica. Disso resulta relevante vício de formulação na crítica manifestada, vez que, como exposto, seus artífices não impugnaram essa noção jurídica, limitando-se, quanto ao particular, a argumentar que o princípio analisado encerra espécie de regra de preferência.

A correta compreensão do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, pelo menos como proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello, é a de que tal princípio não acarreta a prevalência de um interesse público ilegítimo sobre um interesse privado encoberto pelo ordenamento jurídico. Inclusive, quanto ao ponto, a doutrina administrativista desenvolveu teorias para buscar garantir que as prerrogativas detidas pelo Estado sejam aplicadas apenas para o atendimento das finalidades eleitas pela sociedade, havendo diversas obras sobre o tema da discricionariedade e do desvio de poder. Retomando o exemplo das limitações ao direito de propriedade que utilizamos acima, a mera menção à supremacia do interesse público não justifica a desapropriação ou o tombamento determinado por agente estatal por razões escusas.

Mais uma vez, recorremos aos ensinamentos de Mello (2011, p. 83):

O plexo de poderes depositados em mãos da Administração, ante seu caráter serviente, instrumental, não é para ser manejado em quaisquer circunstâncias, para quaisquer fins ou por quaisquer formas. Pelo contrário, é previsto como utilizável perante certas circunstâncias, para alcançar determinados fins e através de especificadas formas.

Dessa forma, se constatado que pode existir, no caso concreto, uma dissociação entre o interesse público e o interesse privado – o que, inclusive, é necessário para que se aplique a

ponderação, conforme aponta Silva (2013), notando uma contradição no fato de a doutrina crítica eleger a ponderação para resolver conflito inexistente, já que os interesses seriam os mesmos se fossem indissociáveis -, compete ao agente público efetuar ponderação dos interesses envolvidos, buscando aplicar na maior medida possível o interesse público sem deixar de resguardar o interesse privado. Nesse sentido, Hachem (2011, p. 378):

Se, por outro lado, tratar-se de um conflito entre o interesse público em sentido estrito (interesse geral, inerente a toda a coletividade) e um interesse específico (individual — titularizado por um indivíduo singular, ou coletivo — titularizado por um grupo determinado), ambos resguardados pelo ordenamento jurídico, a norma da supremacia do interesse público determinará que o primeiro seja realizado em sua máxima medida, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes no caso concreto. Instituirá uma prevalência relativa, que dependerá das circunstâncias presentes em cada situação.

Daí surge a necessidade de motivação do ato administrativo, cuja ocorrência anterior ou contemporânea ao ato é requisito de validade deste, pois só assim é possível analisar se o agente estatal utilizou suas prerrogativas para atingir finalidade pública, conforme aponta o sempre citado administrativista paulista. Com a devida motivação, terceiros, inclusive o Poder Judiciário – o ato administrativo não é infenso ao controle jurisdicional -, podem realizar o controle da Administração Pública, verificando se os motivos alegados para a prática do ato realmente ocorreram ou se a conduta adotada fora proporcional, ou seja, necessária, adequada e suficiente.

Estabelecida a compatibilidade do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado com o Estado Democrático de Direito brasileiro instituído pela Constituição Federal de 1988, vale fazer referência ao conceito de interesse público em si. Segundo Hachem (2011, pp. 376/377), o interesse público, analisado sob o prisma jurídico, pode ser visto de duas formas:

Uma delas diz respeito a um interesse público em sentido amplo, genérico, considerado como todo o interesse protegido pelo ordenamento jurídico. Se o ato administrativo contrariar a finalidade da norma definida pelo sistema normativo, estará ofendendo o interesse público. A outra está relacionada às situações em que se exige um interesse público em sentido estrito, especial, que se estiver presente autoriza a Administração Pública a agir. Para revestir-se de validade, o ato administrativo só poderá ser praticado se existente esse interesse público qualificado.

Sendo basicamente o respeito ao ordenamento jurídico, o interesse público em sentido amplo, como reconhecido por Hachem (2011, p. 164) aproxima-se bastante do conceito de princípio da legalidade ou juridicidade, que vincula a Administração Pública ao Direito, conforme Abboud (2021):

Atualmente, a vinculação da atividade administrativa à legalidade deve ser visualizada como vinculação ao próprio direito e, por conseguinte, ao texto constitucional. A vinculação da Administração não é mais apenas em relação à legalidade, mas, sim, a um bloco de legalidade dentro do qual possui especial destaque o texto constitucional.

Ainda sobre o tema, continua o autor (2021):

A fiscalização administrativa da constitucionalidade tal como a judicial, não consiste em faculdade, e sim em dever do agente público, oriundo da vinculação de todos os órgãos públicos à Constituição Federal. Sendo assim, admitir o controle de administrativo da legalidade, além de tornar obrigatória a concretização do texto constitucional pelo agente administrativo, aumenta a responsabilidade dos órgãos administrativos no exercício de sua atividade, na medida em que passam a ter a obrigatoriedade de examinar a constitucionalidade das leis.

Ao passo que o interesse público em sentido amplo de certa forma confunde-se com o princípio da legalidade – ou juridicidade -, já que é essencialmente a realização do ordenamento jurídico (o que inclui, no Estado brasileiro, a garantia dos direitos fundamentais), o interesse público em sentido estrito, a que Hachem também se refere eventualmente como interesse público qualificado, é menos abstrato, devendo “ser identificado concretamente pelo Poder Público, nas hipóteses em que a norma jurídica exigir um interesse público qualificado para habilitar a sua atuação” (p. 377).

Ainda segundo o autor, o ordenamento jurídico aponta a necessidade desse interesse qualificado de duas formas: explicitamente, quando a lei faz referência direta ao termo “interesse público” ou similar, como interesse coletivo ou social; implicitamente, nas situações em que a lei prevê margem de discricionariedade para o administrador público. Em ambas as situações, exige-se a “motivação expressa do ato administrativo, com a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos que ensejaram a sua prática, ficando o ato submetido a posterior controle jurisdicional para verificar a existência efetiva do interesse público (pp. 377/378).

Entendemos que uma das grandes alterações que o paradigma pós-positivista traz à questão do interesse público relaciona-se com o fato de que, em tal concepção, a norma não existe de maneira abstrata, não se reduzindo ao seu texto normativo; ela é produzida na problematização de um caso concreto ou teórico (Abboud, 2021), de modo que, em paralelo, o interesse público não está contido na norma, dependendo do caso concreto para sua materialização, vez que a interpretação da legislação e consequente produção da norma deve também ser realizada pela Administração Pública (Abboud, 2021):

A hermenêutica não é, simplesmente, reduzível a um recuperar a pura intenção do autor (nem da lei), mas, sim, revelar sua verdade (não vontade); assim, interpretar não é um simples reproduzir e sim um produzir; não servir e sim

perguntar; não absolutizar o texto, mas revivê-lo. Assim sendo, não é possível preconizar-se que a Administração Pública atue em conformidade com a legislação e a Constituição sem que ao mesmo tempo realize a interpretação desses diplomas legislativos.

Temos, portanto, levadas em conta as considerações feitas neste tópico, que, corretamente compreendidos o conceito de interesse público e a noção de princípio da supremacia do interesse público, o agente público – aí incluso(a) o(a) advogado(a) público(a), como veremos com mais detalhes no próximo capítulo – tem o dever-poder de adotar medidas, sempre devidamente motivadas de maneira prévia ou concomitante ao ato administrativo, que busquem realizar o interesse público, que na perspectiva pós-positivista é construído (e não encontrado) no caso concreto, sem deixar de respeitar os interesses privados regularmente reconhecidos pelo ordenamento jurídico, pois estes são também, como vimos, interesse público, em sentido amplo, que devem ser respeitados pela Administração Pública.³⁰

³⁰ Curiosamente, essa é a mesma conclusão a que chega Abboud (2015) quando argumenta pela superação do conceito de interesse público e do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: “Do mesmo modo, não se pode perder de vista que a lesão aos direitos fundamentais acarreta lesão ao próprio interesse público, afinal, a defesa dos direitos fundamentais interessa tanto ao cidadão como à própria comunidade, uma possível restrição a um direito fundamental pode ocorrer diante da particularidade do caso concreto desde que prevista na própria Constituição Federal ou autorizada por ela, ou, ainda que não autorizados no texto constitucional, mas restrição tiver o objetivo de salvaguardar outros direitos fundamentais.”

2 ADVOCACIA PÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E DEBATES NA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

Segundo Guedes (2009), a história da Advocacia Pública no Brasil pode ser dividida em três fases: a) Colônia e Império; b) República até Constituição Federal de 1988; e c) Pós-Constituição Federal de 1988.

Na primeira fase, não havia propriamente uma separação dos poderes, como hoje entendemos, sendo toda a burocracia estatal voltada à “satisfação da metrópole absolutista” (Cyrino, 2017). Nesse momento, com inspiração na burocracia portuguesa, existia no Brasil o Procurador dos Nossos Feitos, que defendia os interesses da coroa – ainda que inexistente uma clara separação entre as funções administrativa e judiciária - e realizava também a defesa de “órfãos, viúvas e pobres” (Guedes, 2009, p. 339), acumulando às funções que hoje entendemos como de advocacia de estado as atribuições que hodiernamente recaem sobre a Defensoria Pública.

Com a Constituição do Império de 1824, o profissional, que passou a ser chamado Procurador da Coroa e Soberania Nacional, acumulou também as funções de tutela dos interesses da sociedade, passando a atuar, além disso, em matéria criminal (Guedes, 2009).

Na segunda fase, iniciada com a república, criou-se a Justiça Federal e a figura do Procurador-Geral da República, que chefiava o Ministério Público Federal, o qual, além de competente para as representações criminais, atuava em juízo como representante da União, cumulando, como podemos ver, as funções que hoje são exercidas separadamente pelo Ministério Público e pela Advocacia Pública.

De fato, como demonstra Brentano (2017), em outubro de 1890, por meio do Decreto nº 848, foi instituída a Justiça Federal, sendo atribuída ao Procurador-Geral da República a tarefa de “funcionar como representante da União, e em geral oficiar e dizer de direito em todos os feitos submetidos à jurisdição do Supremo Tribunal.” O Tesouro Federal tinha o encargo de promover a cobrança da dívida ativa da União, contando com Procuradores da Fazenda Federal, os quais tinham poderes para representação judicial, sendo criada em 1909 da Procuradoria-Geral da Fazenda Pública (Guedes, 2009).

Outra alteração importante na estrutura jurídica havida no início da República foi a criação do cargo de Consultor-Geral da República, em 1903, ao qual foi atribuída a função de

“consultar às Secretarias de Estado, nos mesmos casos em que o fazia o procurador geral da República(...)”, promovendo a separação entre as funções de representação judicial e consultoria e representação extrajudicial da União, em configuração que somente seria alterada com a Advocacia-Geral da União em 1988 (Brentano, 2017).

A Constituição de 1937 transferiu para a justiça dos Estados a competência para conhecer das causas da União³¹, situação que perdurou, como relata Guedes (2009), até 1965, já no regime ditatorial militar. Durante boa parte da república, as modificações feitas pelos sucessivos governos ao Ministério Público afetaram a representação judicial da União (Guedes, 2009, p. 351):

Com a extinção da justiça federal de 1ª instância, o Decreto-Lei n. 986, de 27 de dezembro de 1938, estabelece os cargos de Procurador Geral da República (PGR) e Procurador Regional da República, Procurador da Propriedade Industrial e Procurador Adjunto (art. 1º). Ao PGR incumbia a representação da União (Governo e Fazenda) junto ao Supremo Tribunal Federal (art. 7º); aos Procuradores Regionais da República a atuação como ‘advogados da União’ nas justiças locais do Estados, Distrito Federal e Território do Acre (art. 8º) e aos Promotores de Justiça incumbia a representação judicial da União nas comarcas locais (art. 12), excetuadas as capitais (art. 24).

Paralelamente, como apontam Brentano (2017) e Guedes (2009), reforçava-se a estrutura da advocacia consultiva da União, em movimento que culminou no Decreto nº 93.237/1986, o qual organizou a Advocacia Consultiva da União, prevendo como seus órgãos a Consultoria-Geral da República, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (no Ministério da Fazenda), as Consultorias Jurídicas dos demais Ministérios, do Estado Maior das Forças Armadas, da Secretaria de Planejamento da Presidência da República e da Secretaria de Administração Pública da Presidência da República, as Procuradorias Gerais ou os departamentos jurídicos das autarquias e os órgãos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações sob supervisão ministerial e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União.

Vale dizer que, neste período (na república), os Estados tinham liberdade para adotarem, para a Advocacia Pública, configurações diferentes da escolhida pela União, de modo que alguns entes federativos estruturaram tal instituição de maneira similar à posteriormente

³¹ Conforme Brentano (2017, p. 19): “Pela denominada Constituição do Estado Novo, no ano de 1937, determinase o desaparecimento da Justiça Federal. O Poder Judiciário Nacional passou a ser composto pelo Supremo Tribunal Federal, pelos juizes e tribunais dos estados, Distrito Federal e territórios, e pelos juizes e tribunais militares (também foi extinta a Justiça Eleitoral). Os juizes federais com mais de 30 anos de serviço foram aposentados com vencimentos integrais; aqueles que não dispunham desse tempo foram postos em disponibilidade, com vencimentos proporcionais (OLIVEIRA, 1996). Assim, as causas de interesse da União passaram a ser conhecidas e julgadas pela Justiça estadual de primeira instância (VELLOSO, 1995).”

adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, retirando do Ministério Público a representação em juízo da Fazenda Pública.

Finalmente, na terceira fase, inaugurada com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Advocacia Pública passa a ser considerada função essencial à justiça, sendo regrada pelos artigos 131 e 132, que trazem a conformação constitucional, respectivamente, da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal.³²

Houve uma cisão de tarefas (Mendonça, 2017): separou-se a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis da defesa dos interesses da Administração Pública, estes transferidos, no âmbito federal, para a Advocacia-Geral da União, em reprodução da estrutura já adotada em alguns Estados, como mencionado acima, tanto que o art. 129, X, da Constituição Federal veda ao Ministério Público a “representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas” (Brasil, 1988).

A reestruturação da Advocacia Pública nacional efetivada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi importante, trazendo diversas consequências, dentre as quais destacamos, com Guedes (2009, pp. 354/355), o rompimento da tradição iniciada com a república de concentração no Ministério Público da representação em juízo da União. Ressaltamos, ainda, o fato de que, topologicamente, a Advocacia Pública localiza-se, na Constituição, em capítulo distinto do Poder Executivo, sendo que tal “opção político-normativa não pode ser menosprezada quando se indaga sobre o posicionamento da Advocacia Pública no Estado Brasileiro” (Madureira, 2016, p. 228).

Outro ponto importante, como nota Corbellini Filho (2020, pp. 15/16) é que:

O ineditismo da AGU no desenho do aparelho de estado brasileiro reside no fato de que, apenas após o seu advento, a administração pública federal passou a contar com uma organização que funcionaria como catalisadora da constituição de um autêntico sistema de advocacia pública, reunindo em torno de si carreiras técnico-jurídicas distintas e funções de consultoria e representação judicial que antes se encontravam dispersas no cenário de multiplicação das estruturas da administração direta e indireta, tal como herdada do período da ditadura militar.

³² Cumpre-nos apontar que não se pretendeu aqui esgotar a evolução histórica da advocacia pública no Brasil, que contou com diversos marcos relevantes não tratados neste escorço histórico, com cargos e procuraturas distintas das aqui abordadas, sendo que realizamos brevíssima síntese buscando manter o foco no que julgamos mais importante para a presente pesquisa: a atribuição de competências que foram posteriormente conferidas a instituições distintas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para uma análise mais detalhada da história da Advocacia Pública, v. GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da advocacia pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciana Moessa de (coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

Diante disso, julgamos pertinente analisar o papel que o legislador constituinte previu para a Advocacia Pública, estudando, com esse fim, os debates havidos na Assembleia Nacional Constituinte acerca do tema. Nossa análise tem como ponto de partida os chamados Quadros Históricos dos Dispositivos Constitucionais, documentos disponibilizados pela Câmara dos Deputados que contêm as diversas redações adotadas para cada artigo ou seção da Constituição durante os debates ocorridos na Assembleia Nacional Constituinte, bem como as sugestões e emendas propostas pelos participantes do processo³³, tendo sido realizada também análise de edições do Diário da Assembleia Nacional Constituinte que contavam com notas taquigráficas das reuniões das comissões pertinentes.

Antes de partirmos para a análise dos debates em si, é importante estudarmos brevemente o funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte, que fora dividida em 24 subcomissões temáticas, cada uma responsável pela elaboração de um projeto, posteriormente enviado a uma das oito comissões temáticas, as quais, por sua vez, reuniam os projetos e enviavam à comissão de sistematização, etapa anterior ao encaminhamento ao plenário. Em cada etapa, o relator apresentava um projeto, que recebia emendas e tinha sua versão final enviada à comissão seguinte.

Pois bem. A discussão referente ao que veio a ser o Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV – Da Organização dos Poderes, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no qual estão localizados os dispositivos que regem a Advocacia Pública, ocorreu, inicialmente, na Subcomissão Temática do Poder Judiciário e do Ministério Público, que integrava a Comissão Temática da Organização dos Poderes e Sistema de Governo. O relator de referida Subcomissão foi Plínio de Arruda Sampaio, do PT/SP, político brasileiro ligado à esquerda, que foi promotor do Estado de São Paulo e buscou, durante a Assembleia Nacional Constituinte, o fortalecimento institucional do Ministério Público (Moreira, 2017).

Porém, antes dos debates nas comissões, houve a definição do regimento interno e a apresentação de sugestões por parte de constituintes, cidadãos e entidades representativas, as quais analisaremos neste primeiro momento.

Quanto ao tema do Ministério Público³⁴, os constituintes apresentaram 170 sugestões preliminares, dentre as quais selecionamos, com base nas ementas, 48 sugestões que pudessem

³³ Vale notar que, no que se refere à Defensoria Pública, fiamos-nos principalmente em artigo de Moreira (2017), que realizou análise dos debates da Assembleia Nacional Constituinte sobre o tema.

³⁴ Aqui, reportamo-nos ao Quadro Histórico dos Dispositivos Constitucionais referente aos arts. 127 a 130 da Constituição Federal.

ter relação com a atribuição (ou retirada da atribuição), ao Ministério Público, de tarefas hoje consideradas típicas da Advocacia Pública. Seleccionadas essas sugestões, recorreremos ao Diário da Assembleia Nacional Constituinte³⁵, para analisar o inteiro teor de cada uma delas.

Dessa análise, constatamos a presença de 11 sugestões de retirada do Ministério Público da atribuição de representação judicial da União, sendo que algumas destas sugestões previam a criação de uma advocacia da União enquanto outras previam que tal competência fosse transferida para o serviço jurídico da União, então responsável pelas tarefas de consultoria jurídica. Boa parte dessas sugestões tinha como justificativa a necessidade de independência do Ministério Público em relação à União, o que seria incompatível com a defesa judicial desta; além disso, também foi arguida pelos proponentes a violação aos princípios da indivisibilidade e da unidade, que deveriam reger o Ministério Público.

De outro lado, encontramos 14 sugestões de redação dos artigos pertinentes que mantinham tal atribuição com o Ministério Público da União, sendo importante notar que esta foi a posição da CONAMP – Confederação Nacional do Ministério Público, entidade que congrega as associações de todos os Ministérios Públicos estaduais e do DF³⁶; destacamos, também, que, embora houvesse a intenção de manutenção da configuração no âmbito federal, muitas das propostas, inclusive a da CONAMP, previam a vedação à representação judicial, pelos Ministérios Públicos estaduais e do Distrito Federal, de entidades de direito público destes entes federativos.

Quanto às justificativas para o posicionamento apontado no parágrafo anterior, podemos verificar que grande parte das propostas dos constituintes que previam a manutenção da representação judicial da União dentro das competências do Ministério Público não se debruçavam sobre o tema, tendo suas manifestações focado em outros pontos das disposições relativas ao *parquet*, não tendo sido possível apurar a razão de tal fenômeno, se decorrência do entendimento de que tal atribuição seria natural ou se se trataria de manutenção do entendimento anterior sem a ocorrência de análise mais profunda; não obstante, alguns parlamentares apresentaram justificativas no sentido de que a representação judicial da União significa a defesa do patrimônio coletivo e, por isso, deveria ser mantida como atribuição do Ministério Público, ente detentor da independência necessária para tal finalidade.

³⁵ Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/sugestoes-dos-constituientes/sugestoes-dos-constituientes-pagina-principal

³⁶ Notamos, inclusive, que várias das sugestões feitas pelos constituintes eram ou cópia exata da redação proposta pela CONAMP ou uma versão com pouquíssimas alterações. Alguns parlamentares afirmavam, em sua justificativa, estar propondo o texto redigido por tal entidade associativa.

Já no que se refere ao que veio a ser o art. 131 da Constituição Federal³⁷, pudemos encontrar 12 sugestões, todas favoráveis à separação das atribuições, o que pode ser explicado pelo fato de, na Constituição então vigente, não existir dispositivo relativo à Advocacia Pública, de modo que não seria possível a apresentação de sugestões para retirar da instituição uma atribuição que ela não detinha no regime constitucional anterior.³⁸

A Defensoria Pública também foi discutida em tal subcomissão, sendo tema de debate desde a primeira reunião e bastante defendida por parlamentares em cujos Estados o modelo hoje vigente já era adotado, em contraposição a constituintes de Estados em que a assistência jurídica era fornecida de outro modo, geralmente por meio das Procuradorias-Gerais dos Estados (Moreira, 2017).

Na etapa seguinte do processo constituinte, o relator da Subcomissão temática apresentou anteprojeto que previa a vedação da “representação judicial e consultoria jurídica das pessoas de direito público” e a possibilidade de que os membros do Ministério Público Federal em exercício na data de promulgação da Constituição pudessem optar pela carreira de representação judicial da União, embora o projeto não contasse com previsão constitucional de tal carreira ou de instituição que cumprisse esse mister (Brasil, 2020b)³⁹.

Referido parecer foi apresentado na 7ª Reunião Ordinária da Subcomissão e pudemos verificar, do registro de tal reunião no Diário da Assembleia Nacional Constituinte, que a questão da representação judicial não foi debatida neste momento inicial. Da mesma forma, na 8ª Reunião Extraordinária, na qual foram iniciados os debates acerca do anteprojeto do relator, tal tema não foi debatido, mas vale destaque uma concepção exposta pelo relator, ao discorrer sobre o Ministério Público, no sentido da criação de “órgãos de cooperação”, que não fariam parte de nenhum dos poderes: “O Estado passa a ter os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e órgãos de fiscalização e cooperação. E é nessa linha que estou avaliando a questão da Defensoria.”⁴⁰

Destacamos o ponto dos *órgãos de cooperação* pois este entendimento parece ter relação com a futura denominação do capítulo, Funções Essenciais à Justiça, fora do Poder Executivo, o que deve ser levando em conta ao se analisar o papel da Advocacia Pública.

³⁷ Referimo-nos, neste momento, ao Quadro Histórico dos Dispositivos Constitucionais do art. 131.

³⁸ Quanto ao artigo 132, vale notar que trata da representação judicial dos Estados e do Distrito Federal, tendo sido destacado como artigo em uma das últimas fases do processo constituinte, de modo que as discussões pertinentes ao tema do presente trabalho encontram-se concentradas nos arts. 127 a 131.

³⁹ Os documentos relativos à Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público podem ser encontrados em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/copy_of_comissao-da-organizacao-dos-poderes-e-sistemas-de-subcomissao3c

⁴⁰ Disponível em: <https://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/sup83anc25jun1987.pdf#page=92>

A 9ª Reunião Ordinária, anterior à apresentação, análise e votação das emendas, também pouco tratou do tema. Apenas o constituinte Maurício Corrêa manifestou-se favoravelmente – e de maneira breve – à vedação à representação judicial de pessoas jurídicas de direito público por parte do Ministério Público. Também nesta reunião notamos a formação, talvez desenvolvimento, da ideia de *órgãos de cooperação*: novamente, ao debater o papel da Defensoria Pública, o relator traz ideia semelhante, dizendo que o advogado (na visão do relator, o defensor público é um tipo específico de advogado) é um dos “tripés da Justiça”, motivo pelo qual referida instituição teria seu tratamento constitucional fora do capítulo destinado ao Poder Judiciário.

O quadro histórico dos dispositivos constitucionais referente ao art. 131 (Brasil, 2020b) relata a apresentação de oito emendas ao anteprojeto do relator, sete na Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, todas para a criação da Advocacia da União, e uma na Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas, atribuindo à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a representação administrativa e judicial da União apenas na cobrança do crédito tributário.⁴¹ Apenas esta última foi aprovada e integrou-se ao projeto da respectiva Subcomissão.

Por sua vez, o quadro referente aos arts. 127 a 130 (Brasil, 2018) aponta a apresentação de 63 emendas, dentre as quais selecionamos aquelas com o termo “representação”, posteriormente excluindo as que não tratavam de representação judicial, tendo chegado a seis emendas que requeriam a alteração do anteprojeto para que a representação judicial da União fosse de competência do Ministério Público. A justificativa que mais se repetiu nas emendas foi a de que a defesa do patrimônio coletivo, pela sua importância, que superaria “critérios de mera administração”, deveria ser conferida ao fiscal da lei, “única instituição apta, normativa e filosoficamente, a esse indelegável ofício” (Brasil, 2018).

Na 9ª Reunião Extraordinária, ao se votar a emenda nº 7⁴², o relator da Subcomissão defendeu seu ponto de vista e, de sua manifestação, destacamos trecho que entendemos evidenciar bem seu entendimento sobre o papel das instituições sob análise (p. 23):

A emenda contraria frontalmente esta proposição, atribuindo a representação judicial da união. Há um efeito prático. Num caso, separaremos Procuradoria da União e Ministério Público, e numa Disposição Transitória, mais adiante, permitiremos aos atuais Procuradores que façam a opção entre continuarem como Procuradores da união ou passarem para o Ministério Público.

A racionalidade está em não querermos uma instituição subordinada ao Executivo. Queremos uma instituição para perseguir a aplicação da lei, para devotar-se inteiramente a ela, sem nenhuma subordinação. Entendemos

⁴¹ Conforme Quadro 12.

⁴² As demais que tratavam do tema da competência para representação judicial da União restaram prejudicadas.

também que o Executivo, no exercício da discricção administrativa, tenha ao seu lado uma Procuradoria e uma Consultoria, e que estas duas funções sejam exercidas por profissionais do maior nível, organizados em carreira, dotados de garantias. Mas garantias compatíveis com o poder discricionário, que deve ter, dentro da nossa sistemática, o Chefe do Executivo, para certas questões. Poder limitado, mas deve ter.

Mais adiante, o relator complementa: (p. 24): “Acho incompatível a função de defender a União com a de promover a lei. Eles colidem.”, sendo, em seguida, encaminhada a votação e rejeitada a emenda que pretendia que a representação judicial da União fosse de competência do Ministério Público também na nova ordem constitucional.

Discutidas as emendas, elaborou-se o anteprojeto da Subcomissão, dividido em quatro capítulos - Do Poder Judiciário, Do Ministério Público, Da Defensoria Pública e Das Disposições Transitórias -, sendo importante, para os fins da presente pesquisa, destacar: a) a advocacia foi considerada serviço de interesse público, sendo garantida a inviolabilidade das manifestações escritas e orais do advogado, mas tal disposição integrava o capítulo atinente ao Poder Judiciário; b) ao Ministério Público restou garantida autonomia funcional, administrativa e financeira, sendo vedada a representação judicial e consultoria jurídica das pessoas de direito público; c) à Defensoria Pública foram concedidas as mesmas garantias que ao Ministério Público; e d) a única menção a uma carreira de representação judicial da União consta das disposições transitórias, permitindo-se que o membro do Ministério Público Federal opte por tal carreira, sem que tenha havido previsão de criação de instituição voltada a esta finalidade.

A Subcomissão de Tributos, Participação e Distribuição das Receitas, integrante da Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças também contou, em seu anteprojeto, com dispositivo relacionado à Advocacia Pública: ao definir a competência tributária da União, os parlamentares fizeram constar no projeto norma afirmando que, no que tange à cobrança de crédito tributário, a União seria representada, judicial e extrajudicialmente, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

O projeto foi então enviado à Comissão Temática da Organização dos Poderes e Sistema de Governo, na qual atuou como relator Egídio Ferreira Lima, do PMDB/PE. Esta Comissão era integrada por três Subcomissões Temáticas: Legislativo, Executivo e Poder Judiciário e Ministério Público, devendo tratar, portanto, destas três matérias. O procedimento, na Comissão, consiste, inicialmente, na apresentação de emendas aos anteprojetos originados nas subcomissões, a subsidiar a produção de um anteprojeto pelo relator⁴³.

⁴³ Os documentos relativos à Comissão Temática da Organização dos Poderes e Sistemas de Governo podem ser encontrados em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/copy_of_comissao-da-organizacao-dos-poderes-e-sistemas-de/comissao3

Nesta primeira fase, foram propostas, aos artigos que tratam das competências do Ministério Público (127 a 130), 12 emendas com o intuito de devolver ao *parquet* a competência para representar judicialmente a União, sob a justificativa, já exposta brevemente acima, de que tal atribuição significa a defesa do patrimônio coletivo e exige independência para ser bem realizada. Das 12 emendas, 11 possuem exatamente a mesma justificativa, de modo que julgamos relevante transcrever alguns trechos dela (Brasil, 2018, pp. 138-9)⁴⁴:

A defesa do patrimônio coletivo, orientada pelo princípio da legalidade – e tendo em vista o controle dos atos administrativos e a responsabilidade civil, penal e administrativa dos agentes estatais – constitui mister que extrapola em muito o âmbito dos critérios de mera administração. A relevância dos bens, interesses e serviços que ela envolve, outrossim, exige – como, aliás, se exige para a tutela dos denominados interesses difusos – que seja atribuída, na defesa federal, à única instituição apta, normativa e filosoficamente, a esse indelegável ofício.

(...)

Justamente por abrigar o Ministério Público Federal, dentre suas excelsas funções, a representação judicial da Nação Brasileira, é que o Procuratório da União Federal aproveita e se beneficia dos princípios que informam a atuação do custos legis (fiscal da lei), como sejam a independência funcional, o compromisso com a legalidade e o desassombro em face dos poderosos que exorbitam tanto dentro quanto fora da Administração Pública.

(...)

Em todos esses exemplos, há um ponto em comum: a soberania popular e o interesse público, como bases da organização constitucional. Diante disso fácil é perceber-se que somente uma instituição definida a nível constitucional, atuando com independência e sob o princípio da legalidade – vale dizer, orientada pela expressão legítima da soberania popular, pode exercer, com a necessária eficácia e sem limitações discricionárias, a fiel defesa do interesse público, de que é titular o Estado de Direito, em nome da Nação a ele subjacente.

Relacionadas ao atual art. 131 da Constituição foram encontradas, conforme Quadro Histórico (Brasil, 2020b), 15 emendas na Comissão de Organização dos Poderes e sete emendas na Comissão do Sistema Tributário, Orçamento e Finanças, detalhadas em quadro anexo. Ressaltamos que, assim como afirmamos no âmbito da análise das sugestões dos constituintes prévias ao relatório da Subcomissão, todas as emendas apresentadas têm relação, ainda que indireta, com a representação judicial da União, não sendo preciso realizar alguma espécie de filtro dentre elas, diferentemente do que acontece nos dispositivos referentes ao Ministério Público, em relação aos quais são feitas também sugestões e emendas que tratam de outros aspectos da instituição, que já existia no Direito brasileiro.

⁴⁴ Embora esta citação seja longa, optamos por mantê-la justamente por integrar a quase totalidade das emendas apresentadas na fase ora estudada.

Em seu substitutivo, o relator da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo conferiu ao Ministério Público da União a tarefa de representar judicialmente a União, fazendo apenas a ressalva de que o membro do Ministério Público que atua no cumprimento das funções institucionais do *parquet*⁴⁵ não pode ser o mesmo a realizar a defesa judicial da União. Além disso, o substitutivo previu que cabe ao Procurador-Geral da República realizar a supervisão judicial da defesa das autarquias federais. Paradoxalmente, foi mantida a disposição que permitia ao membro do Ministério Público integrar a carreira de representação judicial da União.

No relatório apresentado à Comissão com seu anteprojeto, na 5ª Reunião Ordinária, o relator não fez menção a essa importante alteração nas atribuições do Ministério Público. Na reunião também não houve grande discussão sobre o tema, havendo uma breve menção, pelo constituinte Michel Temer, sobre o tema da representação judicial dos Estados.

Na fase posterior, foram propostas oito emendas retirando do Ministério Público tal atribuição, sendo que a maior parte das justificativas foi no sentido de que o interesse da União pode muitas vezes divergir dos interesses da sociedade, o que faria com que o Ministério Público tivesse uma dúplice função. Tais sugestões foram acatadas, tendo o anteprojeto da Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo a seguinte redação, no item pertinente:

São funções institucionais do Ministério Público, na área de atuação de cada um de seus órgãos: (...) exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica das pessoas jurídicas de direito público.

Nas demais fases do processo constituinte, a vedação à representação judicial e à consultoria jurídica de entes públicos por parte do Ministério Público foi mantida e até ampliada, no texto final, que substituiu a expressão “pessoas jurídicas de direito público” por “entidades públicas”, o que indica, em nosso ver, um alcance maior da proibição.⁴⁶

⁴⁵ Aqui, é importante dizer que mesmo aqueles que defendem que a representação judicial da União seja competência do Ministério Público não a colocam como função institucional de tal ente, com referida previsão constando, usualmente, de artigo distinto do que elenca as funções precípua de fiscal da lei.

⁴⁶ A situação da Defensoria Pública foi diferente, pois, como demonstra Moreira (2017, p. 669), a configuração de tal instituição foi bastante alterada nas discussões do Plenário: Com o apoio do relator Bernardo Cabral, a expressão “mesmo regime jurídico” foi suprimida do projeto, mas, atendendo em parte às reivindicações dos defensores, o texto sofreu as seguintes alterações: o caput do dispositivo da Defensoria passou a prever expressamente que se tratava de uma instituição “essencial à função jurisdicional do Estado” e que o acesso à justiça estava previsto entre os direitos fundamentais; incluiu o concurso público para o ingresso na carreira; e assegurou aos defensores apenas uma garantia atribuída aos membros do MP, a inamovibilidade, impedindo-os, ainda, de exercer a “advocacia fora das atribuições institucionais”.

De fato, nas demais fases até a promulgação da Constituição, embora tenham existido propostas de alteração, permaneceu a vedação ao Ministério Público do exercício da representação judicial de entidades públicas.⁴⁷ Nas reuniões da Comissão de Sistematização⁴⁸, por exemplo, não encontramos nenhuma menção à representação judicial da União, dos Estados ou do Distrito Federal, enquanto nas reuniões da Comissão de Redação⁴⁹, há apenas uma menção, que sugere a alteração do capítulo, mas não questiona as atribuições.

Da mesma forma, em Plenário, há, na Fase S, breve discussão⁵⁰, impulsionada por emenda do constituinte Roberto Jefferson aos artigos referentes ao Ministério Público, rejeitada por grande maioria, mantendo-se a separação entre Ministério Público e Procuradoria-Geral da União (nomenclatura até então adotada para a Advocacia-Geral da União).⁵¹

Um ponto que julgamos ter relevância é que não nos parece que a orientação política ou o partido dos autores das sugestões e emendas tenha influenciado no posicionamento destes quanto ao tema: veja-se, por exemplo, que parlamentares constituintes do Partido Comunista do Brasil - PCB⁵², do Partido Trabalhista Brasileiro - PTB⁵³, do Partido da Frente Liberal - PFL⁵⁴ e do Partido do Movimento Democrático Brasileiro - PMDB⁵⁵, partidos de esquerda,

⁴⁷ Embora o Quadro Histórico dos Dispositivos Constitucionais indique que a emenda de nº 8.088, do parlamentar Roberto D'Ávila, que previa que o Ministério Público representasse a União judicialmente, teria sido aprovada, a redação do projeto na fase seguinte não refletiu tal fato.

⁴⁸ Os documentos relativos à Comissão de Sistematização podem ser encontrados em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissao-de-sistematizacao/copy_of_comissao-de-sistematizacao

⁴⁹ Os documentos relativos à Comissão de Redação podem ser encontrados em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissao-de-redacao

⁵⁰ Conforme ata disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/224anc13abr1988.pdf>

⁵¹ De forma semelhante, embora conste do Quadro Histórico relativo ao art. 131 (Brasil, 2020b) a aprovação da Emenda de nº 8088, a qual previa que a representação judicial da União competia ao Ministério Público (Quadro 14), a redação das normas após essa fase não refletiu esse fato, permanecendo a separação das atribuições.

⁵² O PCB, fundado em 1922 como Partido Comunista do Brasil, nome posteriormente alterado para Partido Comunista Brasileiro, tendo passado diversos períodos na ilegalidade e enfrentado diversas crises internas, que deram origem ao atual Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e ao Partido Popular Socialista (PPS), atual Cidadania (Abreu, 2010b).

⁵³ O Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), fundado no Governo Getúlio Vargas, que foi seu presidente de honra, foi extinto em 1965 pelo Ato Institucional nº 2 e refundado em 1980 por Ivete Vargas, após disputa com Leonel Brizola, permanecendo em atuação até hoje (Abreu, 2010c).

⁵⁴ O Partido da Frente Liberal, atual Democratas, foi formado em 1985, por dissidentes do PDS - este sucessor da Arena, partido do regime militar. Conforme Bethell e Castro (2018, p. 534): “De seu lado, os militares permitiram também que o Partido Democrático Social (PDS), partido que apoiava o regime Militar, escolhesse um candidato civil. Na convenção nacional do partido foi indicado Paulo Maluf, um empresário e ex-governador de São Paulo (nomeado pelos militares). Desapontado com a escolha de Maluf, um grupo de dissidentes do PDS formou a Frente Liberal e juntou-se ao PMDB na Aliança Democrática em apoio à candidatura de Tancredo Neves. José Sarney, senador pelo estado do Maranhão e presidente nacional do PDS até maio do ano anterior, com laços fortes com os militares, foi indicado candidato da Aliança Democrática para vice-presidente.”

⁵⁵ O Partido do Movimento Democrático Brasileiro, hoje apenas MDB, foi o partido de oposição à ditadura militar, sendo um dos mais importantes partidos da história política brasileira. É atualmente, conforme pesquisa ao site do Tribunal Superior Eleitoral realizada em 16 nov 2021 (<https://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/filiados>), o partido com mais filiados no país.

centro e direita, apresentaram sugestões pela separação das atribuições entre Ministério Público e Advocacia Pública.⁵⁶

Neste sentido, encontramos casos em que integrantes do mesmo partido defendiam posições distintas – por exemplo, ao passo que Nilson Gibson, do PMDB/PE, sugeriu a manutenção da representação judicial da União nas mãos do Ministério Público⁵⁷, Chagas Rodrigues, do mesmo partido, mas do Estado do Piauí, propôs a criação de órgão específico para tal desiderato⁵⁸ -, valendo também destacar a situação, sobre a qual nos referimos acima, em que 11 parlamentares, de diversos partidos, apresentaram emendas com exatamente a mesma justificativa.

Corroborando essa assertiva, Moreira (2017) aponta que, no processo de formação dos dispositivos relativos à Defensoria Pública, a configuração institucional do Estado de origem do constituinte teve mais peso em seu posicionamento do que o partido de que fazia parte (pp. 661-662):

(...) Essa conquista provisória dos defensores contou com a participação decisiva dos constituintes eleitos por estados que na época já possuíam a Defensoria Pública instituída e enfrentou objeção mais forte por parte dos constituintes eleitos em estados onde havia outra forma de assistência judiciária.

Por fim, observamos que não encontramos nos debates da Assembleia Nacional Constituinte justificativa para a concessão, ao Advogado-Geral da União, da função de curador da presunção de constitucionalidade, a qual só surgiu no texto constitucional em uma das últimas fases do processo constituinte, por meio da reunião de emendas de cerca de duas dezenas de constituintes, sem que conste do Diário da Assembleia Nacional Constituinte⁵⁹ ou do Quadro Histórico (Brasil, 2020a) a justificativa para tal inclusão.

2.2 ATUAL CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Advocacia Pública brasileira está regulada nos artigos 131 e 132 da Constituição da República Federativa do Brasil, integrando o capítulo “Das funções essenciais à Justiça”, em conjunto com o Ministério Público, a Advocacia e a Defensoria Pública, no Título IV – Da Organização dos Poderes.

⁵⁶ Ver, no Quadro 1, as sugestões n°s 860, 2743, 2810 e 3774.

⁵⁷ Ver, no Quadro 1, a sugestão n° 1.756.

⁵⁸ Ver, no Quadro 1, a sugestão n° 4.877.

⁵⁹ Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/300anc27ago1988.pdf> Acesso em 31 out. 2021.

O art. 131 trata da Advocacia-Geral da União, ao passo que o art. 132 trata das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal. Embora não haja menção ao âmbito municipal, o Supremo Tribunal Federal reconhece à Advocacia Pública dos Municípios o caráter de função essencial à Justiça, conforme Tema 510 de Repercussão Geral:

A expressão “Procuradores”, contida na parte final do inciso XI do art. 37 da Constituição da República, compreende os Procuradores Municipais, uma vez que estes se inserem nas funções essenciais à Justiça, estando, portanto, submetidos ao teto de noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Um ponto importante para a análise dos limites da autonomia técnica do profissional da Advocacia Pública é a constatação de que o advogado público ocupa, simultaneamente, a posição de advogado e de servidor público, duas situações que contam com tratamento constitucional.

De fato, iniciando pela questão da Advocacia, temos que esta é também considerada função essencial à Justiça, assim como a Advocacia Pública, contando com tratamento no art. 133 da Constituição Federal, que dispõe: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos termos da lei” (Brasil, 1988), sendo que a principal lei reguladora da atividade é a Lei Federal nº 8.906/1994 (Brasil, 1994), conhecida como Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual prevê, em seu art. 3º, § 1º:

Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

Assim, por expressa determinação constitucional e legal, o profissional das carreiras de Advocacia Pública sujeita-se, em adição às normas inerentes à sua condição específica de servidor público – veja-se que o trecho do Estatuto acima transcrito usa a expressão “além” -, ao regime previsto na Lei Federal nº 8.906/1994. E, dentre as diversas disposições do Estatuto, Madureira (2018) destaca, com razão, o art. 7º, I (“São direitos do advogado: I – exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional”) e o art. 31, § 1º (“O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância”).

Baseada nestas disposições constitucionais e legais, a Ordem dos Advogados do Brasil também reconhece ao advogado público a condição de advogado e, conseqüentemente, as

prerrogativas e proibições aplicáveis à advocacia⁶⁰, tendo inclusive elaborado súmulas buscando tratar do assunto, dentre as quais destacamos as seguintes, pela especial pertinência ao objeto de pesquisa⁶¹:

Súmula 2: A independência técnica é prerrogativa inata à advocacia, seja ela pública ou privada. A tentativa de subordinação ou ingerência do Estado na liberdade funcional e independência no livre exercício da função do advogado público constitui violação aos preceitos Constitucionais e garantias insertas no Estatuto da OAB.

Súmula 3: A Advocacia Pública somente se vincula, direta e exclusivamente, ao órgão jurídico que ela integra, sendo inconstitucional qualquer outro tipo de subordinação.

A independência e a autonomia do advogado são características muito valorizadas pelos profissionais da área e consideradas até como essenciais ao Estado Democrático de Direito, como reconhecido, por exemplo, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 131. Quanto ao ponto, vejamos trecho da ementa do HC 98.237/SP, relatado pelo Min. Celso de Mello⁶²:

O Supremo Tribunal Federal tem proclamado, em reiteradas decisões, que o Advogado – ao cumprir o dever de prestar assistência àquele que o constituiu, dispensando-lhe orientação jurídica perante qualquer órgão do Estado – converte, a sua atividade profissional, quando exercida com independência e sem indevidas restrições, em prática inestimável de liberdade. Qualquer que seja a instância de poder perante a qual atue, incumbe, ao Advogado, neutralizar os abusos, fazer cessar o arbítrio, exigir respeito ao ordenamento jurídico e velar pela integridade das garantias – legais e constitucionais – outorgadas àquele que lhe confiou a proteção de sua liberdade e de seus direitos.

(...)

O respeito às prerrogativas profissionais do Advogado constitui garantia da própria sociedade e das pessoas em geral, porque o Advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial na proteção e defesa dos direitos e liberdades fundamentais.

Em seu voto no *habeas corpus* referido, o Ministro Celso de Mello destacou a opção do constituinte por considerar a Advocacia uma função essencial à Justiça e disse decorrer da previsão de indispensabilidade do advogado um princípio constitucional: a essencialidade da Advocacia, que tem:

sentido institucional. Ele erige a Advocacia à condição jurídica de instituição essencial à ativação da função jurisdicional do Estado, de órgão

⁶⁰ O advogado público também deve ser aprovado no Exame da Ordem para poder exercer a profissão, assim como realizar o pagamento das contribuições, multas e preços de serviços devidos à OAB.

⁶¹ O inteiro teor das súmulas está disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/24762/conselho-federal-traca-diretriz-em-defesa-da-advocacia-publica>

⁶² As decisões judiciais analisadas neste capítulo foram escolhidas dentre aquelas apontadas pelo próprio Supremo Tribunal Federal como pertinentes ao art. 133 na publicação A Constituição e o Supremo.

imprescindível à formação do Poder Judiciário e, também, de instrumento indispensável à tutela das liberdades públicas.

Feitas tais considerações, é importante notar que, apesar das similaridades entre a Advocacia privada e a Advocacia Pública, há diferenças, como podemos notar, por exemplo, da própria tipologia da Constituição, que traz capítulos diferentes para cada uma das profissões, bem como pelo Estatuto da Advocacia que, mesmo aplicável aos advogados públicos, ressalta que estes se submetem ao regime próprio a que se subordinem. Sobre as diferenças entre advocacia pública e privada, Berenson (2000, p. 796) nota que⁶³:

Apesar de o entendimento tradicional sobre o papel adequado para advogados privados reconhecer alguma responsabilidade por parte destes de levar em conta o interesse público, essa responsabilidade é bastante subordinada à responsabilidade de buscar os interesses pessoais de seu cliente.

Também vale ter em conta – e tal ponto acompanha o argumento de Berenson (2000) acima transcrito – que, embora o advogado privado deva perseguir prioritariamente os interesses de seu cliente, não pode atuar em prol do descumprimento do ordenamento jurídico, sendo mesmo proibido e considerado infração funcional “advogar contra literal disposição de lei” (art. 34, VI, da Lei Federal nº 8.906/1994). O Supremo Tribunal Federal já chegou a negar *habeas corpus* a advogado ao qual foi imputada a condição de partícipe em crime de falso testemunho, por ter induzido a testemunha a mentir em depoimento, levando em conta a essencialidade da atuação de tal profissional para a obtenção da Justiça⁶⁴.

Desse modo, verificamos que a distinção entre a Advocacia Pública e a Advocacia privada não pode residir no fato de a primeira buscar cumprir a lei e a segunda buscar atingir o interesse de seu cliente particular, vez que, para os profissionais de ambas as carreiras, a observância à legislação é compulsória, mesmo porque, segundo a legislação, o advogado, mesmo no seu ministério privado, presta serviço público e exerce função social (art. 2º, § 1º, da Lei Federal nº 8.906/1994).

Daí a afirmação de Madureira (2018, pp. 242/3):

Destarte, a afirmação da autonomia técnica dos advogados públicos também está a demandar a investigação sobre possíveis limites impostos pelo regime administrativo ao exercício da sua liberdade no exercício da profissão.

⁶³ Tradução livre do original: “While traditional understandings of the appropriate role for attorneys for private parties do acknowledge some responsibility on the part of such attorneys to take into account the public interest, this responsibility is greatly subordinated to the attorneys’ responsibility to advance the individual self interests of their clients.

⁶⁴ RHC 81.327, Primeira Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 11/01/2001.

O reconhecimento da condição de servidor público, portanto, é necessária para a compreensão do papel do advogado público e, conseqüentemente, dos limites de sua autonomia técnica, valendo destacar que, como aponta Corbellini Filho (2020, p. 13), o “direito se encontra no centro da formação discursiva das sociedades contemporâneas”, sendo os juristas “os primeiros gestores da burocracia, que emerge como forma de organização da vida juntamente com a afirmação do moderno Estado nacional, o Estado de direito, Estado racional.”

O próprio Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil remete os advogados públicos ao “regime próprio a que se subordinam”, devendo tal expressão ser entendida como o Estatuto dos Servidores Públicos do ente federado conjuntamente com a lei que organiza a carreira e a instituição da Advocacia Pública no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Nesse ponto, de início, cumpre dizer que entendemos que a pessoa na chefia da Advocacia Pública de cada ente federado pode ser considerada como um agente político, nos termos da doutrina administrativa brasileira majoritária. De fato, conforme Motta (2017, p. 7), prevalece o entendimento de que “a ideia de agente político liga-se, indissociavelmente, à de governo e à de função política, a primeira dando a ideia de órgão (aspecto subjetivo: Administração Pública) e, a segunda, de atividade (aspecto objetivo: administração pública).”

Consideram-se, portanto, ainda segundo análise realizada pela citada autora, como agentes políticos os chefes do Poder Executivo, seus auxiliares de primeiro escalão e os membros do Poder Legislativo⁶⁵, que “desenham os destinos fundamentais do Estado e criam estratégias políticas por eles consideradas necessárias e convenientes” (p. 8). Cumpre notar, diante disso, que a chefia dos órgãos de Advocacia Pública dos entes federados é escolhida diretamente pela chefia do Poder Executivo, ainda que em alguns entes existam restrições, como a exigência de que a pessoa indicada seja integrante da carreira⁶⁶.

Podemos citar, como exemplo do acima afirmado, o § 1º da Constituição Federal, segundo o qual o chefe da Advocacia-Geral da União será “de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada” (Brasil, 1988) ou o fato de que, como nota Mendonça (2017, p. 20), o

⁶⁵ A autora nota que alguns doutrinadores, como Hely Lopes Meirelles, defendem que também os magistrados sejam considerados agentes políticos, destacando (a autora) o fenômeno da judicialização e da intervenção judicial em políticas públicas, mas afirmando que permanece como majoritária a percepção de que são agentes políticos os chefes do Poder Executivo e seus auxiliares e os membros do Poder Legislativo porque estes definem os rumos da nação de maneira apriorística, sendo que a atuação do Poder Judiciário, até devido ao princípio da inércia, é sempre posterior.

⁶⁶ Nas legislações que analisamos, conforme item 3.2 desta dissertação, a chefia da Advocacia Pública é nomeada pelo chefe do Poder Executivo.

constituinte atribuiu ao Advogado-Geral da União, chefe da Advocacia-Geral da União, a qualidade de agente político, vez que o inseriu no rol de autoridades que devem ser processadas e julgadas pelo Senado Federal pela prática de crimes de responsabilidade. O parágrafo único do art. 100 da Constituição do Estado de São Paulo é ainda mais direto sobre a condição política do Procurador-Geral do Estado ao prever que este terá tratamento, prerrogativas e representação de Secretário de Estado (São Paulo, 1989):

Artigo 100 – A direção superior da Procuradoria Geral do Estado compete ao Procurador-Geral do Estado, responsável pela orientação jurídica e administrativa da instituição, ao Conselho da Procuradoria Geral do Estado e à Corregedoria-Geral do Estado, na forma da respectiva Lei Orgânica.

Parágrafo único – O Procurador-Geral do Estado será nomeado pelo Governador, em comissão, entre os Procuradores que integram a carreira e terá tratamento, prerrogativas e representação de Secretário de Estado, devendo apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e de sua exoneração.

Em nosso entender, em consonância com a doutrina majoritária acima exposta, embora o chefe da Advocacia Pública possa ser assim considerado e ainda que se trate de carreira típica de Estado⁶⁷, o profissional da carreira não é um agente político, pois sua ligação com a Administração Pública é predominantemente técnica e profissional, mediante ingresso por concurso público, por determinação constitucional: os artigos 131 e 132 da Constituição da República preveem que o ingresso nas carreiras da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal ocorrerá por meio de concurso público de provas e títulos.

Nessa seara, considerando a classificação de Di Pietro (2020), são servidores estatutários, os quais (p. 685):

(...) submetem-se a regime estatutário, estabelecido em lei por cada uma das unidades da federação e modificável unilateralmente, desde que respeitados os direitos já adquiridos pelo servidor. Quando nomeados, eles ingressam numa situação jurídica previamente definida, à qual se submetem com o ato da posse; não há possibilidade de qualquer modificação das normas vigentes por meio de contrato, ainda que com a concordância da Administração e do servidor, porque se trata de normas de ordem pública, cogentes não derogáveis pelas partes.

Ainda, ressaltamos que o advogado público, por ser servidor público, deve obediência aos princípios da Administração Pública, insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, sendo relevante também o fato de que o cargo público ocupado por tal profissional tem suas

⁶⁷ Machado (2018, p. 140), fazendo referência ao entendimento do Fórum Permanente de Carreiras Típicas de Estado – Fonacate, afirma que as carreiras típicas de Estado são “tarefas eminentemente públicas, em que o(a) servidor (a) é representante inquestionável do Estado”, sendo que as carreiras jurídicas destacam-se nesse âmbito.

atribuições, deveres e prerrogativas fixados em lei, assim como o seu próprio mandato, que decorre da legislação, da sua própria condição de advogado público, como reconhecido pela doutrina (Cunha, 2014, p. 20):

Na verdade, a Procuradoria Judicial e seus procuradores constituem um órgão da Fazenda Pública. Então, **o advogado público quando atua perante os órgãos do Poder Judiciário é a Fazenda Pública presente em juízo**. Em outras palavras, a Fazenda Pública se faz presente em juízo por seus procuradores. Segundo clássica distinção feita por Pontes de Miranda, os advogados públicos apresentam a Fazenda Pública em juízo, não sendo correto aludir-se à representação. (g. n.)

Também importante para entender os contornos que a Advocacia Pública brasileira tem hodiernamente é a análise dos próprios integrantes da carreira – das carreiras, considerando a existência de procuradorias diversas em vários entes federativos no país. Em situação semelhante ao que mencionamos que ocorre no que se refere à quantidade dos estudos do papel da Advocacia Pública no fenômeno da judicialização, verificamos que não são numerosos os estudos feitos sobre tal profissão relativamente ao seu perfil e composição, de modo que nos fiamos nas que pudemos encontrar, acreditando trazerem dados suficientes para a presente pesquisa.

O I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil (Brasil, 2011), elaborado pelo Ministério da Justiça, é um dos documentos que encontramos e que faz uma análise de diversos pontos, como as estruturas organizacionais e orçamentárias da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral de 10 Estados e 13 Municípios, bem como estuda a opinião dos integrantes das carreiras sobre temas ligados à Advocacia Pública.

O texto de apresentação da obra, assinado por membros do Ministério da Justiça, da Advocacia-Geral da União e por representantes de entidades associativas da Advocacia Pública brasileira, já traz alguns indícios do entendimento que os profissionais desta carreira têm acerca de seu papel. Vejamos (2011, p. 11):

Nesse contexto, a carreira do Advogado Público assume papel de fundamental importância no controle da legalidade, na defesa da instituição administrativa, do interesse público e dos direitos constitucionais, exercendo função orgânica de Estado e função essencial à Justiça.

(...)

A defesa institucional da Administração Pública é atribuição do cargo do Procurador Público, fundamentada pelo soberano interesse público e pelos princípios constitucionais.

(...) a sua atuação é a expressão do Estado Democrático de Direito como reprodução de uma estrutura institucionalizada da ordem jurídica.

Os questionários aplicados aos integrantes da Advocacia Pública Federal também trazem apontamentos pertinentes ao tema da presente pesquisa: por exemplo, dentre os membros da Advocacia-Geral da União, 95,9% são favoráveis à concessão de autonomia funcional, administrativa e financeira à Advocacia Pública (p. 67), 97,1% defendem proposta legislativa que institui autonomia orçamentária e financeira à AGU e 94,9% apoiam proposta que prevê o repasse orçamentário obrigatório à Advocacia Pública.

Outro ponto que nos chamou a atenção e que acreditamos ter relação com o tema da presente pesquisa é o fato de 89,3% dos entrevistados serem favoráveis ou totalmente favoráveis à “Atuação como Advocacia de Estado em todos os poderes da República”. Como afirma Corbellini Filho (2020), a expressão “Advocacia de Estado”, “apresentada como referência à exaltação do valor da lei e do universalismo de procedimentos” (pp. 17/18) é utilizada pelos advogados públicos em contraposição à expressão “Advocacia de Governo”, “que seria signo do patrimonialismo ou clientelismo atribuídos à política numa visão pejorativa do governo, que manobraría, sempre, por objetivos contrários à lei” (p. 18).

Assim, ao mesmo tempo em que defendem sua autonomia funcional, administrativa e financeira, os advogados públicos federais ressaltam a importância e consideram como virtuosa uma atuação *fora* da política, sendo que os reclamos por autonomia parecem ser justificados justamente por essa busca pela “Advocacia de Estado”, o que parece ter alguma relação com uma característica que apontamos no item 1.2 desta dissertação, que é a relação de tutela e proteção da sociedade civil que profissionais do Direito parecem demonstrar. Nesse sentido, Corbellini Filho aponta a avocação de qualidades morais para o meio jurídico no âmbito das entidades associativas da Advocacia Pública federal (2020, p. 141):

A prescrição uniforme de um distanciamento com política, revelada no discurso presente nas amostras textuais, a relação de desconfiança e condenação da política e dos governos como um bloco indistinto, é o combustível que impulsiona as entidades associativas das advocacia pública federal em um movimento de busca de diferenciação baseada na avocação de qualidades morais para o meio jurídico, no seio da administração pública.

Como aponta o mesmo autor (2020, pp. 141/142), esse discurso que confere à “Advocacia de Estado” qualidades morais colabora para uma tentativa de diferenciação entre a Advocacia Pública e o restante da burocracia - muitas vezes justificado pela topologia constitucional, que a posiciona em capítulo externo ao Poder Executivo -, segundo a qual os advogados públicos agiriam como fiscais da moralidade e da probidade da Administração Pública (p. 117):

Com o perdão da reprodução literal de um trecho tão longo, destaca-se nele que a atribuição de um papel institucional distinto para a advocacia pública se firma no manejo de um argumento político-moral de fiscalização e correção associado a uma cultura de desconfiança do poder político que é maximizada pelo discurso jurídico em benefício da própria diferenciação, como uma dimensão distinta dos poderes do estado, cuja definição dos titulares é colhida pela política representativa.

Dessa forma, ainda que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – bem como as de alguns dos Estados estudados, como ver-se-á posteriormente – confira ao chefe da Advocacia Pública o papel de agente político e que a concepção pós-positivista de norma implique no fato de que o advogado público exerce poder estatal ao atuar em juízo nos casos em que a Fazenda Pública é demandada, podemos perceber que os profissionais de tal carreira, acompanhados pela magistratura e pelo ministério público, tendem a privilegiar uma visão técnica, negando qualquer teor político no exercício de suas atribuições funcionais.

O I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil, do Ministério da Justiça (2011), traz também uma análise sociodemográfica dos integrantes das carreiras no país, sendo que um ponto que chama bastante atenção é o fato de que, mesmo se tratando de uma carreira majoritariamente jovem, há ainda uma grande desigualdade racial e de gênero.

De fato, o estudo citado revela que, no âmbito da Advocacia-Geral da União, 80,1% dos profissionais têm menos de 40 anos e, mesmo assim, a carreira é composta por 72% de homens; nas Procuradorias-Gerais dos Estados, a situação repete-se, com 65% de profissionais com idade inferior a 40 anos e 64,8% de homens; por fim, nas Procuradorias-Gerais dos Municípios analisados, a situação aproxima-se um pouco mais da igualdade: com 56,3% dos integrantes da carreira com menos de 40 anos, 59,1% são homens.

Ainda que o estudo, por tratar de diversas instituições, nos âmbitos federal, estadual e municipal, não traga as datas em que os concursos foram realizados, o fato de a grande maioria da carreira ter menos de 40 anos – tendo feito concurso, presumidamente, não antes dos anos 2000 – aponta que a feminilização dos cursos jurídicos ocorrida a partir das últimas décadas do século XX (Machado, 2018) não necessariamente reflete-se na composição das carreiras de Estado.

Machado traz situação semelhante (2018, pp. 155/6): na Defensoria Pública da União, cujo primeiro concurso foi realizado em 2001, a proporção entre os defensores da União é favorável aos homens: 32,3% dos integrantes da carreira são mulheres, com 67,6% de homens.

Estes dados são bastante relevantes pois, como aponta a mesma autora (2018), há uma tendência de se considerar que o ingresso nas carreiras jurídicas, por ocorrer majoritariamente por concurso público de provas e títulos, seria justo entre os sexos (p. 156):

Uma das justificativas mais comuns para defender que o modelo de acesso e progressão nas carreiras jurídicas é justo entre os sexos é considerar que o que ainda impede a proporção mais igual é o tempo histórico. Como as mulheres iniciaram suas carreiras nessas funções há menos tempo, a diferença numérica ainda existe, porém, o tempo, sozinho, iria reverter a situação e colocar homens e mulheres em dimensões mais equivalentes. O caso da Defensoria Pública da União demonstrou que as respostas não são tão simples. Em uma carreira nova, em que os concursos começaram nas últimas décadas, com as garantias constitucionais de igualdade, mesmo assim, a proporção de mulheres se equipara à Magistratura e ao Ministério Público, isto é, algo em torno de 30%.

Os dados também permitem que se note a desigualdade racial, com 78,3% dos integrantes das Procuradorias-Gerais dos Estados sendo brancos e 79,9% de brancos nas carreiras das Procuradorias-Gerais Municipais que participaram do estudo⁶⁸, dados consonantes, por exemplo, com o Censo Jurídico 2018 realizado pelo CEERT, segundo o qual negros são menos de 1% nos grandes escritórios de advocacia⁶⁹.

2.3 ANÁLISE LEGISLATIVA

De início, vale fazer um panorama das disposições constantes das Constituições estaduais acerca das Procuradorias-Gerais do Estado, buscando alguns elementos que indiquem seu maior ou menor grau de autonomia em relação ao Poder Executivo, bem como se há alguma diferença entre o regramento constitucional federal que já analisamos, razão pela qual, num primeiro momento, restringiremos nossa análise às instituições estaduais de Advocacia Pública⁷⁰.

Vale notar que serão estudadas as Constituições e Leis Orgânicas das Procuradorias-Gerais dos Estados do Acre, Alagoas, Espírito Santo, Goiás, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Paraná, Rondônia, Sergipe e São Paulo, escolhidas por serem os entes que participaram do 1º Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil (Brasil, 2011), pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça com o fim de melhor compreender a Advocacia Pública e contribuir para

⁶⁸ Não foram inseridos na pesquisa os dados relativos à Advocacia-Geral da União.

⁶⁹ <https://www.jota.info/pesquisa-empirica/negros-maiores-escritorios-21032019> Acesso em 20 out. 2021

⁷⁰ O estudo da conformação constitucional da Advocacia Pública no âmbito federal já foi realizado nos tópicos anteriores da presente dissertação.

seu fortalecimento. Ainda, na lista há pelo menos um Estado de cada região do país, o que permite algum caráter nacional à pesquisa.

Posteriormente, verificaremos se, nas leis orgânicas que organizam a Advocacia-Geral da União e as dez Procuradorias-Gerais dos Estados, existem normas que tratam a dispensa da prática de atos processuais ou a possibilidade de reconhecimento da procedência do pedido no âmbito da advocacia pública federal e das procuradorias estaduais, analisando, em caso positivo, qual o teor de tais normas, os critérios apontados para a decisão e a quem compete tomá-la.

Um primeiro ponto que merece destaque é o fato de que a análise conjunta das normas constitucionais, que pode ser realizada no Quadro Constituições Estaduais, corrobora a assertiva que mencionamos acima no sentido de que o chefe da Advocacia Pública de cada ente federativo é um agente político.

De fato, em ao menos três Constituições Estaduais – MG, PR e RO -, o Procurador-Geral do Estado (ou Advogado-Geral do Estado segundo nomenclatura adotada por Minas Gerais) deve ser julgado pela Assembleia Legislativa nos crimes de responsabilidade, fato que, como apontou Mendonça (2017), indica caráter político em tal atribuição.

Ainda quanto ao ponto, a Constituição do Estado do Acre chama bastante atenção: o Procurador-Geral do Estado integra o Conselho de Estado, caracterizado pela própria norma constitucional como “órgão superior de consulta do governador” (Acre, 1989), além de, talvez mais surpreendente ainda, ter legitimação para a apresentação de Ações Direta de Inconstitucionalidade, atribuição que se repete, dentre os Estados analisados, apenas no Paraná, o que nos parece ressaltar o caráter político de tal agente.

De fato, Silva (2006), ao debater a interpretação conforme a Constituição e a presunção de constitucionalidade, afirma o seguinte (p. 198):

A idéia tradicional de presunção – a chamada presunção *iuris tantum* –, na forma do exemplo do art. 1.597, I, acima mencionado, supõe a possibilidade de prova em contrário. Poder-se-á provar, por meio de exame de DNA, por exemplo, que um filho não foi concebido na constância do casamento. Já a idéia de presunção de constitucionalidade não admite prova em contrário, pelo simples fato de que constitucionalidade e inconstitucionalidade não se provam. Isso porque ser constitucional ou ser inconstitucional não são propriedades inerentes à lei. Ao contrário do que o senso comum parece crer, o controle de constitucionalidade não é uma espécie de busca por um “código genético”, inerente à lei, ansioso por ser descoberto pelos cientistas do direito.

De fato, a assertiva do professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo parece relacionada com a concepção, a que já nos referimos, de que o intérprete, ao analisar o texto normativo, atua com um certo caráter produtivo, fazendo surgir a norma diante da

problematização do caso concreto, ainda que hipotético (cf. Abboud, 2021), afastando-se da ideia de que a norma existiria em abstrato e deveria ser encontrada pelo operador do Direito, de modo que a indicação do Procurador-Geral do Estado para impulsionar o controle de constitucionalidade nestes termos, ao lado do Governador, do Poder Legislativo e de partidos políticos, por exemplo, indica uma atuação na arena política.

Efetivamente, a prerrogativa de iniciar o que a doutrina moderna tem denominado de diálogos constitucionais ou diálogos institucionais, na qual entende-se pela inexistência do monopólio das cortes na fixação do sentido das disposições constitucionais⁷¹ tem claro caráter político.

Esta atribuição, inclusive, parece ser contrária ao entendimento que o Supremo Tribunal Federal tem da configuração institucional dos órgãos de Advocacia Pública, por indicar uma autonomia maior do que tem sido costumeiramente reconhecido pela Suprema Corte às procuradorias. Por exemplo, poderia o Procurador-Geral do Estado pedir a declaração de inconstitucionalidade de uma lei proposta e sancionada pelo governador do Estado à revelia deste? Não estaria esse papel impedindo a realização da função também prevista constitucionalmente nesses dois Estados (AC e PR) de curador da presunção de constitucionalidade?

Tais questões ganham um contorno especialmente relevante no caso do estado acreano, tendo em vista que a Constituição Estadual prevê, ainda, autonomia financeira e administrativa à sua Procuradoria-Geral do Estado, bem como independência funcional aos seus membros, em contradição com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a qual, como vimos acima, não considera como compatíveis com a Constituição Federal essas características previstas pelo legislador constituinte do Estado do Acre.

⁷¹ O Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux assim dispôs sobre o tema na ADI nº 4.650/DF: “4. O hodierno marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções *juriscêntricas* no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as Cortes.

5. O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como *última palavra provisória*, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional.”

Além disso, embora tais previsões tenham sido suspensas cautelarmente pelo Supremo Tribunal Federal⁷², a Constituição do Estado de Alagoas previa que o Procurador-Geral do Estado deve ser aprovado pelo Poder Legislativo e contar com mandato de dois anos.

Ainda na questão do papel político da Advocacia Pública, a Constituição do Estado do Mato Grosso do Sul prevê que a Procuradoria-Geral do Estado tem função de cooperação para a demarcação das terras indígenas presentes naquele ente federativo, o que nos parece bastante relevante, por impor ao órgão de Advocacia Pública estadual uma função de realização de políticas públicas.

Além da análise do caráter político do Procurador-Geral do Estado, um ponto que entendemos que deve ser ressaltado é o fato de que, ainda que em todas as Constituições estudadas a Procuradoria-Geral do Estado não integre o capítulo do Poder Executivo, seguindo a topologia constitucional federal, o estudo das normas constitucionais sobre o tema parece indicar que os legisladores constituintes compreendem a Advocacia Pública como fazendo parte de tal Poder.

Por exemplo, a Constituição de Minas Gerais afirma expressamente que sua Advocacia-Geral do Estado é “subordinada ao Governador do Estado” (Minas Gerais, 1989), de maneira bastante semelhante à previsão das Constituições do Paraná⁷³ (“diretamente vinculada ao Governador”), de São Paulo (“vinculada diretamente ao Governador”) e, surpreendentemente, considerando o que destacamos alguns parágrafos acima, do Acre (“vinculada diretamente ao Governador do Estado”).

Do mesmo modo, quando não afirmam expressamente a vinculação direta ao Governador, as Constituições Estaduais vão no sentido afirmado, como podemos verificar, por exemplo, da Constituição de Goiás, que afirma que os Procuradores do Estado promoverão “a defesa dos interesses legítimos” do Poder Executivo, “incluídos os de natureza financeiro-orçamentária” (Goiás, 1989).

A análise das leis que regem a Advocacia-Geral da União e as dez Procuradorias-Gerais dos Estados já referidas também é revelador do papel que é conferido à Advocacia Pública no âmbito da representação judicial das pessoas políticas.

⁷² A decisão de suspensão, datada de 1989, ainda está válida, não tendo ocorrido o julgamento definitivo da questão.

⁷³ A Constituição do Paraná traz a mesma contradição que apontamos na Constituição do Acre, talvez de maneira ainda mais latente, por não prever a autonomia financeira e administrativa e a independência funcional conferida aos procuradores acreanos: o Procurador-Geral do Estado, vinculado diretamente ao Governador, tem a legitimidade para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade.

No âmbito federal, a Advocacia-Geral da União é regida pela Lei Complementar nº 73/1993, a qual prevê como competência do Advogado-Geral da União, chefe da instituição, “desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente” (Brasil, 1993), valendo notar que tal competência pode ser delegada ao Procurador-Geral da União, que chefia a Procuradoria-Geral da União, responsável pela representação judicial desta.

Quanto à autonomia do profissional de uma das carreiras da Advocacia-Geral da União, notamos que o art. 43 da já citada Lei Complementar nº 73/1993 confere caráter obrigatório às Súmulas da Advocacia-Geral da União, havendo mesmo a previsão de que aos membros da Advocacia-Geral da União é proibido “contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União” (Brasil, 1993), o que demonstra que, no âmbito federal, diferentemente da construção doutrinária referente ao Ministério Público⁷⁴, não há lugar para manifestações dissonantes entre os procuradores.

Há muito o legislador brasileiro confere às procuradorias a faculdade de preverem situações em que o advogado público está dispensado de apresentar defesa ou de recorrer, mas tais situações relacionam-se, em regra, às ações judiciais em que estão em jogo valores monetários de pouca monta ou à capitulação frente à reiterada jurisprudência em determinado sentido.

A Lei Federal nº 9.469, de 10 de julho de 1997 (Brasil, 1997), regulamenta com um pouco mais de detalhes a competência do Advogado-Geral da União para “desistir, transigir, acordar e firmar compromisso”, prevendo em suma situações em que estão em jogo valores monetários de pouca monta ou nas quais há iterativa jurisprudência dos tribunais em determinado sentido.

Em sentido semelhante, a Portaria nº 10/2020, da Procuradoria-Geral da União (Brasil, 2020) – órgão integrante da estrutura da Advocacia-Geral da União incumbido da representação judicial da União – prevê a dispensa da prática de atos processuais “quando o benefício almejado com o ato não atender aos critérios de racionalidade, de economicidade e de

⁷⁴ Aqui, reproduzimos objeção de Madureira (2018, pp. 249/250 a essa concepção): “De minha parte, tenho dificuldades em extrair dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam a atuação do órgão ministerial essa conotação expressada pela doutrina à autonomia dos seus integrantes. Tal não bastasse, essa compreensão inviabiliza os esforços de valorosos quadros do Ministério Público no sentido da prevenção de demandas junto ao Poder Público e a autoridades administrativas. Com efeito, em vista dessa hipotética independência pessoal dos promotores, não se pode assegurar à parte adversária, com a necessária segurança, que o atendimento das recomendações do parquet induzirá, em concreto, o afastamento de efeitos que lhes seriam desfavoráveis. Afinal, se os promotores são, individualmente, órgãos do Ministério Público, e se por isso podem se manifestar, em um mesmo processo, de forma contraditória com as manifestações anteriores de seus pares, é indubitável que o compromisso firmado com um deles não vinculará os demais integrantes do parquet, de modo que o ajuste aventado constitui, na prática, uma via de mão única.”

eficiência”, restringindo sua aplicação “às demandas com conteúdo estritamente pecuniário, independentemente da fase processual”. A mesma portaria fixa os valores pecuniários em que há a presunção de que a prática de ato processual não atenderia aos critérios de racionalidade, economicidade e eficiência.

Como se vê, na legislação federal, nos casos em que é dispensada a atuação judicial do advogado público em defesa do ente público em razão do valor da ação, que seria baixo demais para justificar os gastos inerentes ao trâmite processual, estamos diante do que os administrativistas chamariam de disposição do interesse público: a Fazenda Pública detém o direito, mas a sua persecução poderia ser mais custosa que o próprio valor a receber, então opta-se por permitir-se a não-atuação da advocacia pública.

Por sua vez, nas situações em que a autorização para não apresentar defesa ou para não recorrer decorre da firmeza do posicionamento jurisprudencial contrário ao entendimento da advocacia pública sobre o tema, o fenômeno é semelhante: independentemente da convicção jurídica do procurador ou da procuradoria, a insistência em determinada tese tende a causar prejuízos ao ente estatal, decorrentes, por exemplo, dos ônus da sucumbência processual e da utilização do tempo e da máquina estatal para defender algo que já se sabe, de antemão, que não prosperará.

Reconhecemos que as situações acima importam na concessão de alguma discricionariedade à procuradoria (como, por exemplo, na definição do valor pecuniário ou na definição do que é jurisprudência pacífica) e relacionam-se com o tema da presente dissertação, mas, ao nosso ver, a questão que pretendemos analisar é um pouco distinta, pois se está a questionar a possibilidade de o advogado público adotar a interpretação que entender correta em determinado caso, independentemente do montante em jogo e do posicionamento jurisprudencial, adotando posicionamento que pode substituir o entendimento da autoridade pública (agente político eleito ou nomeado por um eleito): se há uma demanda judicial em face da Fazenda Pública, é porque a autoridade pública praticou ou deixou de praticar ato com base (em tese, ao menos) em interpretação que fez das normas pertinentes à situação concreta.

No âmbito estadual, constatamos que todas as leis estudadas preveem algum dispositivo que trata da questão estudada na presente dissertação, seja autorizando a desistência, transação e conciliação, em redação semelhante à adotada pela legislação federal, seja referindo-se expressamente ao reconhecimento da procedência do pedido ou à não interposição de recurso.⁷⁵

⁷⁵ Aqui, vale notar que, no âmbito estadual, considerando-se tratar-se de dez Estados, analisamos somente as leis que regem as Procuradorias-Gerais, não tendo sido possível realizar análise de normas que tratem especificamente

Em todos os dez Estados pesquisados, a decisão sobre a dispensa da prática de atos processuais ou à desistência, transação ou conciliação é de alguma maneira reconduzida ao Procurador-Geral do Estado, sendo que em alguns casos tal decisão depende de aquiescência do governador ou governadora, como acontece nos Estados de Alagoas, Goiás⁷⁶, Paraná e Sergipe, a demonstrar que existe algum controle político das hipóteses em que o advogado público pode deixar de atuar.

Também julgamos relevante destacar que metade das Procuradorias estaduais estudadas preveem, em sua própria lei regulamentadora, a resolução de conflitos com particulares por meio da mediação, da conciliação ou da arbitragem, o que, apesar de não ser exatamente o tema da presente dissertação, por não envolver diretamente a atuação em juízo, vale ser notado, já que trata da disposição de interesse público e da autonomia da Advocacia Pública para decidir.

A legislação alagoana destaca-se nesse ponto, prevendo como órgão integrante de sua estrutura a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, que tem, dentre outras funções, “avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público” (Alagoas, 1991). Tal órgão é composto por representantes da Procuradoria-Geral do Estado e de Secretarias de Estado, sendo que os termos de acordo firmados em seu âmbito, desde que homologados pelo Procurador-Geral do Estado, implicam em “coisa julgada administrativa e renúncia a todo e qualquer direito objeto da controvérsia” (Alagoas, 1991).

Na detalhada regulamentação da lei alagoana, há a previsão da possibilidade de transação por adesão, com fundamento em autorização do Procurador-Geral do Estado, nos casos em que há jurisprudência iterativa dos tribunais superiores, ou do Governador do Estado, em demais casos propostos pelo chefe da Advocacia Pública.

Os casos levados à Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos submetem-se à supervisão do Poder Legislativo e do Tribunal de Contas do Estado, que devem ser informados mensalmente dos termos de conciliação ou mediação homologados pelo Procurador-Geral do Estado, nos termos do art. 25-U da Lei Complementar Estadual nº 07/1991 (Alagoas, 1991).

Ainda sobre o Estado de Alagoas, vale destacar que, apesar desse regulamento detalhado para a resolução administrativa de conflitos, e ainda que a lei preveja que cabe ao Procurador-

sobre o tema, como fizemos, ainda que brevemente, ao estudar o tema no âmbito federal. De todo modo, entendemos que as leis estudadas constituem bom indicativo do papel conferido às Advocacias Públicas estaduais.
⁷⁶ Nos casos com valor econômico superior a 5.000 salários-mínimos, o que equivale, hoje, a R\$ 5.500.000,00 (cinco milhões e quinhentos mil reais).

Geral do Estado “decidir, mediante autorização do governador do Estado, sobre o não ajuizamento, desistência, transação, compromisso e confissão nas ações judiciais de interesse do Estado e das autarquias e fundações públicas, bem como para a dispensa de inscrição na Dívida Ativa” (Alagoas, 1991), não há em referida lei complementar a fixação de critérios para os casos em que isso pode ocorrer.

A Lei Complementar Estadual nº 88/1996, do Espírito Santo, por sua vez, não faz nenhuma menção à possibilidade de acordos extrajudiciais por parte da Procuradoria-Geral do Estado, mas traz critérios para que o Procurador-Geral do Estado possa autorizar a “não propositura ou a desistência de ações ou medidas judiciais, inclusive de defesa”, “a dispensa da interposição de recursos judiciais, assim como a desistência dos recursos interpostos” e “a realização de acordo em processos administrativos ou judiciais” (Espírito Santo, 1996).

Os critérios para que seja concedida tal autorização são: i) o proveito econômico não justifica a lide; e b) improbabilidade de resultado favorável, sendo que o procedimento para a dispensa da prática de atos processuais é o seguinte: o pedido é formulado, fundamentadamente, pelo procurador oficiante, deve ser referendado pelo Procurador-Chefe da Procuradoria especializada e enviado ao Procurador-Geral do Estado, o qual deve ainda ouvir o Conselho da Procuradoria-Geral do Estado, integrado, dentre outros, por dois procuradores eleitos pela carreira. Vale ressaltar que no Estado do Espírito Santo, assim como em âmbito federal, há a proibição de contrariedade a pronunciamento adotado pela Procuradoria-Geral do Estado.

O Estado de Goiás também conta com previsão, na Lei que rege sua Procuradoria-Geral do Estado, a Lei Complementar Estadual nº 58/2006, de critérios para “não propor demanda, desistir, abster-se de contestar, transigir, firmar compromisso, reconhecer a procedência do pedido e confessar” (Goiás, 2006), a saber: a existência de erro administrativo, a inexistência de controvérsia quanto ao fato e ao direito aplicado, conforme jurisprudência pacífica, e a existência de orientação consolidada no âmbito da Advocacia Pública estadual.

No Estado goiano, a autoridade competente para decidir difere de acordo com o valor da demanda: nas causas até 500 salários-mínimos, a competência é do procurador atuante no caso; nas de 500 a 5.000 salários-mínimos, do Procurador-Geral do Estado; nas causas com valor superior a 5.000 salários-mínimos, a decisão compete ao Governador do Estado.

Os critérios adotados por Goiás são semelhantes aos constantes da Lei Complementar Estadual nº 95/2001, do Estado do Mato Grosso do Sul, a qual prevê que compete ao Procurador-Geral autorizar a “não-propositura ou desistência de medida judicial, especialmente quando o valor do benefício pretendido não justifica a ação ou quando, no exame da prova, se evidencia improbabilidade de resultado favorável” ou a “dispensa da interposição de recursos

judiciais cabíveis ou a desistência dos interpostos, especialmente quando contra-indicados à medida em face da jurisprudência” (Mato Grosso do Sul, 2001).

Um ponto que merece destaque nas legislações da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais e da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo é a previsão de que, no caso de ausência de previsão legal, compete ao chefe da Advocacia Pública estadual “definir parâmetros, nos casos não previstos em lei, para o não ajuizamento, desistência, transação, compromisso e confissão nas ações judiciais de interesse do Estado e de suas autarquias, bem como para a dispensa de inscrição na dívida ativa” (São Paulo, 2015; Minas Gerais, 2005).

Nos dois entes federativos citados, a decisão não precisa de aquiescência do governador ou da governadora do Estado e, nas hipóteses em que não houver lei, os parâmetros são definidos pelo Procurador-Geral do Estado, indicando uma grande autonomia de tais entes, ainda que as Constituições mineira e paulista vinculem diretamente a Advocacia Pública ao chefe do Poder Executivo e não confirmam independência funcional, autonomia financeira ou administrativa às suas procuradorias.

3 AUTONOMIA TÉCNICA DA ADVOCACIA PÚBLICA

3.1 POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Sobre o tema da autonomia técnica da Advocacia Pública, julgamos relevante trazer à discussão alguns entendimentos do Supremo Tribunal Federal, destacando que, considerando o papel da Corte de intérprete preponderante da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ativemo-nos aos julgados constantes da publicação “A Constituição e o Supremo”, editada pelo próprio tribunal superior e disponível em seu site em diversos formatos⁷⁷.

Nesse sentido, vale destacar a decisão proferida na ADI nº 1.246/PR, na qual se julgou incompatível com a Constituição Federal norma da Constituição do Estado do Paraná que conferia aos procuradores daquele Estado o direito à inamovibilidade.

A análise do voto do ministro relator Roberto Barroso, acompanhada por seus pares, revela que o motivo da declaração de inconstitucionalidade foi o entendimento de que a inamovibilidade é um instrumento que busca garantir a independência funcional do profissional que a detenha, o que seria incompatível, na visão dos ministros, com a configuração institucional que o Constituinte impôs à Advocacia Pública. Vejamos trecho do voto:

6. Ressalvado o importante papel que desempenham no controle de juridicidade da Administração Pública, as Procuradorias frequentemente desempenham funções que podem exigir alguma parcialidade (e. g., na representação judicial da Fazenda), além de uma relativa afinidade de ideias, dentro da própria instituição e em relação à Chefia do Executivo. Naturalmente, como os advogados em geral, os Procuradores dos Estados, gozam da isenção técnica necessária ao exercício livre da sua elevada função. Garante-se o mesmo direito de se recusarem a defender certa pretensão em algumas hipóteses. Mas isso não lhe confere, em caráter geral, a independência funcional típica de quem deve contas apenas ao direito e à própria consciência quanto às providências que toma (a Magistratura e o Ministério Público). A inamovibilidade é garantia instrumental dessa expressão mais intensa de independência. No caso dos Procuradores, ausente a independência funcional, não há por que cogitar de inamovibilidade.

A ADI nº 291/MT traz entendimento semelhante, mas vale ser analisada com maior detalhe. De fato, na ação direta de inconstitucionalidade mencionada, o Procurador-Geral da República solicita a declaração de inconstitucionalidade de diversas normas da Constituição do Estado do Mato Grosso que tratam da Procuradoria-Geral e do Procurador-Geral daquele Estado.

⁷⁷ Consultamos a versão completa, que pode ser acessada no link <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp#1288>, em 29 jul. 2021.

Uma dessas normas tipificava como crime de responsabilidade o ato do governador que atentasse contra “o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Procuradoria-Geral do Estado, da Defensoria Pública e dos Poderes Constitucionais dos Municípios” e, embora tenha sido julgada, após a discussão dos caso entre os ministros, inconstitucional por invasão de competência da União, inicialmente o ministro relator Joaquim Barbosa entendeu violar a Constituição Federal apenas a expressão “da Procuradoria-Geral do Estado”, com os seguintes fundamentos:

Ao impedir que o Chefe do Poder Executivo possa interferir na atuação dos Procuradores do Estado, seus subordinados hierárquicos, não podendo exigir-lhes o fiel cumprimento das atribuições descritas no art. 132 da Constituição Federal, a norma impugnada incorre em inconstitucionalidade. Ademais, há nítido desvirtuamento do princípio da hierarquia que informa a atuação dos servidores da administração pública.

Continuando em seu voto, ao analisar norma que elencava como princípios da Procuradoria “a unidade, a indivisibilidade, a autonomia funcional e administrativa”, o ministro relator entendeu-a inconstitucional também por não serem tais princípios aplicáveis a agentes públicos “sujeitos ao princípio hierárquico”, o que demonstra que o ministro relator, acompanhado pela maioria dos membros da Corte, entendeu que a Advocacia Pública integra o Poder Executivo e está hierarquicamente subordinada ao chefe de tal poder.

No entanto, quanto a tal ponto, a votação não foi unânime, contando com o dissenso do ministro Dias Toffoli e da ministra Carmen Lúcia. O dissenso do ministro Toffoli foi motivado pelo fato de ele entender que a Advocacia Pública não integra o Poder Executivo, justamente por estar elencada, na Constituição, no capítulo “Das Funções Essenciais à Justiça”, não no capítulo do Poder Executivo; já a ministra Carmen Lúcia, em que pese não entenda que a Advocacia Pública esteja fora do Poder Executivo, não vê inconstitucionalidade na concessão de tais princípios à Procuradoria.

Um outro ponto relevante de tal julgado, para a presente pesquisa, é o diálogo havido entre os ministros Ayres Brito e Marco Aurélio. Após afirmar que a Advocacia Pública é órgão integrante do Poder Executivo, o ministro Ayres Britto como que hesita em seguir o relator e diz: “Eu só tenho uma dúvida mais séria, é quanto à independência técnica.”, ao que o ministro Marco Aurélio prontamente responde: “Não está em jogo”, após o que Ayres Britto repete “Não está em jogo” e só então acompanha o voto do ministro relator pela inconstitucionalidade das normas citadas.

A análise da ADI nº 470/AM traz mais detalhes acerca do entendimento que o Supremo Tribunal Federal tem da configuração constitucional da Advocacia Pública e de seu papel institucional. Vejamos.

Trata-se, a referida ação, da contestação judicial de norma de Constituição Estadual, desta vez do Estado do Amazonas, que concede independência funcional aos Procuradores do Estado. Alega-se violação aos arts. 127, 128 e 131 da Constituição Federal. A ação foi julgada procedente, por entenderem os ministros que a independência funcional dos Procuradores é incompatível com a subordinação hierárquica que há entre os procuradores e o Governador.

Apesar disso, assim como na ADI nº 291/MT, as discussões entre os ministros trazem pontos bastante relevantes. Vejamos trecho do voto do ministro Gilmar Mendes:

Em relação à autonomia funcional, tal como está colocada, não divirjo do eminente Ministro-Relator, embora queira registrar que, talvez, não se pudesse, a priori, repudiar algumas garantias para a advocacia pública. Não vejo como esta vinculação hierárquica, por exemplo, possa se dar in totum. Acredito que aqui temos que trabalhar cum grano salis, também no que diz respeito a algumas garantias gravadas no texto constitucional.

O voto do ministro Marco Aurélio tem teor semelhante:

(...) Permito-me, todavia, divergir de Sua Excelência no que tange à independência funcional, não da Procuradoria, como órgão em si – já que aí teríamos, realmente, um tratamento diferenciado relativamente ao Ministério Público, ante o disposto no § 2º do artigo 127 da Constituição Federal. 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 aos primários mas, ainda, aos secundários -, passe-se para 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.

(...)

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.

Tal voto provoca interessante diálogo entre seu prolator, ministro Marco Aurélio, e o ministro Sepúlveda Pertence, no qual é discutida a questão da autonomia (ou independência) técnica do profissional da advocacia pública em contraponto à autonomia funcional com que conta o membro do Ministério Público:

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Essa independência técnica a tem o advogado. E o advogado público não a tem menos. Agora, a independência funcional, no capítulo do Ministério Público tem outras conotações, não extensíveis às instituições da advocacia de Estado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Eu sei, foi o que disse. Aí, estabeleço a distinção.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Inclusive a de patrocinar, em juízo, contra o que seria “o interesse do Ministério Público”.

Veja-se que o ministro Sepúlveda Pertence afirma que a independência funcional que a Constituição brasileira confere ao Ministério Público, que inclui inclusive a conotação de “patrocinar, em juízo, contra o que seria ‘o interesse do Ministério Público’”, não é extensível à advocacia pública, assertiva com a qual concorda o ministro Marco Aurélio, mas não sem ressaltar a independência do profissional:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Se se cogitasse aqui da independência do órgão, não teria a menor dúvida em concluir pelo conflito, numa interpretação sistemática, teleológica do que previsto na Carta da República, mas a independência assentada...

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – A assimilação levaria ao advogado público, por exemplo, a possibilidade, sem autorização dos seus superiores, de reconhecer o direito posto em juízo: isso me parece incompatível com a organização hierarquizada da Advocacia-Geral.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Devemos partir para a presunção do que normalmente ocorre: concluir que há responsabilidade pública daqueles – sob pena até mesmo de responderem a processo – que atuam nessa área.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Então, não há independência.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Não, há independência, desde que não se tenha um desvio de conduta. Agora, o que não posso imaginar...

Creemos importante destacar de tal diálogo, ainda, a maneira diferente com que os ministros parecem tratar a questão também em relação ao órgão: ao passo que, como vimos no excerto acima transcrito, o ministro Sepúlveda Pertence parece considerar inconcebível que o advogado público reconheça o direito da parte contrária em juízo sem autorização de seus superiores hierárquicos (dentro da Advocacia-Geral), o ministro Marco Aurélio argumenta no sentido de ressaltar a independência do profissional da advocacia pública, mas destaca que, se fosse concedida independência ao órgão, aí sim haveria conflito com a Constituição. O trecho abaixo relata a mesma diferença no tratamento dado por ambos ao tema:

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Cogite-se do reconhecimento do direito da parte contrária, em juízo, contra o Estado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – O grande problema, no Brasil, é que invertemos a ordem natural das coisas. Passamos, como que, no campo público, principalmente quanto à representatividade, a presumir o excepcional, o extraordinário, o extravagante. Que aquele credenciado a agir, representando os interesses do Estado, venha a claudicar, porque cooptado pela parte contrária para não interpor um recurso, para não peticionar dessa forma ou para desistir.

O SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE – Não estou falando em cooptação pela parte contrária. Estou falando em expressar, em juízo, uma convicção contrária à pessoa de direito público da qual é advogado. Isso

equivale ao exercício pelo menos do Ministério Público, de sua independência funcional, quando pleiteia absolvição.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (PRESIDENTE) – Para mim, é inerente à estatura da atuação profissional a responsabilidade que se cobra daqueles que devem atuar na defesa do interesse público.

Não vejo como sacar dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal um dispositivo, um trecho que, interpretado, conduza à conclusão de conflito do que disposto na Constituição do Estado do Amazonas relativamente à autonomia, repito, do Procurador, na atuação profissional, com o que estabelecido como diretriz para a atividade a ser desenvolvida.

Peço vênia ao nobre relator e aos colegas que o acompanham para assentar que não há o mencionado conflito. Ao contrário, a independência prevista, no texto, condiz com a atuação a ser exercida e é ínsita a essa atuação, considerando um grau, como disse, de responsabilidade pública maior.

Além desses julgados, acreditamos ser pertinente trazer ao caso o RE nº 663.696/MG, o mais recente a tratar das procuradorias municipais (Borghi, 2021), no qual foi fixada a tese de repercussão geral do Tema 510, tratando do teto remuneratório dos procuradores municipais. Esse julgado é bastante interessante pois um dos motivos elencados pelo Supremo Tribunal Federal para justificar a aplicação aos procuradores municipais do subsídio dos desembargadores dos Tribunais de Justiça estaduais como teto remuneratório, em detrimento do subsídio do Prefeito, como ocorre com os demais servidores municipais, foi evitar-se interferência política, como demonstram os trechos da ementa a seguir transcritos:

1. Os procuradores municipais integram a categoria da Advocacia Pública inserida pela Constituição da República dentre as cognominadas funções essenciais à Justiça, na medida em que também atuam para a preservação dos direitos fundamentais e do Estado de Direito.

2. O teto de remuneração fixado no texto constitucional teve como escopo, no que se refere ao thema decidendum, preservar as funções essenciais à Justiça de qualquer contingência política a que o Chefe do Poder Executivo está sujeito, razão que orientou a aproximação dessas carreiras do teto de remuneração previsto para o Poder Judiciário.

(...)

Assim, tratando de assunto correlato, o Supremo Tribunal Federal pareceu conferir à Advocacia Pública características de maior independência do que quando debateu expressamente a questão ora estudada, como podemos ver, também, de trechos do voto do relator, como o seguinte:

Não obstante as peculiaridades de cada uma delas, a reunião, sob um mesmo capítulo intitulado Funções Essenciais à Justiça, não se justifica, apenas, por se referirem a carreiras jurídicas integradas exclusivamente por membros bacharéis em direito. É que os referidos agentes públicos ostentam a missão de assegurar, cada qual no seu âmbito e por intermédio da provocação jurisdicional, todo o tecido de interesses constitucionais, seus valores e princípios. Portanto, são indispensáveis para o resguardo de áreas sensíveis do ordenamento jurídico, mormente no campo da garantia dos direitos

fundamentais e na concretização dos objetivos do Estado Democrático de Direito.

Quanto à questão da tentativa de evitar-se a interferência política, o ministro Luiz Fux assim escreveu:

Mas não é só. Ao desvincular, quanto ao tema, a Advocacia Pública do Poder Executivo, a Constituição preservou as características das carreiras jurídicas, que devem atuar de forma coordenada e independente, sem subordinação efetiva ou técnica. Assim, tratando-se de estrutura remuneratória, os advogados públicos não devem estar sujeitos a incisivas interferências políticas, de modo que para os procuradores dos Estados e do Distrito Federal, o teto é o subsídio dos desembargadores, enquanto que, para os membros da Advocacia-Geral da União, o teto é o subsídio dos Ministros desta Casa. Em relação às funções essenciais à justiça, o parâmetro não é, assim, o subsídio do Chefe do Poder Executivo.

Um outro ponto que cremos merecer destaque nesse julgado é que, ao tratar do subsídio dos advogados públicos, a Corte busca desvincular o teto remuneratório do subsídio do Prefeito, sob a justificativa de que isso evitaria interferências políticas na atuação de tais profissionais, mas, quando provocada pra se manifestar especificamente sobre a autonomia financeira das Procuradorias, a orientação é diferente, quase contrária, no sentido de que esta autonomia em relação ao Poder Executivo viola a Constituição Federal.

Pois bem. O que podemos concluir da análise dos julgados acima é que, embora o Supremo Tribunal Federal tenha um entendimento, de mais de 20 anos – enquanto o voto da ADI nº 470/AM data de 2002, o julgamento da ADI nº 1.246/PR ocorreu no ano de 2019⁷⁸ -, no sentido de que a Advocacia Pública integra o Poder Executivo, a Corte tem mostrado preocupação com a independência técnica do profissional de tal carreira, tendo a garantia desta independência, inclusive, atuado como condição para que o ministro Ayres Britto votasse no

⁷⁸ Cumpre notar que, embora não conste da publicação A Constituição e o Supremo, Madureira (2018) indica a existência de um precedente ainda anterior, datado de 1990, a ADI nº 217, na qual o Supremo Tribunal Federal suspendeu, em medida cautelar norma da Constituição do Estado da Paraíba que concedida à advocacia geral daquele Estado autonomia funcional, administrativa e financeira, com a confirmação de tal decisão cautelar e julgamento de procedência da Direta de Inconstitucionalidade em 2002, conforme a seguinte ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 135, I; E 138, CAPUT E § 3º DA CONSTITUÇÃO DO ESTADO DA PARAÍBA. AUTONOMIA INSTITUCIONAL DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO. REQUISITOS PARA A NOMEAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL, DO PROCURADOR GERAL ADJUNTO E DO PROCURADOR-CORREGEDOR. O inciso I do mencionado art. 135, ao atribuir autonomia funcional, administrativa e financeira à Procuradoria paraibana, desvirtua a configuração jurídica fixada pelo texto constitucional federal para as Procuradorias estaduais, desrespeitando o art. 132 da Carta da República. Os demais dispositivos, ao estabelecerem requisitos para a nomeação dos cargos de chefia da Procuradoria-Geral do Estado, limitam as prerrogativas do Chefe do Executivo estadual na escolha de seus auxiliares, além de disciplinarem matéria de sua iniciativa legislativa, na forma da letra c do inciso II do § 1º do art. 61 da Constituição Federal. Ação julgada procedente.

sentido da inconstitucionalidade de norma que conferia princípios tais como a autonomia funcional e administrativa à Procuradoria do Estado de Mato Grosso.

Ainda, devemos ter em mente que, em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal, mesmo que tratando de assunto distinto, tangenciou o tema aparentando conferir à Advocacia Pública um papel de independência relativamente maior, quando comparado aos julgados anteriores, mas não há evidência suficiente de que há um movimento da Corte para ampliar ou alterar o reconhecimento.

Outra importante função conferida pela Constituição à advocacia pública é a que consta do § 3º do art. 103 da Constituição (Brasil, 1988), segundo o qual: “Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o texto impugnado.”. Segundo Brentano (2017), trata-se de representação judicial tanto do poder Executivo quanto do Poder Legislativo, visto que o primeiro sancionou a lei promulgada pelo segundo.

Tal previsão constitucional tem sofrido algum temperamento, como afirma Mendonça (2017, p. 71):

Embora detentor de missão predefinida pelo legislador constituinte originário, encarregado de apresentar à Corte os fundamentos que embasariam a declaração de constitucionalidade e, em decorrência, a improcedência dos pedidos formulados na ação, o fato certo é que algumas distorções em torno do desempenho desse papel por parte do Advogado-Geral da União levaram o Supremo Tribunal Federal a interpretar o múnus constitucionalmente a ele imposto com algum temperamento.

Assim, não seria razoável e até mesmo harmônico com todo o sistema exigir do Advogado-Geral da União manifestação em defesa de ato normativo reconhecidamente inconstitucional em precedentes do Colegiado em hipóteses análogas. O Advogado-Geral da União seria, nesse sentido, aquele que passaria a ser o defensor da inconstitucionalidade e essa não seria, certamente, a intenção do legislador constituinte.

De fato, em que pese o texto constitucional parecer exigir manifestação em defesa da lei em todas as ações diretas de inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal tem entendido⁷⁹ que, nos casos em que há precedente da própria Corte, não se pode exigir que o Advogado-Geral da União atue em prol da inconstitucionalidade. Na verdade, a Corte entende que, quando o chefe da advocacia pública federal é citado para se manifestar na ADI, possui um direito de manifestação, de modo que deve “apresentar a argumentação que lhe pareça

⁷⁹ Conforme pesquisa jurisprudencial realizada por MENDONÇA (2017), o Supremo Tribunal Federal, após inicialmente exigir a manifestação em defesa da norma contestada (ADI nº 1.254, por exemplo), passou a discutir a possibilidade de o Advogado-Geral da União poder atuar de maneira diversa em alguns casos, alterando seu posicionamento, definitivamente, a partir da ADI nº 3.916.

adequada e pronunciar-se em defesa da constitucionalidade, e não do ato impugnado” (Mendonça, 2017).

Considerado o contexto de expansão das matérias tratadas pelo Poder Judiciário, a que nos referimos com maior detalhe no capítulo anterior, e a concepção, também já referida, de que há certa participação do intérprete na própria construção da norma jurídica, a concessão ao Advogado-Geral da União do papel de “curador da presunção de constitucionalidade” tem grande importância – não só para a presente pesquisa -, não podendo ser subestimada, tampouco, a relevância da progressiva mitigação dessa obrigação pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Destacando o caráter também político dessa função, Corbellini Filho aponta (2020, p. 29):

A relevância do surgimento da AGU como instituição inédita está, portanto, além da circunstância de surgir como instituição que hierarquiza, unifica e estrutura um sistema de advocacia pública antes inexistente. Essa importância está radicada, principalmente, no fato de ter sido integrada a essa unidade organizacional a atribuição da autoridade técnica e política da defesa da norma legal ou dos atos normativos eventualmente inquinados como inconstitucionais ante o Supremo Tribunal Federal, competência de preservação do regime democrático constitucional atribuída ao Advogado-Geral da União, da qual se colhe um protagonismo central num cenário de potencial clivagem política entre os poderes do estado.

Tal função corrobora a assertiva de que o Advogado-Geral da União pode ser considerado agente político, como afirmam Dodek (2010) e Mendonça (2017), esta última destacando que tal profissional é julgado, nos crimes de responsabilidade, pelo Senado Federal. Ainda, reforça também a noção de que os profissionais da Advocacia Pública não têm essa característica, já que o Supremo Tribunal Federal considera a função de curador da presunção de constitucionalidade como algo anômalo e extraordinário, distinto da representação judicial da União, conforme voto do ministro Celso de Mello na ADI-QO nº 97/RO:

Trata-se, aí, de uma função anômala e extraordinária do Advogado-Geral da União, que não atua, no processo de ação direta, como representante judicial dessa pessoa estatal, mas como defensor da validade dos preceitos infraconstitucionais, quer emanados da própria União Federal, quer editados pelos Estados-membros.

E, ainda assim, considerando tal função como algo diferente da atuação do Advogado-Geral da União como representante judicial ou assessor jurídico da União, o Supremo Tribunal Federal demonstra uma tendência de mitigação da obrigação de defesa da constitucionalidade da norma.

3.2 ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO

Como vimos, à Advocacia Pública, por determinação constitucional, compete a representação judicial e extrajudicial dos entes públicos e também a prestação dos serviços de consultoria e assessoramento jurídico, sendo que dessa distinção entre estas duas atividades (representação judicial/extrajudicial e consultoria/assessoramento jurídico) decorrem entendimentos distintos na doutrina quanto à independência da atuação do advogado público.

De fato, como aponta Martins (2019), é ponto praticamente incontroverso que, na atuação consultiva, o advogado público tem o papel de buscar o interesse público, atuando pela realização do ordenamento jurídico, ao passo que quando se trata do contencioso judicial, não há tanta concordância sobre a esmerada atuação do profissional das carreiras da Advocacia Pública, que é justamente o objeto de nossa pesquisa.

Quanto ao tema, a análise da doutrina revela a existência de duas principais posições sobre o tema de nossa pesquisa: a primeira defende que o advogado público deve defender a Fazenda Pública, independentemente de seu entendimento acerca da pretensão levada a juízo pelo cidadão; a segunda, por sua vez, oposta, assevera que compete ao profissional da Advocacia Pública a defesa do interesse público, o que significa que, mesmo que acarrete em derrota da Fazenda Pública em determinada ação, deve postular a solução prevista pelo ordenamento jurídico⁸⁰.

Ainda, em uma segunda etapa, mesmo quando há concordância quanto à adoção da segunda corrente, autores e autoras discordam sobre a possibilidade de o profissional da Advocacia Pública tomar tal decisão de maneira autônoma, uma vez que há quem defenda que o procurador atuante no caso tem a prerrogativa de agir de acordo com o que julga ser o real interesse público, ao passo que existem defensores de que essa prerrogativa é da instituição de Advocacia Pública, não do profissional da carreira, do que decorreria alguma espécie de controle hierárquico.

Martins (2019) demonstra como a primeira corrente, que defende a necessidade de atuação sempre em prol da Fazenda Pública, é comum na doutrina brasileira, apontando o entendimento de Hugo Nigro Mazzilli, por exemplo, bem como o de Barroso e Di Pietro,

⁸⁰ Martins (2019) defende a existência de três correntes: a que pugna pela defesa incondicional da Fazenda Pública, a que afirma que cabe ao advogado público individualmente a adoção da medida que melhor realize o interesse público e, finalmente, aquela que defende que cabe à instituição da Advocacia essa prerrogativa. No entanto, preferimos a divisão nos dois opostos (defesa da Fazenda Pública ou defesa do interesse público) por entendermos que a questão de sobre quem recai a prerrogativa de decidir qual o interesse público é posterior à questão de se a Advocacia Pública deve ou não realizar defesa incondicional do ente público.

afirmando o professor carioca que a Constituição Federal de 1988 atribuiu à Advocacia Pública a defesa do interesse público secundário, que conceitua como “o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário” (2005, pp. 31/32).

Berenson (2000), em artigo em que é favorável ao que chama de papel de defesa do interesse público pelo advogado público, indica algumas das críticas aplicadas a seu posicionamento, as quais podem ser consideradas, portanto, como argumentos favoráveis à obrigação de defesa do ente público. Ainda que deva ser levado em conta que se trata especificamente do contexto jurídico estadunidense, entendemos que é pertinente a análise dos argumentos contrários à defesa do interesse público que referido autor traz à colação, por fazerem referência a outras questões além da diferença entre interesse público primário e interesse secundário, dicotomia esta que notamos prevalecer como fundamento nos estudos da doutrina brasileira sobre o tema.

Segundo o autor norte-americano, estas críticas podem ser divididas em três principais categorias: a primeira vai no sentido de que o conceito de interesse público é muito abstrato, de modo que não poderia servir como guia para a atuação do advogado público. A segunda crítica é a de que, mesmo que se defenda que o conceito de interesse público pode ser concretizado pelo advogado público, não é adequado que ele o faça, pois tal tarefa deveria recair sobre agentes políticos que possam ser devidamente responsabilizados. Por fim, a terceira crítica, baseada na teoria da escolha racional, aponta que os profissionais da carreira vão privilegiar seu interesse individual em detrimento do interesse público.

Quanto aos apontamentos feitos pelos autores brasileiros a que nos referimos acima, como restará demonstrado mais adiante, no próximo capítulo, por meio da análise da construção dos artigos referentes à Advocacia Pública durante a Assembleia Nacional Constituinte, embora o legislador constituinte não tenha conferido à Advocacia Pública a mesma autonomia que inicialmente concedeu ao Ministério Público e, posteriormente, em emenda constitucional, à Defensoria Pública, tampouco o relegou a papel de defensor dos interesses estatais mesmo contra o ordenamento jurídico.

Já no que se refere às críticas levantadas por Berenson, cabe-nos agora fazer algumas considerações, retornando ao conceito de interesse público que estudamos brevemente ao final do primeiro capítulo da presente dissertação, pois a correta compreensão deste tem o condão de desarmar tais críticas.

De fato, como mencionamos, Hachem (2011) nota que o interesse público pode ser conceituado de duas formas: em sentido amplo, significando a realização do ordenamento

jurídico; em sentido estrito, qualificado, concretamente identificado pelo Poder Público. Esse processo de identificação concreta do interesse público relaciona-se diretamente com as duas primeiras categorias de críticas mencionadas, vez que trata da abstração do conceito de interesse público e do agente competente para defini-lo.

Tais críticas parecem ter em conta apenas uma das faces do conceito, o seu sentido amplo, pois, em assim sendo, se o interesse público é somente a correta aplicação do ordenamento jurídico e o advogado público está regularmente investido em cargo público com especialização e atribuições jurídicas, poder-se-ia afirmar que a ele, individualmente, caberia a definição do interesse público, o que corroboraria a preocupação de que esse posicionamento traria um amplo grau de liberdade para o advogado público.

No entanto, a atuação da Administração Pública e, conseqüentemente, da Advocacia Pública, deve ter em conta, também, o sentido estrito de interesse público, devendo ser verificado um interesse público qualificado para que o Estado possa agir no caso concreto. Essa classificação deve ocorrer nos termos das normas constitucionais e infraconstitucionais vigentes, daí a importância do que Berenson denominou *standards* de conduta (2000, pp. 833/834)⁸¹:

Para evitar esse problema, advogados públicos precisam mudar seu entendimento do que é o papel de buscar o interesse público do nível retórico e aspiracional dos códigos de responsabilidade profissional para o nível operacional das entidades governamentais em que trabalham. Fazer isso envolve conseguir adotar normas de intermediação no contexto de advocacia pública a que David Wilkins arguiu ser necessário para a regulação dos advogados em geral. (...) Apesar disso, mais deve ser feito para implementar guias operacionais que possam dirigir a conduta de advogados públicos em casos individuais, na persecução do interesse público.

Estes argumentos relacionam-se com posicionamento que tem surgido na doutrina brasileira no sentido da autonomia da Advocacia Pública para atuar conforme o interesse público no caso, mesmo que a providência adotada acabe por significar que a Fazenda Pública sairá vencida na ação ajuizada pelo cidadão, sendo que há uma subdivisão, nessa corrente, sobre quem seria o detentor da prerrogativa de definir o interesse público qualificado: a instituição de advocacia pública ou o advogado público oficiante.

⁸¹ Tradução nossa do original: To prevent this problem, lawyers need to move understandings of the public interest serving role from the sometimes hortatory and aspirational level of codes of professional responsibility, to the operational level within the government entities in which government attorneys work. Doing this successfully will involve adopting the kind of “mid-level rules” in the context of government lawyering that David Wilkins has argued are necessary to the regulation of lawyers generally. (...) Nonetheless, more needs to be done to implement a set of operational guidelines that can direct the conduct of government attorneys in individual cases, in pursuit of the public interest serving role.

Adotado o posicionamento que defende a defesa institucional do interesse público, as duas primeiras categorias de críticas que Berenson aponta existirem contra o papel de defesa do interesse público pelo advogado público perdem seu fundamento, vez que, com a criação de normas institucionais que, ao fim e ao cabo, organizam a definição do interesse público no caso concreto de maneira hierarquizada, sempre remetendo ao chefe da instituição de Advocacia Pública e, em última instância, ao Chefe do Poder Executivo que o nomeou, o interesse público, devidamente operacionalizado, deixa de ser abstrato e torna-se um guia direto para a atuação do profissional da carreira.

Do mesmo modo, atinge-se, atuando dessa maneira, uma maior possibilidade de controle por parte da sociedade, visto que, se tais padrões de conduta são estabelecidos pela hierarquia das Procuradorias e as chefias destas são escolhidas por critérios políticos, já que nomeadas pelo Chefe, pela Chefe, do Poder Executivo, há uma ligação mais direta com a formação da vontade popular, o que tende a diminuir o fenômeno que mencionamos acima de apropriação técnico-jurídica dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, vale notar que já destacamos que os ocupantes dos cargos de chefia das Procuradorias são agentes políticos, que podem cometer os crimes de responsabilidade previstos na Lei Federal nº 1.079/50, inclusive com julgamento pelo Senado Federal no caso do Advogado-Geral da União e pela Assembleia Legislativa em alguns dos Estados estudados.

Uma vez que os casos em que os integrantes das carreiras da Advocacia Pública podem deixar de atuar na defesa do ente público que os emprega estejam delimitados em normas com relativo grau de detalhamento e concretude, definidas pela instituição – pelo chefe da Procuradoria -, possibilita-se, além do controle jurídico, por parte do Poder Judiciário, que pode ser ativado inclusive por cidadãos, pela sociedade civil organizada ou mesmo pelo próprio Estado, por meio do controle externo, algum grau de controle político e democrático.

Quanto ao ponto, entendemos relacionar-se com a visão weberiana de burocracia, que a considerava também como uma forma de poder, a ser contraposto por outros, conforme trecho a seguir de Abrucio e Loureiro (2018):

É nessa linha que se pode dizer que se Wilson via a relação entre política e administração como eminentemente complementar, para Weber o relacionamento entre o mundo da política e a burocracia precisa ser, ao mesmo tempo, complementar e conflituoso. Assim, na perspectiva weberiana, aos burocratas deve ser garantida autonomia para imprimir seu saber técnico na gestão do Estado e de suas políticas, contando que esse poder seja acompanhado de controles que evitem a constituição de uma tecnocracia, para usar um termo mais contemporâneo.

A terceira categoria de críticas apontada por Berenson vai no sentido de que o advogado público, se tivesse liberdade para atuar em juízo com a sua definição de interesse público, faria com que essa definição coincidissem com situação que favorecesse os interesses do profissional e não necessariamente os interesses do Estado e da sociedade. Esta crítica tampouco se sustenta diante da opção pela defesa institucional do interesse público, relacionando-se com comentários que fizemos por ocasião do estudo do princípio da supremacia do interesse público.

Dizer que o advogado público tem liberdade para atuar em defesa do interesse público não significa dizer que o profissional pode atuar de maneira ilícita. O advogado público é sujeito ao Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como ao Estatuto dos Funcionários Públicos do ente federativo e à Lei Orgânica de sua carreira, sem esquecermos, evidentemente, da Constituição e das demais normas existentes.

Como já afirmamos acima, a doutrina brasileira de Direito Administrativo já desenvolveu extensa teoria acerca do desvio de poder, apontando como ilegítimos os atos praticados por agente público em detrimento da finalidade pública, que é aquela estabelecida pelo ordenamento. Assim, mesmo que inexistentes os padrões de condutas a que vimos nos referindo, se constatado que o advogado público usou o poder estatal para atingir objetivo pessoal e/ou ilícito, sua atuação será considerada ilegítima e o profissional deve ser punido.

A definição por meio de normas com alto grau de concretude dos padrões de conduta que os advogados públicos devem seguir facilita esse controle funcional – que, repisamos, já existiria mesmo que inexistentes tais normas – e auxilia também no controle político, social, de que a Advocacia Pública está atuando em consonância com o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988.

Portanto, em contraponto com a primeira corrente, há uma segunda, que defende que à Advocacia Pública não compete defender a Fazenda Pública a todo custo, mas sim primar pela defesa do interesse público, ainda que isso signifique que o ente público saia vencido na ação em que atuante o advogado público. Acima, concentramo-nos no aspecto institucional da definição do interesse público aplicável ao caso concreto, mas há quem defenda que esta prerrogativa, no caso em foco, deve ser do advogado público, do procurador.

Destacando a escolha individual do procurador – como indicamos em nota de rodapé acima, Martins (2019) classifica as correntes doutrinárias sobre o tema da autonomia técnica do advogado público em três: defesa do ente público, defesa individual do interesse público e defesa institucional do interesse público -, Martins afirma (p. 8):

A segunda posição, aqui explicitada, pode ser radicalizada. Nos termos expostos, o ente federativo, por definição, só tem interesse jurídico – e, pois

interesse processual – em defender o interesse público, entendido como a correta interpretação das normas jurídicas vigentes. Ocorre que a pessoa jurídica – nem os governantes eleitos – não sabe qual é a interpretação correta. O que fazer? Nomeia profissionais habilitados para dizer qual é essa interpretação. Deveras: nomeia cientistas – ou técnicos – do Direito. Cada Procurador, aprovado em concurso, é um profissional habilitado a dizer qual é a “vontade do ordenamento jurídico”. Logo, ele teria a prerrogativa de reconhecer juridicamente o pedido, decidir por não contestar ou não recorrer etc. Ele seria a voz definidora, no caso concreto, de qual é o interesse público, pleonasticamente qualificado como primário; seria, enfim, a autoridade encarregada de decidir, para a pessoa de Direito Público, se ela tem ou não interesse jurídico – e processual – de litigar em juízo.

No entanto, esse posicionamento encontra alguns obstáculos, como aponta a doutrina. Um desses obstáculos, trazido por Martins (2019) e que se aproxima de uma das críticas apontadas por Berenson no contexto norte-americano, é a preocupação de que o advogado público pode não atuar efetivamente em prol do interesse público, escamoteando interesses privados (p. 8):

É fácil intuir o grave prejuízo para defesa do interesse público que pode gerar a prerrogativa dada a cada procurador de não contestar uma ação, de não recorrer, de reconhecer juridicamente o pedido. Suponha-se que um dos integrantes da instituição adote sempre uma posição contrária ao interesse secundário, sob o pretexto, no seu íntimo, de que quer ter menos trabalho ou de que quer beneficiar certo particular. Diante da “intangibilidade da psique do agente”, caso o advogado público não revele seu móvel espúrio, será praticamente impossível demonstrar sua má-fé. Para todos os efeitos, suas posições assentar-se-ão na sua convicção científica. O resultado será, por evidente, desastroso. Assim, por mais que a segunda.

Ainda que, como argumentamos acima, existam instrumentos para punir o advogado público que atue em dissonância com a finalidade pública prevista na legislação, bem como tendo em vista que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, mesmo nos casos de atuação consultiva, em que a doutrina é pacífica quanto à independência do advogado público, admite a responsabilização de procuradores também nos casos de culpa grave, não somente nas situações em que presente o dolo⁸², parece-nos evidente que a adoção dos procedimentos

⁸² Nesse sentido (BRASIL, 2008): Controle externo. Auditoria pelo TCU. Responsabilidade de procurador de autarquia por emissão de parecer técnico-jurídico de natureza opinativa. Segurança deferida. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa, e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao erário. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a

previstos pela corrente que pugna pela defesa institucional do interesse público tem o potencial de diminuir a possibilidade de que estes desvios aconteçam.

Um outro obstáculo à adoção do posicionamento pela defesa individual do interesse público, este apontado como principal por Madureira (2018), é a necessidade de uniformização do entendimento jurídico adotado pela Administração Pública. Assim conclui referido autor (p. 265):

Posto isso, considero pertinente estabelecer a necessária distinção entre a liberdade de manifestação profissional dos procuradores (independência profissional), que decorre da sua condição de advogados, e a autonomia técnica da procuradoria. É que a Advocacia Pública, conquanto não se subordine juridicamente ao Poder Executivo ou a qualquer outro poder, órgão ou entidade, deve se apresentar, frente aos casos concretos, como estrutura orgânica hierarquizada, de modo a orientar, mediante o emprego de expedientes internos que possibilitem a uniformização de seus posicionamentos jurídicos, uma atuação administrativa desprovida de contradições, assegurando com isso a efetiva fruição dos direitos reconhecidos pelo ordenamento aos administrados.

E continua o autor (p. 265):

Nessa conjuntura, os procuradores mantêm plena liberdade para expressar suas convicções jurídicas, que podem, todavia, ser ulteriormente submetidas, a bem da uniformização dos posicionamentos do Poder Público acerca da aplicação do direito, a outras instâncias decisórias instituídas dentro das procuradorias. Disso resulta que esses profissionais não ostentam, individualmente, autonomia técnica, a exemplo do que se imagina ocorrer com os membros do Ministério Público; e daí falar-se, em rigor, em autonomia da procuradoria e não dos procuradores.

É interessante notar que muitos dos autores e autoras que defendem uma maior autonomia do advogado público o fazem com base na comparação, a que nos referimos brevemente, entre as noções de advocacia de Estado e de advocacia de governo. Martins (2019), por exemplo, trata do tema em artigo que analisa a questão da autonomia do procurador. Moreira Neto (2009), talvez o maior expoente da corrente que defende a autonomia individual do advogado público, fundamenta grande parte de seu entendimento sobre o que chama de Advocacia de Estado⁸³ nessa contraposição, como exemplifica o trecho a seguir:

responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa.

(MS nº 24.631, rel. Min, Joaquim Barbosa, Plenário, julgado em 09/08/2007).

⁸³ Para o autor, o termo Advocacia Pública abrange o Ministério Público, a Defensoria Pública e o que se convencionou chamar – equivocadamente, segundo o professor fluminense - de Advocacia Pública, vez que as três instituições advogam pelo interesse de terceiros.

Nessa linha, é necessário insistir, o que aqui volto a fazer com muito empenho e com muita esperança nas reservas morais deste País, que os Estados não se confundem com seus Governos e, muito menos, com seus governantes e, por consequência, os Advogados de Estado não podem ser tidos como advogados de governos ou, com maior razão, como advogados de governantes.

Souza (2009), em sentido semelhante, inclusive citando Moreira Neto, menciona a defesa aos interesses da sociedade como motivo pelo qual dever-se-ia conceder à Advocacia Pública autonomia institucional semelhante à que se concede ao Ministério Público.

Estes autores e autoras, em consonância com o sentimento que Corbellini Filho notou existir em parte da Advocacia Pública Federal, parecem defender uma cisão completa entre a área jurídica e a área política, como se esta fosse contaminar aquela. Privilegiam os aspectos técnico-jurídicos da legislação, de modo que argumentam que as soluções para os problemas concretos enfrentados pela Administração Pública em seu agir cotidiano estão previstas no Direito, de modo que devem ser encarados e resolvidos pelos profissionais capacitados para manejar esse instrumental.

Nesse sentido, aponta Corbellini Filho (2021, p. 142):

A dificuldade de identificação precisa de um polo de defesa do modelo proscrito da “advocacia de governo”, associada à constatação uniforme, em ambas as fontes de amostragem textuais analisadas, de uma profunda relação de desconfiança e condenação da atividade política de governo, que é caracterizada, tanto no discurso associativo quanto nos registros de entrevistas como um campo destituído de virtudes morais (que estariam presentes numa atuação conforme o modelo da “advocacia de governo”) sugere que a relação de antagonismo entre modelos consiste no produto de um processo de mistificação e que o predomínio de um elemento de valoração moral está fortemente presente no imaginário da advocacia pública federal, de forma antecedente ao emprego da própria técnica do direito, como um elemento mediador da relação deste grupo burocrático com o restante da administração pública.

O próprio Corbellini Filho, embora não trate especificamente do tema da autonomia técnica da Advocacia Pública em juízo, afirma que sua pesquisa sugere que os advogados públicos veem antagonismo entre a burocracia, “baseada no mérito da formação técnica, experiência profissional e investidura pela via do concurso público”, e o poder político colhido “da legitimidade do voto popular” (p. 142), apontando que um dos efeitos concretos disso é a articulação institucional com o fim de buscar alterações constitucionais e legislativas que reforcem a autonomia da Advocacia Pública.

Como podemos ver, a percepção que a advocacia pública tem de si mesmo apresenta semelhança com a prevalência no Direito Administrativo brasileiro das lições de Alexy, que tendem a dar atenção especial ao procedimento decisório judicial (Campos, 2010),

aproximando a concretização dos direitos fundamentais de uma tarefa judicial, sendo que, como apontamos no item 1.2 desta dissertação, este modelo tem o potencial de enfraquecer a dimensão política do Direito, podendo também vulnerar a cidadania e a participação popular no governo.

CONCLUSÃO

A judicialização é uma das questões mais estudadas pela doutrina contemporânea, tanto brasileira quanto estrangeira. Tal fenômeno, decorrente em parte da adoção de constituições rígidas e da expansão das matérias tratadas em sede constitucional no pós-segunda guerra – sendo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 um exemplo disso –, consiste na transferência para o Poder Judiciário, em detrimento dos Poderes Executivo e Legislativo, de discussões sobre temas morais, econômicos, sociais, de políticas públicas, entre outros.

E, embora a questão tenha sido objeto de numerosos estudos, parece-nos que a grande maioria destes teve como enfoque o papel da Magistratura e do Ministério Público, sendo poucos os trabalhos que analisaram o ponto sob a perspectiva da Advocacia Pública, à qual a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 confere a prerrogativa de representação judicial das pessoas políticas, com um papel importante, portanto, nas discussões contemporaneamente decididas no âmbito do Poder Judiciário.

O estudo da atuação da Advocacia Pública mostra-se relevante também quando temos em mente que, com o advento do pós-positivismo, tem passado a prevalecer um entendimento que privilegia a adoção de métodos interpretativos, com o jurista participando da própria construção da norma ao interpretar e aplicar o enunciado normativo ao caso concreto, de modo que o procurador ou a procuradora exercem poder estatal ao atuar, sem, no entanto, contar com a legitimação democrática decorrente do voto.

Diante desses fatos, buscamos compreender qual o papel que a Advocacia Pública deve exercer quando a Fazenda Pública é demandada em juízo por membros da sociedade. O advogado público tem a obrigação de apresentar contestação, impugnar, embargar, recorrer – de maneira geral, efetuar a defesa do ente que o emprega – nas situações em que vislumbra que o ordenamento jurídico favorece ao cidadão demandante? Ou, pelo contrário, a advogada pública que se encontra na mesma situação pode reconhecer a procedência do pedido, deixar de recorrer ou desistir de recurso interposto?

Começamos analisando o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, tratando brevemente da transição democrática mais acordada entre civis e militares do que forçada pelos primeiros. Apontamos como a Constituição brasileira fez parte do constitucionalismo contemporâneo, movimento político-jurídico da segunda metade do século XX e de como, no Brasil, em decorrência das feridas deixadas pelo regime militar, a aproximação entre o Direito e a moral e a valorização da força

normativa da Constituição e de seus princípios, características típicas do movimento citado, tiveram especial impulsionamento.

Partimos, então, para o estudo do conceito de democracia, apoiando-nos na teoria do cientista político estadunidense Robert A. Dahl (2001, 2004), buscando ainda entender as características do Estado que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 buscou instituir. Apontamos como para tal concepção de democracia a participação política e a responsividade do governo às demandas de seus cidadãos são requisitos essenciais, contrapondo-se a uma visão tecnocrática de democracia. Demonstramos como, progressivamente, Dahl passou a considerar também o respeito aos direitos fundamentais como inerente ao conceito de democracia, ainda que numa perspectiva instrumental, como ferramentas para o exercício da cidadania.

Nesse cenário, destacamos o papel central com que contam os direitos fundamentais em nossa Constituição, considerados elementos integrantes do conceito de Estado Democrático de Direito, o qual encontra sua legitimidade justamente na promoção de tais direitos.

Diante de sua centralidade no Estado Democrático de Direito previsto pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passamos a estudar o conceito de direitos fundamentais, ressaltando também a influência que o Direito Internacional tem em sua interpretação e aplicação. Nesse momento, apontamos, com base em Sarlet (2017), que são requisitos para que determinado direito seja considerado como fundamental: sua positivação no direito constitucional pátrio, a existência de um regime jurídico qualificado que o proteja de maiorias parlamentares eventuais ou de governos não comprometidos com sua promoção e, por fim, a aceitação, por determinada sociedade, de sua fundamentalidade.

Tal conceito tem o mérito de conformar os direitos fundamentais ao constitucionalismo contemporâneo, movimento do qual, repetimos, fez parte a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vez que realiza uma aproximação historicamente contextualizada entre o Direito, a moral e a realidade.

Fixado tal conceito, indicamos como o modelo europeu-alemão de análise dos direitos fundamentais, que influenciou sobremaneira a produção jurídica brasileira nas últimas décadas do século XX e no início deste século XXI, aproxima-se de uma tarefa judicial, do que decorre uma valorização dos aspectos técnico-jurídicos dos direitos fundamentais em detrimento de sua dimensão política, com potencial de afetar a cidadania e vulnerar o próprio Estado Democrático de Direito.

Discutimos, posteriormente, como a valorização dos aspectos técnico-jurídicos dos direitos fundamentais ganha especial relevância no Brasil, diante da formação de nossa

burocracia. Apontamos como desde o início a burocracia brasileira era constituída por uma elite político-administrativa que não era selecionada por mérito tampouco profissionalizada e como uma de suas bases foi o bacharelismo, com os membros da elite contando com diversos bacharéis em Direito formados em Coimbra e, posteriormente, em faculdades brasileiras de mesma tradição, como as de Olinda e de São Paulo.

Quanto ao ponto, notamos que, na Assembleia Nacional Constituinte, 46% dos constituintes tinham como formação e atividade econômica principal ou secundária o Direito, bem como que os autores e autoras de Direito Constitucional de maior sucesso editorial no país são personagens atuantes na política nacional, a demonstrar a permanência da influência do bacharelismo na sociedade brasileira e a imbricação intensa entre Direito e política no Brasil, da qual pode decorrer certa relação de tutela e proteção da sociedade civil considerada como um ente inerte ou incapaz por parte dos tais bacharéis.

Ato contínuo, trouxemos exemplos de atuação da Advocacia Pública em juízo com enormes potenciais impactos em direitos fundamentais da população brasileira, tendo estudado brevemente o julgamento do que ficou conhecido como tese do marco temporal, segundo a qual os povos indígenas só fazem jus à demarcação das terras que comprovadamente ocupavam em 05 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, trazendo preocupação com a preferência aos aspectos técnico-jurídicos dos direitos fundamentais.

Ainda, analisamos o conceito de interesse público e o princípio da supremacia do interesse público, afirmando a relação que ambos possuem com o conceito de direitos fundamentais. Demonstramos como tais conceitos têm sido objeto de discussão doutrinária, principalmente por parte de autores e autoras influenciadas pelo neoconstitucionalismo e ligados academicamente à Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ e apontamos que as críticas feitas por tais autores, que pugnam pela incompatibilidade do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado com nossa Constituição, partem de premissa equivocada acerca do conceito deste, conforme Hachem (2011) e Madureira (2016).

Analisados os argumentos dessa doutrina crítica do Direito Administrativo bem como de autores que partiram em defesa da validade de referido princípio, concluímos que, para ser corretamente compreendido o conceito de supremacia do interesse público sobre o privado, deve-se ter em mente também o princípio da indisponibilidade do interesse público, trazendo à tona a dualidade prerrogativas e sujeições que sempre norteou os estudos da doutrina administrativa tradicional.

Agindo assim, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não acarreta a prevalência de um interesse público ilegítimo sobre um interesse privado encoberto pelo ordenamento jurídico. Pelo contrário, quando se tem em conta a indisponibilidade do interesse público, percebe-se que o Estado só pode atuar em prol da finalidade pública, a qual, no Estado de Direito Democrático instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é a promoção dos direitos fundamentais, como vimos nos tópicos anteriores, de modo que o agente público – aí incluso o procurador e a procuradora – tem o dever-poder de buscar o interesse público (que no pós-positivismo é construído mediante a problematização do caso concreto), sem, no entanto, vulnerar os interesses privados regularmente protegidos pelo ordenamento.

Estabelecidas essas premissas, passamos ao estudo da Advocacia Pública, fazendo breve contextualização histórica e demonstrando sua evolução desde sua fase imperial - na qual não havia propriamente uma separação de poderes e, também, o mesmo profissional realizava as funções que hoje entendemos competirem à Advocacia Pública, ao Ministério Público e à Defensoria Pública - até a fase atual, iniciada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, segundo a qual a representação judicial da União, dos Estados e do Distrito Federal cabe exclusivamente à Advocacia Pública.

Buscando entender o que levou à configuração institucional hoje existente, analisamos os debates havidos sobre o tema na Assembleia Nacional Constituinte, tendo elaborado quadros resumindo todas as sugestões e propostas de emendas - relacionadas à representação judicial - ao texto do que vieram a ser os arts. 127 a 131 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988⁸⁴. Tal análise demonstrou que, embora tenha se optado por colocar a Advocacia Pública no capítulo das Funções Essenciais à Justiça, acompanhada do Ministério Público, da Advocacia e da Defensoria Pública, o constituinte não concedeu aos procuradores e procuradoras a mesma autonomia que conferiu aos membros do Ministério Público e, posteriormente, por reforma constitucional, aos integrantes da Defensoria Pública.

Após essa contextualização histórica, estudamos a atual conformação constitucional da Advocacia Pública, destacando que os profissionais de tal carreira são simultaneamente advogados e servidores públicos, duas condições que contam com tratamento constitucional, sendo este fato, também, razão para o entendimento de que há alguma diferença entre a Advocacia privada e a Advocacia Pública.

⁸⁴ Classificamos o entendimento dos parlamentares, na coluna posição dos quadros, como “manutenção” para aqueles que defendiam a manutenção das atribuições de representação judicial com o Ministério Público e “separação” para os que defendiam a concessão de tal tarefa à Advocacia Pública.

Fixado, portanto, que a compreensão do papel do advogado público - e, conseqüentemente, dos limites de sua autonomia técnica – depende da análise do regime administrativo a que é submetido, passamos a afirmar que a pessoa na chefia da Advocacia Pública de cada ente federado é um agente político, tendo em vista que sua nomeação é feita diretamente pela chefia do Poder Executivo. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê, inclusive, que o Advogado-Geral da União deve ser julgado pelo Senado nos crimes de responsabilidade, existindo previsão semelhante quanto aos Procuradores-Gerais dos Estados em algumas das Constituições Estaduais analisadas.

Afirmamos que os integrantes da carreira da Advocacia Pública, diferentemente da chefia, são servidores públicos, do que decorre a submissão às normas estatutárias, com o cargo público ocupado por tais profissionais tendo suas atribuições, deveres e prerrogativas fixados em lei.

Ainda, realizamos breve análise dos dados do I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil, publicação elaborada pelo Ministério da Justiça, sendo possível notar que os advogados públicos são em sua grande maioria favoráveis à concessão de maior autonomia à Advocacia Pública, o que vai ao encontro da percepção que a Advocacia Pública tem de si, que é a de uma Advocacia de Estado, a qual atuaria de acordo com o ordenamento jurídico e fora da política, contrapondo-se à noção de Advocacia de Governo, que seria uma Advocacia Pública voltada a entender os interesses privados dos governantes.

Dessa forma, constatamos que, ainda que a Constituição da República Federativa do Brasil confira à pessoa na chefia da Advocacia Pública o papel de agente político e a concepção pós-positivista indique que os procuradores e procuradoras exercem poder estatal ao atuar em juízo, os profissionais de tal carreira, acompanhados do Ministério Público e da Magistratura, tendem a privilegiar uma visão supostamente puramente técnica de sua atuação, em negação de qualquer caráter político no exercício de suas atribuições funcionais.

Apontamos também, com base nos dados disponíveis na pesquisa citada, o desequilíbrio de gênero e de raça que existe na Advocacia Pública, na qual, ainda que muitos concursos públicos para acesso aos cargos sejam recentes – posteriores à Constituição -, há uma grande maioria de homens brancos.

Posteriormente, passamos à análise das Constituições Estaduais e das Leis Orgânicas das Procuradorias-Gerais dos dez Estados que participaram da pesquisa I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil, novamente elaborando quadros sintetizando os achados, além de estudarmos a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e algumas normas federais que se aprofundam sobre o tema da autonomia técnica.

Com essa análise, notamos que também nos Estados a chefia da Advocacia Pública tem o papel de agente político, chegando ao ponto de em alguns dos entes federados (Acre e Paraná) o Procurador-Geral do Estado ser legitimado para a Ação Direta de Inconstitucionalidade, função que entendemos de caráter político bastante claro, especialmente se levada em conta a teoria dos diálogos institucionais.

Um outro ponto importante que nossa análise demonstrou é que, embora em nenhuma das Constituições Estaduais a Advocacia Pública integre o capítulo do Poder Executivo, seguindo a topologia constitucional federal e enquadrando-a como Função Essencial à Justiça, os legisladores constituintes estaduais parecem ter a compreensão de que as procuradorias integram tal poder, como indicam as menções expressas à vinculação ou subordinação ao Governador trazidas, por exemplo, pelas Constituições de Minas Gerais e do Paraná.

A análise legislativa também demonstrou que todas as normas estudadas contêm alguma previsão relativa ao tema tratado no presente trabalho, seja autorizando a desistência, transação e conciliação, em redação semelhante à adotada pela legislação federal, seja referindo-se expressamente ao reconhecimento da procedência do pedido ou à não interposição de recurso.

Apontamos alguns exemplos que nos chamaram a atenção, como a previsão na Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado de Alagoas da Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, integrada por membros da Procuradoria-Geral e de Secretarias de Estado. Também ressaltamos os casos de São Paulo e Minas Gerais, nos quais, apesar da existência de previsão em suas Constituições no sentido de que a Advocacia Pública é vinculada ao Governador, as Leis Orgânicas trazem a possibilidade de que, nos casos de ausência de previsão legal, compete à chefia da Advocacia Pública “definir parâmetros, nos casos não previstos em lei, para o não ajuizamento, desistência, transação, compromisso e confissão nas ações judiciais de interesse do Estado e de suas autarquias, bem como para a dispensa de inscrição na dívida ativa” (São Paulo, 2015; Minas Gerais, 2005).

Após essa análise, estudamos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema da autonomia técnica da Advocacia Pública, atendo-nos aos julgados constantes da publicação “A Constituição e o Supremo”, editada pelo próprio tribunal superior e disponível em seu site em diversos formatos.

A análise demonstrou como nossa Suprema Corte tem rejeitado normas que conferem aos profissionais da Advocacia Pública as garantias previstas para os membros do Ministério Público, como a inamovibilidade, por entender que os procuradores e procuradoras são subordinados hierarquicamente à Chefia do Poder Executivo. Apesar disso, a Corte tem demonstrado preocupação com a independência técnica do profissional de tal carreira, tendo o

ministro Ayres Britto, por exemplo, condicionado sua votação pela inconstitucionalidade de norma da Constituição do Estado do Mato Grosso que conferia autonomia funcional e administrativa à Procuradoria-Geral daquele Estado à garantia de que seria respeitada a independência técnica dos procuradores e procuradoras.

Também analisamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o papel de curador da presunção de constitucionalidade conferido pela Constituição ao Advogado-Geral da União, concluindo que a Corte considera que tal função é anômala, de certa forma distinta da função de representação judicial, bem como notando que a obrigatoriedade de defesa da lei tem sido mitigada.

Após análise da legislação e da jurisprudência, partimos para o estudo da doutrina existente sobre o tema. Como afirmamos, embora existam autores que identifiquem três correntes doutrinárias sobre o tema da autonomia técnica da Advocacia Pública, entendemos que é mais adequado dividi-las em apenas duas, devido à existência de momentos (ou etapas) diferentes: a definição relativa a quem detém a prerrogativa de definir o interesse público no caso concreto, o advogado público ou a instituição, deve necessariamente ser posterior à resposta à seguinte pergunta: é papel da Advocacia Pública defender incondicionalmente a Fazenda Pública ou pode deixar de fazê-lo nas situações em que vislumbra que a defesa da Administração Pública significaria violação ao ordenamento jurídico, notadamente aos direitos fundamentais dos cidadãos?

Por isso, as duas correntes que identificamos são as seguintes: i) o advogado público deve atuar sempre em defesa do ente público em juízo, independentemente de sua opinião técnico-jurídica sobre a correção da atuação da Administração Pública; e ii) quando da defesa da Administração Pública em juízo decorrer violação ao interesse público, compete ao advogado público atuar de maneira que assegure o melhor cumprimento do ordenamento jurídico, ainda que isso signifique que a Fazenda Pública sairá vencida em determinada ação judicial.

A primeira corrente não é compatível com o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, não resistindo ao confronto com os três pontos-chaves que elencamos em nosso trabalho para a compreensão do papel do advogado público e da advogada pública - democracia, direitos fundamentais e interesse público -, os quais estão interligados.

De fato, como vimos, a correta compreensão do conceito de interesse público e do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não justifica a defesa de um interesse ilegítimo da Administração Pública quando confrontada com um interesse privado

regularmente protegido pelo ordenamento jurídico. E isso porque, num Estado Democrático de Direito, o interesse público é também a garantia e a promoção dos direitos fundamentais, seja porque estes atuam como condições para o exercício da cidadania, seja porque possuem fundamentalidade em si, reconhecida por determinada sociedade e positivada na Constituição.

Assim, não podem os profissionais da Advocacia Pública, integrantes da Administração Pública e servidores públicos que são, subordinados, portanto, à finalidade pública, praticarem atos que colaborem para a violação de interesses privados que sejam regularmente protegidos pela Constituição e pela legislação brasileira.

Superada a primeira etapa – o advogado público não deve defender incondicionalmente a Fazenda Pública -, resta verificar quem detém a prerrogativa de definir o interesse público no caso concreto e, conseqüentemente, quem pode decidir por não atuar em defesa do Estado em juízo, o procurador ou a procuradoria.

Pois bem. Demonstrada a compatibilidade do princípio da supremacia do interesse público com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, concluímos que a Advocacia Pública tem o dever de defender o ente público, mas esta obrigação é relativa e deixa de existir diante da violação de direitos fundamentais, vez que o próprio conceito de interesse público, construído com a participação do intérprete no caso concreto, por ser inerentemente ligado aos direitos fundamentais e à democracia, impõe uma barreira a essa obrigação.

No contexto brasileiro que analisamos, a fim de garantir o respeito ao princípio democrático, esta barreira deve ser colocada por um agente que possa também ser responsabilizado politicamente pelos seus atos, o chefe da Advocacia Pública – e não a chefia do Poder Executivo -, de modo que o advogado público não pode, de maneira autônoma, optar por não realizar a defesa da Fazenda Pública em juízo. Privilegia-se, com esse procedimento, a dimensão política dos direitos fundamentais, mas sem deixar de levar em consideração também sua análise técnico-jurídica, garantindo-se que a Advocacia Pública defenda o interesse público e não o interesse do ou da governante.

O ideal é que as situações em que é permitida a dispensa da prática de ato processual estejam previstas em normas internas da Procuradoria, mas é dever do advogado público e da advogada pública requerer a dispensa sempre que vislumbrar violação a direitos fundamentais na atuação da Administração Pública, mesmo que a situação sob análise não esteja disposta nessas normas, sendo importante destacar que não é necessário que haja autorização legislativa para que esse procedimento possa acontecer, pois é inerente à conformação constitucional da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Esse entendimento é consonante com a opção do legislador constituinte, que classificou a Advocacia Pública como Função Essencial à Justiça e a posicionou em capítulo distinto do Poder Executivo, não a reduzindo à defensora incondicional dos poderes estatais independentemente das disposições do ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que não concedeu aos procuradores e procuradoras as mesmas prerrogativas que inicialmente conferiu ao Ministério Público e posteriormente, por emenda constitucional, à Defensoria Pública. Também o entendimento do Supremo Tribunal Federal é em sentido semelhante, pois, ainda que a Corte tenha em seu discurso a proteção da autonomia técnica do advogado e da advogada pública, não lhe confere as garantias para tanto, como a inamovibilidade, a indicar que entende pela vinculação ao entendimento hierarquicamente superior.

Finalmente, como proposta de melhoria, além da recomendação de que as Constituições e leis que regem a Advocacia Pública contenham previsões que reflitam o entendimento acima – ainda que não seja necessária a autorização legislativa, a previsão legal traz mais segurança -, sugerimos que os advogados e as advogadas públicas possam atuar e opinar na elaboração das normas que regulam as hipóteses de dispensa da prática de ato processual, pois tais normas influem na autonomia para o exercício da profissão.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Discricionariedade administrativa e judicial. 1. ed. em ebook baseada na 1. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 5. ed. em ebook baseada na 5. ed. impressa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

ABRANCHES, Sérgio. Presidencialismo de coalizão – raízes e evolução do modelo político brasileiro. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, versão Kindle.

ABRANCHES, Sérgio. Polarização radicalizada e ruptura eleitoral. In: Democracia em risco? 22 ensaios sobre o Brasil hoje. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, versão Kindle.

ABREU, Alzira Alves de et al (coords.). Verbetes “Centrão”. Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro – Pós-1930. Rio de Janeiro: CPDOC, 2010a. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/centrao>. Acesso em 18 fev 2021.

ABREU, Alzira Alves de et al (coords.). Verbetes “Partido Comunista Brasileiro (PCB)”. Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro – Pós-1930. Rio de Janeiro: CPDOC, 2010b. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/partido-comunista-brasileiro-pcb> Acesso em 16 nov. 2021.

ABREU, Alzira Alves de et al (coords.). Verbetes “Partido Trabalhista Brasileiro, PTB (1980-)”. Dicionário Histórico-Biográfico Brasileiro – Pós-1930. Rio de Janeiro: CPDOC, 2010c. Disponível em: <http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/partido-trabalhista-brasileiro-ptb-1980> Acesso em 16 nov. 2021.

ABRUCIO, Fernando Luiz; LOUREIRO, Maria Rita. Burocracia e ordem democrática: desafios contemporâneos e experiência brasileira. In: PIRES, Roberto; LOTTA, Gabriela; OLIVEIRA, Vanessa Elias de (Orgs.). Burocracia e políticas públicas no Brasil: Interseções analíticas. Brasília, IPEA, 2018.

ABU-EL-HAJ, Jawdat. Robert Dahl e o dilema da igualdade na democracia moderna. **Análise Social**, n. 1, v. XI.III, p. 159-180, 2008.

ACRE. Constituição do Estado do Acre de 1989. Rio Branco, AC. Disponível em: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi7nPWTh_XzAhWNqpUCHWQRA3QQFnoECAYQAQ&url=http%3A%2F%2Fwww.al.ac.leg.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2014%2F10%2Fconstitui%25C3%25A7%25C3%25A3o_atualizada.pdf&usq=AOvVaw0nqt9Z_wKSKgjYm9DLLqWl Acesso em 06 out 2021.

ACRE. Lei Complementar nº 045, de 26 de julho de 1994. Rio Branco, AC. Disponível em: <http://www.pge.ac.gov.br/wp-content/uploads/2018/10/LEI%20COMPLEMENTAR%2045-94%20atualizada%20até%20LC%20332-2017.pdf> Acesso em 06 out 2021.

ALAGOAS. Constituição do Estado de Alagoas: promulgada em 5 de outubro de 1989: atualizada até a emenda nº 38/2010. 3ª edição rev. e ampl. Maceió: Governo do Estado de Alagoas, 2013.

ALAGOAS. Lei Complementar nº 7, de 18 de julho de 1991. Sergipe, AL. Disponível em: <http://www.procuradoria.al.gov.br/legislacao/lei-complementar/Lei%20Complementar%20no%2007-%20de%2018-07-91%20-%20ATUALIZADA.pdf> Acesso em 06 out 2021

ALMEIDA, Antônio Ítalo Hardman Vasconcelos. História e direito no constitucionalismo latino-americano: o Estado de Coisas Inconstitucional. 2018. 126 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2018.

BARCELLOS, Ana Paula de. Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Edição kindle.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BERENSON, Steven K. Public Lawyers, Private Values: Can, Should, and Will Government Lawyers Serve the Public Interest?. **Boston College Law Review**, Boston, v. 41, n. 4, p. 789-846, 01 jul. 2000.

BETHELL, Leslie; NICOLAU, Jairo. Política no Brasil, 1985-2002. In: BETHELL, Leslie (org.). História da América Latina: Volume X – A América Latina após 1930: Argentina, Uruguai, Paraguai e Brasil. Tradução de Gilson César Cardoso de Souza. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2018. 1016 p.

BINENBOJM, Gustavo. Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 331 p.

BOBBIO, Norberto. Democracia e ditadura. In: BOBBIO, Norberto. Estado, Governo e Sociedade. Fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 21ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018. 255 p.

BONAVIDES, Paulo. Teoria Geral do Estado. 11ª edição. São Paulo: Malheiros, 2018a. 638 p.

BONAVIDES, Paulo. A Constituinte de 1987-1988 e a restauração do Estado de Direito. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva Educação, 2018b. Edição kindle.

BORGES, Rosa Maria Zaia; BRASIL, Paula Zambelli Salgado. Cidadania Regional Sulamericana: desafios e perspectivas de um projeto decolonial de efetivação dos direitos humanos. **REDES – Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, v. 7, n. 3, p. 149-165, out. 2019.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Quadro histórico artigo 103 da Constituição Federal de 1988, 2020a. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/40025> Acesso em 09 jul 2021.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Quadro histórico artigos 127 a 130 da Constituição Federal de 1988, 2018. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/37380> Acesso em 09 jul 2021.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Centro de Documentação e Informação. Quadro histórico artigo 131 da Constituição Federal de 1988, 2020b. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/40112> Acesso em 09 jul 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 20 dez 2020.

BRASIL. Lei Federal nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469compilado.htm . Acesso em 16 fev 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (org.). Série Pensando o Direito, nº 57 - Migrantes, apátridas e refugiados: subsídios para o aperfeiçoamento de acesso a serviços, direitos e políticas públicas no Brasil. Brasília/DF: Ministério da Justiça, 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/12/PoD_57_Liliana_web3.pdf. Acesso em 06 out 2021.

BRASIL. Parecer nº 01/2017/GAB/CGU/AGU. Brasília, DF.

BRASIL. Portaria nº 10, de 08 de junho de 2020. Regulamenta o art. 8º, caput, da Portaria AGU nº 487, de 27 de julho de 2016, com a redação dada pela Portaria AGU nº 160, de 6 de maio de 2020, dispondendo sobre a dispensa de atos processuais, inclusive embargos à execução, impugnação ao cumprimento de sentença e outros incidentes processuais na fase da execução, bem como sobre a desistência de recursos interpostos, quando o benefício patrimonial almejado com o ato não atender aos critérios de racionalidade, de economicidade e de eficiência, nos termos dos arts. 19-C e 19-D da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/portaria-n-10-de-8-de-junho-de-2020-261041496>. Acesso em 20 fev 2021.

BRASIL. SECRETARIA DE REFORMA DO JUDICIÁRIO. (org.). I Diagnóstico da Advocacia Pública no Brasil. Brasília/DF: Ministério da Justiça, 2011. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/diagnostico-advocacia.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

BRASIL. Súmula nº 644 do Supremo Tribunal Federal. Brasília, DF, 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2786> Acesso em 20 dez 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC nº 136961/RJ. Acórdão nº 2020/0284469-3. Brasília, DF, 15 de junho de 2021. DJE. Brasília. 21 jun 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO nº 3473/MA. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO nº 3474/SP. Rel. Min. Rosa Weber. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI-QO nº 97/RO. Rel. Min. Moreira Alves. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 217/PB. Pleno. Rel. Min. Ilmar Galvão. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 291/MT. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 470/AM. Pleno. Rel. Ilmar Galvão. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 1.246/PR. Pleno. Rel. Min. Roberto Barroso. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 98.237/SP. Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 24.631/DF. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 663.696/MG. Pleno. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 81.327/SP. Primeira Turma. Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, DF.

BRENTANO, Alexandre. Gênese e história política da Advocacia-Geral da União (AGU). 2017. 61 f. Artigo apresentado no Mestrado em Ciência Política do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

CAMPOS, Luiza Ferreira. **Reformulação do discurso dogmático do direito administrativo: análise a partir da incidência do discurso teórico prescritivo “pós-positivista”**. 2010. 135 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado de Direito. Coleção Cadernos democráticos. 1ª ed. Lisboa: Gradiva, 1999.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: Uma nova crença na Constituição. **Revista Direito Público**, Brasília, n. 3. p. 05-23, jan/fev/mar 2004.

CORBELLINI FILHO, Helio. **Percepção da advocacia pública federal sobre a dicotomia advocacia de estado x advocacia de governo**. 2020. 147 f. Dissertação (Mestrado) – Mestrado Profissional em Administração Pública, Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2020.

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. Informe Latinobarómetro 2018. Santiago: Corporación Latinobarómetro. 2018. Disponível em: <http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo. 12 ed. São Paulo: Dialética, 2014. 895 p.

CYRINO, André Rodrigues. Advocacia pública. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/25/edicao-1/advocacia-publica> .

DAHL, Robert. Sobre a Democracia. Tradução: Beatriz Sidou. Brasília: Editora UnB, 2001. 230 p.

DAHL, Robert. La democracia. **POSTData** 10. p. 11-55, dez/2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 33ª edição revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Edição Kindle.

DODEK, Adam. Lawyering at the Intersection of Public Law and Legal Ethics: Government Lawyers as Custodians of the Rule of Law. **Dalhousie Law Journal**, Ottawa, v. 33, n. 1, 04 jan 2010.

DUARTE, Evandro Charles Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. A Revolução Haitiana e o Atlântico Negro: o Constitucionalismo em face do Lado Oculto da Modernidade. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 49, p. 10-42, jul/dez 2016.

ENGELMANN, Fabiano; PENNA, Luciana. Política na forma da lei: o espaço dos constitucionalistas no Brasil democrático. **Lua nova**, n. 92, p. 177-206, 2014.

ESPÍRITO SANTO. Constituição do Estado do Espírito Santo de 1989. Espírito Santo: Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Disponível em: https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/Outros/Constituicao_Estadual%20-%20atualizada2019.pdf Acesso em 06 out 2021.

ESPÍRITO SANTO. Lei Complementar nº 88, de 26 de dezembro de 1996. Vitória, ES. Disponível em: https://pge.es.gov.br/Media/pge/docs/LC%2088_1996%20com%20todas%20alteracoes.pdf Acesso em 06 out 2021.

GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da advocacia pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciana Moessa de (coord.). Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GOIÁS. Constituição do Estado de Goiás de 1989. Goiânia, GO. Disponível em: <https://legisla.casacivil.go.gov.br/constituicao-estadual> Acesso em 06 out 2021.

GOIÁS. Lei Complementar nº 58, de 04 de julho de 2006. Goiânia, GO. Disponível em: http://www.gabinetecivil.goias.gov.br/leis_complementares/2006/lei_complementar_n58.htm Acesso em 06 out 2021.

GUIMARÃES, Ulysses. Discurso proferido na sessão de 5 de outubro de 1988, publicado no DANC de 5 de outubro de 1988, p. 14380-14382. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/25-anos-da-constituicao-de-1988/constituente-1987-1988/pdf/Ulysses%20Guimaraes%20-%20DISCURSO%20%20REVISADO.pdf> Acesso em 13 fev 2021.

HACHEM, Daniel Wunder. Princípio constitucional da supremacia do interesse público. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. 426 p.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. 34 p.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178. 2009.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. Para que serve uma teoria dos direitos fundamentais? **Direito Público**, Brasília, nº 13, p. 24-34, jul/ago/set/2006.

MACHADO, Monica Sapucaia. Direitos das Mulheres – Ensino Superior, Trabalho e Autonomia. São Paulo: Almedina, 2019. 261 p.

MADUREIRA, Cláudio Peneda. Administração Pública, litigiosidade e juridicidade: a importância da Advocacia Pública para o exercício da função administrativa. 2013. 361 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6437/1/Claudio%20Penedo%20Madureira.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2020.

MALISKA, Marcos Augusto. Princípio da integração latino-americana. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Edição kindle.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Aspectos controvertidos da Advocacia Pública. **Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura**, São Paulo, v. 09/2019, abr-jun. 2019, p. 367-394.

MATO GROSSO DO SUL. Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul de 1989. Campo Grande, MS. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/0a67c456bc566b8a04257e590063f1fd/dfde24a4767ddcbf04257e4b006c0233?OpenDocument> Acesso em 06 out 2021.

MATO GROSSO DO SUL. Lei Orgânica nº 95, de 26 de dezembro de 2001. Campo Grande, MS. Disponível em: <http://aacpdappls.net.ms.gov.br/appls/legislacao/secoge/govato.nsf/66ecc3cfb53d53ff04256b140049444b/99c7b4e15e02a88504256bfd0066ccc7?OpenDocument> Acesso em 06 out 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2ª ed., 11ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MENDONÇA, Grace Maria Fernandes. *Curadoria da presunção de constitucionalidade da norma na ação direta de inconstitucionalidade: revisitando o papel do Advogado-Geral da União*. 2017. 78 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de pós-graduação em Direito, Escola de Direito, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/2398> Acesso em: 27 jul. 2021.

MINAS GERAIS. *Constituição do Estado de Minas Gerais*. 28ª edição. Belo Horizonte: Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 2021. 479 p.

MINAS GERAIS. *Lei Complementar nº 83, de 28 de janeiro de 2005*. Belo Horizonte, MG. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?num=83&ano=2005&tipo=LCP> Acesso em 06 out 2021.

MORAIS, José Luiz Bolzan; STRECK, Lênio Luiz. *Comentários ao art. 1º*, In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Edição kindle.

MOREIRA, Thiago de Miranda Queiroz. *A constitucionalização da Defensoria Pública: disputas por espaço no sistema de Justiça*. **Opinião Pública**, Campinas, v. 23, nº 3, set.-dez., 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/op/a/rMvxvccB5ZNV6ZTNhJddDWz/?lang=pt> Acesso em 05/09/2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciana Moessa de (coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MOTTA, Raquel Dias da Silveira. *Agentes públicos: classificação*. Enciclopédia Jurídica da PUC-SP. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: *Direito Administrativo e Constitucional*. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/3/edicao-1/agentes-publicos:-classificacao> Acesso em 10 out. 2021.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. *Direito constitucional brasileiro: curso completo*. 2ª ed. em ebook baseada na 2ª ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

O'DONNELL, Guillermo. Transição democrática e políticas sociais. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 4, p. 9 a 16, jul/1987. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/9565> Acesso em 14/02/2021.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa?. **Novos Estudos CEBRAP**, Rio de Janeiro, n. 31, p. 25-40, out/1991.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; Cunha, Luciana Gross. **Medindo o acesso à Justiça Cível no Brasil**. In: Opinião pública, Campinas, vol. 22, nº 2, p. 318-349, ago/2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 6ª edição (livro eletrônico). Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

PARANÁ. Constituição do Estado do Paraná de 1989. Curitiba/PR. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/exibirAto.do?action=iniciarProcesso&codAto=9779&codItemAto=97592> Acesso em 06 out 2021.

PARANÁ. Lei Complementar nº 26, de 02 de janeiro de 1986. Curitiba, PR. Disponível em: <https://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=8084&indice=1&anoSpan=1990&anoSelecionado=1985&isPaginado=true> Acesso em 23 nov 2021.

PEREIRA, Flávio de Leão Bastos.. O Direito Administrativo e os Direitos Fundamentais dos Povos Indígenas no Brasil: Um Exemplo de Autofagia Jurídico-Política. In: Bruno César Lorencini; Edson Joaquim Raimundo de Araujo Júnior; Flávio de Leão Bastos Pereira; Thalita Abdala Aris; Wagner Wilson Deiró Gundim. (Org.). Temas Contemporâneos de Direito Constitucional. 1ed.Londrina: Thoth, 2020, v. 1, p. 91-105. Versão Kindle.

PIOVESAN, Flávia. Comentários ao art. 4º, II, In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Edição kindle.

QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa. Constitucionalismo brasileiro e o Atlântico Negro: A experiência constitucional de 1823 diante da Revolução Haitiana. 200 p. Dissertação (Mestrado). Curso de Mestrado em Direito, Estado e Constituição, Programa de Pós Graduação em Direito da Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, 2017.

RAMOS, André de Carvalho (2009). Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. **Revista Da Faculdade De Direito**, Universidade De São Paulo, 104, 241-286. Recuperado de <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857>

RONDÔNIA. Constituição do Estado de Rondônia. Rondônia: Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia. Disponível em: https://www.al.ro.leg.br/institucional/constituicao-do-estado-de-rondonia/constituicao-estadual/CE1989_EC147a.pdf Acesso em 06 out 2021.

RONDÔNIA. Lei Complementar nº 620, de 20 de junho de 2011. Porto Velho, RO. Disponível em: <https://pge.ro.gov.br/lei-complementar-n-620-2011/> Acesso em 06 out 2021.

SÃO PAULO. Constituição do Estado de São Paulo. São Paulo, SP. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/constituicao/1989/compilacao-constituicao-0-05.10.1989.html> Acesso em 06 out. 2021.

SÃO PAULO. Lei Complementar nº 1.270, de 25 de agosto de 2015. São Paulo, SP. Disponível em: <http://www.portal.pge.sp.gov.br/wp-content/uploads/2020/07/lei-orgnica-pge-revista-e-atualizacao-lc-1082-08-1.pdf> Acesso em 06 out 2021.

SERGIPE. Constituição do Estado de Sergipe: 1989. 9ª edição. Sergipe: Assembleia Legislativa do Estado de Sergipe, 2019. 236 p.

SERGIPE. Lei Complementar nº 27, de 02 de agosto de 1996. Aracaju, SE. Disponível em: https://www.pge.se.gov.br/wp-content/uploads/2017/05/LEI-COMPLEMENTAR-N-27_final.pdf Acesso em 06 out 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. Conceito de direitos e garantias fundamentais. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/67/edicao-1/conceito-de-direitos-e-garantias-fundamentais> .Acesso em 14/02/2021

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, p. 145-165, abr/jun 2005.

SCHWARCZ, L. M.; STARLING, H. M. Brasil: uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, edição kindle.

SILVA, Renata Lorena Coelho da. O fenômeno da constitucionalização e o direito administrativo: a necessidade de renovação do direito administrativo frente ao Estado Democrático de Direito. 62 p. Monografia (Especialização). Instituto Damásio de Direito – IDD, Faculdade IBMEC SP. 2020.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Interpretação conforme a Constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial**. Revista Direito GV, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 191-210, jan/jun 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. The Constitution of Brazil. A Contextual Analysis. Série: Constitutional Systems of the World. Hart Publishing, 2009. Versão kindle.

SILVA, Virgílio Afonso da. Na encruzilhada liberdade-autoridade: a tensão entre direitos fundamentais e interesses coletivos. In: **Fernando Dias Menezes de Almeida et al (orgs.), Direito Público em evolução: estudos em homenagem à Professora Odete Medauar**, Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 735-747.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014. 279 p.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito Constitucional Brasileiro*. 1ª edição, 1ª reimpressão. São Paulo: EDUSP, 2021.

SINGER, André. *Os sentidos do Lulismo: Reforma gradual e pacto conservador*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, edição Kindle.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito*. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciana Moessa de (coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica Constitucional*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: *Direito Administrativo e Constitucional*. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/18/edicao-1/hermeneutica-constitucional>. Acesso em 16/02/2021.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. **Revista Direito GV**, São Paulo. v. 4, n. 2, p. 441-464, jul-dez 2008.

WEFFORT, Francisco. *Qual democracia?* São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

APÊNDICE A – QUADROS – ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE

QUADRO 1 - SUGESTÕES DOS CONSTITUINTES – ARTIGOS 127 A 130

Sugestão	Autor	Partido	Posição	Conteúdo	Justificativa	Data
860	Roberto Freire	PCB	Separação	Membros do MP podem realizar subsidiariamente as funções de advogado da União e dos Estados, enquanto não existir órgão próprio.	Não há manifestação quanto ao ponto da separação das atribuições.	
999	Michel Temer	PMDB/SP	Manutenção	Nas comarcas do interior, a União pode ser representada por Procuradores do Estado.	Conflito de interesses, ônus da implantação, desinteresse do Ministério Público em representar entidade de direito público nos Estados.	14/04/87
1031	Victor Faccioni	PDS/RS	Manutenção	Representação judicial da União ao Ministério Público Federal. Vedação à representação judicial de entidades públicas pelo MP Público dos Estados e do DF.	Não há manifestação quanto ao ponto da separação das atribuições.	14/04/87
1719	Luiz Soyer	PMDB/GO	Manutenção	Nas comarcas do interior, a União pode ser representada por Procuradores do Estado.	Não há manifestação quanto ao ponto da separação das atribuições.	24/04/87
1756	Nilson Gibson	PMDB/PE	Manutenção	Representação judicial da União ao Ministério Público Federal.	Inexistente	24/04/87
1827	Afonso Arinos	PFL/RJ	Manutenção	Representação judicial da União ao Ministério Público Federal e supervisão judicial da defesa judicial das autarquias federais.	Inexistente	24/04/87
1829	Afonso Arinos	PFL/RJ		Relativo ao Ministério Público estadual e do DF. Vedação à representação judicial nesse âmbito.	Inexistente	24/04/87
2108	Plínio Martins	PMDB/MS	Manutenção	Representação judicial da União ao Ministério Público Federal. Vedação à representação judicial	Não há manifestação quanto ao ponto da separação das atribuições.	29/04/87

				de entidades públicas pelo Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal.		
2112	Theodoro Mendes	PMDB/SP	-	Representação por inconstitucionalidade.	-	29/04/87
2275	Koyu Iha	PMDB/SP	-	Participação em inquéritos.	-	29/04/87
2468	Francisco Amaral	PMDB/SP	Manutenção	Representação judicial da União ao Ministério Público Federal. Vedação à representação judicial de entidades públicas pelo Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal.	Não há manifestação quanto ao ponto da separação das atribuições.	30/04/87
2714	Adolfo Oliveira	PL/RJ	-	Poder Judiciário	-	30/04/87
2743	Farabuli Júnior	PTB/SP	Separação	Cria a Advocacia da União e tira a representação judicial do MP.	Não há manifestação quanto ao ponto da separação das atribuições.	30/04/87
2810	Osmar Leitão	PFL/RJ	Separação	Retira do MP a atribuição de representação judicial da União e prevê sua transferência para o serviço jurídico da União.	Violação aos princípios da unidade e indivisibilidade que deveriam reger o MP e prejuízo na defesa da União.	30/04/87
2869	Associação Nacional dos Procuradores da República	-	Manutenção	Representação judicial da União ao Ministério Público Federal.	Representação judicial da União é defesa do patrimônio coletivo.	30/04/87
2885	Confederação Nacional do Ministério Público	-	Manutenção	Representação judicial da União ao Ministério Público Federal. Vedação à representação judicial de entidades públicas pelo Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal.	Não há manifestação quanto ao ponto da separação das atribuições.	30/04/87
2895	Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro	-	Manutenção	Representação judicial da União ao Ministério Público Federal. Vedação à representação judicial de entidades públicas pelo Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal.	Não há manifestação quanto ao ponto da separação das atribuições.	30/04/87
3017	José Ignacio Ferreira	PMDB/ES	-	Controle externo da polícia	-	05/05/87

3101	José Ignacio Ferreira	PMDB/ES	-	Transferência para o MP das atribuições de consultoria jurídica da União.	Isonomia.	05/05/87
3364	Benito Gama	PFL/BA	Separação	Cria a Advocacia da União e tira a representação judicial do MP.	Não há manifestação quanto ao ponto da separação das atribuições.	05/05/87
3774	Louremberg Nunes Rocha	PMDB/MT	Separação	Cria a Advocacia da União e tira a representação judicial do MP.	Não há manifestação quanto ao ponto da separação das atribuições.	05/05/87
3808	Mendes Ribeiro	PMDB/RS	-	Prerrogativas dos membros do MP	-	05/05/87
4290	Ivo Mainardi	PMDB/RS	Manutenção			06/05/87
4877	Chagas Rodrigues	PMDB/PI	Separação	Criação da Procuradoria Geral de Justiça e Procuradoria Geral da União em substituição à PGR.	Sucinta.	06/05/87
5424	Asdrubal Bentes	PMDB/PA	Separação	Autonomia e independência do MP.	Desvincular MPF e Estadual da defesa dos interesses do erário ou do governo.	06/05/87
5639	Adylson Motta	PDS/RS	-	Descrição do MP.	-	06/05/87
5727	Sandra Cavalcanti	PFL/RJ	Manutenção	Representação judicial da União ao Ministério Público Federal. Vedação à representação judicial de entidades públicas pelo Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal.	Não há manifestação quanto ao ponto da separação das atribuições.	06/05/87
5835	José Carlos Coutinho	PL/RJ	-	Funções adicionais.	-	06/05/87
5902	Osmar Leitão	PFL/RJ	Separação	Retira do MP a atribuição de representação judicial da União e prevê sua transferência para o serviço jurídico da União.	Violação aos princípios da unidade e indivisibilidade que deveriam reger o MP e prejuízo na defesa da União.	06/05/87
6239	Uldurico Pinto	PMDB/BA	Manutenção	Representação judicial da União ao Ministério Público Federal e supervisão judicial da defesa judicial das autarquias federais.	Não há manifestação quanto ao ponto da separação das atribuições.	06/05/87
6345	Vasco Alves	PMDB/ES	-	Descrição do MP.	-	06/05/87
6590	Virgílio Magalhães	PT/MG	-	Descrição do MP.	-	06/05/87

6869	José Ignacio Ferreira	PMDB/ES	-	Disposições gerais acerca do MP.	-	06/05/87
6989	José Ignacio Ferreira	PMDB/ES	-	Ingresso mediante concurso.	-	06/05/87
7131	José Ignacio Ferreira	PMDB/ES	-	Trata das funções do MP. Não dispõe sobre representação judicial.	-	06/05/87
7207	Antonio Carlos Konder Reis	PDS/SC	-	Trata das funções do MP. Não trata da representação judicial.	-	06/05/87
7718	José Maranhão	PMDB/PB	-	Descrição do MP.	Fiscal da lei.	06/05/87
8660	Sigmaringa Seixas	PMDB/DF	Manutenção	Representação judicial da União ao Ministério Público Federal.	Representação judicial da União é defesa do patrimônio coletivo.	06/05/87
8724	Maurício Corrêa	PDT/DF	Separação	Tira a representação judicial do MP.	Incompatibilidade entre a independência exigida para o MP e o papel de advogado da União.	06/05/87
8993	Dionísio Dal-Prá	PFL/PR	-	Prerrogativas dos membros do MP	-	06/05/87
9263	Benedicto Monteiro	PMDB/PA	-	Atribuições de Defensoria Pública.	-	06/05/87
9435	Luiz Soyer	PMDB/GO	-	Importância da advocacia, magistratura e MP para a administração da Justiça	-	06/05/87
9628	Raul Ferraz	PMDB/BA	-	Descrição do MP.	-	06/05/87
9630	Raul Ferraz	PMDB/BA	Separação	Cria a Advocacia da União e tira a representação judicial do MP.	Não há manifestação quanto ao ponto da separação das atribuições.	06/05/87
9664	Stélio Dias	PFL/ES	-	Descrição do MP.	-	06/05/87
9698	Stélio Dias	PFL/ES	-	Descrição do MP.	-	06/05/87
9763	Bonifácio de Andrada	PDS/MG	Manutenção	Representação judicial da União ao Ministério Público Federal.	Representação judicial da União é defesa do patrimônio coletivo.	06/05/87
11141	Associação do Ministério Público do Rio Grande do Sul	-	Separação	Vedação à representação judicial.	Inexistente.	27/07/87

QUADRO 2 - SUGESTÕES DOS CONSTITUINTES – ARTIGO 131

Sugestão	Autor	Partido	Posição	Conteúdo	Justificativa	Data
2337	Osvaldo Macedo	PMDB/PR	Separação	Cria a Advocacia da União e tira a representação judicial do MP.	Incompatibilidade entre as funções de fiscal da lei e de advogado da União. Prejuízo à defesa da União por falta de especialização.	29/04/87
2526	Farabuli Júnior	PTB/SP	Separação	Representação da União pela PGFN em matéria patrimonial, tributária e financeira.	Incompatibilidade entre as funções de fiscal da lei e de advogado da União. Prejuízo à defesa da União por falta de especialização.	30/04/87
2743	Farabuli Júnior	PTB/SP	Separação	Criação da Advocacia da União.	Não há manifestação quanto ao ponto da separação das atribuições.	30/04/87
3364	Benito Gama	PFL/BA	Separação das atribuições.	Criação da Advocacia da União.	Não há manifestação quanto ao ponto da separação das atribuições.	05/05/87
3772	Lourenberg Nunes Rocha	PMDB/MT	Separação das atribuições.	Representação da União pela PGFN em matéria patrimonial, tributária e financeira.	Incompatibilidade entre as funções de fiscal da lei e de advogado da União. Prejuízo à defesa da União por falta de especialização.	05/05/87
3774	Lourenberg Nunes Rocha	PMDB/MT	Separação das atribuições.	Criação da Advocacia da União.	Não há manifestação quanto ao ponto da separação das atribuições.	05/05/87
4264	Ivo Mainardi	PMDB/RS	Separação das atribuições.	Representação da União pela PGFN em matéria patrimonial, tributária e financeira.	Incompatibilidade entre as funções de fiscal da lei e de advogado da União. Prejuízo à defesa da União por falta de especialização.	06/05/87
4877	Chagas Rodrigues	PMDB/PI	Separação das atribuições.	Criação da Procuradoria Geral de Justiça e Procuradoria Geral da União em substituição à PGR.	Sucinta.	06/05/87
8725	Maurício Corrêa	PDT/DF	Separação das atribuições.	Cria a Advocacia da União e tira a representação judicial do MP.	Incompatibilidade entre as funções de fiscal da lei e de advogado da União.	06/05/87
9624	Raúl Ferraz	PMDB/BA	Separação das atribuições.	Representação da União pela PGFN em	Incompatibilidade entre as funções de fiscal da lei e de	06/05/87

				matéria patrimonial, tributária e financeira.	advogado da União. Prejuízo à defesa da União por falta de especialização.	
9630	Raúl Ferraz	PMDB/BA	Separação das atribuições.	Criação da Advocacia da União.	Não há manifestação quanto ao ponto da separação das atribuições.	06/05/87
9986	Egídio Ferreira Lima	PMDB/PE	Separação das atribuições.	Representação da União pela PGFN em matéria patrimonial, tributária e financeira.	Incompatibilidade entre as funções de fiscal da lei e de advogado da União. Prejuízo à defesa da União por falta de especialização. Criação de burocracia estável.	06/05/87

QUADRO 3 - ARTIGOS 127 A 130 - FASE B - EMENDAS AO ANTEPROJETO DO RELATOR DA SUBCOMISSÃO

Emenda	Autor	Partido	Posição	Conteúdo	Justificativa	Observações
7	Roberto D'Ávila	PDT/RJ	Manutenção.	Representação judicial da União deve permanecer com o Ministério Público.	Ministério Público tem "independência funcional, o compromisso com a legalidade, e o desassombro em face dos poderosos".	-
13	Sigmaringa Seixas	PMDB/DF	Manutenção.	Representação judicial da União deve permanecer com o Ministério Público.	Representação judicial da União é defesa do patrimônio coletivo.	-
164	Geraldo Campos	PMDB/DF	Manutenção.	Representação judicial da União deve permanecer com o Ministério Público.	Representação judicial da União é defesa do patrimônio coletivo.	-
308	Francisco Amaral	PMDB/SP	Manutenção.	Representação judicial da União deve permanecer com o Ministério Público.	Representação judicial da União é defesa do patrimônio coletivo.	-
506	Vivaldo Barbosa	PDT/RJ	Manutenção.	Representação judicial da União deve permanecer com o Ministério Público.	Sem justificativa.	Prejudicada.
545	Sandra Cavalcanti	PFL/RJ	Manutenção.	Representação judicial da União deve permanecer com o Ministério Público.	Referência ao entendimento firmado pelos membros do Ministério Público na cidade de Curitiba (trata-se,	-

					portanto, segundo alegação da parlamentar, da redação da CONAMP).	
--	--	--	--	--	---	--

QUADRO 4 – ARTIGOS 127 A 130 - EMENDAS FASE E (EMENDAS AO ANTEPROJETO DA SUBCOMISSÃO)

Emenda	Autor	Partido	Posição	Conteúdo	Justificativa	Data
99	Luiz Henrique	PMDB/SC	Manutenção.	Representação judicial da União ao Ministério Público da União.	Representação judicial da União é defesa do patrimônio coletivo e exige independência que só o MP teria.	29/05/1987
155	Paes de Andrade	PMDB/CE	Manutenção.	Representação judicial da União ao Ministério Público da União.	Representação judicial da União é defesa do patrimônio coletivo e exige independência que só o MP teria.	29/05/1987
267	Enoc Vieira	PFL/MA	Manutenção.	Representação judicial da União ao Ministério Público da União.	Representação judicial da União é defesa do patrimônio coletivo e exige independência que só o MP teria.	29/05/1987
298	Expedito Machado	PMDB/CE	Manutenção.	Representação judicial da União ao Ministério Público da União.	Representação judicial da União é defesa do patrimônio coletivo e exige independência que só o MP teria.	31/05/1987
300	Rubem Branquinho	PMDB/AC	Manutenção.	Representação judicial da União ao Ministério Público da União.	Representação judicial da União é defesa do patrimônio coletivo e exige independência que só o MP teria.	31/05/1987
531	Albérico Filho	PMDB/MA	Manutenção.	Representação judicial da União ao Ministério Público da União.	Representação judicial da União é defesa do patrimônio coletivo e exige independência que só o MP teria.	01/06/1987
543	Brandão Monteiro	PDT/RJ	Manutenção.	Representação judicial da União ao Ministério Público da União.	Representação judicial da União é defesa do patrimônio coletivo e exige	01/06/1987

					independência que só o MP teria.	
653	Leopoldo Peres	PMDB/AM	Manutenção.	Representação judicial da União ao Ministério Público da União.	Representação judicial da União é defesa do patrimônio coletivo e exige independência que só o MP teria.	01/06/1987
696	Mendonça de Morais	PMDB/MG	Manutenção.	Representação judicial da União ao Ministério Público da União.	Representação judicial da União é defesa do patrimônio coletivo e exige independência que só o MP teria.	01/06/1987
881	Agassiz Almeida	PMDB/PB	Manutenção.	Representação judicial da União ao Ministério Público da União.	Representação judicial da União é defesa do patrimônio coletivo e exige independência que só o MP teria.	01/06/1987
886	Sigmaringa Seixas	PMDB/DF	Manutenção.	Representação judicial da União ao Ministério Público da União.	Representação judicial da União é defesa do patrimônio coletivo e exige independência que só o MP teria.	01/06/1987
1360	Luiz Henrique	PMDB/SC	Manutenção.	Representação judicial da União ao Ministério Público da União.	Representação judicial da União é defesa do patrimônio coletivo e exige independência que só o MP teria.	01/06/1987

QUADRO 5 - ARTIGOS 127 A 130 - FASE G - EMENDAS AO SUBSTITUTIVO DO RELATOR DA COMISSÃO

Emenda	Autor	Partido	Posição	Conteúdo	Justificativa	Data
98	Plínio Arruda Sampaio	PT/SP	Separação.	Retira do MP a atribuição de representação judicial da União.	MP deve focar-se na sua "real e única destinação de defensor dos interesses fundamentais da sociedade"; Estados já adotam a separação.	09/06/1987
100	Plínio Arruda Sampaio	PT/SP	Separação.	Retira do MP a atribuição de representação judicial da União e prevê a criação de carreira para a	Interesses da União não raro diferem dos interesses da sociedade, de modo que não podem ser ambos	09/06/1987

				advocacia de Estado.	defendidos pela mesma instituição.	
109	Nelson Jobim	PMDB/RS	Separação.	Retira do MP a atribuição de representação judicial da União e prevê a criação de carreira para a advocacia de Estado.	MP deve focar na defesa dos interesses da sociedade.	09/06/1987
110	Nelson Jobim	PMDB/RS	Separação.	Retira do MP a atribuição de representação judicial da União e prevê a criação de carreira para a advocacia de Estado.	MP deve focar na defesa dos interesses da sociedade.	09/06/1987
223	Ruben Figueiró	PMDB/MS	Separação.	Retira do MP a atribuição de representação judicial da União e prevê sua transferência para o serviço jurídico da União.	Dúplice função.	09/06/1987
535	Maurício Correa	PDT/DF	Separação.	Retira do MP a atribuição de representação judicial da União e prevê a criação de carreira para a advocacia de Estado.	Dúplice função.	09/06/1987
570	Lourenberg Nunes Rocha	PMDB/MT	Separação.	Retira do MP a atribuição de representação judicial da União e prevê a criação de carreira para a advocacia de Estado.	Dúplice função.	09/06/1987
752	Plínio Arruda Sampaio	PT/SP	Separação.	Retira do MP a atribuição de representação judicial da União e prevê a criação de carreira para a advocacia de Estado.	Dúplice função.	09/06/1987
1037	Délio Braz	PMDB/GO	Manutenção.	Veda que Procuradores dos Estados e Municípios defendam a União em juízo em	MP deve se estruturar.	09/06/1987

				comarcas do interior.		
--	--	--	--	-----------------------	--	--

QUADRO 6 - ARTIGOS 127 A 130 - FASES J E K - EMENDAS AO ANTEPROJETO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO

Emenda	Autor	Partido	Posição	Conteúdo	Justificativa	Data
398	Uldurico Pinto	PMDB/BA	Manutenção.	Reestruturação geral do Ministério Público.	Exigência democrática da reestruturação, não havendo justificativa específica para a questão da representação judicial.	01/07/1987
1757	Oswaldo Macedo	PMDB/PR	-	Alteração do título de Procurador-Geral da República.	Retirada da função de representação judicial da União exige a troca do título do cargo de chefe do MP.	02/07/1987
4601	Márcio Braga	PMDB/RJ	-	Vedação à representação extrajudicial da União.	Tal representação deve ser da advocacia pública.	02/07/1987

QUADRO 7 - ARTIGOS 127 A 130 - FASE M - EMENDAS AO PROJETO DE CONSTITUIÇÃO

Emenda	Autor	Partido	Posição	Conteúdo	Justificativa	Data
359	Uldurico Pinto	PMDB/BA	Manutenção.	Reestruturação geral do Ministério Público.	Exigência democrática da reestruturação, não havendo justificativa específica para a questão da representação judicial.	01/07/1987
1648	Oswaldo Macedo	PMDB/PR	-	Alteração do título de Procurador-Geral da República.	Retirada da função de representação judicial da União exige a troca do título do cargo de chefe do MP.	02/07/1987
4260	Márcio Braga	PMDB/RJ	-	Vedação à representação extrajudicial da União.	Tal representação deve ser da advocacia pública.	02/07/1987
8088	Roberto D'Ávila	PDT/RJ	Manutenção.	Ministério Público deve representar a União.	Independência e tradição.	05/08/1987

11147	Paes de Andrade	PMDB/CE	Manutenção.	Ministério Público deve representar a União.	Independência e tradição.	06/08/1987
11148	Paes de Andrade	PMDB/CE	Manutenção.	Ministério Público deve representar a União.	Independência e tradição.	06/08/1987
11715	Sigmaringa Seixas	PMDB/DF	Manutenção.	Ministério Público deve representar a União.	Independência e tradição.	12/08/1987
11716	Sigmaringa Seixas	PMDB/DF	Manutenção.	Ministério Público deve representar a União.	Independência e tradição.	12/08/1987
12300	Aureo Mello	PMDB/AM	-	Alteração do título de Procurador-Geral da República.	Retirada da função de representação judicial da União exige a troca do título do cargo de chefe do MP.	12/08/1987

QUADRO 8 – ARTIGOS 127 A 130 - FASE O - EMENDAS AO PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DO RELATOR DO PROJETO DE CONSTITUIÇÃO

Emenda	Autor	Partido	Posição	Conteúdo	Justificativa	Data
22104	Feres Nader	PDT/RJ	Separação.	Estrutura a Procuradoria-Geral da União e altera título do capítulo para “Das funções essenciais ao exercício dos poderes”.	Isonomia entre pares do processo (advocacia, Procuradoria, Defensoria e MP).	01/09/1987
22305	Siqueira Campos	PDC/GO	Separação.	Estrutura a Procuradoria-Geral da União e altera título do capítulo para “Das funções essenciais ao exercício dos poderes”.	Isonomia entre pares do processo (advocacia, Procuradoria, Defensoria e MP).	01/09/1987
23253	Sotero Cunha	PDC/RJ	Separação.	Estrutura a Procuradoria-Geral da União e altera título do capítulo para “Das funções essenciais ao exercício dos poderes”.	Isonomia entre pares do processo (advocacia, Procuradoria, Defensoria e MP).	01/09/1987
23418	Márcio Braga	PMDB/RJ	Separação.	Estrutura a Procuradoria-Geral da União e altera título do capítulo para “Das funções essenciais ao exercício dos poderes”.	Isonomia entre pares do processo (advocacia, Procuradoria, Defensoria e MP).	01/09/1987
26723	Paes de Andrade	PMDB/CE	Manutenção.	Ministério Público deve representar a União.	Independência e tradição.	02/09/1987

27933	Luiz Henrique	PMDB/SC	Manutenção.	Ministério Público deve representar a União.	Independência e tradição.	03/09/1987
30645	Edmilson Valentim	PCdoB/RJ	Separação.	Estrutura a Procuradoria-Geral da União e altera título do capítulo para “Das funções essenciais ao exercício dos poderes”.	Isonomia entre pares do processo (advocacia, Procuradoria, Defensoria e MP).	04/09/1987
32031	Brandão Monteiro	PDT/RJ	Manutenção.	Ministério Público deve representar a União.	Independência e tradição.	04/09/1987
34378	Adolfo Oliveira	PL/RJ	Separação.	Estrutura a Procuradoria-Geral da União e altera título do capítulo para “Das funções essenciais ao exercício dos poderes”.	Isonomia entre pares do processo (advocacia, Procuradoria, Defensoria e MP).	05/09/1987
34891	Fernando Henrique Cardoso	PMDB/SP	Separação.	Estrutura a Procuradoria-Geral da União e altera título do capítulo para “Das funções essenciais ao exercício dos poderes”.	Isonomia entre pares do processo (advocacia, Procuradoria, Defensoria e MP).	05/09/1987

QUADRO 9 - ARTIGOS 127 A 130 - FASE S - EMENDAS DO PLENÁRIO AO PROJETO A

Emenda	Autor	Partido	Posição	Conteúdo	Justificativa	Data
1466	Roberto Jefferson	PTB/RJ	Manutenção.	Ministério Público deve representar a União.	Independência e tradição. Contrariedade à transformação de assessores jurídicos dos ministérios em Procuradores da União.	13/01/1988

QUADRO 10 – ARTIGOS 127 A 130 - FASE U - EMENDAS DO PLENÁRIO AO PROJETO B

Emenda	Autor	Partido	Posição	Conteúdo	Justificativa	Data
450	Amilcar Moreira	PMDB/PA	Manutenção.	Ministério Público deve representar a União.	Independência.	11/07/1988
1669	Adroaldo Streck	PDT/RS	Manutenção.	Ministério Público deve	Independência.	11/07/1988

				representar a União.		
--	--	--	--	----------------------	--	--

QUADRO 11 – ARTIGOS 127 A 130 - FASE W - EMENDAS DA COMISSÃO DE REDAÇÃO

Emenda	Autor	Partido	Posição	Conteúdo	Justificativa	Data
812	Felipe Mendes	PDS/PI	-	Correção de redação.	Concordância	17/09/1988

QUADRO 12 – ARTIGO 131 - FASE B - EMENDAS AO ANTEPROJETO DO RELATOR DA SUBCOMISSÃO

Emenda	Autor	Partido	Posição	Conteúdo	Justificativa	Observações
72	Farabulini Júnior	PTB/SP	Separação.	Prevê a criação da Advocacia da União.	Advocacia da União, devido à sua importância, deve ter previsão constitucional.	Exercício de “todas atividades de natureza jurídica”.
91	Adolfo Oliveira	PL/RJ	Separação.	Prevê a criação da Advocacia de Estado.	Advocacia de Estado, devido à sua importância, deve ter previsão constitucional.	Modifica o título para que conste “Do Ministério Público e da Advocacia de Estado”
189	Simão Sessim	PFL/RJ	Separação.	Prevê a criação da Advocacia de Estado.	Advocacia de Estado, devido à sua importância, deve ter previsão constitucional.	Modifica o título para que conste “Do Ministério Público e da Advocacia de Estado”
204	José Lins	PFL/CE	Separação.	Prevê a criação da Advocacia de Estado.	Advocacia de Estado, devido à sua importância, deve ter previsão constitucional.	Modifica o título para que conste “Do Ministério Público e da Advocacia de Estado”
217	Lourenberg Nunes Rocha	PMDB/MT	Separação.	Prevê a criação da Advocacia de Estado.	Advocacia de Estado, devido à sua importância, deve ter previsão constitucional.	Modifica o título para que conste “Do Ministério Público e da Advocacia de Estado”
250	Francisco Sales	PMDB/RO	Separação.	Prevê a criação da Advocacia da União.	Organicidade à Advocacia de Estado.	Advocacia de Estado como controle interno.
350	Ivo Mainardi	PMDB/RS	Separação.	Prevê a criação da Advocacia de Estado.	Advocacia de Estado, devido à sua importância,	Modifica o título para que conste

					deve ter previsão constitucional.	“Do Ministério Público e da Advocacia de Estado”
404	Maurício Corrêa	PDT/DF	-	Prevê que as carreiras que integravam o serviço jurídico da União e defendiam suas autarquias integrem a Advocacia da União.	Incompatibilidade entre as funções de fiscal da lei e de representação judicial da União.	
419	Lourenberg Nunes Rocha	PMDB/MT	Separação.	Prevê a representação extrajudicial e judicial da União, na cobrança de crédito tributário, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.	Incompatibilidade entre as funções de fiscal da lei e de representação judicial da União.	

QUADRO 13 - ARTIGO 131 - FASE E - EMENDAS AO ANTEPROJETO DA SUBCOMISSÃO

Emenda	Autor	Partido	Posição	Conteúdo	Justificativa	Observações
99	Luiz Henrique	PMDB/SC	Manutenção.	Representação judicial da União deve ser de competência do Ministério Público.	Representação judicial da União é defesa do patrimônio coletivo e exige independência.	-
100	Jose Ignácio Ferreira Mendes	PMDB/ES	Separação.	Prevê a criação da Procuradoria-Geral da União.	Necessidade de previsão constitucional.	Procuradoria-Geral da União integraria Poder Executivo.
340	Simão Sessim	PFL/RJ	Separação.	Prevê a criação da Procuradoria-Geral da União.	Advocacia de Estado, devido à sua importância, deve ter previsão constitucional.	Matéria tributária, financeira e patrimonial.
347	Lourenberg Nunes Rocha	PMDB/MT	Separação.	Prevê a criação da Advocacia de Estado.	Advocacia de Estado, devido à sua importância, deve ter previsão constitucional.	Modifica o título para que conste “Do Ministério Público e da Advocacia de Estado”
348	Lourenberg Nunes Rocha	PMDB/MT	Separação.	Busca organizar a Advocacia da União.	Advocacia de Estado, devido à sua importância,	Parlamentar propôs criação da

					deve ter previsão constitucional.	Advocacia da União no capítulo do Poder Executivo.
350	Lourenberg Nunes Rocha	PMDB/MT	Separação.	Prevê que a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional integre a Advocacia da União.	Dúplice função do MP é incorreta.	Advocacia de Estado como controle interno.
351	Lourenberg Nunes Rocha	PMDB/MT	Separação.	Prevê a criação da Advocacia da União no capítulo do Poder Executivo.	Dúplice função do MP é incorreta.	-
409	Maurício Corrêa	PDT/DF	Separação.	Busca organizar a Advocacia da União.	Proposta considerando que o anteprojeto da subcomissão vedou a representação pelo MP.	-
410	Maurício Corrêa	PDT/DF	Separação.	Busca organizar a Advocacia da União.	Proposta considerando que o anteprojeto da subcomissão vedou a representação pelo MP.	-
711	Jorge Arbage	PDS/PA	Separação.	Prevê a criação da Procuradoria-Geral da República como ente de advocacia pública.	Proposta considerando que o anteprojeto da subcomissão vedou a representação pelo MP.	-
745	Oswaldo Macedo	PMDB/PR	Separação.	Busca organizar a Advocacia da União.	Advocacia de Estado, devido à sua importância, deve ter previsão constitucional.	Parlamentar propôs criação da Advocacia da União no capítulo do Poder Executivo.
746	Oswaldo Macedo	PMDB/PR	Separação.	Busca organizar a Advocacia da União.	Proposta considerando que o anteprojeto da subcomissão vedou a representação pelo MP.	Cria seção para a Advocacia da União dentro do Poder Executivo.
768	Francisco Sales	PMDB/RO	Separação.	Busca organizar a Advocacia da União.	Necessidade de previsão constitucional.	Concessão das mesmas prerrogativas dos membros do MP.
846	Arnaldo Martins	PMDB/RO	Separação.	Prevê a criação da Procuradoria-Geral da República como ente de	Necessidade de diferenciação com o chefe do MP, que propõe seja chamado de	PGR como órgão diretamente subordinado ao Presidente da República.

				advocacia pública.	Promotor-Geral de Justiça.	
1447	Michel Temer	PMDB/SP	-	Regras relativas ao desempenho das funções nos Estados e Municípios.	-	-
22	Jesus Tajra	PFL/PI	-	Supressão do artigo que confere à PGFN a competência de cobrança judicial de créditos tributários.	Matéria processual, não constitucional.	Entende a PGFN como órgão do Ministério da Fazenda.
286	Carlos Chiarelli	PFL/RS	-	Supressão do artigo que confere à PGFN a competência de cobrança judicial de créditos tributários.	Matéria processual, não constitucional.	-
321	Paes Landim	PFL/PI	-	Prevê que a cobrança judicial e extrajudicial de créditos tributários da União seja feita pela PGFN.	Justificativas circunscrevem-se aos tributos.	Não há justificativa para a atribuição da competência à PGFN.
422	Osmundo Rebouças	PMDB/CE	-	Atuação da PGFN na cobrança de crédito tributário deve ter início somente com a inscrição do débito na dívida ativa.	-	-
601	Irajá Rodrigues	PMDB/RS	-	Atuação da PGFN na cobrança de crédito tributário deve ter início somente com a inscrição do débito na dívida ativa.	-	-
609	Sigmaringa Seixas	PMDB/DF	Manutenção.	Representação judicial da União deve ser de competência do MP.	Defesa do patrimônio coletivo exige independência.	-
1088	Osmundo Rebouças	PMDB/CE	-	A cobrança, judicial ou não, de impostos, compete aos órgãos próprios do Ministério a que caiba arrecadá-los.	-	-

QUADRO 14 – ARTIGO 131 - FASES J E K - EMENDAS AO ANTEPROJETO DA COMISSÃO DE SISTEMATIZAÇÃO

Emenda	Autor	Partido	Posição	Conteúdo	Justificativa
247	Cid Sabóia de Carvalho	PMDB/CE	-	Criação de órgão jurídico no âmbito do Ministério da Fazenda	Esclarecimento do texto constitucional
248	Cid Sabóia de Carvalho	PMDB/CE	-	Adequação de redação	Eliminação de ambiguidade
1652	Paes de Andrade	PMDB/CE	-	Concessão aos advogados públicos das prerrogativas dos membros do MP	A falta de previsão de tais prerrogativas decorreria de confusão de redação
1655	Paes de Andrade	PMDB/CE	-	Exclusão da advocacia pública do Ministério da Fazenda	Exclusividade da Procuradoria-Geral da União
1656	Paes de Andrade	PMDB/CE	-	Exclusão da menção a advogados credenciados	Necessidade de concurso para ingresso na carreira
1657	Paes de Andrade	PMDB/CE	-	Eleição do chefe da advocacia pública por lista tríplice e com aprovação do Legislativo	Chefe da advocacia pública não pode submeter-se apenas ao Presidente
2034	Carlos Chiarelli	PFL/RS	-	Exclusão da menção à advocacia pública do Ministério da Fazenda	Preocupação com a quantidade de artigos
2763	Luiz Henrique	PMDB/SC	-	Concessão aos advogados públicos das prerrogativas dos membros do MP	A falta de previsão de tais prerrogativas decorreria de confusão de redação
2763	Luiz Henrique	PMDB/SC	-	Concessão aos advogados públicos das prerrogativas dos membros do MP	A falta de previsão de tais prerrogativas decorreria de confusão de redação
2764	Luiz Henrique	PMDB/SC	-	Concessão aos advogados públicos das prerrogativas dos membros do MP	A falta de previsão de tais prerrogativas decorreria de confusão de redação
2765	Luiz Henrique	PMDB/SC	-	Exclusão da menção a advogados credenciados	Necessidade de concurso para ingresso na carreira
2766	Luiz Henrique	PMDB/SC	-	Exclusão da advocacia pública do Ministério da Fazenda	Exclusividade da Procuradoria-Geral da União
2767	Luiz Henrique	PMDB/SC	-	Eleição do chefe da advocacia pública por lista tríplice e com aprovação do Legislativo	Chefe da advocacia pública não pode submeter-se apenas ao Presidente
3707	Sigmaringa Seixas	PMDB/DF	-	Eleição do chefe da advocacia pública por lista tríplice e com aprovação do Legislativo	Chefe da advocacia pública não pode submeter-se apenas ao Presidente

3710	Sigmaringa Seixas	PMDB/DF	-	Concessão aos advogados públicos das prerrogativas dos membros do MP	A falta de previsão de tais prerrogativas decorreria de confusão de redação
3712	Sigmaringa Seixas	PMDB/DF	-	Exclusão da advocacia pública do Ministério da Fazenda	Exclusividade da Procuradoria-Geral da União
3713	Sigmaringa Seixas	PMDB/DF	-	Concessão aos advogados públicos das prerrogativas dos membros do MP	A falta de previsão de tais prerrogativas decorreria de confusão de redação
4534	Egídio Ferreira Lima	PMDB/PE	-	Adequação de redação	-
4596	Márcio Braga	PMDB/RJ	-	Exclusão da menção a advogados credenciados	Necessidade de concurso para ingresso na carreira
4745	Eraldo Tinoco	PFL/BA	-	Adequação de redação	Eliminação de ambiguidade
5303	Lysâneas Maciel	PDT/RJ	-	Exclusão da advocacia pública do Ministério da Fazenda	Exclusividade da Procuradoria-Geral da União

QUADRO 15 – ARTIGO 131 - FASE M - EMENDAS AO PROJETO DE CONSTITUIÇÃO

Emenda	Autor	Partido	Posição	Conteúdo	Justificativa
224	Cid Sabóia de Carvalho	PMDB/CE	-	Criação de órgão jurídico no âmbito do Ministério da Fazenda	Esclarecimento do texto constitucional
225	Cid Sabóia de Carvalho	PMDB/CE	-	Adequação de redação	Eliminação de ambiguidade
1547	Paes de Andrade	PMDB/CE	-	Concessão aos advogados públicos das prerrogativas dos membros do MP	A falta de previsão de tais prerrogativas decorreria de confusão de redação
1550	Paes de Andrade	PMDB/CE	-	Exclusão da advocacia pública do Ministério da Fazenda	Exclusividade da Procuradoria-Geral da União
1551	Paes de Andrade	PMDB/CE	-	Exclusão da menção a advogados credenciados	Necessidade de concurso para ingresso na carreira
1552	Paes de Andrade	PMDB/CE	-	Eleição do chefe da advocacia pública por lista tripartite e com aprovação do Legislativo	Chefe da advocacia pública não pode submeter-se apenas ao Presidente
1917	Carlos Chiarelli	PFL/RS	-	Exclusão da menção à advocacia pública do Ministério da Fazenda	Preocupação com a quantidade de artigos
2613	Luiz Henrique	PMDB/SC	-	Concessão aos advogados públicos das prerrogativas dos membros do MP	A falta de previsão de tais prerrogativas decorreria de confusão de redação

2614	Luiz Henrique	PMDB/SC	-	Concessão aos advogados públicos das prerrogativas dos membros do MP	A falta de previsão de tais prerrogativas decorreria de confusão de redação
2615	Luiz Henrique	PMDB/SC	-	Exclusão da menção a advogados credenciados	Necessidade de concurso para ingresso na carreira
2616	Luiz Henrique	PMDB/SC	-	Exclusão da advocacia pública do Ministério da Fazenda	Exclusividade da Procuradoria-Geral da União
2617	Luiz Henrique	PMDB/SC	-	Eleição do chefe da advocacia pública por lista triplíce e com aprovação do Legislativo	Chefe da advocacia pública não pode submeter-se apenas ao Presidente
3484	Sigmaringa Seixas	PMDB/DF	-	Eleição do chefe da advocacia pública por lista triplíce e com aprovação do Legislativo	Chefe da advocacia pública não pode submeter-se apenas ao Presidente
3487	Sigmaringa Seixas	PMDB/DF	-	Concessão aos advogados públicos das prerrogativas dos membros do MP	A falta de previsão de tais prerrogativas decorreria de confusão de redação
3489	Sigmaringa Seixas	PMDB/DF	-	Exclusão da advocacia pública do Ministério da Fazenda	Exclusividade da Procuradoria-Geral da União
3490	Sigmaringa Seixas	PMDB/DF	-	Concessão aos advogados públicos das prerrogativas dos membros do MP	A falta de previsão de tais prerrogativas decorreria de confusão de redação
4255	Márcio Braga	PMDB/RJ	-	Exclusão da menção a advogados credenciados	Necessidade de concurso para ingresso na carreira
4933	Lysâneas Maciel	PDT/RJ	-	Exclusão da advocacia pública do Ministério da Fazenda	Exclusividade da Procuradoria-Geral da União
6317	Ivo Mainardi	PMDB/RS	-	Execução de multas pela Procuradoria-Geral da União	Eficiência
6424	Farabulini Junior	PTB/SP	-	Execução de multas pela Procuradoria-Geral da União	Eficiência
6560	Arnaldo Faria de Sá	PTB/SP	-	Execução de multas pela Procuradoria-Geral da União	Eficiência
6862	Tito Costa	PMDB/SP	-	Execução de multas pela Procuradoria-Geral da União	Eficiência
7073	Daso Coimbra	PMDB/RJ	-	Disposições transitórias	Continuidade do serviço público
7136	José Dutra	PMDB/AM	-	Execução de multas pela Procuradoria-Geral da União	Eficiência

7335	Agripino de Oliveira Maia	PDS/SP	-	Execução de multas pela Procuradoria-Geral da União	Eficiência
7582	Santinho Furtado	PMDB/PR	-	Execução de multas pela Procuradoria-Geral da União	Eficiência
7835	Arnaldo Prieto	PFL/RS	-	Execução de multas pela Procuradoria-Geral da União	Eficiência
8009	Adhemar de Barros Filho	PDT/SP	-	Execução de multas pela Procuradoria-Geral da União	Eficiência
8049	Osmar Leitão	PFL/RJ	-	Alteração do nome para Advocacia-Geral da União	Diferenciação em relação ao MP
8088	Roberto D'Ávila	PDT/RJ	Manutenção	Representação judicial da União deve ficar com MP	Independência
8210	Oswaldo Macedo	PMDB/PR	-	Alteração do nome para Advocacia-Geral da União	Diferenciação em relação ao MP
8211	Oswaldo Macedo	PMDB/PR	-	Alteração do nome para Advocacia-Geral da União	Diferenciação em relação ao MP
8309	Nelson Seixas	PDT/SP	-	Execução de multas pela Procuradoria-Geral da União	Eficiência
8521	Aureo Mello	PMDB/AM	-	Adequação de redação	Eliminação de ambiguidade
8525	Aureo Mello	PMDB/AM	-	Alteração do nome para Advocacia-Geral da União	Diferenciação em relação ao MP
8701	Louremberg Nunes Rocha	PMDB/MT	-	Adequação de redação	Eliminação de ambiguidade
8703	Louremberg Nunes Rocha	PMDB/MT	-	Disposições transitórias	Continuidade do serviço público
9628	Paulo Macarini	PMDB/SC	-	Chefe da Procuradoria-Geral da União escolhido pela Câmara	-
11052	Nelson Carneiro	PMDB/RJ	-	Execução de multas pela Procuradoria-Geral da União	Eficiência
11141	Paes de Andrade	PMDB/CE	-	Concessão aos advogados públicos das prerrogativas dos membros do MP	A falta de previsão de tais prerrogativas decorreria de confusão de redação
11142	Paulo Delgado	PT/MG	-	Eleição do chefe da advocacia pública por lista tríplice e com aprovação do Legislativo	Chefe da advocacia pública não pode submeter-se apenas ao Presidente
11143	Paes de Andrade	PMDB/CE	-	Concessão aos advogados públicos das prerrogativas dos membros do MP	A falta de previsão de tais prerrogativas decorreria de confusão de redação

11144	Paes de Andrade	PMDB/CE	-	Exclusão da menção a advogados credenciados	Necessidade de concurso para ingresso na carreira
11149	Paes de Andrade	PMDB/CE	-	Exclusão da advocacia pública do Ministério da Fazenda	Exclusividade da Procuradoria-Geral da União
11176	José Ignácio Ferreira Mendes	PMDB/ES	-	Adequação da redação para contemplar atividade consultiva e concessão aos advogados públicos das prerrogativas dos membros do MP	-
11557	Sigmaringa Seixas	PMDB/DF	-	Concessão aos advogados públicos das prerrogativas dos membros do MP	A falta de previsão de tais prerrogativas decorreria de confusão de redação
11576	Sigmaringa Seixas	PMDB/DF	-	Concessão aos advogados públicos das prerrogativas dos membros do MP	A falta de previsão de tais prerrogativas decorreria de confusão de redação
11713	Sigmaringa Seixas	PMDB/DF	-	Exclusão da menção a advogados credenciados	Necessidade de concurso para ingresso na carreira
11715	Sigmaringa Seixas	PMDB/DF	Manutenção	Representação judicial da União deve ficar com MP	Independência
11718	Sigmaringa Seixas	PMDB/DF	-	Eleição do chefe da advocacia pública por lista tríplice e com aprovação do Legislativo	Chefe da advocacia pública não pode submeter-se apenas ao Presidente
11991	José Ignácio Ferreira Mendes	PMDB/ES	-	Reorganização das normas do capítulo	-
12653	Leopoldo Bessone	PMDB/MG	-	Exclusão da advocacia pública do Ministério da Fazenda	Exclusividade da Procuradoria-Geral da União
13117	Carlos Chiarelli	PFL/RS	-	Disposições transitórias	Continuidade do serviço público
13479	Farabulini Junior	PTB/SP	-	Menção às autarquias	-
14296	Basilio Villani	PMDB/PR	-	Exclusão da advocacia pública do Ministério da Fazenda	Matéria infraconstitucional
14340	Maurício Nasser	PMDB/PR	-	Exclusão da advocacia pública do Ministério da Fazenda	Matéria infraconstitucional
14489	José Ignácio Ferreira Mendes	PMDB/ES	-	Concessão aos advogados públicos das prerrogativas dos membros do MP	-
14508	José Ignácio Ferreira Mendes	PMDB/ES	-	Adequação de redação	-
15167	Antonio Carlos Mendes Thame	PFL/SP	-	Menção às autarquias	-

15202	Max Rosenmann	PMDB/PR	-	Exclusão da advocacia pública do Ministério da Fazenda	Matéria infraconstitucional
15349	João Agripino	PMDB/PB	-	Adequação da redação para contemplar atividade consultiva	Importância da atividade consultiva
15939	Humberto Lucena	PMDB/PB	-	Forma de nomeação do PGR	Tradição
16057	Jesus Tajra	PFL/PI	-	Adequação de redação do artigo referente à advocacia do Ministério da Fazenda	Objetivo de tornar instituição permanente independentemente da terminologia adotada para o Ministério
17762	Iberê Ferreira	PFL/RN	-	Exclusão da advocacia pública do Ministério da Fazenda	Exclusividade da Procuradoria-Geral da União
17847	José Carlos Martinez	PMDB/PR	-	Exclusão da advocacia pública do Ministério da Fazenda	Matéria infraconstitucional
18672	Maurício Corrêa	PDT/DF	-	Disposições transitórias	Continuidade do serviço público
19008	Eduardo Bonfim	PCdoB/AL	-	Disposições transitórias	Continuidade do serviço público
19488	Ronan Tito	PMDB/MG	-	Possibilidade de defesa da União por Procuradores dos Estados e Municípios e advogados credenciados	Conflito de interesses entre Procuradores e União
19696	Jovanni Masini	PMDB/PR	-	Exclusão da advocacia pública do Ministério da Fazenda	Matéria infraconstitucional
19779	Álvaro Valle	PL/RJ	-	Execução de multas pela Procuradoria-Geral da União	Eficiência
20279	José Serra	PMDB/SP	-	Disposições transitórias	Continuidade do serviço público
20615	Vasco Alves	PMDB/ES	-	Adequação da redação para contemplar atividade consultiva	Importância da atividade consultiva
20684	Anna Maria Rattes	PMDB/RJ	-	Disposições transitórias	Continuidade do serviço público

QUADRO 16 – ARTIGO 131 - FASE O - EMENDAS AO PRIMEIRO SUBSTITUTIVO DO RELATOR DO PROJETO DE CONSTITUIÇÃO

Emenda	Autor	Partido	Posição	Conteúdo	Justificativa
22104	Feres Nader	PDT/RJ	-	Reorganização. Função essencial. Concessão aos advogados públicos das prerrogativas do MP.	Igualdade

22110	Osmar Leitão	PFL/RJ	-	Alteração para Advocacia-Geral da União	Diferenciação
22305	Siqueira Campos	PDC/GO	-	Reorganização. Função essencial. Concessão aos advogados públicos das prerrogativas do MP.	Igualdade
23253	Sotero Cunha	PDC/RJ	-	Reorganização. Função essencial. Concessão aos advogados públicos das prerrogativas do MP.	Igualdade
23338	Aureo Mello	PMDB/AM	-	Adequação de redação. Concessão aos advogados públicos das prerrogativas do MP.	-
23418	Márcio Braga	PMDB/RJ	-	Reorganização. Função essencial. Concessão aos advogados públicos das prerrogativas do MP.	Igualdade
23866	Farabulini Júnior	PTB/SP	-	Execução de multas pela Procuradoria-Geral da União.	Eficiência
24679	Costa Ferreira	PFL/MA	-	Execução de multas pela Procuradoria-Geral da União.	Eficiência
25401	Osvaldo Macedo	PMDB/PR	-	Adequação de redação. Concessão aos advogados públicos das prerrogativas do MP.	-
26720	Paes de Andrade	PMDB/CE	Manutenção	Representação judicial da União deve continuar com MP.	Independência
27938	Luiz Henrique	PMDB/SC	Manutenção	Representação judicial da União deve continuar com MP.	Independência
28877	Paulo Ramos	PMDB/RJ	Manutenção	Representação judicial da União deve continuar com MP.	Independência
30191	Louremberg Nunes Rocha	PMDB/MT	-	Disposições transitórias. Atuais servidores da área jurídica virarão advogados da União.	Economia de recursos
30645	Edmilson Valentim	PCdoB/RJ	-	Reorganização. Função essencial. Concessão aos advogados públicos das prerrogativas do MP.	Igualdade
32037	Brandão Monteiro	PDT/RJ	-	Procuradoria-Geral da União não pode exercer ao mesmo tempo consultoria e representação judicial.	Interesses distintos nas atividades
34738	Adolfo Oliveira	PL/RJ	-	Reorganização. Função essencial. Concessão aos advogados públicos das prerrogativas do MP.	Igualdade
34891	Fernando Henrique Cardoso	PMDB/SP	-	Reorganização. Função essencial. Concessão aos advogados públicos das prerrogativas do MP.	Igualdade

QUADRO 17 – ARTIGO 131 - FASE S - EMENDAS DO PLENÁRIO AO PROJETO A

Emenda	Autor	Partido	Posição	Conteúdo	Justificativa
127	Ivo Mainardi	PMDB/RS	-	Retirada dos advogados públicos das prerrogativas do MP.	Inaplicabilidade das prerrogativas diante da necessidade de confiança do Poder Executivo. Menção expressa à impossibilidade do procurador firmar acordo judicial sem autorização do Executivo ou do Procurador-Geral
806	Paes de Andrade	PMDB/CE	Manutenção	Representação judicial da União deve continuar com MP.	Independência
910	Mello Reis	PDS/MG	-	Procuradoria-Geral da União não pode exercer ao mesmo tempo consultoria e representação judicial.	Interesses distintos nas atividades
914	Vieira da Silva	PDS/MA	Manutenção	Representação judicial da União deve continuar com MP.	Independência
918	Joaquim Haickel	PMDB/MA	-	Procuradoria-Geral da União não pode exercer ao mesmo tempo consultoria e representação judicial.	Interesses distintos nas atividades
1088	Afonso Arinos	PFL/RJ	-	Cada Ministério deveria ter sua Consultoria.	Descentralização e especialização
1466	Roberto Jefferson	PTB/RJ	-	Representação judicial da União deve continuar com MP.	Independência
1480	José Mendonça Bezerra	PFL/PE	-	Organização da Procuradoria. Serviços jurídicos próprios para autarquias.	Adequação de redação
1852	Daso Coimbra	PMDB/RJ	-	Organização. Adoção da nomenclatura	-

				Advocacia da União	
1910	Odacir Soares	PFL/RO	-	Nomeação do chefe da Procuradoria-Geral da União deve ser submetida ao Senado.	Chefe da advocacia pública não pode submeter-se apenas ao Presidente
1928	Roberto Brant	PMDB/MG	-	Organização da Procuradoria. Coordenação dos serviços jurídicos próprios dos ministérios e das autarquias	-
2040	Eraldo Tinoco e outros 285	PFL/BA	-	Reorganização. Função essencial. Concessão aos advogados públicos das prerrogativas do MP.	-

QUADRO 18 - ARTIGO 131 - FASE U - EMENDAS DO PLENÁRIO AO PROJETO B

Emenda	Autor	Partido	Posição	Conteúdo	Justificativa
33	Roberto Brant	Sem partido/MG	-	Adequação de redação.	-
80	Leopoldo Peres	PMDB/AM	-	Adequação de redação.	-
337	Mello Reis	PDS/MG	-	Adequação de redação.	-
369	Carlos De'Carli	PTB/AM	Manutenção	Representação judicial da União deve continuar com MP.	Independência
396	Daso Coimbra	PMDB/RJ	-	Adequação de redação.	-
708	José Melo	PMDB/AC	-	Adequação de redação.	-
773	Hélio Duque	PMDB/PR	Manutenção	Representação judicial da União deve continuar com MP.	Independência
1007	Francisco Sales	PMDB/RO	-	Exclusão da PGFN	Exclusividade da Advocacia-Geral da União
1008	Francisco Sales	PMDB/RO	-	Organização e funcionamento deveria ser regulado por lei ordinária.	Boa técnica legislativa

1167	João Agripino	PMDB/PB	-	Exclusão da PGFN	Exclusividade da Advocacia-Geral da União
1583	Raul Belém	PMDB/MG	-	Adequação de redação.	-

QUADRO 19 – ARTIGO 131 - FASE W - EMENDAS DE COMISSÃO DE REDAÇÃO

Emenda	Autor	Partido	Posição	Conteúdo	Justificativa
384	Noel de Carvalho	PDT/RJ	-	Adequação de redação.	-

APÊNDICE B – QUADRO - CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

QUADRO 20 - CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

UF	Autonomia financeira e administrativa	Legitimado para ADI	Curador	Integra capítulo do Poder Executivo	Independência funcional	PGE membro da carreira	Observações
AC	Sim	Sim	Sim	Não, mas é "vinculada diretamente ao Governador do Estado".	Sim	Sim	PGE integra Conselho de Estado.
AL	Não	Não	Sim	Não	Não	Sim	Tem "por finalidade a preservação dos interesses públicos".
ES	Não	Não	Não	Não	Não	Não	Regula PGM.
GO	Não	Não	Sim	Não	Não	Sim	"defesa dos interesses legítimos" do Poder Executivo, "incluídos os de natureza financeiro-orçamentária".
MG	Não	Não	Sim	Não, mas é "subordinada ao Governador do Estado".	Não	Sim	PGE (AGE) julgado pelo Legislativo nos crimes de responsabilidade.
MS	Não	Não	Não	Não	Não	Sim	PGE tem função de cooperação para a demarcação de terras indígenas.
PR	Não	Sim	Sim	Não, mas é "diretamente vinculada ao Governador".	Não	Não	PGE julgado pelo Legislativo nos crimes de responsabilidade.
RO	Não	Não	Sim	Não	Não	Sim	PGE julgado pelo Legislativo nos

							crimes de responsabilidade.
SE	Não	Não	Sim	Não	Não	Não	-
SP	Não	Não	Sim	Não, mas é “vinculada diretamente ao Governador”.	Não	Sim	Orientada pelos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

APÊNDICE C – QUADRO - LEIS ESTADUAIS

QUADRO 21 - LEIS ORGÂNICAS

UF	Há previsão para a dispensa da prática de atos?	Quais os critérios?	Qual a autoridade competente?	É necessária autorização do governador?	Há previsão de mediação, conciliação ou arbitragem?	Observações
AC	Sim	-	PGE	Não	Sim	-
AL	Sim	-	PGE	Sim	Sim	Possibilidade de transação por adesão.
ES	Sim	Proveito econômico não justifica a lide ou improbabilidade de resultado favorável.	PGE, após pedido do Procurador do Estado vinculado ao feito, referendado pelo Procurador-Chefe e com aquiescência do Conselho da Procuradoria-Geral do Estado.	Não	Não	-
GO	Sim	Existência de erro administrativo, jurisprudência pacífica e orientação administrativa.	Até 500 salários-mínimos: procurador oficiente; de 500 a 5.000 salários-mínimos: PGE; acima de 5.000 salários-mínimos, Governador.	Sim, apenas nos casos de valor superior a 5.000 salários-mínimos.	Sim.	-
MG	Sim	-	PGE	Não	Sim.	-
MS	Sim	Impossibilidade ou inconveniência do prosseguimento administrativo ou judicial; valor do benefício não justifica; jurisprudência; improbabilidade de resultado	PGE, mediante requerimento de Procurador-Chefe de Procuradoria especializada.	Não	Sim	-

		favorável; inexistência de bens na execução.				
PR	Sim	-	PGE	Sim	Não	Lei anterior à CRFB/88.
RO	Sim	-	PGE, mediante requerimento de Procurador-Chefe de Procuradoria especializada.	Não	Não	-
SE	Sim	-	PGE	Sim	Não	-
SP	Sim	-	PGE	Não	Não	Parâmetros para a dispensa da prática de atos processuais podem ser definidos pelo PGE na ausência de lei.