

ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL:

AFIRMAÇÃO COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA

ORGANIZADORES
ALDEMARIO ARAUJO CASTRO E ROMMEL MACEDO

ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL:

AFIRMAÇÃO COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA

APRESENTAÇÃO
CLAUDIO PACHECO PRATES LAMACHIA

PREFÁCIO
JOSÉ ANTONIO DIAS TOFFOLI

ARTIGO INAUGURAL
DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO



Brasília – DF, 2016

© Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal, 2016
Setor de Autarquias Sul - Quadra 5, Lote 1, Bloco M
Brasília - DF
CEP: 70070-939

Distribuição: Gerência de Relações Externas - GRE
Fones: (61) 2193-9606 e 2193-9663
E-mail: gre@oab.org.br

FICHA CATALOGRÁFICA

Advocacia pública federal: afirmação como função essencial à justiça / organizadores:
Aldemario Araujo Castro, Rommel Macedo – Brasília: OAB, Conselho Federal,
2016.
446 p.

ISBN 978-85-7966-064-1

1. Advocacia Pública - Brasil. I. Castro, Aldemario Araujo. II. Macedo, Rommel.

Suzana Dias da Silva CRB-1/1964

Sumário

Apresentação.....	7
<i>Claudio Pacheco Prates Lamachia</i>	
Prefácio.....	9
<i>Ministro José Antonio Dias Toffoli</i>	
A nova classificação de funções essenciais para uma democracia eletiva e seletiva pós-moderna.....	11
<i>Diogo de Figueiredo Moreira Neto</i>	
Honorários de sucumbência: direito dos advogados públicos.....	39
<i>Aldemario Araujo Castro</i>	
Processo Eletrônico e Teletrabalho: resgate histórico e afirmação da independência e liberdade profissional do advogado público	57
<i>Alexander Santana</i>	
Advocacia Pública de Estado e a autonomia das funções essenciais à Justiça	83
<i>Carlos Marden Cabral Coutinho</i>	
Das prerrogativas da advocacia pública.....	99
<i>Carlos André Studart Pereira</i>	
Advocacia Pública (de Estado) como função essencial à Justiça e parceira do Executivo na viabilização de políticas públicas	125
<i>César do Vale Kirsch</i>	
Autonomia orçamentária, financeira, administrativa e técnica como fator essencial à concretização da advocacia pública como função essencial à Justiça	159
<i>Dalton Santos Moraes</i>	
Processo Eletrônico e “teletrabalho”	179
<i>Grégore Moreira de Moura</i>	

“Um Servo, Dois Senhores” *Path Dependence* no arranjo institucional que estabelece a dupla vinculação da Procuradoria-Geral do Banco Central ao Banco Central do Brasil e à Advocacia-Geral da União: “*Clear Mistake*” ou apenas uma “Escolha Imperfeita”? 199

Ladimir Gomes da Rocha

Considerações sobre a independência técnica do advogado público 219

Manuel de Medeiros Dantas

A relevância constitucional da paridade entre as funções essenciais à Justiça... 241

Marcelino Rodrigues

Paulo Renato Gonzalez Nardelli

Advocacia plena: conveniência e necessidade para os serviços jurídicos de Estado .. 249

Marcello Terto e Silva

A responsabilidade do Advogado Público Federal pelo exercício de suas atribuições 281

Pablo Bezerra Luciano

A AGU como função essencial à Justiça..... 311

Paulo Álvares Babilônia

A unificação de carreiras da Advocacia Pública Federal: aspectos jurídicos e gerenciais 337

Rommel Macedo

Proposta para um novo modelo organizacional na Advocacia-Geral da União: afastando crises e construindo consensos..... 379

Douglas Henrique Marin dos Santos

Thirzzia Guimarães de Carvalho

Inconstitucionalidade e ilegalidade da vinculação hierárquica dos membros da Advocacia-Geral da União a Ministérios, Autarquias e Fundações Públicas pela via da ocupação de cargos comissionados 409

Vanessa Affonso Rocha

Advocacia pública participativa: aspectos da revolução republicana em curso na Advocacia-Geral da União 431

Vilson Marcelo Malchow Vedana

Apresentação

A valorização do advogado constitui prioridade de atuação da Ordem dos Advogados do Brasil. Por ser ele o responsável pela defesa e preservação da liberdade, da honra, do patrimônio, da dignidade e muitas vezes até mesmo da vida das pessoas, importa garantir-lhe os direitos e as prerrogativas que viabilizam o pleno exercício da profissão. Essa é uma bandeira fundamental da Entidade.

As lutas da Advocacia Pública têm o Conselho Federal da OAB como parceiro e porta-voz perante as instituições de todo o País. Entre outras marcantes conquistas, obtivemos o reconhecimento do direito aos honorários sucumbenciais do advogado público no novo Código de Processo Civil, uma vitória histórica da classe.

Igualmente, o Código de Ética e Disciplina, que vigorará a partir de setembro de 2016, reforçou a sua valorização, ao instituir um capítulo voltado inteiramente à Advocacia Pública. A atuação com honestidade, boa-fé, independência e destemor é comum aos advogados e inerente à essencialidade e nobreza da profissão.

Os advogados públicos, ao lado dos advogados autárquicos e de empresas estatais, são fundamentais no processo democrático. Mesmo vinculado ao Estado e representando os interesses públicos, o advogado deve ter independência técnica e autonomia para definir as atividades jurídicas a serem praticadas no cotidiano profissional. Os advogados públicos praticam advocacia de Estado e não de governo.

É também pela autonomia funcional, administrativa e financeira que compartilhamos um objetivo comum: a aprovação das Propostas de Emenda à Constituição ns. 82/2007 e 443/2009.

De fato, a Advocacia Pública, como função indispensável à administração da Justiça, consagrada pela Constituição da República, exige independência de atuação, bem como a remuneração justa e condizente com a relevância de suas elevadas funções.

A presente obra, intitulada Advocacia Pública Federal: afirmação como Função Essencial à Justiça, contribui para o esforço e reforça os postulados da

Ordem e demais entidades que congregam os advogados públicos. Os artigos compilados nas páginas seguintes, elaborados por Advogados da União, Procuradores Federais, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores do Banco Central do Brasil, Procuradores de Estado e de Município, formam um arcabouço teórico de alto nível.

A Diretoria da OAB Nacional permanece firme à disposição da categoria. Trabalharemos, unidos, em prol da consolidação das reivindicações da Advocacia Pública.

Claudio Lamachia
Presidente Nacional da OAB

Prefácio

A Constituição Federal de 1988 representa um marco na consolidação da democracia brasileira, não apenas por contemplar uma série de direitos e garantias fundamentais, mas também por prever instituições essenciais ao Estado Democrático de Direito. Dentre essas instituições, a Advocacia-Geral da União desponta como uma das mais relevantes, por representar judicial e extrajudicialmente a União, o que envolve todos os poderes e a representação judicial, além de prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo Federal.

Atente-se que a Advocacia Pública está inserida na Constituição Federal no Título IV (Da Organização dos Poderes), o qual está dividido em quatro capítulos: I) Do Poder Legislativo; II) Do Poder Executivo; III) Do Poder Judiciário e IV) Das Funções Essenciais à Justiça. E é exatamente na Seção II desse último capítulo que se encontra.

Vê-se, portanto, que não está a Advocacia Pública contida em nenhum dos outros três poderes!

Talvez por causa da exclusividade na prestação de consultoria ao Executivo, determinada pela Constituição para assegurar a legalidade dos atos da administração, criou-se uma equivocada imagem de que a AGU é órgão de governo. Nesse passo, o compromisso da Instituição com o Estado deve-se pautar, sem dúvida, pela legitimidade das medidas adotadas pelo governante eleito democraticamente e pelo respaldo da população às políticas públicas, mas sempre para garantir sua legalidade e constitucionalidade. Ou seja, o mérito das políticas públicas não é competência do advogado público na atividade de consultor do poder executivo.

Atuando em causas de enorme impacto socioeconômico, a Advocacia-Geral da União vem sendo responsável pela arrecadação e pela economia de bilhões de reais ao Poder Público anualmente. Essa instituição tem desenvolvido, ademais, ao longo do tempo, uma praxe voltada à resolução consensual de conflitos, mediante a adoção de eficientes técnicas de conciliação e arbitragem. As Câmaras de conciliação são um exemplo eficiente de resolução administrativa de conflitos entre a União e os demais entes da federação, bem como entre os órgãos da própria União. Nesse universo, a AGU acaba por atender a uma quantidade

enorme de órgãos e entidades, tanto da Administração Direta como da Indireta, englobando todos os Poderes da União.

Pode-se afirmar, por essas e outras razões, que os Advogados Públicos Federais defendem não apenas o Estado brasileiro, mas os próprios cidadãos, visto que esses profissionais têm uma atuação primordial na garantia da juridicidade das políticas públicas em áreas como as da saúde, da educação, da segurança pública, dos transportes, da previdência social, entre outras. Felizmente, a sociedade começa a perceber essa importância, calcada não apenas na teoria, mas em resultados práticos concretos.

Não é por acaso que, ultimamente, têm sido publicados diversos estudos sobre a Advocacia Pública, encetando uma visão científica acerca das Funções Essenciais à Justiça, na esteira das ideias inovadoras do Prof. Dr. Diogo de Figueiredo Moreira.

É com grande satisfação, portanto, que prefaciamos a obra **Advocacia Pública Federal: afirmação como função essencial à Justiça**, coordenada pelos Drs. Aldemario Araujo Castro e Rommel Macedo, a qual reúne artigos de Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e Procuradores do Banco Central do Brasil. Os assuntos ora abordados são da maior relevância, abrangendo desde as prerrogativas funcionais dos advogados públicos, a autonomia institucional da Advocacia da União, o processo eletrônico e a responsabilização do Advogado Público até os mecanismos da gestão participativa.

Embora focalize a atuação dos Advogados Públicos Federais, este livro contribui para a formação de uma verdadeira doutrina acerca da Advocacia de Estado. Os artigos nele contidos deixam explícita a enorme importância da Advocacia-Geral da União na legítima defesa do interesse público.

Ministro José Antonio Dias Toffoli
*Ministro do Supremo Tribunal Federal e
Presidente do Tribunal Superior Eleitoral.
Foi Advogado-Geral da União de março
de 2007 a outubro de 2009.*

A NOVA CLASSIFICAÇÃO DE FUNÇÕES ESSENCIAIS PARA UMA DEMOCRACIA ELETIVA E SELETIVA PÓS-MODERNA¹

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO²

SUMÁRIO. 1. Balizamentos introdutórios. 2. Carências e Deficiências dos Legislativos. 3. As alternativas pós-modernas que se apresentam para superar a carência de normas adequadas. 4. Conceito e formação da vontade normativa democrática. 5. O Papel Democrático das funções essenciais à Justiça. 6. O contramajoritário legitimado. 7. Conceito e limites do Ativismo Judicial. 8. Conclusão. 9. Referências.

1. BALIZAMENTOS INTRODUTÓRIOS

OS RUMOS DA POLÍTICA PÓS-MODERNA, SEUS VALORES E AS FUNÇÕES QUE A REALIZAM

A Pós-Modernidade política se funda em valores capitais perfeitamente definidos no binômio *direitos fundamentais e democracia*, que informa de modo *vinculante* o exercício de todas as funções de Estado, por *órgãos* que se classificam, conforme as suas atividades-fim previstas, em duas categorias fundamentais: *órgãos de governança pública* e *órgãos de controle público*, ambos com as suas respectivas atuações constitucionalmente identificadas e independentes. Aos *órgãos de governança* – sejam legislativos ou executivos - incumbe desempenhar, além das básicas funções extroversas que lhes são próprias, funções introversas de *controle interno de juridicidade*, independentemente da supervisão e controle externos a cargo dos *órgãos de controle público* – sejam jurídicos ou administrativos - constitucionalmente instituídos.

A *governança pública* se apresenta como uma função híbrida, basicamente legislativa e executiva, cometida a *órgãos de comprometimento político-partidários*, enquanto o *controle externo* comumente se manifesta desdobrado em

¹ Uma interpretação pós-moderna do sistema político-constitucional desenvolvida a partir de apontamentos em artigo inserto em obra coletiva em homenagem ao Ministro CARLOS MARIO VELLOSO, em 2015.

² Bacharelado e Doutorado da Faculdade Nacional de Direito da antiga Universidade do Brasil, com extensões pós-doutorais na Universidade de Lisboa, com o Prof. Dr. Marcello Caetano e na Universidade de Munique, com o Prof. Dr. Theodor Maunz e outras extensões, de Direito, Ciência Política e Economia, em instituições universitárias do Brasil e do exterior. Professor Titular de Direito Administrativo da Universidade Candido Mendes e docente em outras Universidades e instituições de ensino superior do Brasil e do exterior. Autor, coautor e colaborador em mais de oitenta livros publicados. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e advogado militante.

diversificados cometimentos de supervisão e de controle e distribuído entre órgãos *politicamente neutrais* e *axiologicamente comprometidos* com o mesmo par de valores fundantes.

A tarefa de idealizar e de executar as *ações políticas* de que carecem as sociedades é ancestral atribuição de seus respectivos *dirigentes*, que se desenvolve em comunidades organizadas e voltada à satisfação de suas respectivas *necessidades coletivas*, daí haver, imemorialmente, prevalecido uma *unidade de concepção e de ação*, desde que originalmente concentrada em indivíduos detentores de poder nos grupos. Essa antiga tradição – a da *unidade funcional* na concepção e realização de soluções políticas para o atendimento de necessidades coletivas de sociedades organizadas – foi, com esporádicas exceções históricas, uma constante em todos os regimes, desde a Antiguidade até a Modernidade, só vindo a se alterar, quando o longo absolutismo monárquico começou a ceder espaço decisório a *assembleias de representantes*, daí a *divisão das funções de governo* entre o rei e os parlamentos, fase em que se instituiu um *modelo de duplicidade funcional*, distinguindo a função de *concepção política* da de *execução política*.

Essa bífida repartição de funções, que então se ensaiava, viria a se consolidar nas primeiras Constituições da Modernidade, distinguindo, de um lado, a atribuição de estabelecer os *balizamentos abstratos* necessários para *definir* o que fazer e o como fazer – portanto, uma prerrogativa de agentes *legisladores*, e, de outro, a atribuição de tomar as necessárias *decisões concretas* para *executar* o que deveria ser feito – prerrogativa que incumbia aos agentes *administradores*.

Esse brevíssimo resumo do histórico conformador do modelo de governança que chegou ao Estado Moderno teve o seu ponto estrutural culminante com a clássica definição da *tripartição de poderes*, que viria a realçar o resultado desse lento processo, que havia conduzido à *fragmentação constitucional* da original *função unitária*, qual a de satisfazer *necessidades públicas*, por longa data entendida como uma indivisa *atribuição de seus dirigentes*. Assim, a partir da Modernidade, bipartir-se-ia o atendimento dessas necessidades públicas: de um lado, como um produto preponderantemente de políticos e, de outro, de burocratas e técnicos, separando-se, assim, com relativa estanqueidade, as fases de *legislação* e de *execução* de governo.³

³ Para desenvolvimento do tema, v. Capítulo I – *La funzione amministrativa. Dalla frammentazione allo statuto unico dell'amministrazione*, da obra de MARIO S. SPASIANO *Funzione amministrativa e legalità di risultato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003.

Não mais é essa, a tradicional, porém hoje obsoleta, *interpretação funcional formalmente desagregadora do poder estatal*, que, em sua época, entendia essa distinção de poderes funcionais – o de *legislar* e o de *administrar* – como sujeita a uma nítida *separação*, que somente admitiria um *mínimo absolutamente necessário de coordenação institucional*, porquanto ditada pela preocupação de se evitar, o que então se considerava indesejável: a interferência de um ramo funcional sobre o outro.

Muito ao revés, na atualidade, como já havia sido observado por Sabino Cassese em 2001, o Direito Administrativo – e não o Direito Constitucional – se havia tornado o verdadeiro “*campo de batalha*” das mudanças em curso, havendo que se interpretar os fenômenos sociais e políticos atuais em se adotando “*um método particular, que assinale a tendência, sem se perder na repetição*”, sob pena, como ele advertiu, de os manuais que viessem a ser escritos ficassem “*destinados a uma veloz obsolescência*”...⁴

Assim é que se iniciou o desenvolvimento de uma *concepção integrada da função pública administrativa de governo*, com vistas a superar a antiga compreensão subjetiva e parcial, fruto de uma primeira interpretação, *literal e radical*, da doutrina tripartite de Montesquieu, de modo a tornar-se hoje aceito, na Ciência do Direito Público, o ingente esforço sistemático, desenvolvido por juristas contemporâneos, notadamente os ilustres mestres italianos – como o próprio Sabino Cassese e Umberto Allegretti – no sentido de que os *princípios democráticos informam também a função administrativa*, afirmação hoje amplamente aceita, tal como se constata na passagem, em que esse último autor mencionado descreve que a visão democrática “se traduz no conceber a administração como atividade de realização de tarefas, ou como atividade voltada a um fim, o que transmite a ideia de função (si traduce nel concepire l’amministrazione come di realizzazione di compiti, o come attività per un fine, che dà l’idea di funzione)”.⁵

Abandonava-se, assim, a *histórica subjetivação da função administrativa*, graças ao esforço sistemático desenvolvido notadamente por parte desses juristas italianos, ao alertarem que *já estava em curso a objetivação da função administrativa*, uma observação que também se refletiu, entre nós, em obra publicada

⁴ CASSESE, Sabino, in Apresentação da obra de D. OSBORNE - T. GAEBLER, **Dirigire e governare**. Una proposta per reinventar la pubblica amministrazione. Milão: 1995, p. 8, *apud* MARIO R. SPASIANO, *op. cit.*, p. 4, nota 5.

⁵ ALLEGRETTI, Umberto. Pubblica amministrazione e ordinamento democratico. **Foro Italiano**, 1984, V. 207, p. 205 e ss. (n/ tradução).

em 2008,⁶ com a especial referência ao *paradigma pós-moderno do resultado*, um conceito informativo que levou à edição da Lei italiana nº 241 de 1990, na qual se encontra a clara afirmação de que: “a atividade administrativa persegue os fins determinados pela lei”, ou seja: visa à realização de um *fim público*, que, posto em outros termos, nada mais é que o *resultado objetivado no ordenamento*.

Dava-se, desse modo, a passagem de uma administração pública *subjetiva*, focada na pessoa do *soberano* - mais tarde, na de um *Estado executor*, para uma administração pública *objetiva*, graças à inclusão funcional do *Estado legislador*, pondo, desse modo, em evidência, que *a atividade administrativa se estende a ambas expressões estatais*; não sendo exclusiva nem do Executivo, ao qual compete promover *ações de realização de resultados* previstos, nem, tampouco, do Legislativo, ao qual cabe *prever, prover e balizar em abstrato as condições e limites dessas ações*.

Todavia, hoje já não mais é possível concebê-la, até mesmo, como sendo uma atividade *exclusiva* do Estado, pois se entende caber também à *sociedade* pós-moderna acompanhar e fiscalizar ambas as funções: seja atuando *indiretamente* através de *órgãos neutrais* de opinação (cogestão) e de controle (supervisão), seja desempenhando-a *diretamente*, neste caso, ou em face do Estado - por um distinto complexo de vias participativas franqueadas aos cidadãos, seja, além do Estado – por intermédio da ação de entidades privadas transnacionais.

Quanto às *funções de controle público*, que durante a Modernidade eram predominantemente mais políticas do que jurídicas, ao final do período se ampliariam; de início, discretamente, com duas instituições: a da correção judicial de atos administrativos e a do controle específico das contas públicas. Era ainda um tímido começo do robusto progresso, que adviria sob os haustos jus-humanistas e democratizantes do Segundo Pós-Guerra, ampliando e diversificando essas novas funções, que se aprofundariam e reforçariam logo adiante, para conformar todo um estruturado *sistema de controles neutrais* sobre as funções governativas *político-partidariamente comprometidas*.

Sinteticamente, para os efeitos deste ensaio, é útil que se distinga, de modo especial e tomando por exemplo a Constituição brasileira, três esplêndidas contribuições da Pós-Modernidade: (1) uma *função de controle jurisdicional ampliada*, não mais limitada ao controle da *legalidade*, mas estendida ao controle

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo: Pós-Moderno – Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 123 e ss.

da *legitimidade* e, mais adiante, estendida ao da *licitude* (a moralidade pública); (2) uma *função de controle de contas dilargada*, não mais restrita ao simples acerto contábil, mas com uma supervisão abrangente da gestão pública financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, tanto sob aspecto da legalidade, quanto da legitimidade e da economicidade e, ainda, inovadoramente, a, até então tímida, (3) *função de controle social cidadão*, não mais adstrita a peticionar junto aos órgãos de governo, mas a atuar disseminadamente sobre todas as manifestações juridicamente habilitadas da sociedade, posta a cargo das *advocacias lato sensu*, o que inclui uma ampla advocacia geral privada e a constitucionalmente distribuída em seus três ramos públicos, que são: a advocacia de certos interesses específicos da *sociedade*, a advocacia de interesses das *pessoas estatais* e a advocacia de interesses dos *desfavorecidos*.

Como peculiaridade dessas novas e complexas funções, em razão de sua necessária e característica *natureza neutral*, as suas investiduras democráticas não se processam por *eleição*, como obrigatória e distintamente se procede para as funções governativas, mas por *seleção*, ou seja, pelo *regime do mérito*.

CARACTERÍSTICAS DAS SOCIEDADES PÓS-MODERNAS

As sociedades contemporâneas, profundamente modificadas pela Revolução das Comunicações, passaram a se caracterizar pelo *pluralismo*, pela *complexidade*, pela *incerteza* e pela *imprevisibilidade*.⁷ Nessas condições, mesmo nas organizações juspoliticamente mais avançadas, é crescente a dificuldade de atendimento satisfatório de reclamos públicos de *juridicidade*; desde logo, a partir das demandas por *legislações* que possam satisfazer tão diferenciadas exigências, tantas são as indecisões, lacunas e recobrimentos a serem superados. Em suma: a *anomia*, tanto por ausência, como por obsolescência, está na raiz de muitos dos problemas da governança contemporânea.

2. CARÊNCIAS E DEFICIÊNCIAS DOS LEGISLATIVOS

Um primeiro diagnóstico pode apontar como causa dessas carências e deficiências, uma *crise do Estado*, que, segundo Cassese, vem sendo fenômeno

⁷ CHEVALLIER, Jacques. *L'État post-moderne*. 2. ed. Paris: L.G.D.J, 2004. p. 14.

identificado e discutido desde o início do século XX, quando se começou a aludir à proliferação de “organismos poderosos, como os sindicatos e os grupos industriais, que tinham posto em dúvida a soberania interna do Estado”, como descrito em celebrada obra dedicada a seu estudo.⁸ Relatos exemplificativos dessas carências e deficiências apresentadas pelos legislativos contemporâneos - como, entre nós, especialmente o brasileiro - têm sido abundantemente publicados em artigos, teses e monografias, variando desde críticas à sua composição, passando pelas concernentes aos processos de deliberação, até ao descompasso entre o seu produto normativo e as demandas originais.

Têm sido propostas até hipóteses inéditas em torno do fenômeno, como a da *legitimação por manipulação*, levantada pelo ilustre jurista espanhol Alejandro Nieto, que, segundo ele, soe ocorrer quando os legislativos não realizam as aspirações populares ou não as atendem eficazmente, e, como não mais prevalece a velha alternativa da *imposição*... recorrem à *manipulação*, de modo que assim conclui o mestre: “À violência... se seguiu o engano”.⁹

Triste realidade contemporânea essa, em que o uso da informação se apresenta bifronte, como um novo e terrível Jano, embora, como tênue compensação, haja, por outro lado e ao revés, um animador abandono de subterfúgios, que se manifesta com um tácito, porém nítido reconhecimento, por parte dos próprios Legislativos, de suas imensas dificuldades em atender reclamos sociais a tempo e com eficiência, o que precisamente se veio a revelar no século XX, ao capitularem ante os fatos adotando a solução da *deslegalização*, desse modo “transferindo a disciplina normativa de uma determinada matéria ou atividade da sede legislativa para a sede regulamentar”,¹⁰ tal como no Brasil se veio a incorporar ao arsenal legislativo, como uma modalidade de *transferência de função sem delegação*.¹¹

3. AS ALTERNATIVAS PÓS-MODERNAS QUE SE APRESENTAM PARA SUPERAR A CARÊNCIA DE NORMAS ADEQUADAS

Nessa linha, de implícito reconhecimento das limitações contemporâneas opostas às possibilidades dos Legislativos de superarem a anomia, que aparecem

⁸ CASSESE, Sabino. *La crisi dello Stato*. Roma-Bari: Laterza, 2002, p. 3 (tradução do Autor).

⁹ NIETO, Alejandro. *El desgobernado de lo público*. Barcelona: Ariel, 2008, p. 52-53.

¹⁰ MARTINES. *Delegificazione e fonti del diritto*. In *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*. Milano: 1987, apud COCOZZA, Vincenzo, *La delegificazione. Modello legislativo – Attualità*. 3. ed. Napoli: Jovene Editore, 2003. p. 63.

¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2014. p. 32.

algumas alternativas, sob a *justificação operacional* oferecida por Arnaud Cabanes - “desembaraçada de uma ganga ideológica, visando unicamente a legitimar o emprego do poder político na democracia”. Recorre-se ao princípio da Escola Jônica, que havia indicado, na tradição deliberativa, pelo diálogo e pela controvérsia, a refutação da falsa autoridade dos mitos, das ideologias e das tantas ficções travestidas de ciência, abrindo assim caminhos para a verdade.¹²

Sem pretensão de esgotar os exemplos, seguem-se importantes hipóteses de *deslegalização* que estão sendo adotadas, seja (3.1) por normas reguladoras, (3.2) por normas de acordos substitutivos, (3.3) por normas transadministrativas e (3.4) por normas contramajoritárias judiciais.

3.1. POR NORMAS REGULADORAS

Trata-se de uma hipótese de deslegalização triplamente motivada: pela dificuldade de acompanhamento da matéria técnica, pela necessidade de conduzir uma negociação tópica e pela celeridade exigida de respostas normativas.

Pelo instituto da *regulação*, obtém-se a norma sob medida: a que se adapta dialogicamente a necessidades cambiantes, graças à *independência funcional* outorgada às agências administrativas na democracia, que, segundo a acatada monografia de Giorgio Giraudi e Maria Stella Righettini, resumem-se a três conceitos, que têm como igualmente

relevantes e significativos: 1) independência frente ao Executivo: como ausência de interferência proveniente de um controle do tipo hierárquico; 2) independência face aos partidos políticos: como ausência de controles políticos de maiorias; 3) independência quanto aos interesses regulados: como ausência da interferência proveniente do controle corporativo dos destinatários da atividade da agência.¹³

É dessa obra citada - por sinal, nela extraordinariamente apoiada em quase trezentas citações atualíssimas, que nos brindam seus autores - que se poderia

¹² CABANES, Arnaud. *Essai sur la gouvernance publique*. Paris: Gualino éditeur, 2004. p. 74-75. (N/ tradução).

¹³ GIRAUDI, Giorgio e RIGHETTINI, Maria Stella. *Le autorità amministrative indipendenti – Della democrazia della rappresentanza alla democrazia dell’efficienza*. Roma-Bari: Laterza, 2001. p. 5 (N/ tradução).

retirar um preciso subtítulo para este ensaio – que poderia ser: “da democracia da representação à democracia da eficiência” – tersa síntese, que põe em evidência, que a *democracia* é, sim, essencial... mas não o bastante.

3.2. POR NORMAS DE ACORDOS SUBSTITUTIVOS

Do mesmo modo, a possibilidade de reger situações conflitivas por meio de órgãos administrativos voltados à *concertação* de interesses conflitantes, com o emprego de *processos administrativos normativos* destinados a produzir regras tópicas consensuais serve a uma rápida composição dos interesses em jogo – mesmo de natureza pública - em lugar de procrastinarem-se burocraticamente as soluções, com geral prejuízo.¹⁴

3.3. POR NORMAS TRANSADMINISTRATIVAS

Outra solução está na possibilidade de adesão a *regramentos extraestatais*, específicos, simplificados e de aplicação imediata, ora em franco surgimento, como no importante fenômeno contemporâneo do *transadministrativismo*, que Sabino Cassese,¹⁵ pioneiro em seu estudo, atribui à rápida circulação e eficiente difusão planetária dos institutos jurídicos.

Não se trata, porém, da formação do que seria um *sistema universalizado de normas*, a gosto do positivismo jurídico, mas de um *sistema consensual de soluções normativas* mediante concertação, aplicáveis a conflitos privados através de instituições também privadas, de modo que alguma imaginável característica de universalidade se limitaria a seu viés científico, sem que importasse em relativismo de um ordenamento extraestatal.¹⁶

3.4. POR NORMAS CONTRAMAJORITÁRIAS JUDICIAIS

A possibilidade de uma definição normativa judiciária *in casu* - na ausência de norma legislada - que fosse impositivamente decretada por cortes de justiça, é precisamente a hipótese afinada a estas considerações e que Ronald Dworkin

¹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2014. p. 178, 216 e 217.

¹⁵ CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Roma-Bari: Laterza, 2006.

¹⁶ CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. *Op. cit.* p. 97.

define como um *emprego judicial da discricionarietà*, voltado a criar uma norma e aplicá-la ao caso *sub judice*.¹⁷ Essa alternativa só se abriria ao juiz, quando a pretendida discricionarietà, a ser por ele aplicada, tivesse como supedâneo *uma norma que exprima um valor supralegal*, ou seja, independentemente das produzidas pela regra majoritária: portanto, tratando-se de uma *norma contra-majoritária*, um aspecto que se apreciará mais detidamente adiante.

4. CONCEITO E FORMAÇÃO DA VONTADE NORMATIVA DEMOCRÁTICA

Definida a existência de dois grandes padrões jurídicos - o padrão *majoritário*, regedor das atividades governativas político-partidariamente *engajadas* - que são a legislativa e a executiva - e o padrão *contramajoritário*, regedor das atividades judicantes e a elas essenciais, que são todas aquelas político-partidariamente *neutrais* - descritas nos *Balizamentos Introdutórios* do presente ensaio, cumpre, desde logo, afirmar que se tratam, ambas, de *expressões democráticas essenciais e complementares*, de igual valia axiológica. Não obstante a formação da vontade democrática por via da *representação* seja inafastável, se reconhece que, como método de deliberação, apresenta um alto nível de incerteza quanto a seu acerto, muito em função dos caleidoscópicos e cada vez mais específicos interesses públicos envolvidos.

Nesse intenso debate, a jurista Vanice Regina Lírio do Valle traz ao tema a contribuição do filósofo e matemático francês, o Marquês de Condorcet, ao estabelecer o celebrado teorema, de que a probabilidade de uma *resposta correta* de um grupo, pelo *método majoritário*, aumenta, tendendo a cem por cento, na medida em que o número de participantes se amplia. Embora seja uma afirmação atrativa para a justificação das escolhas democráticas, Vanice indaga, porém, o que haveria de ser afinal uma *resposta correta*, quando o que se decide tem forte conteúdo abstrato, como os temas axiológicos ou éticos geralmente apresentam...¹⁸

Com efeito, sob o aspecto valorativo, o neoconstitucionalismo pós-moderno resolve em parte essa aporia, ao definir, com clareza e precisão, a superioridade e a efetividade inerentes à norma *constitucional*, posta em contraste com a norma *legal*, o que reduz, no que toca às *maiorias legislativas ordinárias*, a possibilidade

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127.

¹⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Audiências Públicas e Ativismo. Diálogo social no STF**. *Op. cit.* p. 101-103.

de virem a dar uma *resposta incorreta* em grande número de hipóteses legiferantes, que se choquem com as normas constitucionais vigentes.

Como se observa, nesses casos, o *princípio majoritário*, que é o adequado para a tomada de decisões legislativas, cede ao *princípio contramajoritário*, que se mostra adequado para tomar decisões judicativas, que venham ser necessárias para eliminar quaisquer dessas inadequações, sendo, assim, as apropriadas para o exercício da função de *guarda da Constituição*.

Em suma, a *vontade normativa democrática*, uma vez estabelecida com dois níveis de relevância, reduz sensivelmente a possibilidade de prosperar a “*resposta errada*” no nível legislativo, um fato que se põe como uma conquista não apenas da *racionalidade*, mas da *justiça*, por se tratar da salvaguarda de *valores fundamentais* das sociedades civilizadas.

5. O PAPEL DEMOCRÁTICO DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

A *neutralidade* do juiz, o restringe a só atuar quando provocado, sendo, a autoprovação, uma *exceção*, que demanda lei expressa, daí decorrendo a necessidade de se instituir *canais de acesso* imprescindíveis para a provocação correta e adequada, igualmente neutral, da função jurisdicional, cabendo, constitucionalmente, aos exercentes de *funções essenciais à justiça*, já referidos neste ensaio, tal função preparatória e essencial, para, extrajudicialmente orientar as pessoas e judicialmente representa-las, individual ou coletivamente, para a promoção ou a defesa de seus direitos e interesses.

A Pós-Modernidade, como acima levantado, ampliou de muito a atuação e a responsabilidade contemporânea das *funções essenciais à justiça*, reforçando a institucionalização de muitas de *suas funções de autênticas pontes jusdemocráticas* entre a sociedade e os órgãos do Estado, tudo de acordo com as duas referidas diretrizes fundantes de valor introduzidas - a da *democracia* e a dos *direitos fundamentais* - e, em acréscimo, tornando-as copartícipes intermediárias necessárias do processo de gradativa construção pós-legislativa das normas jurídicas que deverão ser afinal aplicadas, tanto através de suas atuações representativas de interesses, como das suas múltiplas funções opinativas e consultivas.

Essa imprescindível coparticipação segue a acatada linha desenvolvida por Robert Alexy, em sua *Teoria Geral da Argumentação Jurídica*, quando afirma que

“o discurso jusfundamental não está sujeito às decisões tomadas no procedimento legislativo, senão que tem prioridade sobre este”,¹⁹ fazendo-se, assim, na busca da *norma aplicável* ao caso, a essencial distinção entre a mera aplicação do *texto* da norma legal e a necessária submissão dessa aplicação ao crivo da *vontade* do legislador constitucional.

A doutrina de Peter Häberle²⁰ se seguiu para afirmar o papel criador da *sociedade aberta dos intérpretes da Constituição* nessa construção do *Direito*, portanto, trabalhando com a Lei, porém, *além dela*, com a *jusfundamentação dialógica*, que poderá, em tese, se iniciar pré-judicialmente, mas, ao prosseguir seu percurso de aperfeiçoamento em nível judicial, nele proporcionará tantos graus dialógicos, quantos sejam os constitucionalmente necessários e possíveis para se definir a *norma aplicável*: a final e incontestável.

Como lembrado, os vários ramos das *funções essenciais à justiça* – que são as advocacias *lato sensu*, uma vez que todas representam *categorias de interesses* juridicamente tutelados – são constitucionalmente definidos como um *ramo privado*, a advocacia geral (art. 133, CF), e três *ramos públicos*, respectivamente: a advocacia específica da sociedade e de valores constitucionalmente explícitos (o Ministério Público, art. 127, CF), a advocacia dos entes estatais (a Advocacia Pública, arts. 131 e 132, CF) e a advocacia dos necessitados (a Defensoria Pública, art. 134, CF). Em comum, *todos* os ramos devem defender e sustentar, em quaisquer circunstâncias que se apresentem, a *democracia* e os *direitos fundamentais*, o que vale a afirmar, no caso brasileiro, que as funções de tutela desses valores, acolhidos em vários princípios expressos na Constituição, bem como *quaisquer outros*, “decorrentes do regime (‘democrático’) “e dos princípios por ela (‘Constituição’) adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil for parte” (art. 5º, § 2º), obrigam, igual e necessariamente, *a todos*.

Tais funções e respectivas condicionantes, assim cometidas implicitamente *a todos os ramos* mencionados, sejam, indistintamente, públicos ou privados, são semelhantes e correspondentes àquelas cometidas, no Direito Comparado, aos “*ombusmen*”, aos “*defensores del pueblo*”, aos “*médiateurs*” ou a instituições

¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 532.

²⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

equivalentes, em países que as concentrem em *órgãos específicos*, tais como o são as cinco categorias funcionais a seguir destacadas apropriadamente por Antonio -Enrique Pérez Luño, ao oferecer *respuestas* aos novos desafios postos ao Estado Democrático de Direito Constitucional: 1) a função dinamizadora, adaptadora e de reciclagem dos direitos fundamentais; 2) a função mediadora e orientadora; 3) a função preventiva das agressões das liberdades; 4) a função de afirmação e consolidação do sistema democrático do Estado Constitucional de Direito e 5) a função esclarecedora de seu próprio significado e alcance (perante a opinião pública).²¹

Sem dúvida - impende concluir - a solução de difundir esse elenco de funções de vanguarda à disposição da sociedade, como cometimento, assim dito, *comum* a todas as *Funções Essenciais à Justiça*, tal como instituídas na Carta Brasileira de 1988, tem contribuído forte e favoravelmente para a plena consolidação das lições referidas, de Alexy e de Häberle, às quais tanto deve essa desejável formação, entre nós, de uma *autêntica visão de um Direito Democrático*, não apenas no estágio inicial, da *dicção legislativa*, a cargo do Estado, mas, notadamente, no estágio final, que é o da *interpretação dialógica*, que compete, afinal, à sociedade, por seus indivíduos e por seus órgãos próprios.

6. O CONTRAMAJORITÁRIO LEGITIMADO

6.1. O NOVO ESPAÇO JUDICIÁRIO CONTRAMAJORITÁRIO

A denominação – *contramajoritário* – expressa, *ipsis litteris*, que, topicamente, o afastamento da *regra da maioria*; mas, juridicamente, a sua aplicação se condiciona à defesa de *interesses* que, embora denegados ou ignorados pelas regras de maiorias legislativas, *são constitucionalmente protegidos por valores insuperáveis*, expressos sob a forma de *princípios*, dentre os quais, destacam-se os que instituem *direitos fundamentais*. Robert Alexy encarece o sentido *contramajoritário* desses *direitos fundamentais*, na própria ilustração que apresenta dessa categoria de direitos, ao destacar a *função contramajoritária* como uma superposição em relação a outros institutos: “direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre as garantir ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”.²²

²¹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías.** Alcalá de Henares (Madri): Universidad de Alcalá, 2010, p.137 e ss.

²² ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2011, p. 446.

Vanice Regina Lírio do Valle, autora nacional que se tem dedicado, desde 2009, a estudar o *ativismo jurisdicional, na doutrina e na jurisprudência*,²³ aponta a contribuição de Alexander Bickel, em obra na qual, segundo ela, “*estabeleceu de forma definitiva*” a categoria jurídica do *contramajoritário* como apanágio de *supremacia* da Suprema Corte Norte-Americana, esclarecendo que tal *status* só veio a ser formal e expressamente afirmado, na decisão relativamente recente, no caso *Cooper vs. Aron*, em 1952.²⁴

O emprego e importância desse, conceitualmente não tão novo, instituto do *contramajoritário* e de seus desdobramentos no Direito, notadamente em sua recepção pelo Supremo Tribunal Federal, tem recebido, por várias vezes, da pena de Luís Roberto Barroso, uma cuidada e especial atenção doutrinária e, uma vez guindado ao mais alto Pretório do País, também nele contribuído com sua expressão jurisprudencial de vanguarda. Ainda recentemente, em palestra no Instituto Fernando Henrique Cardoso, em São Paulo, sobre Direito, política, o papel do STF e suas relações com os demais Poderes da República, o Ministro reafirmou, com a nitidez que lhe é própria, esse magistério acadêmico e a sua posição de magistrado sobre o tema, reafirmando o *contramajoritário* e o *representativo*, como os dois grandes papéis que esse Tribunal de cúpula desempenha, à semelhança das demais cortes supremas de nações democráticas.²⁵

6.2. PLURALISMO E SUPERESTATALIDADE NORMATIVA

É consabido que o *pluralismo* é situação inerente às sociedades humanas progressivamente mais diversificadas, notadamente em tempos de globalização, mas sucede, que nem sempre certas diferenças são bem aceitas por parte de alguns indivíduos ou, mesmo, de grupos, daí ser também entendido como um *valor*, particularmente afeto à virtude da tolerância. Por outro lado, igualmente se sabe, que, quanto mais *pluralista* seja uma sociedade, mais aumenta a lista de *valores segmentados* que, embora não sejam compartilhados por todos, devam ser preservados e respeitados a bem da harmonia geral, sob pena da eclosão de conflitos entre frações sociais com diferentes visões.

²³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal**. (Obra coletiva por ela organizada), Curitiba: Juruá, 2009 e **Audiências Públicas e Ativismo. Diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

²⁴ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Audiências Públicas e Ativismo. Diálogo social no STF**. *Op. cit.*, p. 9-10.

²⁵ Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046-Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>. Acesso em: 16 nov. 2015.

A solução áurea do Direito, ante esse fenômeno do *pluralismo*, que afeta tradicionais ordenamentos, até então voltados à disciplina de sociedades historicamente mais ou menos homogêneas, foi, portanto, a instituição da *superestatalidade normativa*, possibilitando classificar os valores, erigidos a princípios jurídicos, em *dois níveis de validade*, na linha prescrita pelo neoconstitucionalismo e formalmente inaugurada com a importantíssima “*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*”, de 1949, dando precedência a certos valores superiores a todos comuns, por isso, assim super-classificados, tal como expressado por Pérez Luño: “Uno de los rasgos informadores de los Estados constitucionales de Derecho en el presente es el fenómeno de ‘superestatalidad normativa’, tal fenómeno supone la adopción de valores, principios o reglas jurídicas comunes en el ámbito de ordenamentos”.

6.3. DA DISCIPLINA DAS INTENÇÕES PARA A DISCIPLINA DE RESULTADOS

Não parou neste aporte, o notável avanço que a Pós-Modernidade continuaria a trazer para o grande progresso contemporâneo do Direito Público, superando um período de hegemonia do positivismo jurídico, que, na ausência de maiores preocupações com *valores*, pois que considerados aos cuidados da função legislativa, hipertrofiara os cuidados legiferantes com preocupações formalistas, com o propósito de, com eles, vir a proporcionar uma oferta de serviços à sociedade legalmente perfeita.

Dava-se, então, o que já fora constatado por François Roussey²⁶, ao estudar as relações entre o serviço público e os cidadãos, a partir do modelo originário: “O Estado francês construiu a sua administração sobre a lógica da oferta, ou seja, de serviços organizados a priori e de maneira racional em relação a alguns princípios gerais do direito: assegurar a liberdade de acesso dos cidadãos, a gratuidade e a continuidade no tempo e no espaço...” Mas, não obstante ter sido declarado, desde a origem, o *princípio da adaptação* necessitaria ser mais bem entendido e praticado, como imprescindível orientação para afeiçoar-se à inafastável *lógica da demanda*... Estava assim demarcado o caminho para a correção, que logo adviria, de todo o Direito Administrativo, para complementá-lo, na transição de uma disciplina das *intenções* para a de *resultados*.

²⁶ ROUSSELY, François. **Clarifier les rapports entre le service public et les citoyens**. In: *L'État Moderne et l'administration*. Direction de Christian Join-Lambert. Paris: L.G.D.G., 1994, p. 56-57. (N/ tradução).

Portanto, uma vez com os direitos do homem postos no centro das preocupações do Estado, seria lógico, seguindo o raciocínio, hoje já clássico, de Umberto Allegretti,²⁷ que, segundo a Constituição, “a missão do Estado é o serviço dos direitos e, que assim, dos direitos dos cidadãos derivam as missões do Estado e as missões da Administração”. E esclarece Giancarlo Sorrentino,²⁸ “Desse modo, se supera o binômio “poder–sujeição”, ao qual - no sistema constitucional – se substitui a relação “função social – direitos da pessoa” e se tempera também a contraposição entre fim público e direitos dos cidadãos, pois que o primeiro consiste na realização do segundo”

Isso afirmado, em última análise (como exatamente se põe na Lei italiana 8.6.1990 n. 142, e na Lei 7.8.1990 n. 241), o que importa para a satisfação dos direitos postos à cura do Estado são, afinal, *os resultados*: pois, sem efetivamente alcançá-los, por mais estrita e rigorosa que haja sido a *legalidade* dos atos e processos, constitucionalmente de nada valerão, senão no que necessário possa ser para apenar os responsáveis, *quando não houverem cumprido devidamente a missão governativa a seu cargo*.

Com esses admiráveis aportes doutrinários, a busca e o reforço de garantias constitucionais contramajoritárias se tem qualificado e intensificado, como anotado por Pérez Luño²⁹ em seu cuidado ensaio sobre os novos desafios do Estado constitucional contemporâneo, na seguinte passagem: “... urge indagar é o por que surgiu e tomou corpo essa inquietude, comum a quase todas as nações democráticas, de buscar ou importar novos instrumentos de garantia dos direitos fundamentais e de controle da Administração.”

6.4. A PARTICIPAÇÃO SOBRELEGITIMADORA

Alcança-se aqui, neste ensaio, a satisfação da indagação retórica de Perez Luño, quanto a *dar respostas consistentemente legitimadas* para a garantia dos direitos fundamentais. Por certo, os *instrumentos à disposição dos cidadãos* se têm multiplicado segundo essa saudável tendência, bem como se têm aperfeiçoado *os*

²⁷ ALLEGRETTI, Umberto. **Amministrazione Pubblica e costituzioni**. Padova: Editoriale Scientifica, 1996. p. 14-15.

²⁸ SORRENTINO, Giancarlo. **Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2003, p. 31.

²⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Nuevos retos del Estado Constitucional**: Valores, derechos, garantías. Alcalá de Henares (Madri): Universidad de Alcalá, 2010, p. 108.

sistemas de órgãos neutrais da sociedade na estrutura estatal, especificamente instituídos para essa tarefa – a de assegurar a *juridicidade* do funcionamento dos órgãos dos sistemas *político-partidários* – um elenco em crescimento, tal a importância de suas funções, como o são os órgãos independentes de contas, os essenciais à promoção e defesa de interesses na Justiça, os diversos tipos de conselhos de ética e de controle setoriais e os tantos mais, em que se vem desdobrando essa função integral de resguardo da juridicidade. Todos, afinal, convergem para, se necessário, levar ao Judiciário as postulações exigidas para a aplicação de seus poderes *contramajoritários*, daí a preocupação geral, notadamente a desses órgãos, com a *legitimação* de sua atuação interventiva.

Assim se explica e se justifica que os órgãos do Judiciário tenham buscado soluções processuais que lhes garantam um convencimento legitimatório cada vez mais confortável para as suas tomadas de decisão, como, aqui destacadamente, tem sido o instrumento processual bastante empregado da *participação sobrelegitimadora*, que, embora, por si só, não baste para legitimar uma decisão judicial, efetivamente vem de acrescentar ao processo judicial um elemento de enriquecimento probatório com a aceitação de pareceres especializados e a audiência de representantes técnicos autorizados da sociedade.

Essa via *sobrelegitimatória* de participações colegitimadoras, tem sido objeto de debates e estudos no Direito Constitucional norte-americano, segundo expõe Vanice Regina Lírio do Valle,³⁰ desde 2009, provocados pela instigante obra - “Uma Constituição de muitas mentes. Porque o Documento Fundante não significa o que significava antes” – de autoria de Cass Sustein,³¹ da qual a autora brasileira retira o fio condutor de uma investigação, profunda e documentada, para, em suas próprias palavras, “Compreender, portanto, os mecanismos pelos quais – em nome do exercício do princípio contramajoritário – o Supremo Tribunal Federal exercita uma abertura cognitiva (até para conhecer o real alcance desse mesmo conflito) é etapa subsequente na análise do exercício por essa corte do diálogo social.”

Sobre a *função legitimadora* da participação, neste mesmo diapasão, em obra monográfica “Direito da Participação Política. Legislativa. Administrativa. Judicial. Fundamentos e técnicas constitucionais da democracia”, publicada em

³⁰ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Audiências Públicas e Ativismo. Diálogo social no STF**. *Op. cit.*, p. 10.

³¹ SUSTEIN, Cass. **A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it mean before**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

1992,³² tratando em sede jurisdicional, o autor deste ensaio chamava a atenção para esse tipo de benefício à democracia, aportado por esses institutos, que ganharam expressão na Constituição de 1988, como o *mandado de segurança coletivo*, a *ação popular*, a *ação civil pública*, bem como os *júris* e os *escabinatos*, todos eles aguçando, aproximando e sintonizando a percepção dos órgãos judiciais com a dos setores da sociedade.

Como se observa: já era encontrada, na orientação geral da Constituição de 1988, a semente e a iniciativa lançada para se ampliar o, hoje, assim denominado, *diálogo social legitimatório* ou, ainda mais precisamente, como acima empregado, *sobrelegitimatório*, uma vez que, em realidade, os seus institutos não conferem, senão que *concorrem* para se alcançar essa desejável qualificação democrática.

7. CONCEITO E LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL

As sucessivas apresentações, encadeadas neste ensaio, que se iniciaram com um conceito *dual* de grandes funções estatais – a de *governo* e a de *controle* – a primeira, de natureza *político-partidária* e a segunda, de natureza *neutral*, se seguiram com o exame das carências e deficiências da função legislativa; daí, com a menção à formação democrática da sociedade aberta de intérpretes da Constituição; com o conceito de contramajoritário legítimo; com a origem do conceito de superestatalidade no pluralismo das sociedades contemporâneas; com o progresso da administração de intenções para a administração de resultados e, culminando, com o avanço da participação sobrelegitimatória, como instrumento da democracia na função jurisdicional, todas convergindo para o debate contemporâneo sobre o tema central: o do *ativismo judicial*.

Desde logo, é de se recordar que, no Brasil, a redemocratização de 1988 provocou uma radical mudança de *atitudes*, disseminada por todo o aparelho de Estado, nelas sobressaindo uma geral preocupação com a realização da *juridicidade*, como a resultante dos vetores jurídicos de legalidade, de legitimidade e de licitude no agir de todos os seus órgãos, o que, especialmente quanto ao Supremo Tribunal Federal, o levou, em resposta, a exercer cada vez mais efetivamente a sua reforçada missão *legitimatória*, passando a adotar e aprimorar

³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política. Legislativa. Administrativa, Judicial. Fundamentos e técnicas constitucionais da democracia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 145-149 e 151.

práticas inovativas no País, voltadas à resolução de controvérsias de relevância nacional, que foram se apresentando à sua jurisdição, para a solução das quais, a legislação era inadequada ou, até mesmo, contrariava os novos valores constitucionais introduzidos.³³

A sucessão de decisões prolatadas veio a caracterizar, assim, uma *tendência* à prática do denominado *ativismo judicial*, tornando aquela Corte protagonista na efetivação dessa épica conquista contemporânea da *democracia material*, sem dúvida, de grande importância para a proteção do regime democrático e dos direitos fundamentais de minorias em face de maiorias políticas desarmônicas eventuais.

Essa conquista se generalizou em diversas Cortes Constitucionais do mundo, pois que já não mais cabe atuarem apenas como “legisladores negativos”, em terso atendimento, de corte kelseniano³⁴, do vetusto princípio da “separação” e “independência” entre os Poderes do Estado (contido *literalmente* no artigo 2º da Constituição Brasileira), senão que, muito ao revés, em frequentes situações concretas, notadamente em razão da lentidão, anacronismo, perda de qualidade e antijuridicidade da produção legislativa, o Poder Judiciário se vê chamado a intervir na *construção interpretativa da norma aplicável, com vistas a salvaguardar direitos fundamentais ou do próprio regime democrático*³⁵, tudo na linha da superação da compreensão tradicional da “separação”, para entendê-la como *distinção funcional* e, quanto à da “independência”, para entendê-la como *interdependência*.

Dentre outros fatores, contribuiu a ascensão de novos cânones do pós-positivismo³⁶, como os materializados pela textura aberta e pela força normativa dos

³³ Vale conferir nesse sentido, o discurso proferido pelo Ministro CELSO DE MELLO, quando da posse do Ministro GILMAR MENDES como Presidente do Supremo Tribunal Federal: “*Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclusive a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.*” (Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiasStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>. Acesso em: 23 set. 2011).

³⁴ Kelsen, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

³⁵ O fenômeno da *judicialização* das questões envolvendo direitos fundamentais e os excessos nele cometidos são abordados por Luís Roberto Barroso em sua obra: **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. (In BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional - Tomo IV**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 217-254).

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. In BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-48.

princípios constitucionais³⁷, bem como pela crise de legitimidade experimentada pelo antigo modelo, então reduzido à prática da mera *democracia formal* eletiva, apenas representativa e com aferição de legitimidade quase que totalmente limitada a periódicos sufrágios colhidos nas urnas: portanto, tornando-se abertos a uma prática de *democracia material*.

Daí advir a necessidade da intervenção do Poder Judiciário na integração dos, cada vez mais frequentes, vazios legislativos e na correção de abusos antijurídicos de eventuais maiorias assembleistas e, mormente, sob impulso da evolução contemporânea do constitucionalismo, na afirmação da *democracia substantiva*, como essa que se realiza pela observância dos *valores fundamentais* explícitos ou implícitos nas Constituições.

Não há, contudo, uma necessária conjugação entre o *judicial review* e o atributo de supremacia das decisões judiciais³⁸. No Brasil, o reconhecimento da “última palavra” ao Judiciário se deu, principalmente, por representar uma garantia proporcionada pela abertura política ocorrida no País nas últimas décadas. Tal fenômeno se deve à adoção dos *valores* que caracterizam um efetivo Estado Democrático de Direito, advindo com a Constituição Brasileira de 1988, superando dois períodos de autoritarismo e arbítrio, durante os quais não vigiam direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, ocorridos na história republicana.

A proeminência, assim justamente alcançada pelo Poder Judiciário, se insere ainda, consoante apreciação de abalizados autores, no processo em marcha de construção de uma *sociedade global*, na qual, aos olhos do homem comum, os tribunais, conformados por imparciais cultores do Direito, seriam mais confiáveis do que as assembleias de legisladores, mesmo que democraticamente eleitos, por, não raro, se encontrarem estes, constantemente premidos por interesses primordialmente internos, de política partidária, quando não meramente individuais, envolvidos em manobras de acesso e manutenção de poder ou imersos

³⁷ KONRAD HESSE foi o primeiro a alertar para a força normativa das disposições constitucionais em sua obra seminal: **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

³⁸ A desvinculação ocorreu, desde a sua formação original, cunhada nos Estados Unidos da América, em que somente em um passado recente o panorama foi alterado: “*As has so often been noted, Marshall never claimed supremacy for the Court in Marbury. The opinion ends, after all, with Marshall saying that courts have an equal right to the other departments in interpreting the Constitution. The Court committed itself explicitly to judicial supremacy only relatively recently.*” GRIFFIN, Stephen. **The age of Marbury: judicial review in a democracy of rights**. Tulane University School of Law: Public Law and Legal Theory Working Papers Series, set. 2003. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=441240. Acesso em: 23 set. 2011.

em preocupações movidas por interesses demagógicos, quando não meramente pessoais, todos, muitas vezes antagônicos aos autênticos fundamentos de valor da ordem jurídica.³⁹

Entende-se, também, que a razão do deslocamento da *autoridade* do sistema representativo para o sistema jurisdicional se deve à profusão de Constituições rígidas e dirigentes, em que, não obstante se constatar uma hiper-constitucionalização dos fenômenos sociais, conferindo inúmeros direitos sociais e transindividuais aos cidadãos, resta a carga dos Poderes Legislativos e Executivos, a árdua missão de escolher prioridades para concretizar a generosa vontade do legislador constitucional.

Esses fenômenos viram-se mais acentuados no Brasil, como já destacado, precisamente em virtude do papel conferido ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição Brasileira de 1998, passando a exercer, simultaneamente, várias funções relevantes: (1) a de *tribunal constitucional*⁴⁰, por caber-lhe um onímodo controle de constitucionalidade, tanto de modo difuso como concentrado, (2) a de *órgão da cúpula do Poder Judiciário brasileiro*, por se constituir na última instância julgadora de recursos extraordinários; (3) e a de foro especializado⁴¹ para o julgamento de autoridades do mais alto patamar hierárquico da República, bem como (4) a de garante último para certas matérias definidas como de relevante interesse para o País, que implicam na salvaguarda de valores essenciais de uma democracia substantiva.

Essas funções foram ainda mais ampliadas com a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, ao introduzir uma reforma no Poder Judiciário

³⁹ Cf. V. VIERA, Oscar Vilhena. Superdemocracia. In **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Coordenador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 2009.

⁴⁰ Confira-se o teor do artigo 102 da Constituição Brasileira: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...) p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; (...) II - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal.

⁴¹ Considerem-se algumas dessas competências previstas na Constituição Brasileira: Art. 102. (...) I - processar e julgar, originariamente: (...) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o "habeas-corpus", sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o "habeas-data" contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; (...)

brasileiro, que dilargou consideravelmente a *vinculação aos precedentes*⁴² da Suprema Corte e, por consequência, conferindo maior relevância à sua atuação, como uma espécie de “poder moderador”, quanto à proteção dos direitos fundamentais.

Institutos novos, como as *súmulas vinculantes*, a *exigência de repercussão geral* na interposição de recursos extraordinários, os efeitos conferidos aos mandados de injunção e às *reclamações*, confluíram todos para reforçar a missão e a responsabilidade da Suprema Corte na resolução de demandas de repercussão social, já denotando, com nitidez, um processo de “substituição parcial” à insuficiente atuação do Poder Legislativo⁴³.

Sob outro prisma, foi a própria atuação do Poder Legislativo que não só permitiu como induziu a ampliação desse espaço de proeminência do Judiciário na vida social e política brasileira. Com efeito, está-se - e não apenas no Brasil - diante de uma grave crise de *representatividade*, quiçá, até de certo envelhecimento da hegemonia política do bicentenário modelo assembleísta rousseauiniano, pois que as *sociedades* já não mais percebem como legítimas, muitas das decisões de seus representantes políticos, notadamente por senti-los mais preocupados com assuntos partidários e de disputa de espaços de influência do que com os legítimos interesses das pessoas, levando-as, por isso, a confiar cada vez mais em instituições outras, que sintam mais próximas e responsivas ao dia-a-dia de suas necessidades e de seu atendimento⁴⁴.

O descolamento entre o texto legal e a realidade também deixa um grande número de questões sem uma resposta satisfatória da ordem jurídica positiva, daí

⁴² Sobre o tema, confira-se MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedente**: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

⁴³ A respeito, alguns dos novos dispositivos acrescentados no ordenamento constitucional brasileiro: Art. 102, § 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade **produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante**, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Art. 103-A - O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, *terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal*, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

⁴⁴ Pesquisas recentes mostram que a proporção de 33% da população crê na confiabilidade do Judiciário, enquanto que apenas 20% confia no Congresso Nacional. Demonstrando também o problema, a confiança nos partidos políticos foi avaliada em espantosos 8% da população nacional. Apenas a título de comparação, a confiança nas Forças Armadas é de 60%, enquanto que a Igreja Católica possui credibilidade de 56%. A Pesquisa foi feita pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7837/RelICJBrasil4TRI2010%27.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 set. 2011.

porque, frequentemente, se recorre ao Estado-juiz para solucionar as demandas decorrentes da ausência de uma previsão normativa preceitual adequada e atual, que possa refletir os inúmeros e complexos interesses da sociedade brasileira em cada contexto conjuntural.

Essa situação tanto mais legítima torna o produto jurisdicional dito “ativista”, se o processo de interpretação *não for um exercício circunscrito aos tribunais*, mas, como de fato se vem tornando, uma legítima expressão de toda a sociedade, tal como iluminadamente preconizada por Peter Häberle, ainda na década de setenta do século passado, em sua *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, que influenciou e continua a influenciar fortemente os rumos do Direito da Pós-Modernidade.

Acresce que, graças a essa efetiva participação cooperativa da sociedade - *que se faz pela intensa e profícua ação de seus intérpretes habilitados nos processos decisórios* - menos poderá se arguir acerca de uma eventual dificuldade contramajoritária dos tribunais. Além da participação das funções essenciais à justiça, que deverão, necessariamente ou não, intervir nos feitos, é possível alcançar-se altos níveis de excelência decisória do sistema judiciário, quanto mais for ampliada a *participação social* em prestações pré-jurisdicionais, tais como em audiências de mediação e de conciliação, bem como em decisões judiciais de interesse geral, tanto atuando nas audiências públicas⁴⁵, como colhendo depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria conflituosa, incentivando o ingresso de *amicus curiae*⁴⁶ em casos de controle abstrato de constitucionalidade ou convocando entidades direta ou indiretamente interessadas nas repercussões futuras de decisões prolatadas⁴⁷, bem como as autoridades ou entidades *especialmente capacitadas* para oferecer esclarecimentos relevantes sobre certas questões postas sob juízo.

Está-se, pois, com um conceito de *ativismo* entendido como *uma proatividade finalística na prestação de justiça*, diante de um novo e importante fator de

⁴⁵ As previsões legais para a instauração de audiências públicas em sede de controle de constitucionalidade se encontram no artigo 9º, § 1º da Lei nº 9.686/99, que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, e no artigo 6º, § 1º da Lei nº 9.882/99, que trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

⁴⁶ Já a admissão da manifestação de *amici curiae* encontra guarida no artigo 7º, § 2º da Lei nº 9.868/99.

⁴⁷ O autor se sente muito à vontade para mencionar esse instituto, uma vez que tem advogado a sua introdução no Brasil desde 1999, como se lê na obra *O Sistema Judiciário Brasileiro e a Reforma do Estado*. São Paulo: IBDC - Celso Bastos Editor, 1999, Cap. VI, item 4.9. p. 82.

pluralização e de legitimação⁴⁸ do debate judicial, que se torna ainda mais importante, quando as decisões devam repercutir e se estender no espaço e no tempo, como geralmente ocorre em se tratando de matéria contenciosa constitucional.

Em suma: a abertura dialógica dos tribunais, como a vem adotando o Supremo Tribunal Federal, é uma *via de legitimação* ancilar para as suas decisões, na linha do resguardo do essencial e permanente fundamento axiológico constitucional, que são os seus *princípios fundamentais*.

8. CONCLUSÃO

A democracia representativa eletiva parlamentar ganha a sua saudável complementação contemporânea com a ascensão de uma *democracia participativa seletiva judicial*. Assim, a vontade da sociedade, de *expressão indireta* pela *representação*, se manifesta e se legitima por via *eletiva*, enquanto a vontade da sociedade, de *expressão direta* pela *participação*, se manifesta e se legitima por via *seletiva*, a que for constitucionalmente prescrita: portanto, ambas, por igual, *democraticamente legitimadas* e complementares.

O aperfeiçoamento da democracia cada vez mais se fará pela diversificação constitucional das formas de participação e pela *coexistência institucional dessas duas vias de legitimação de investiduras públicas* – *primo*, a dos agentes constitucionalmente legitimados por via *eletiva* (a que se processa através de escolhas pessoais, por critério de *fidúcia*, entre cidadãos *genericamente* qualificados) – *secundo*, a dos agentes constitucionalmente legitimados por via *seletiva* (a que se processa através de escolhas impessoais, por critério de *mérito*, entre cidadãos *especialmente* qualificados). É esta a via, ora em percurso, *da democracia da representação à democracia da eficiência*.

Destaque-se que é nessa mesma linha, em que a *democracia da eficiência* vem de complementar e reforçar a *democracia da participação*, sobressaindo dois conjuntos instrumentais essenciais à sua plena realização: *primo*, o moderno

⁴⁸ “(...) Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. Não se trata de um ‘aprendizado’ dos participantes, mas de um ‘aprendizado’ por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes” (HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002. p. 31- 32).

binômio *funcional da lei* – conformado, de um lado, pelos órgãos *eleitores*, que manifestam escolhas populares fundamentais e as escolhas de seus representantes, e, de outro, o dos órgãos *eletivos*, que cumprem sua vontade – e *secundo*, o pós-moderno *binômio funcional da justiça*, por sua vez conformado, de um lado, pelos órgãos *postulatórios*, das Funções Essenciais à Justiça, que explicitam as questões e propõem soluções e, de outro lado, pelos órgãos *decisórios* da Justiça, que as julgam e dirimem as controvérsias com definitividade.

Do equilíbrio da atuação desses dois binômios – o da *lei* e o da *justiça* – tanto internamente, em cada um, como entre ambos, depende o futuro do Direito e a construção do Direito do futuro, que, assim, se projetarão, cada vez mais, como um *produto consensual*: o resultado do *diálogo*, terçado permanentemente e em todos os níveis sociais.

9. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 532-446.

ALLEGRETTI, Umberto. **Pubblica amministrazione e ordinamento democratico**, in *Foro it.*, 1984, v. 207. p. 205 e ss. (n/ tradução).

ALLEGRETTI, Umberto. **Amministrazione Pubblica e costituzioni**. Padova: Editoriale Scientifica, 1996, p. 14-15.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: **Temas de Direito Constitucional - Tomo IV**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 217-254.

BARROSO, Luís Roberto. Consultado em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225392,41046Constituicao+Direito+e+politica+por+Luis+Roberto+Barroso>. Acesso em: 16 nov. 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1- 48.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. In: BARROSO, Luís Roberto e **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. In **Temas de Direito Constitucional - Tomo IV**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 61-120.

CABANES, Arnaud. **Essai sur la gouvernance publique**. Paris: Gualino éditeur, 2004. p. 74-75. (N/ tradução).

CASSESE, Sabino, in **Presentazione** da obra de D. OSBORNE - T. GAEBLER, **Dirigire e governare. Una proposta per reinventar la pubblica amministrazione**. Milão: 1995. p. 8, apud MARIO R. SPASIANO, *op. cit.*, p. 4, nota 5.

CASSESE, Sabino. **La crisi dello Stato**. Roma-Bari: Laterza, 2002. p. 3 (tradução do Autor).

CASSESE, Sabino. **Oltre lo Stato**. Roma-Bari: Laterza, 2006. *Op. cit.*, p. 97.

CHEVALLIER, Jacques. **L'État post-moderne**. 2. ed. Paris: L.G.D.J, 2004. p. 14.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 127.

GIRAUDI, Giorgio e RIGHETTINI, Maria Stella. **Le autorità amministrative indipendenti – Della democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza**. Roma-Bari: Laterza, 2001. p. 5 (N/ tradução).

GRIFFIN, Stephen. **The age of Marbury: judicial review in a democracy of rights**. Tulane University School of Law: Public Law and Legal Theory Working Papers Series, set. 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=441240>. Acesso em: 23 set. 2011.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997 e edição de 2002. p. 31-32.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MARTINES. **Delegificazione e fonti del diritto**. In Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia. Milano: 1987, apud COCOZZA, Vincenzo, **La delegificazione. Modello legislativo – Atuazione**. 3. ed. Napoli: Jovene Editore, 2003. p. 63.

MELLO, Celso de. **Discurso na posse do Ministro GILMAR MENDES como Presidente do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiasStf/anexo/discursoCMposseGM.pdf>>. Acesso em: 23 set. 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Precedente: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno – Legitimidade – Finalidade – Eficiência – Resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.123 e ss.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2014. p. 32, 178 e 216-217.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Direito da Participação Política. Legislativa. Administrativa, Judicial. Fundamentos e técnicas constitucionais da democracia**”. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 145-149 e 151.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Sistema Judiciário Brasileiro e a Reforma do Estado**, São Paulo: IBDC - Celso Bastos Editor, 1999, Cap. VI, item 4.9. p. 82.

NIETO, Alejandro. **El desgobierno de lo público**. Barcelona: Ariel, 2008. p. 52-53.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Nuevos retos del Estado Constitucional: Valores, derechos, garantías**. Alcalá de Henares (Madri): Universidad de Alcalá, 2010. p. 108, 137 e ss.

ROUSSELY, François. **Clarifier les rapports entre le service public et les citoyens**. In **L'État Moderne et l'administration**. Direction de Christian Join-Lambert. Paris: L.G.D.G., 1994. p. 56-57. (N/ tradução).

SORRENTINO, Giancarlo. **Diritti e partecipazione nell'amministrazione di risultato**. Napoli: Editoriale Scientifica, 2003. p. 31.

SPASIANO, Mario S. **Funzione amministrativa e legalità di risultato**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003.

SUSTEIN, Cass. **A Constitution of many minds. Why the founding document doesn't mean what it mean before**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Audiências Públicas e Ativismo. Diálogo social no STF**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 9-10 e 103.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal**. (Obra coletiva por ela organizada), Curitiba: Juruá, 2009.

VIERA, Oscar Vilhena V. **Superdemocracia**. In: **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Coordenador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 2009.

HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA: DIREITO DOS ADVOGADOS PÚBLICOS

ALDEMARIO ARAUJO CASTRO¹

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Os Honorários de Sucumbência nas Ações Judiciais em que o Poder Público é Vencedor não são Verbas Públicas. 3. É Juridicamente Válida a Cumulação da Percepção de Subsídios e Honorários Advocatícios. 4. O Parecer n. 1/2013/OLRJ/CGU/AGU. 5. Os Advogados Públicos são Titulares dos Honorários de Sucumbência Segundo o Novo Código de Processo Civil. 6. O Projeto de Lei n. 4.254, de 2015. 7. Conclusões. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Por vários anos, em dezenas de Estados e Municípios, os advogados públicos recebem, total ou parcialmente, por meio de fundos ou repasses providenciados pelo Poder Público, os honorários pagos pelos particulares vencidos nas ações envolvendo esses entes estatais ou suas autarquias.

No âmbito federal, a campanha remuneratória dos advogados públicos desenvolvida em 2012 criou as condições para uma discussão consequente acerca da percepção de honorários pelos integrantes das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União (AGU)². Essa instituição chegou a criar um grupo de trabalho para tratar especificamente do tema.

Constatou-se, no entanto, uma forte atuação, articulada pela própria AGU e vários setores do Governo Federal junto ao Congresso Nacional, para inviabilizar essa importante conquista para os advogados públicos federais.

¹ Advogado, Mestre em Direito, Procurador da Fazenda Nacional, Professor da Universidade Católica de Brasília, ex-Corregedor-Geral da Advocacia da União, ex-Procurador-Geral Adjunto da Fazenda Nacional, ex-Coordenador-Geral da Dívida Ativa da União, ex-Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (pela OAB/DF), ex-Presidente da Comissão Nacional de Advocacia Pública do Conselho Federal da OAB.

² Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores do Banco Central do Brasil e Procuradores Federais.

A resistência contra uma definição legal de caráter nacional que apontasse os advogados públicos como titulares dos honorários de sucumbência foi vencida com a aprovação do novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105, de 2015). Esse diploma legal, especificamente no art. 85, parágrafo dezenove, contempla uma regra expressa indicando que os honorários de sucumbência pertencem aos advogados públicos.

2. OS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA NAS AÇÕES JUDICIAIS EM QUE O PODER PÚBLICO É VENCEDOR NÃO SÃO VERBAS PÚBLICAS

O Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei n. 8.906, de 1994), trata dos honorários sucumbenciais nos seus arts. 22 e 23. Estabelecem os citados dispositivos legais:

A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convenacionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência” e “Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

Essas prescrições legais impõem a conclusão de que os honorários advocatícios sucumbenciais, devidos pela parte vencida na demanda judicial contra o Poder Público e, por conseguinte, não pagos pelo próprio Poder Público, não se caracterizam como verbas públicas ou algo similar.

Ressalte-se que os advogados públicos, nos termos do art. 3º, parágrafo primeiro, da Lei n. 8.906, de 1994, são obrigatoriamente inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil e estão sujeitos às definições desse diploma legal.

Nesse sentido, a Comissão Nacional de Advocacia Pública do Conselho Federal da OAB adotou o seguinte enunciado acerca dos honorários devidos aos advogados públicos:

Os honorários constituem direito autônomo do advogado, seja ele público ou privado. A apropriação dos valores pagos a título de honorários sucumbenciais como se fosse verba pública pelos Entes Federados configura apropriação indevida.

Várias decisões do Conselho Federal da OAB apontam na mesma linha. Eis algumas delas:

Consulta 2008.08.02954-05. Origem: Conselho Seccional da OAB/Minas Gerais. Consulta 341/06. Assunto: Consulta. Honorários. Procurador da Fazenda Municipal. Ações judiciais fiscais. Relator: Conselheiro Federal Luiz Carlos Levenzon (RS). Ementa nº 001/2010/OEP: “CONSULTA FORMULADA POR PROCURADOR MUNICIPAL. RELAÇÃO DE EMPREGO. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA E HONORÁRIOS DECORRENTES DE ACORDO EXTRAJUDICIAL. ADVOGADOS PÚBLICOS SUBMETEM-SE A DUPLO REGIME PARA DISCIPLINAR SUA ATUAÇÃO: A LEI Nº 8.906/94 E, AINDA, LEI QUE ESTABELEÇA REGIME PRÓPRIO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. COMO ADVOGADOS PÚBLICOS, ATUANDO COMO REPRESENTANTES DE ENTES PÚBLICOS, TÊM DIREITO DE PERCEBER HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA OU DECORRENTES DE ACORDO EXTRAJUDICIAIS.” Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, acordam os membros do Órgão Especial do Conselho Pleno do Conselho Federal da OAB, por unanimidade, em responder à consulta, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste. Brasília, 5 de dezembro de 2009. Vladimir Rossi Lourenço, Presidente. Luiz Carlos Levenzon, Conselheiro Federal Relator. (DJ, 08/01/2010, p. 53).

Ementa 39/2003/OEP. ADVOCACIA PÚBLICA. SUJEIÇÃO DE SEUS INTEGRANTES AO ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA OAB - HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA - VERBA ATRIBUÍDA PELA LEI AOS PROCURADORES MUNICIPAIS - LEGALIDADE.

Encontra respaldo nos artigos 22 e seguintes, combinados com o artigo 3º, do Estatuto da Advocacia e da OAB, a cobrança de honorários de sucumbência pelos Procuradores Municipais e Advogados Públicos em geral, mormente quando existe lei disciplinando a matéria. (Consulta 0004/2003/OEP. Relator: Conselheiro Marcelo Cintra Zarif (BA), julgamento: 14.04.2003, por unanimidade, DJ 23.10.2003, p. 731, S1).

Observa-se, ademais, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inúmeras decisões versando sobre os honorários advocatícios percebidos pelos advogados públicos (RE 380538, RE 452746, RE 225263 AgR, RE 285980 AgR, RE 248948, RE 246265, RE 222546 AgR e RE 220397). Discutiu-se, com intensidade, a submissão, ou não, das verbas honorárias aos tetos remuneratórios do serviço público. Entretanto, é bom frisar, não são identificadas resistências jurídicas, mínimas que sejam, a validade da percepção desses valores. Destacam-se os seguintes trechos das ementas das manifestações do Excelso Pretório:

(...)

2. Os honorários advocatícios devidos aos procuradores municipais, por constituírem vantagem conferida indiscriminadamente a todos os integrantes da categoria, possuem natureza geral, razão pela qual se incluem no teto remuneratório constitucional. RE 380538 ED.

(...)

4. Os honorários advocatícios não constituem situação funcional própria do servidor, mas, sim, vantagens gerais percebidas por todos os procuradores que exerçam atividade contenciosa. RE 285980 AgR.

Decisão que, com acerto, aplicou orientação firmada pelo Plenário desta Corte quando julgamento do RE 220.397 em que se concluiu pela inclusão dos valores referentes aos honorários advocatícios no cálculo do teto de vencimentos dos Procuradores do Município de São Paulo. RE 222546 AgR.

Merece especial destaque o seguinte trecho do voto do Ministro Relator Maurício Corrêa, na ADIN n. 2.652, onde resta consignado que os advogados públicos gozam das prerrogativas, direitos e deveres dos advogados:

Com efeito, seria mesmo um absurdo concluir que o legislador tenha pretendido excluir de ressalva os advogados sujeitos a outros regimes jurídicos, além daquele instituído pelo Estatuto da OAB, como ocorre, por exemplo, com os profissionais da advocacia que a exercem na condição de servidores públicos. Embora submetidos à legislação específica que regula tal exercício, também devem observância ao regime próprio do ente público contratante. Nem por isso, entretanto, deixam de gozar das prerrogativas, direitos e deveres dos advogados, estando sujeitos à disciplina própria da profissão, artigos 3º, § 1º; e 18.

Nem mesmo a Lei n. 9.527, de 1997, afetou o direito dos advogados públicos de perceberem honorários. Com efeito, o art. 4º da aludida lei fixou que não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista, as disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei n. 8.906, de 1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB). Portanto, só o capítulo referente ao “advogado empregado” foi afastado. Somente um raciocínio hermenêutico profundamente tortuoso concluiria pela não aplicação, aos advogados públicos, do Capítulo VI da Lei da Advocacia, o que trata de honorários advocatícios, diante de menção expressa exclusivamente ao Capítulo V.

Por outro lado, o efetivo recebimento dos honorários pelos advogados públicos reclama a edição de ato normativo específico no âmbito de cada ente estatal. Esse ato define os critérios e as formas de distribuição dos honorários advocatícios de sucumbência devidos aos advogados públicos, considerando como elemento fundamental e decisivo a organização própria dos serviços jurídicos.

A solução, via norma própria, de rateio igualitário dos honorários advocatícios de sucumbência entre os advogados públicos afigura-se como a solução mais adequada. Considera-se, para essa conclusão, entre outros aspectos: a) a eventual ausência de distribuição cativa de processos judiciais para certos advogados públicos; b) a eventual existência de advogados públicos com funções exclusivas de assessoria, consultoria e direção jurídica e c) a eventual movimentação funcional de advogados públicos entre as atividades contenciosas e não-contenciosas.

Aparentemente, o rateio igualitário dos honorários advocatícios de sucumbência entre os advogados públicos de cada ente estatal é a situação comum ou padrão, salvo um ou outro caso pouquíssimo conhecido ou noticiado.

Perceba-se que o constituinte estabeleceu expressamente proibições ou vedações à percepção de honorários e ao exercício da advocacia privada para dois “ramos” das Funções Essenciais à Justiça. Para o Ministério Público, especificamente para os seus membros, foi vedada a percepção de honorários e o exercício da advocacia (art. 128, parágrafo quinto, inciso II, alíneas “a” e “b”). Para a Defensoria Pública, particularmente seus integrantes, foi proibido o exercício da advocacia privada (art. 134, parágrafo primeiro). No caso da Advocacia Pública, não são verificadas as mesmas vedações ou proibições constitucionais nos arts. 131 e 132. Conclui-se, portanto, que a legislação infraconstitucional pertinente, notadamente o Estatuto da Advocacia e as leis federais, estaduais, distritais e municipais disciplinadoras da organização dos serviços jurídicos dos entes estatais, deve dispor sobre o assunto com ampla liberdade, inequivocamente deferida pelo texto constitucional.

Também merece destaque o veto ao art. 65 da Lei Complementar n. 73, de 1993 (Lei Orgânica da AGU). Esse dispositivo proibia expressamente a percepção de verbas de sucumbência pelos advogados públicos federais (“... vedando-lhes ... o recebimento de honorários de sucumbência ...”). Entendeu, o Presidente da República, ao vetar o dispositivo que

Quanto ao *pro labore*, percebido pelos procuradores da Fazenda Nacional por força da Lei n. 7.711, de 22 de dezembro de 1988, limita-se à sucumbência dos devedores vencidos nas Execuções Fiscais (honorários advocatícios). (...) Esse sistema de incentivo tem funcionado com múltiplo êxito para os cofres da União, sendo o principal fator de crescimento da arrecadação, apesar do decrescente número de procuradores da Fazenda Nacional em todo o País.

Assim, o Executivo federal trabalhava, por ocasião da edição da Lei Orgânica da AGU, com a positiva possibilidade de percepção de honorários pelos advogados públicos federais.

Portanto, é viável afirmar, com segurança, que os honorários sucumbenciais pagos pela parte vencida numa demanda judicial contra o Poder Público

não são caracterizados como verbas públicas. São, esses valores, verbas devidas aos advogados públicos por definição legal e acatamento jurisprudencial. Ademais, ato normativo específico no âmbito do ente estatal pertinente deve disciplinar de forma minudente acerca dos parâmetros de distribuição dos valores.

3. É JURIDICAMENTE VÁLIDA A CUMULAÇÃO DA PERCEPÇÃO DE SUBSÍDIOS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Algumas vozes sustentam uma suposta incompatibilidade entre a remuneração por subsídios e a percepção de honorários advocatícios. O óbice residiria na definição de que o subsídio é “parcela única”, conforme a dicção do art. 39, parágrafo quarto, da Constituição.

A inteligência da cláusula “parcela única”, no sistema remuneratório conhecido como “subsídio”, revela a busca pela máxima transparência da retribuição pecuniária do serviço realizado. Pretende-se que o pagamento mensal pelo trabalho ordinariamente realizado não seja fracionado em várias partes (vencimentos, gratificações, adicionais, etc), dificultando a adequada identificação da remuneração recebida. Outra importante consequência da fórmula dos “subsídios” consiste na drástica redução dos litígios, notadamente judiciais, em torno do pagamento de gratificações e toda sorte de adicionais.

O subsídio, como parcela única, não significa uma proibição absoluta de cumulação com outras parcelas remuneratórias ou não, desde que esses valores não representem retribuição pelo trabalho mensal ordinário, mesmo em condições especiais que se prolongam indefinidamente. Confirma a assertiva anterior o recebimento de outros valores, mesmo oriundos dos cofres públicos, como o adicional de férias, a retribuição pelo exercício de cargo comissionado, o adicional natalino (décimo terceiro), entre outros. Essas cumulações são consagradas no texto da Constituição (artigo 39, parágrafo terceiro, entre outros).

Como os honorários não são verbas públicas, muito menos funcionam como retribuição do trabalho mensal ordinário, suportado pelo Poder Público via subsídios, não subsiste nenhuma razão jurídica definidora de uma proibição de cumulação dos dois tipos de valores (subsídios e honorários). Importante decisão do pleno do egrégio Tribunal de Justiça do Maranhão aponta no sentido

destacado. Seguem transcritas a ementa do julgado e trecho do voto do relator, Desembargador Jorge Rachid Mubárack Maluf:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROCURADORES DO ESTADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEITADA. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PAGAMENTO POR SUBSÍDIO. DESNECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO TETO CONSTITUCIONAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME.

I – Rejeita-se a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido tendo em vista que a norma constitucional inobservada é de reprodução obrigatória na Constituição Estadual.

II – A omissão da Constituição Estadual não constitui óbice a que o Tribunal de Justiça local julgue ação direta de inconstitucionalidade contra lei que dispõe sobre a remuneração dos Procuradores de Estado.

III – Os Advogados Públicos, categoria da qual fazem parte os Procuradores de Estado, fazem jus ao recebimento de honorários advocatícios de sucumbência, sem que haja ofensa ao regime de pagamento do funcionalismo público através de subsídio ou de submissão ao teto remuneratório, tendo em vista que tal verba é variável, é paga mediante rateio e é devida pelo particular (parte sucumbente na demanda judicial), não se confundindo com a remuneração paga pelo ente estatal. Ementa da ADI 30.710.

Assim, sendo os honorários de sucumbência verba de natureza privada, porquanto pagos pela parte vencida diretamente ao advogado da parte vencedora, e não pela Fazenda Pública, não podem ser vistos como remuneração, ou seja, não há proibição ao recebimento desta verba em razão do sistema de subsídios, ou mesmo limitação em relação ao teto do funcionalismo público, podendo, inclusive, ser executada autonomamente. Voto do Relator.

Na doutrina também são observadas lições no sentido da ausência de incompatibilidade entre a remuneração por subsídios e o recebimento de honorários advocatícios. Seguem as ponderações de Luís Gustavo Montezuma Herbster, Paulo Fernando Feijó Torres Junior e Ivan Barbosa Rigolin, respectivamente:

Nessa ordem de pensamento, entendemos que a percepção pelo advogado público de verba que tem fundamentação legal própria (art. 20º c.c 3º, § 1º da Lei 8.906/94) e origem em fonte diversa da dos cofres públicos que lhe remunera não pode encontrar obstáculo na previsão de remuneração por subsídio, porquanto os honorários sucumbenciais não entram no conceito de remuneração insculpido no art. 39, § 4º da CF/88 ⁽³⁾.

Como se pode observar, a regra do art. 39, § 4º, da Constituição Federal não é absoluta. Por outro lado, sobreleva anotar que o seu alcance se limita aos valores pagos pela administração pública. Os honorários advocatícios de sucumbência, diferentemente das vantagens ali mencionadas, são verbas de natureza particular, eis que são pagos pela parte vencida ao advogado da parte vencedora, ou seja, não saem dos cofres públicos ⁽⁴⁾.

V – Ao que parece viceja, cá e lá, o entendimento de que os honorários de sucumbência constituem algo como ‘benefício aos servidores públicos’, pagos pelo poder Público, e talvez aí resida toda a origem do impasse que pode estar acontecendo. Honorários advocatícios de sucumbência jamais foram benefício a servidor público, porque não são pagos com dinheiro público, não saem dos cofres públicos, mas do bolso dos derrotados em ações judiciais contra o poder Público. Não têm origem em recursos públicos, mas particulares – e muitos particulares. Quem os pagou já o sentiu ⁽⁵⁾.

³ HERBSTER, Luís Gustavo Montezuma. Honorários de sucumbência e seu repasse aos Advogados Públicos federais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18 (/revista/edicoes/2013), n. 3502 (/revista/edicoes/2013/2/1), 1 (/revista/edicoes/2013/2/1) fev. (/revista/edicoes/2013/2) 2013 (/revista/edicoes/2013). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23613>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

⁴ JUNIOR, Paulo Fernando Feijó Torres. Titularidade dos membros da Advocacia-Geral da União aos honorários advocatícios de sucumbência. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17 (/revista/edicoes/2012), n. 3106 (/revista/edicoes/2012/1/2), 2 (/revista/edicoes/2012/1/2) jan. (/revista/edicoes/2012/1) 2012 (/revista/edicoes/2012). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20765>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

⁵ RIGOLIN, Ivan Barbosa. Honorários Advocatícios e Poder Público. **Boletim de Direito Administrativo: BDA**. São Paulo: NDJ, Ano XXII, n.º 3, março de 2006. Conforme destaque no trabalho do Dr. Paulo Fernando Feijó Torres Junior.

4. O PARECER N. 1/2013/OLRJ/CGU/AGU

A aprovação, pelo Advogado-Geral da União, do Parecer n. 1/2013/OLRJ/CGU/AGU representou um importante elemento nos panoramas político e jurídico sobre o assunto.

Merecem transcrições os seguintes trechos da manifestação oriunda da AGU:

(...)

33. A despeito de todos os méritos, o Parecer GQ-24 está a exigir sua revisão e substituição por um entendimento jurídico que dê suporte à titularidade dos haveres auferidos a título de sucumbência. Esse ato revisor, no entanto, é insusceptível *de per si* de preencher a lacuna decorrente da ausência de um comando legal explícito. Em outras palavras, a existência de uma lei específica para o tratamento dos honorários será a única solução para o caso e, por extensão, para todos os problemas enunciados (em caráter *numerus apertus*) no item 9 deste Parecer.

34. A conclusão de que se faz indispensável um provimento legal está longe de ser o termo final de um raciocínio acaciano. Pelo contrário. Todo o exame até agora levado a efeito é revelador da insuficiência do modelo estabelecido no Parecer GQ-24 (hipótese [ii] do item 32) e em diversos acórdãos (hipótese [i] do item 30). Se a verba honorária é realmente de titularidade pública, que o diga a lei, pois até agora não a temos. Se é de ninguém, como resulta do Parecer GQ-24, até agora ela vem sendo apropriada pela Fazenda, o que se afigura um arranjo útil, do ponto de vista prático, mas que se não pode conservar, sob pena de se instaurar controvérsias judiciais de resultados imprevisíveis.

35. Assim sendo, é de ser adotada a hipótese (iii), ou uma variante pela qual se atribuem esses honorários à Fazenda, mas com mecanismos de repassou compensação ao ofício dos advogados exercentes do ministério fazendário. São notórias as vantagens do reconhecimento da titularidade dos honorários pelos membros das carreiras de Estado da

AGU (e demais plexos) ou pela União (e demais entes), com a transferência (parcial ou total) aos primeiros. Ter-se-á maior segurança e serão dissipadas as brumas atualmente visíveis no horizonte judiciário sobre esse tema.

Superado, no tema dos honorários advocatícios, o antigo Parecer GQ-24, a AGU sustentou que as verbas sucumbenciais “de origem federal” não contavam com titularidade definida (não eram da União e não eram dos advogados públicos) por ausência de lei específica.

Como foi dito anteriormente, a distribuição dos honorários advocatícios reclama normatização própria. Essa legislação definirá condições e limites de repasse dos honorários aos advogados públicos, considerando especialmente a particular organização dos serviços jurídicos.

Portanto, o equívoco fundamental da manifestação jurídica da AGU residia em sustentar que na ocasião não existia legislação definidora da titularidade dos honorários sucumbenciais “no âmbito federal”. Como foi demonstrado no início deste trabalho, a Lei n. 8.906, de 1994, fixa a titularidade dos honorários para os advogados privados e públicos. Nesse último caso, a definição da lei nacional é aplicável em todos os níveis estatais de atuação (federal, estadual, distrital ou municipal). A legislação específica é necessária, repita-se, tão-somente para definição de condições e limites dos repasses aos advogados públicos.

5. OS ADVOGADOS PÚBLICOS SÃO TITULARES DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA SEGUNDO O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil, a Lei n. 13.105, de 2015, contempla regra com o seguinte conteúdo: “Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei” (art. 85, parágrafo dezenove).

O comando normativo em questão foi definido em função da articulação de vários segmentos da advocacia, notadamente: a) um reduzido, mais significativo grupo de advogados públicos federais, que realizaram um importante trabalho de convencimento parlamentar ⁽⁶⁾; b) as entidades representativas dos

⁶ Na liderança desse trabalho merecem especiais referências o Procurador da Fazenda Nacional Paulo Roberto Nardelli e a Procuradora Federal Thirzzia Guimarães de Carvalho.

advogados públicos federais, estaduais e municipais e c) a Ordem dos Advogados do Brasil, por seu Presidente Nacional ⁽⁷⁾, pela Diretoria do Conselho Federal ⁽⁸⁾ e pelas Seccionais de quase todos os Estados da Federação ⁽⁹⁾.

O enunciado normativo destacado resolveu, em caráter definitivo, o falso problema da titularidade dos honorários de sucumbência. Vários operadores do direito recusavam o Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906, de 1994) como sede normativa suficiente da definição da titularidade em questão. Essa resistência não mais subsiste diante do comando expresso do novo Código de Processo Civil.

Vale frisar que o Congresso Nacional, ao aprovar o parágrafo dezoito do art. 85, iniciou, nos últimos tempos, um importante processo de reconhecimento e valorização da Advocacia Pública, notadamente a federal. Outro importantíssimo marco nessa caminhada aconteceu em agosto de 2015 com a aprovação em primeiro turno, na Câmara dos Deputados, da PEC n. 443. Essa medida, que obteve expressivos 445 votos favoráveis, estabelece, em linhas gerais, um tratamento remuneratório isonômico entre as carreiras integrantes da Magistratura Federal, do Ministério Público Federal, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública.

6. O PROJETO DE LEI N. 4.254, DE 2015

No final do ano de 2015, o Poder Executivo Federal encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 4.254. Em relação à Advocacia Pública Federal, o referido projeto: a) altera os valores dos subsídios pagos aos integrantes das carreiras de advogados públicos federais (Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e Procurador do Banco Central do Brasil); b) trata da distribuição dos honorários de sucumbência em favor dos advogados públicos federais; c) faculta o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais aos advogados públicos federais; d) define atribuições dos cargos das carreiras de advogados públicos federais e e) estabelece uma série de prerrogativas dos ocupantes dos cargos de advogados públicos federais.

⁷ Marcus Vinicius Furtado Coêlho.

⁸ Claudio Pacheco Prates Lamachia, Vice-Presidente. Cláudio Pereira de Souza Neto, Secretário-Geral. Cláudio Stábile Ribeiro, Secretário-Geral Adjunto. Antonio Oneildo Ferreira, Diretor-Tesoureiro.

⁹ Com especial relevo para a OAB/DF, presidida pelo dinâmico advogado Ibaneis Rocha Barros Júnior.

A proposição em destaque aponta claramente no sentido da superação de outro ponto capital relacionado com a percepção dos honorários de sucumbência pelos advogados públicos. Trata-se, como antes destacado, da plena licitude da percepção de honorários de sucumbência pelos advogados públicos remunerados na forma de subsídios. O parágrafo único do art. 29 do aludido projeto de lei afirma: “Os honorários não integram o subsídio e não servirão como base de cálculo para adicionais, gratificações ou qualquer outra vantagem pecuniária”.

O Projeto de Lei n. 4.254, de 2015, prevê a criação do Conselho Curador dos Honorários Advocatícios (CCHA). Composto por representantes eleitos das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União, o CCHA, entre outras atribuições, realizará a contratação de instituição financeira oficial para gerir, processar e distribuir os honorários advocatícios, inclusive realizar a retenção do imposto de renda. Essas definições apontam claramente no sentido antes destacado de que os honorários de sucumbência não se caracterizam como verbas públicas.

O citado projeto de lei define uma “regra de entrada” no sistema de percepção de honorários pelos advogados públicos federais. O art. 31 do projeto estabelece:

O valor dos honorários devidos será calculado segundo o tempo de efetivo exercício no cargo e obtido pelo rateio nas seguintes proporções: I - cinquenta por cento de uma cota parte, a partir do segundo ano; II - setenta e cinco por cento de uma cota parte, a partir do terceiro ano; e III - cem por cento de uma cota parte, a partir do quarto ano.

Essa sistemática, ou outra semelhante, está em consonância com a natureza dos honorários advocatícios. Admite-se, com essa definição, que a atuação do advogado público que repercute na percepção de honorários demanda algum tempo para se realizar.

Os advogados públicos federais inativos ou aposentados, por expressa previsão do projeto de lei (art. 31, parágrafo terceiro, inciso I), foram excluídos da percepção dos honorários advocatícios. Trata-se de uma infeliz decisão do Poder Executivo a ser revista no âmbito do Poder Legislativo. Afinal, os inativos, quando em atividade, participaram direta e indiretamente das atividades que geram os honorários advocatícios. Como os honorários decorrentes da atuação como advogado são realizados, no sentido de recebidos, ao longo do tempo (vários anos) nada mais justo do que a distribuição desses valores também para os inativos.

Importa destacar, ainda quanto à situação dos inativos, que em função da natureza da verba em questão é necessário criar uma “regra de saída” no sistema de percepção de honorários pelos advogados públicos federais aposentados. A ideia central nesse caso passa pela redução do valor percebido, a título de honorários, ao longo do tempo.

Capítulo de suma importância em matéria de distribuição dos honorários devidos aos advogados públicos federais, tratado no projeto de lei em destaque, reside na apropriação dos chamados “encargos legais”.

Como é de amplo conhecimento, o Decreto-Lei n. 1.025, de 1969, fixou o percentual de 20% (vinte por cento) do débito, pago pelo executado, a ser recolhido aos cofres públicos como renda da União nas execuções fiscais federais.

A jurisprudência ao longo do tempo firmou o entendimento de que os “encargos legais” substituíam a condenação em honorários advocatícios. A Súmula n. 168 do antigo Tribunal Federal de Recursos chegou a consignar: “O encargo de 20% do Dec.-lei 1.025/69, é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios”.

Cumprir observar que o parágrafo primeiro do art. 37-A da Lei n. 10.522, de 2002, introduzido pela Lei n. 11.941, de 2009, estabelece expressamente que “os créditos inscritos em Dívida Ativa serão acrescidos de encargo legal, substitutivo da condenação do devedor em honorários advocatícios”.

Assim, o Projeto de Lei n. 4.254, de 2015, de forma substancialmente correta, define que os honorários advocatícios de sucumbência incluem: a) até setenta e cinco por cento do produto do encargo legal acrescido aos débitos inscritos na Dívida Ativa da União, previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025, de 21 de outubro de 1969 e b) o total do produto do encargo legal acrescido aos créditos das autarquias e das fundações públicas federais inscritos na Dívida Ativa da União, nos termos do parágrafo primeiro do art. 37-A da Lei n. 10.522, de 19 de julho de 2002.

7. CONCLUSÕES

As considerações realizadas permitem as seguintes conclusões:

- a) os honorários de sucumbência nas ações em que o Poder Público é vencedor não são verbas públicas: a.1) conforme estabelece o Estatuto

da Advocacia e da OAB (Lei n. 8.906, de 1994 - arts. 22 e 23) e a.2) porque os advogados públicos estão abrangidos ou submetidos ao Estatuto da Advocacia e da OAB;

- b) inúmeras manifestações do Conselho Federal da OAB e do Supremo Tribunal Federal reconhecem a licitude da percepção dos honorários sucumbenciais pelos advogados públicos;
- c) o efetivo recebimento dos honorários pelos advogados públicos reclama a edição de ato normativo específico no âmbito de cada ente estatal para definição de critérios e formas de distribuição dos valores;
- d) o rateio igualitário dos honorários advocatícios de sucumbência entre os advogados públicos afigura-se como a solução mais adequada;
- e) o Estatuto da Advocacia e as leis federais, estaduais, distritais e municipais disciplinadoras da organização dos serviços jurídicos dos entes estatais devem dispor sobre a percepção de honorários sucumbenciais pelos advogados públicos com ampla liberdade, inequivocamente deferida pelo texto constitucional, que expressamente estabeleceu proibições ou vedações à percepção de honorários e ao exercício da advocacia privada somente para dois “ramos” das Funções Essenciais à Justiça (Ministério Público e Defensoria Pública);
- f) o Presidente da República vetou o art. 65 da Lei Complementar n. 73, de 1993, que proibia expressamente a percepção de verbas de sucumbência pelos advogados públicos federais. Portanto, o Executivo federal trabalhava, por ocasião da edição da Lei Orgânica da AGU, com a positiva possibilidade de percepção de honorários pelos advogados públicos federais;
- g) o subsídio, como parcela única, não significa uma proibição absoluta de cumulação com outras parcelas remuneratórias, desde que esses valores não representem retribuição pelo trabalho mensal ordinário, mesmo em condições especiais que se prolongam indefinidamente;
- h) a aprovação, pelo Advogado-Geral da União, do Parecer n. 1/2013/OLRJ/CGU/AGU é o mais novo elemento nos panoramas político e jurídico sobre a matéria;
- i) o antigo Parecer GQ-24 foi superado pela mais nova manifestação da AGU. Sustenta-se, agora, que as verbas sucumbenciais “de origem

- federal” não contam com titularidade definida (não são da União e não são dos advogados públicos) por ausência de lei específica;
- j) o equívoco fundamental da última manifestação jurídica da AGU reside em admitir que atualmente não existe legislação definidora da titularidade dos honorários advocatícios “no âmbito federal”. O pronunciamento esqueceu, sem razão jurídica viável, a Lei n. 8.906, de 1994, definidora da titularidade dos honorários para os advogados privados e públicos em todos os planos da Federação;
 - k) vários operadores do direito recusavam o Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906, de 1994) como sede normativa suficiente da definição da titularidade dos honorários sucumbenciais em favor dos advogados públicos. Essa resistência não mais subsiste diante do comando expresso do novo Código de Processo Civil no parágrafo dezenove do art. 85;
 - l) O Projeto de Lei n. 4.254, encaminhado pelo Poder Executivo Federal ao Congresso Nacional no final de 2015, aponta claramente no sentido da plena litude da percepção de honorários de sucumbência pelos advogados públicos remunerados na forma de subsídios;
 - m) em relação aos honorários advocatícios dos advogados públicos, os pontos mais sensíveis do Projeto de Lei n. 4.254, de 2015, são os seguintes: m.1) criação do Conselho Curador dos Honorários Advocatícios; m.2) “regra de entrada” no sistema para os advogados públicos recém-ingressos nas carreiras; m.3) exclusão dos inativos da percepção dos honorários (definição a ser superação no âmbito do Poder Legislativo) e m.4) apropriação dos chamados “encargos legais”.

8. REFERÊNCIAS

HERBSTER, Luís Gustavo Montezuma. Honorários de sucumbência e seu repasse aos Advogados Públicos federais. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18 (/revista/edicoes/2013), n. 3502 (/revista/edicoes/2013/2/1), 1 (/revista/edicoes/2013/2/1) fev. (/revista/edicoes/2013/2) 2013 (/revista/edicoes/2013). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23613>>.

JUNIOR, Paulo Fernando Feijó Torres. Titularidade dos membros da Advocacia-Geral da União aos honorários advocatícios de sucumbência. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17 (/revista/edicoes/2012), n. 3106 (/revista/edicoes/2012/1/2), 2 (/revista/edicoes/2012/1/2) jan. (/revista/edicoes/2012/1) 2012 (/revista/edicoes/2012). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/20765>>.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Honorários Advocatícios e Poder Público. **Boletim de Direito Administrativo: BDA**. São Paulo: NDJ, Ano XXII, n.º 3, mar de 2006.

PROCESSO ELETRÔNICO E TELETRABALHO: RESGATE HISTÓRICO E AFIRMAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA E LIBERDADE PROFISSIONAL DO ADVOGADO PÚBLICO

ALEXANDER SANTANA¹

SUMÁRIO. 1. Processo eletrônico. 2. Teletrabalho. 3. A flexibilidade no cumprimento da carga horária é inerente à independência profissional do advogado. 4. Importantes precedentes de situações de teletrabalho no serviço público federal. 5. Análise crítica das recentes iniciativas regulatórias em relação aos membros da AGU. 6. Conclusões. 7. Referências.

(...) uma forma eficaz de impedir que haja oposição ao crescimento do poder político autoritário é fazer com que os profissionais do direito, em especial os advogados, assumam postura puramente técnica-positivista. Quando se trabalha o advogado público para que não pense como integrante da advocacia, o que se deseja produzir é a ausência de resistência para com as estruturas próprias do autoritarismo. (...) O advogado público tem uma possibilidade ímpar de contribuir para a evolução da sociedade brasileira, quer pelo gigantismo que a sua carreira assume na atualidade, quer pela reconhecida importância que possui, mas, para tanto, é fundamental se reconheça como advogado, ou seja, como cidadão comprometido com a guarda do Estado democrático e republicano e com a defesa das liberdades, rompendo com o discurso interiorizado que tenta burocratizar para aproximá-lo de outras funções públicas, com capacidade de produzir a sua imobilização diante dos ataques autoritários ou das estruturas de controle punitivo, próprias e hábeis ao domínio pelo medo.²

¹ Procurador Federal, Coordenador da carreira de Procurador Federal na Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais - ANAFE, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2004) e Bacharelado em Matemática e Computação Científica pela Universidade Federal de Santa Catarina.

² TASSE, Adel El. A missão do advogado público na defesa do estado democrático. **Revista CEJ**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Ano XV, n. 55. p. 25-35, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1581/1532>. Acesso em: 14 mar. 2016.

1. PROCESSO ELETRÔNICO

Em 11 de março de 2004, por meio da Resolução nº 13³, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, criava-se a primeira experiência de processo judicial eletrônico de que se tem notícia no Brasil. Implantado inicialmente apenas para os processos que tramitavam nos Juizados Especiais Federais, a experiência logo ganhou aprovação de todos os atores processuais: advogados, juízes e partes. A disponibilidade do sistema 24 horas por dia e 7 dias por semana, a agilidade e economia de tempo e de recursos, bem como a desnecessidade de deslocamento para o protocolo de peças e para as comunicações processuais (intimações e citações), rapidamente se tornaram rotina e serviram de sólido argumento para a consolidação da tendência de virtualização dos processos no país.

Em 19 de dezembro de 2006, por meio da Lei 11.419, regulamentou-se em nível legislativo o que se convencionou chamar de **processo eletrônico**, ou seja, **o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais**. Desde então, diversos sistemas de processo eletrônico proliferaram pelos tribunais brasileiros, de modo que, hoje, quase 10 anos depois, o processo em papel é absolutamente excepcional.

A mesma realidade não tardou a chegar aos processos administrativos. Logo surgiram os chamados gerenciadores eletrônicos de documentos (GED), sistemas capazes de a um só tempo armazenar os processos administrativos, apoiar a produção de conteúdo jurídico, controlar os fluxos administrativos, tudo com a devida integração com outros sistemas administrativos ou judiciais. São exemplos de gerenciadores eletrônicos de documentos o Sistema Eletrônico de Documentos - SEI, gestado no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim como o Sistema AGU de Inteligência Jurídica – SAPIENS, este desenvolvido na Advocacia Geral da União.

O novo Código de Processo Civil já trouxe, em seus artigos 193 a 199, regramentos específicos para o que chamou de **Prática Eletrônica de Atos Processuais**.

Não é exagero dizer que nos próximos anos presenciaremos a virtualização completa dos processos administrativos e judiciais. Os atos de imprimir, assinar

³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução nº 13, de 11 de março de 2004**. Disponível em: <http://www.jfsc.jus.br/ead/PDF/Resolucao13-2004.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2016.

com caneta, deslocar-se para o Fórum e receber intimações e citações por oficial de justiça já foram quase completamente extirpados do dia-a-dia forense e até mesmo a audiência como a conhecemos hoje está em vias de extinção. São cada vez mais comuns as audiências por videoconferência. Já é praxe na Justiça Federal, na oitiva de testemunhas localizadas fora da sede do juízo, que o próprio juízo de origem presida a audiência de forma remota, o que praticamente eliminou a necessidade das cartas precatórias⁴. Não tardará para que o advogado e demais atores processuais venham a participar da audiência de forma remota a partir de seu próprio computador, sem necessidade de deslocamento à sede do juízo.

É certo que tais inovações não vieram acompanhadas somente de benefícios. Cada tribunal do país passou a adotar seu próprio sistema de processo eletrônico e, com isso, os advogados passaram a conviver com problemas com os quais antes não se preocupavam: diversidade de sistemas de processo eletrônico, problemas técnicos na configuração de seus computadores, dependência do acesso à internet, indisponibilidade dos autos e a diversidade de requisitos para o uso dos sistemas. Antes as preocupações do advogado eram *apenas* as teses, os fatos, o direito aplicável ao caso. No máximo haviam de saber como usar o processador de texto. Agora, precisam entender de *browsers*, *plug-ins*, bem com estar atentos a todas as suas **versões** e **atualizações**. Há saudáveis iniciativas para mitigar tais desafios, tal como o projeto capitaneado pelo Conselho Federal da OAB e Conselho Nacional de Justiça, intitulado **Escritório Virtual**⁵, que visa concentrar num único sistema toda a interação dos advogados com os demais sistemas de processo eletrônico, poupando os profissionais da cada vez mais árdua tarefa de aprender e operar em todas essas realidades.

E, embora este seja assunto para um artigo apartado, ainda estamos por experimentar a maior revolução já ocorrida no meio jurídico: a robotização. Há diversos trabalhos alertando para as consequências da revolução tecnológica para a profissão de operador do direito como a conhecemos hoje. Alguns chegam a insinuar o **fim dos advogados**⁶, tal a profundidade das vindouras modificações na natureza dos serviços jurídicos: comoditização, automatização de rotinas,

⁴ BRASIL. Justiça Federal. Corregedoria Geral. **Provimento nº 10, de 15 de março de 2013**. Disponível em: http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/atos/federais/pro_stj_cg_2013_10.pdf. Acesso em: 11 mar. 2016.

⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Escritório digital integrará processos em todo o país**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62304-escritorio-virtual-integrara-processos-em-todo-o-pais>. Acesso em: 12 mar. 2016.

⁶ SUSSKIND, Richard. **The end of lawyers? Rethinking the nature of legal services**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

pressão sobre os preços, etc. Em síntese, podemos dizer que o futuro nos reserva menos trabalho braçal e mais trabalho intelectual. Muitas das atividades que hoje realizamos tornar-se-ão despiciendas e sobressairão o trabalho de pesquisa e de raciocínio do advogado, assim como as novas habilidades (engenharia do conhecimento jurídico e a argumentação visual⁷). Muitas presunções e generalizações hoje utilizadas, fonte de dogmas cristalizados, serão substituídas pela análise de dados e avaliação cada vez mais precisa.

Voltando ao tema inicial, fato é que a virtualização dos processos judiciais e administrativos já provocou significativas modificações nas rotinas de trabalho dos advogados públicos e privados. Ler, escrever e peticionar em um processo é trabalho que pode ser feito de qualquer lugar do país e do mundo.

2. O TELETRABALHO

Com o processo eletrônico, surge para os operadores do direito, como consequência lógica, o **teletrabalho**, cuja definição empresto da Resolução TRF4 nº 53, de 9 de junho de 2015 (art. 1º, *caput*)⁸: “a atividade laboral executada, em parte ou em sua totalidade, em local diverso daquele estabelecido pela administração para a realização do trabalho presencial atribuído à unidade de lotação, mediante a utilização de tecnologias de informação e de comunicação”.

E, frise-se bem, o teletrabalho é decorrência do mundo moderno, da evolução tecnológica. Sua aplicação à realidade dos processos judiciais e da prática jurídica deve ser compreendida no contexto maior do teletrabalho enquanto realidade social.

Desde a edição da Lei 12.551, de 15 de dezembro de 2011, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, há uma evidente afirmação legislativa do Estado Brasileiro em não estabelecer distinção entre “o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da

⁷ STOPANOVSKI, Marcelo. **Entendeu ou quer que eu desenhe? A argumentação visual jurídica**. Brasília: Portal Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-nov-17/suporte-litigios-entendeu-ou-eu-desenhe-argumentacao-visual-juridica>. Acesso em: 12 mar. 2016.

⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução nº 53, de 9 de junho de 2015**. Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&cid_materia=25684&reload=false. Acesso em: 12 mar. 2016.

relação de emprego”, bem como a compreensão de que “os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.”

Deve-se distinguir, entretanto, o **teletrabalho em domicílio** do **teletrabalho distribuído**⁹, definições que novamente busco na Resolução TRF4 nº 53, de 9 de junho de 2015 (art. 1º, § 1º e 2º). O primeiro é o trabalho à distância em sentido estrito, ou seja, realizado na residência do trabalhador, à distância em relação ao local de trabalho clássico (o escritório ou as instalações do empregador). Já o segundo pode ser realizado tanto em domicílio quanto em instalações do empregador, e o prefixo “**tele**”, aqui, diz respeito à distância em relação a unidade para a qual presta auxílio – a qual, pelas regras de distribuição territorial do trabalho, não estaria originalmente sob suas atribuições.

O teletrabalho distribuído é medida de gestão das mais efetivas, pois permite a mitigação de deficiências estruturais da administração sem o deslocamento físico de grandes contingentes de servidores para a localidade que necessita de auxílio. O teletrabalho distribuído consagra o trabalho em rede, as estratégias colaborativas e a visão sistêmica (e, por consequência, não isolacionista) da gestão da carga de trabalho.

A internet desconhece as fronteiras físicas. É mister extrair o máximo de proveito desta característica para o bem do serviço público. Não faz mais sentido, após o advento do processo eletrônico, que as fronteiras territoriais do mundo físico continuem a ditar a distribuição de recursos humanos, em detrimento da eficiência e equalização do volume de trabalho. As Equipes de Trabalho Remoto, recentemente criadas no âmbito da Procuradoria-Geral Federal, são exemplos de teletrabalho distribuído.

3. A FLEXIBILIDADE NO CUMPRIMENTO DA CARGA HORÁRIA É INERENTE À INDEPENDÊNCIA PROFISSIONAL DO ADVOGADO

Para os advogados públicos, o trabalho realizado fora do recinto da repartição não é uma novidade. Muito antes do advento do processo eletrônico,

⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução nº 53, de 9 de junho de 2015**. Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&cid_materia=25684&reload=false. Acesso em: 12 mar. 2016.

já se entendia como corolário da independência profissional do advogado a flexibilidade no cumprimento da carga horária, o afastamento da repartição para pesquisas e estudos, que se reputavam como trabalhos externos.

Tal condição é decorrência direta do Estatuto da Advocacia e da OAB (arts. 7º, I, 18, e 31, § 1º, da Lei 8.906/1994), que afirmam o direito do advogado exercer, com liberdade e independência, a sua profissão. Como nos ensinou o Conselheiro Federal da OAB Aldemario Araujo Castro em recente parecer sobre o assunto,

Essas definições legais são corolários, sob certo ângulo de análise, do status constitucional da profissão de advogado. Afinal, quando o art. 133 da Constituição afirma que ‘o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei’, não é possível conceber a realização de suas relevantes funções num ambiente refratário à liberdade profissional e a independência técnica.¹⁰

Na advocacia pública federal, desde 1994, com a edição do Parecer GQ-24 do Advogado-Geral da União Geraldo Magela da Cruz Quintão, consolidou-se o entendimento de que a

positividade da disciplina específica dos servidores públicos, na condição de advogados, não lhes tolhe a isenção técnica ou independência da atuação profissional e que a sujeição dos advogados servidores públicos federais à carga horária, por força de lei, não imprime convicção de que estejam compelidos a cumpri-la exclusivamente no recinto da repartição. É consentâneo com o princípio da independência profissional entender-se compreendido no período de trabalho o afastamento da repartição para a realização de pesquisas, que se reputam como de serviços externos, com o que se garante o exercício da profissão de forma a proporcionar o resultado visado com a execução do trabalho.

¹⁰ BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. **Parecer nº 2/OAB/DF-AAC, de autoria do Conselheiro Federal Aldemario Araujo Castro**. Disponível em: <http://www.aldemario.adv.br/oab/parecerpontoadvogado.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2016. Recomendamos a leitura integral do parecer.

Eram os tempos em que, na Advocacia-Geral da União, os advogados eram tratados como advogados¹¹.

É de se notar que o parecerista fundamentou suas conclusões diretamente no princípio da independência profissional. Foi categórico ao afirmar que a pesquisa, o estudo, são necessários para garantir **o exercício da profissão de forma a proporcionar o resultado visado com a execução do trabalho**. Ou, em outras palavras: de nada adianta um advogado que não estuda, não pesquisa, não pensa. O advogado é necessariamente um estrategista, um pensador e não um repetidor de teses pré-concebidas ou mero cumpridor de ordens. E fatos recentes têm salientado a importância do advogado como alguém de quem se espera a verdade, a técnica, eis que, às vezes, uma singela pesquisa de jurisprudência pode poupar a Administração Pública de constrangimentos desnecessários¹².

Destaca-se que o Parecer GQ-24 foi adotado para os fins do art. 40 e 41 da Lei Complementar 73/1993¹³, situação na qual a conclusão é submetida ao Presidente da República e, se aprovado pelo supremo mandatário da República e publicado juntamente com o despacho de aprovação¹⁴, vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

Para que não restem dúvidas: as diretrizes e fundamentos fixados no Parecer GQ-24 são de observância obrigatória para toda a Administração Pública Federal, inclusive para a própria Advocacia-Geral da União. Nenhum gestor público tem autorização para dela divergir, por disposição expressa da Lei Complementar

¹¹ O Parecer GQ-24 na verdade aprovou o PARECER Nº AGU/WM-08/94, da lavra do Consultor da União, Doutor WILSON TELES DE MACÊDO. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8195>. Acesso em: 12 mar. 2016.

¹² Refiro-me ao episódio em que a Excelentíssima Senhora Presidente da República nomeou como Ministro da Justiça um membro do Ministério Público sem que este tenha previamente se exonerado do cargo. Não se sabe se o Advogado-Geral da União valeu-se de sua independência profissional para desaconselhar a referida Autoridade a seguir tal caminho. Fato é que, sufragando a jurisprudência majoritária, a Suprema Corte sepultou, de forma praticamente unânime, a iniciativa (Ver julgamento de 09.03.2016 na ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 388).

¹³ Consta nos referidos dispositivos: *Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. § 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência. Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.*

¹⁴ E, no caso, referido Parecer obteve tal aprovação e publicação, conforme se verifica no Diário Oficial da União nº 152, de 10 de agosto de 1994, Seção 1, páginas 12040 e 12041. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=10/08/1994&jornal=1&pagina=4&totalArquivos=40> e em <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=10/08/1994&jornal=1&pagina=5&totalArquivos=40>. Acesso em: 12 mar. 2016.

nº 73/1993 e em respeito à própria autoridade do Presidente da República (art. 84, II, da Constituição da República).

Assim, vemos que a possibilidade de trabalho externo dos advogados públicos (no qual está implícito o trabalho em domicílio), já era questão resolvida e cogente no âmbito da Administração Federal desde 1994. O advento do processo eletrônico não trouxe, portanto, nenhuma novidade quanto a essa disciplina. Pelo contrário, a nova tecnologia somente veio confirmar e aprofundar o que na prática já se sabia: que o trabalho intelectual do advogado, salvo em específicas situações, exige pesquisa e reflexão que pode ser feita tanto no ambiente da repartição pública, quanto em uma biblioteca, quanto em sua residência.

Esta concepção, há muito consolidada, foi utilizada em diversos precedentes administrativos da Advocacia-Geral da União. O principal deles foi o estabelecido na Sindicância nº 00406.000262/2007-96¹⁵, do qual se extraem importantes fundamentos e conclusões, dentre as quais destaco: a assiduidade e pontualidade não se aferem apenas pela presença do servidor na repartição; a Portaria AGU nº 636/95 – que fixa o horário de expediente e o registro de frequência – no que tange ao registro de frequência, dirige-se apenas aos servidores administrativos; dos membros da AGU não se deve controlar o horário, mas sim trabalho; o controle da produtividade deve ser feito por sistemas eletrônicos de controle processual, como o SICAU; diante da realidade futura somente com os processos eletrônicos, a tendência é que os advogados exerçam suas funções fora do local de trabalho, virtualmente conectados; a partir dos processos eletrônicos, não se pode mais falar em assiduidade para os membros

¹⁵ BRASIL. Corregedoria-Geral da Advocacia-Geral da União. **Processo de Sindicância nº 00406.000262/2007-96**. Disponível em: <http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/ur/115/00406000262200796.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016. Recomendo a leitura do relatório completo. Melhor descrição não poderiam ter encontrado os ilustres membros da Comissão de Sindicância, formada pelos Advogados da União Paulo Antônio Silva Degrazia (Presidente) e Nilton Latorre (Membro) e pelo Procurador da Fazenda Nacional Bruno Bockmann Moreira (Membro): “*Só a título de curiosidade, comprovando que a tendência é flexibilizar o horário de trabalho, recentemente foram implantados os chamados “processos eletrônicos” ou “processos virtuais” que são movimentados via internet (art. 154, parágrafo 2º, CPC). Os requerimentos, juntadas e vistas de documentos e petições são realizados exclusivamente através de computador e o horário de acesso ao sistema é diferente daquele estabelecido como horário para realização de atos processuais (art. 172, CPC), podendo se prolongar até às 24 horas, como no caso do “e-proc” do Tribunal Regional Federal da 4ª região. Nos processos eletrônicos basta o advogado ter a senha que poderá acessar o sistema de qualquer lugar do planeta e poderá realizar suas tarefas independentemente de estar no seu ambiente de trabalho. A propósito, o futuro nos reserva somente processos eletrônicos e a tendência é exatamente deixar o advogado trabalhando em casa, virtualmente conectado, com evidente economia aos cofres públicos. A partir do processo eletrônico então não se pode mais falar em assiduidade para os membros da AGU. A pontualidade permanece, no sentido de cumprimento dos prazos judiciais ou administrativos, mas o comparecimento regular e frequente (leia-se: estar o dia inteiro presente, à disposição) à repartição desaparece.*”

da AGU, permanecendo a pontualidade no cumprimento de prazos judiciais ou administrativos e desaparecendo a obrigatoriedade da presença física; o parágrafo 6º do Decreto nº 1.590 diz textualmente que “em situações especiais em que os resultados possam ser efetivamente mensuráveis” pode ser dispensado o controle de ponto, além das situações já descritas no seu parágrafo 7º; o trabalho e as atividades dos membros da AGU têm obrigatoriamente de ser registrados no SICAU (Portaria nº 313/04), do que se conclui que o trabalho desenvolvido é efetivamente medido, tanto que a distribuição de vagas entre as Unidades é feita mediante os números apurados da base de dados do referido sistema; considerando a missão constitucional da AGU e o reconhecimento da independência funcional de seus membros, os integrantes das Carreiras Jurídicas dessa Instituição estão dispensados de preencherem e assinarem a folha de ponto, devendo a frequência ser aferida pelo sistema informatizado de controle de processos, no caso, o SICAU e ainda pelo Boletim Mensal de Frequência – BMF.

E foi embalado por este princípio – o da independência profissional – aliado ao fato de que na Advocacia-Geral da União há muito tempo estão em vigor ferramentas tecnológicas de registro e controle da produtividade¹⁶, que em 2009 a Corregedoria da Advocacia-Geral da União propôs um sistema simplificado de controle do cumprimento da carga horária pelos advogados públicos federais. A esta proposta seguiu-se a edição da Portaria Interministerial nº 19, de 2 de junho de 2009¹⁷ e da Instrução Normativa Conjunta nº 2, de 29 de julho de 2009¹⁸, as quais modificaram o então vigente controle de ponto, que pressupunha a presença física do advogado, por um controle de carga horária, baseado na produtividade registrada, consentâneo com a flexibilidade própria do regime jurídico a que estão submetidos os advogados públicos. Por estes normativos, estabeleceu-se como regra o registro em sistemas informatizados ou em controles físicos existentes no âmbito de cada unidade, tendo como exceção o preenchimento de folha de registro das atividades que não possam ser registradas de forma física ou eletrônica.

¹⁶ O SICAU – Sistema de Controle de Ações da União, prestes a ser substituído, na íntegra, pelo SAPIENS – Sistema AGU de Inteligência Jurídica.

¹⁷ BRASIL. Advocacia-Geral da União, Ministério da Fazenda e Banco Central do Brasil. **Portaria Interministerial nº 19, de 2 de junho de 2009**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/ido/190654>. Acesso em: 12 mar. 2016.

¹⁸ BRASIL. Corregedoria da Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral Federal. **Instrução Normativa Conjunta nº 2, de 29 de julho de 2009**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/ido/195205>. Acesso em: 12 mar. 2016.

As premissas que fundamentaram a criação de tais controles foram explicitadas pelo então Corregedor-Geral da AGU, o Procurador da Fazenda Nacional Aldemario Araújo Castro, no artigo “Pressupostos utilizados na regulamentação da advocacia *pro bono*, folha de registro de atividades e magistério no âmbito da advocacia pública federal”¹⁹, ao qual remeto o leitor, mas do qual peço licença para destacar as seguintes lições: a) a de que os advogados públicos estão sujeitos à carga horária de 40 horas; b) que, entretanto, esta obrigação comporta cumprimento flexível (sem horários fixos), por conta da natureza eminentemente intelectual, do *status* constitucional das atividades desenvolvidas e dos estratégicos interesses públicos geridos ou administrados; c) a superação da tradicional “folha de ponto” e “folha de registro de horários” pela “folha de registro de atividades”, o que não é mero artifício de linguagem, mas uma opção por presumir²⁰ o cumprimento da carga horária quando houver o registro no SICAU e em outros sistemas físicos ou eletrônicos de controle de produtividade, seguido da possibilidade de registros funcionais cruciais (abandono, férias, licenças, etc). Em outras palavras, o nobre Advogado Público Federal ensina que, a partir de tais normativos,

a normalidade, o padrão, o regular, é justamente o atendimento da exigência legal das 40 (quarenta) horas semanais de serviço jurídico” e que “a Instrução Normativa CGAU/PGF n. 2/2009 (art. 1º, inciso I) consigna expressamente a presunção (portanto, como regra ou padrão de comportamento) de atendimento da carga horária semanal.

E, como é de se esperar no trato com a coisa pública, tomou-se o cuidado de inserir ressalvas para inibir abusos dessa prerrogativa, criando-se previsão específica para que os chefes imediatos e mediatos, possam exigir a demonstração detalhada do cumprimento da carga horária semanal, bem como fixar, em cada unidade, as atividades e serviços que exijam a presença física do advogado público

¹⁹ CASTRO, Aldemario Araujo. **Pressupostos utilizados na regulamentação da advocacia pro bono, folha de registro de atividades e magistério no âmbito da advocacia pública federal**. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/864779. Acesso em: 12 mar. 2016.

²⁰ Eis o inteiro teor do dispositivo: *Art. 1º O preenchimento da folha de registro de atividades, de que trata a Portaria Interministerial AGU/MF/BACEN nº 19, de 2 de junho de 2009, deverá observar o que segue: I - o campo destinado à assinatura deverá ser preenchido em relação a todos os dias úteis do mês, demonstrando **presumidamente** a realização de atividades funcionais, independentemente de anotações de registros adicionais (BRASIL. Corregedoria da Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral Federal. **Instrução Normativa Conjunta nº 2, de 29 de julho de 2009**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idento/195205>. Acesso em: 12 mar. 2016.*

(como as reuniões, audiências e atendimento ao público interno e externo)²¹. E, note-se, que as referidas normas consagram que a presença física do advogado público na repartição decorre, em primeiro lugar, da organização do serviço, da estruturação do desempenho das atividades jurídicas do órgão da forma mais eficiente possível e que não são as conveniências pessoais do servidor que definem a sua presença ou ausência no recinto da repartição e moldam a forma específica de organização dos trabalhos jurídicos²².

Em outras palavras, permito-me concluir: as normas vigentes na Advocacia-Geral da União estabelecem a liberdade do cumprimento da carga horária, sendo que mesmo a exigência de presença física precisa estar atrelada a necessidades reais do serviço público e não a caprichos ou mera vontade da chefia imediata. Em nenhuma hipótese deve a regulamentação local contrariar as premissas da independência profissional do advogado, âmbito principiológico de observância cogente para toda a administração pública federal. Se comprovado o cumprimento da carga horária por registros físicos ou eletrônicos e, se o advogado público comparece aos compromissos que exijam a sua presença física, não há motivo nem autorização normativa para que se exija dele a presença na repartição, impondo que a partir daquele local ele faça suas pesquisas, escreva suas manifestações ou peticone nos expedientes administrativos ou judiciais em que atua.

Tendo em conta tais pressupostos é que afirmamos que o processo eletrônico e o teletrabalho já nascem, no âmbito da advocacia pública federal, sob adequada e suficiente regulamentação. A flexibilidade no cumprimento da carga horária e a consequente liberdade para escolher se vai realizar o seu trabalho na repartição ou à distância é corolário lógico da natureza eminentemente intelectual das funções exercidas pelos advogados públicos, do *status* constitucional das atividades desenvolvidas e dos estratégicos interesses públicos geridos ou administrados.

²¹ Eis o inteiro teor do dispositivo: *Art. 3º Quando houver necessidade, os titulares dos órgãos de direção ou de execução da AGU e da PGF poderão determinar a demonstração ou detalhamento da forma de cumprimento da exigência legal das 40 (quarenta) horas de trabalho semanal. Art. 4º Compete aos titulares dos órgãos de direção ou de execução da AGU e da PGF definir a forma de funcionamento de suas respectivas unidades, estabelecendo inclusive como se darão a distribuição e o desempenho das atividades inerentes ao órgão, especialmente daquelas que exijam ou recomendem a presença de seus membros na repartição.* (BRASIL. Corregedoria da Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral Federal. **Instrução Normativa Conjunta nº 2, de 29 de julho de 2009**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/195205>. Acesso em: 12 mar. 2016.

²² CASTRO, Aldemario Araujo. **Pressupostos utilizados na regulamentação da advocacia pro bono, folha de registro de atividades e magistério no âmbito da advocacia pública federal**. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/864779. Acesso em: 12 mar. 2016.

4. IMPORTANTES PRECEDENTES DE SITUAÇÕES DE TELETRABALHO NO SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL

Há precedentes de trabalho à distância que, pelo seu caráter paradigmático, merecem ser trazidos a lume.

O primeiro exemplo vem do Ministério Público Federal. Em 13 de dezembro de 2010, em sua 7ª sessão extraordinária, o Conselho Superior do Ministério Público Federal autorizou²³ o afastamento do Procurador da República Humberto Jacques de Medeiros para frequentar curso de Doutorado em Direito na Universidade Roma Tre, Itália, pelo prazo de 2 anos, a partir de 1º de janeiro de 2011, com atuação à distância pelo sistema de processo eletrônico a partir do 13º mês. Para alguns, o ineditismo da medida causou estranheza. Na verdade, porém, é medida moralizadora e mais consentânea com o interesse público, se comparada com a praxe dos afastamentos para estudo no exterior. Isto porque a regra, até então, era autorizar o afastamento por 2 anos inteiros, sem prejuízo da remuneração e sem qualquer trabalho que não fosse o estudo em si. Com a inovação, o impacto no serviço público passou a ser bem menor, reduzindo de 2 para 1 ano a ausência da força de trabalho do Procurador. A decisão do Conselho reafirmou o que já se sabe pela prática: que a atuação à distância permite níveis de qualidade e produtividade idênticos aos prestados presencialmente, à exceção, por óbvio, daquelas atividades que ainda exigem a presença física, como as audiências.

Em 14 de julho de 2011, pela Portaria nº 794²⁴, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região concedeu administrativamente a servidora de seus quadros, ocupante do cargo de Analista Judiciário, licença para acompanhar seu cônjuge que havia sido designado pelo Ministério da Justiça para exercer missão transitória, por dois anos, como Oficial de Ligação da Polícia Federal em Madrid, na Espanha. Há que se aplaudir o então inédito precedente. Em primeiro lugar porque a situação fática inexoravelmente implicava na licença para acompa-

²³ BRASIL. Conselho Superior do Ministério Público Federal. **Extrato da decisão proferida na 7ª sessão extraordinária, de 13.12.2010, no âmbito do processo administrativo nº 1.00.001.000151/2010-82.** Disponível em: <http://csmfp.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/deliberacoes-1/deliberacoes>. Acesso em: 12 mar. 2016.

²⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Portaria nº 794, de 14 de julho de 2011.** Disponível em: http://www2.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&id_materia=5614&reload=false. Acesso em: 12 mar. 2013.

nhamento de cônjuge, um direito garantido pela legislação vigente. E, em tais casos, o procedimento usual seria a fixação de exercício provisório da servidora na Embaixada ou Consulado do Brasil, sem prejuízo da remuneração. Em outras palavras, pela aplicação das regras (e da praxe) em vigor, o Tribunal certamente perderia a força de trabalho daquela servidora por certo período de tempo. Por isso, não tardou a administração judiciária a concluir que haveria menor prejuízo aos seus serviços fixar o exercício provisório no próprio Tribunal, com trabalho remoto e controle de produtividade pelo próprio sistema de processo eletrônico, do que manter a sistemática anterior.

Na Advocacia-Geral da União, o teletrabalho é uma realidade pelo menos desde novembro de 2006 (refiro-me ao teletrabalho distribuído, já que o teletrabalho em domicílio, para os membros da AGU, é decorrência lógica da flexibilidade no cumprimento da carga horária inerente à natureza de suas atividades)²⁵, quando foi criada a Procuradoria Federal Especializada Virtual junto ao INSS em Florianópolis/SC²⁶. Na experiência totalmente exitosa, procuradores lotados em Florianópolis foram designados para atuar à distância nos processos que tramitavam em unidades da Justiça Federal no sul do país. Desde então, constatou-se de forma inequívoca que a atuação à distância não somente era isenta de prejuízos ao serviço público, como também trazia benefícios bastante satisfatórios, como aumento de produtividade, a uniformização de teses e de atuação.

Rapidamente se percebeu que a inovação tecnológica proporcionava a mitigação da rigidez das atribuições definidas pela territorialidade. Assim, proliferaram pela Instituição situações em que advogados públicos foram designados para atuar à distância, em localidade diversa daquela em que estavam fisicamente em exercício. Em 18 de fevereiro de 2010, por meio da Portaria nº 82²⁷

²⁵ Como expliquei acima, *deve-se distinguir, entretanto, o teletrabalho em domicílio do teletrabalho distribuído, definições que novamente busco na Resolução TRF4 nº 53, de 9 de junho de 2015 (art. 1º, § 1º e 2º). O primeiro é o trabalho à distância em sentido estrito, ou seja, realizado na residência do trabalhador, à distância em relação ao local de trabalho clássico (o escritório ou as instalações do empregador). Já o segundo pode ser realizado tanto em domicílio quanto em instalações do empregador, e o prefixo “tele”, aqui, diz respeito à distância em relação a unidade para a qual presta auxílio – a qual, pelas regras de distribuição territorial do trabalho, não estaria originalmente sob suas atribuições.*

²⁶ A iniciativa se chamava oficialmente Equipe de Acompanhamento de Processos Eletrônicos e foi criada pela Portaria PFE INSS GAB nº 15 de 3 de agosto de 2006. Agradeço ao seu idealizador e primeiro Coordenador, o Procurador Federal Miguel Ângelo Sedrez Junior, que gentilmente cedeu cópia de documentos essenciais para este resgate histórico. Disponíveis em: http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/133/pfe_inss_virtual.pdf. Acesso em: 14 mar. 2016.

²⁷ Publicada no Boletim de Serviço nº 7, de 19 de fevereiro de 2010.

e como resultado do processo administrativo nº 00407.009779/2009-01, a Procuradoria-Geral Federal designou Procurador Federal que estava em exercício na Procuradoria Federal junto ao Instituto Brasileiro de Museus - IBRAM, na cidade de Belo Horizonte/MG, para prestar colaboração junto à Procuradoria Federal Especializada junto ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, na cidade de Petrópolis/RJ. Em 24 de abril de 2012, por meio da Portaria nº 160²⁸, e como resultado do processo administrativo nº 00400.012033/2011-51, o Advogado-Geral da União designou Advogada da União para, a partir de Juazeiro do Norte/CE, atuar à distância na Secretaria Geral de Contencioso da AGU, com funções perante o Supremo Tribunal Federal em Brasília/DF. É de se notar que a referida designação foi prorrogada diversas vezes²⁹, bem como a mesma solução foi adotada em situações semelhantes³⁰, o que é demonstração inequívoca de que a experiência deu certo.

Tão importante quanto as experiências em si, são os fundamentos que as justificaram. A Portaria AGU nº 160/2012 foi fundamentada no art. 4º, incisos I e XVIII e art. 23 da Lei Complementar 73/1993³¹, o que nos permite inferir que o marco legal vigente é suficiente para a regulação de tais situações, prescindindo de lei específica.

Em 5 de dezembro de 2014, por meio da Portaria 1.011³², e em cumprimento à decisão proferida nos autos da ação nº 0062610-94.2014.4.01.3800, em trâmite perante a 33ª Vara do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, e o que consta do processo administrativo nº 00475.006427/2014-49, a Procuradoria-Geral Federal concedeu em caráter *sub-judice* a Procuradora Federal lotada em Belo Horizonte/MG, o exercício provisório de suas atividades na modalidade à distância a partir de Mountain View, Califórnia, Estados Unidos da América, mantida a respectiva remuneração³³. À referida Procuradora Federal

²⁸ Publicada no Boletim de Serviço nº 17, de 27 de abril de 2012.

²⁹ Portaria nº 579, de 19 de dezembro de 2012, publicada no Boletim de Serviço nº 51, de 21 de dezembro de 2012 e Portaria nº 228, de 2 de julho de 2013, publicada no Boletim de Serviço nº 27, de 8 de julho de 2013.

³⁰ Portarias PGF nº 68, de 8 de fevereiro de 2013, nº 235, de 11 de abril de 2013, nº 652, de 4 de agosto de 2014, nº 792, de 12 de setembro de 2014 e processos administrativos nº 00400.011557/2011-24, 00414.000029/2011-91, 00460.003774/2010-55 e 00404.005839/2012-33.

³¹ Eis o teor dos referidos dispositivos: Art. 4º - *São atribuições do Advogado-Geral da União: I - dirigir a Advocacia-Geral da União, superintender e coordenar suas atividades e orientar-lhe a atuação; ... XVIII - editar e praticar os atos normativos ou não, inerentes a suas atribuições; ... Art. 23. Os membros efetivos da Advocacia-Geral da União são lotados e distribuídos pelo Advogado-Geral da União.*

³² Portaria nº 1.011, de 5 de dezembro de 2014, publicada no Boletim de Serviço nº 49, de 8 de dezembro de 2014.

³³ Posteriormente, para dar cumprimento ao disposto no art. 2º do Decreto 1.387/1995, por meio da Portaria

havia sido concedida licença para acompanhamento de seu cônjuge, funcionário de empresa privada, que havia sido temporariamente transferido para o exterior. A licença, contudo, foi concedida sem remuneração. Apesar do requerimento da Procuradora para continuar trabalhando à distância, e mesmo sob as categóricas advertências da chefia imediata alertando sobre a necessidade da força de trabalho da Procuradora, a administração por não autorizar o seu trabalho remoto. Felizmente sobreveio decisão judicial³⁴ que – atenta às necessidades do serviço público – impôs a autorização para o teletrabalho.

Com fundamento neste precedente judicial e no sucesso da primeira experiência, idêntica solução foi adotada, também *sub judice*, para caso semelhante³⁵. Felizmente, a intervenção do Poder Judiciário, em atenção ao princípio da eficiência, tem oxigenado a cega prática administrativa.

As novidades tecnológicas impõem um repensar sobre toda a prática e a organização administrativa. Se há recursos tecnológicos que permitem fazer mais e melhor, com menos dispêndio de energia e de dinheiro público, é imperativo constitucional (art. 37 da Constituição da República) que o gestor público opte por este caminho.

Não há dúvidas, portanto, de que o teletrabalho, tanto em sua acepção domiciliar quanto na distribuída, é opção a ser incorporada à prática administrativa – atendidas as premissas e respeitados os limites já delineados no tocante às prerrogativas dos advogados públicos.

Prova de que esta é a solução que melhor se adequa ao interesse público e mais consentânea com o princípio da eficiência, é o fato de que diversos órgãos públicos passaram a adotar, desde 2009, o trabalho remoto para a consecução de suas atividades. Foram implantados programas de trabalho remoto no Tribunal

nº 535, de 23 de dezembro de 2015, o Advogado-Geral da União convalidou o ato anterior, autorizando, também *sub judice*, a referida Procuradora a exercer as atribuições de seu cargo, temporariamente e à distância.

³⁴ A decisão em comento, da lavra do Excelentíssimo Senhor Juiz Federal Klaus Kuschel, é uma lição sobre as possibilidades que o processo eletrônico proporciona, bem como uma luz de racionalidade sobre as decisões administrativas até então proferidas em casos semelhantes. O inteiro teor, cuja leitura recomendamos. Disponível em: <<http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/119/sentencas-autos00626109420144013800.pdf>>.

³⁵ Portaria nº 538, de 23 de dezembro de 2015, editada em cumprimento à decisão proferida nos autos da Ação nº 0058957-50.2015.4.01.3800, que consta do processo administrativo n.º 00475.004919/2015-81. Publicada no DOU, Seção 2, 24.12.2015. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=2&pagina=2&data=24/12/2015>. Acesso em: 12 mar. 2016.

de Contas da União³⁶, no Tribunal Superior do Trabalho³⁷, na Receita Federal do Brasil³⁸, no Tribunal Regional Federal da 4ª Região³⁹ e no Ministério Público da União⁴⁰, bem como há avançadas discussões, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça⁴¹, para a sua adoção em todo o Poder Judiciário.

Mais recentemente, valendo-se justamente das competências que lhe conferem os incisos I e XVIII do art. 4º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e tendo em vista o disposto no § 6º do art. 6º do Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995, e considerando o que consta do processo administrativo nº 00404.005762/2015-44, o Advogado-Geral da União estabeleceu, para os servidores administrativos da AGU, o programa de gestão da “jornada de trabalho semipresencial”⁴², um eufemismo para o teletrabalho.

Quanto aos membros da AGU, entretanto, as recentes regulamentações implementadas geram preocupação sobre os seus objetivos e premissas. As novéis tentativas de regulação, sem se preocupar em desconstruir ou revogar as premissas normativas estabelecidas, inserem exigências que contrariam as disposições jurídico-políticas vigentes.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portaria TCU nº 139, de 9 de março de 2009**. Disponível em: http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/117/PORTARIA_TCU_139_2009.pdf. Acesso em: 12 mar. 2016; e BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portaria TCU nº 99, de 5 de abril de 2010**. Disponível em: http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/117/PORTARIA_TCU_139_2009.pdf. Acesso em: 12 mar. 2016.

³⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução CSJT nº 109, de 29 de junho de 2012**. Disponível em: <http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/116/TST%20-%20Resolucao%20109-2012.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

³⁸ BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Portaria RFB nº 947, de 20 de abril de 2012**. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&cidAto=37824>. Acesso em: 12 mar. 2016.

³⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução nº 92, de 28 de maio de 2013**. Disponível em http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/svr_resolucao-92-2013teletrabalho.pdf. Acesso em: 12.03.2016; e BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução nº 53, de 9 de junho de 2015**. Disponível em http://www2.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&cid_materia=25684&reload=false. Acesso em: 12 mar. 2016.

⁴⁰ BRASIL. Ministério Público da União. **Portaria nº 110, de 11 de dezembro de 2015**. Disponível em <http://www.transparencia.mpf.mp.br/diario-e-boletim/boletins-servico-mpu/bsmpu-2015/docs-2015/bsmpu-2015-12-12.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

⁴¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Conselho conclui proposta de regulamentação do teletrabalho na Justiça**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81574-conselho-conclui-proposta-de-regulamentacao-do-teletrabalho-na-justica>. Acesso em: 12 mar. 2016; e BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Minuta de Resolução para regulamentação do teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/2c894c93400b27d527870c42010eb537.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

⁴² BRASIL. Advocacia Geral da União. **Portaria nº 545, de 23 de dezembro de 2015**. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=05/01/2016>. Acesso em: 13 mar. 2016.

5. ANÁLISE CRÍTICA DAS RECENTES INICIATIVAS REGULATÓRIAS EM RELAÇÃO AOS MEMBROS DA AGU

Recentemente, a Procuradoria-Geral Federal editou atos⁴³ com a pretensão de regulamentar o trabalho remoto. Em mensagem à carreira⁴⁴, manifestou-se o Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral Federal sua compreensão de que

Não basta simplesmente regulamentar o trabalho a distância, de modo a **permitir** que o membro continue a fazer o mesmo que já faz nas instalações da PGF, desta feita em sua residência. Isso não é suficiente. O nosso foco deve ser o aumento da eficiência e da qualidade da prestação do serviço: utilizar das ferramentas de trabalho a distância para tornar a representação das autarquias e fundações públicas federais ainda mais eficiente” e que “A desvinculação da realização do trabalho dentro das instalações físicas das unidades da PGF, aliada à universalização dos sistemas de processo eletrônico, traz consigo a ideia da desterritorialização da atuação, o que poderá permitir que Procuradores Federais possam atuar em processos de qualquer região do país, independentemente do local de sua lotação. Abre-se, com isso, uma oportunidade de melhor especialização do trabalho, rompendo-se as barreiras da localização geográfica.

De início, apesar da louvável iniciativa de “desterritorializar” (em outras palavras, instituir o teletrabalho distribuído), a mensagem vem acompanhada da inadequada concepção de que o teletrabalho domiciliar é uma novidade instituída pela referida norma. O vocábulo **permitir**, utilizado no discurso, demonstra a nosso ver inadequada compreensão das normas e princípios que regem a atividade

⁴³ Refiro-me às Portarias nº 978/2015, 979/2015, 156/2016 e 157/2016. Disponíveis em: <http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/123/PT%20978%20de%2024.12.2015.pdf>, em <http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/124/PT%20979%20de%2024.12.2015.pdf>, em: <http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/125/Portaria%20PGF%20n.00156%20de%2008.03.2016%20-%20ETR-PROBIDADE.PDF> e em: <http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/126/Portaria%20PGF%20n.00157%20de%2008.03.2016%20-%20ETR-REGRESSIVAS.PDF>, respectivamente. Acesso em: 14 mar. 2016.

⁴⁴ Email datado de 24.12.2015. Disponível em: <http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/120/emailPGF-regulamentacaotrabalhoremoto.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2016.

do advogado público. A mensagem peca por confundir o teletrabalho distribuído com o teletrabalho domiciliar, como se um fosse dependente do outro. Instituir o teletrabalho distribuído é medida salutar, que merece aplausos⁴⁵. Contudo, a premissa de que a referida normatização vem para inovar no ordenamento jurídico, **autorizando** o trabalho em domicílio, é sinal grave de desconhecimento das normas da própria AGU e da principiologia específica que rege a função constitucionalmente atribuída aos advogados públicos. O discurso empreendido é a demonstração cabal de que os mecanismos ideológicos que fundamentaram os retrocessos institucionais na AGU nos últimos anos permanecem vivos e em pleno funcionamento – não tendo sido, ainda, inibidos pelo movimento de valorização ocorrido em 2015⁴⁶.

Ciente das premissas ideológicas que inspiraram a referida normatização, não deve causar surpresa ao leitor a disposição contida no § 1º do art. 9º da referida Portaria:

§ 1º O exercício das atribuições funcionais pelos integrantes de ETR fora das dependências das unidades da PGF é uma opção **facultada** ao membro pela instituição, em função da conveniência do serviço, **podendo ser revista a qualquer tempo**, a critério da Administração ou a pedido do interessado, não gerando direito adquirido aos seus integrantes.

Como esperado, a norma trata o teletrabalho domiciliar como uma faculdade concedida ao membro pela instituição, em razão da conveniência do serviço, podendo ser revista a qualquer tempo, a critério da Administração. Nota-se que não há qualquer referência à consagrada jurisprudência (inclusive a jurisprudência administrativa), que protege a independência profissional do

⁴⁵ E, como demonstramos acima, não há propriamente novidade nisso, já que a medida nada mais é do que a aplicação dos mesmos princípios que inspiraram, em 2006, a criação da PFE/INSS Virtual. A iniciativa se chamava oficialmente Equipe de Acompanhamento de Processos Eletrônicos e foi criada pela Portaria PFE INSS GAB nº 15 de 3 de agosto de 2006. Agradeço ao seu idealizador e primeiro Coordenador, o Procurador Federal Miguel Ângelo Sedrez Junior, que gentilmente cedeu cópia de documentos essenciais para este resgate histórico. Disponível em: http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/133/pfe_inss_virtual.pdf. Acesso em: 14 mar. 2016.

⁴⁶ Refiro-me ao movimento Nova AGU, cujo ápice se deu no ano de 2015, no qual os advogados públicos federais, de todas as carreiras da Advocacia-Geral da União, enviaram um recado unânime de rejeição das práticas institucionais e de gestão então vigentes.

advogado público, como reconheceu o próprio Presidente da República. Não há qualquer preocupação em descaracterizar, afastar ou mesmo invalidar o comando inserido no Parecer GQ-24, acima referido. Não há nenhuma menção às normas e procedimentos já vigentes que consagraram a presunção de cumprimento da carga horária pelo registro dos atos⁴⁷ bem como a sua mensuração pelos sistemas eletrônicos de controle processual⁴⁸, situação que, como vimos, atrai a incidência do disposto no § 6º do art. 6º do Decreto nº 1.590, de 10 de agosto de 1995.

Por tudo isso, não hesitamos em afirmar que, no ponto em que se propõe a regulamentar o teletrabalho domiciliar, a referida Portaria é nula, pois incompatível com os pressupostos constitucionais, legais e regulamentares que a precedem na hierarquia normativa⁴⁹.

Da mesma contaminada fonte ideológica bebe a Portaria nº 2, de 2 de março de 2016⁵⁰, que visa regulamentar a avaliação de estágio probatório dos membros da Advocacia-Geral da União. Salta aos olhos o contraste desta norma com a regulamentação que a precede no tempo e nos fundamentos de validade. São dignas de nota, pelo desafio que representam à autoridade do art. 40 e 41 da Lei Complementar 73/1993, a definição de assiduidade como presença ativa regular e sistemática, a definição de frequência como o comparecimento regular ao trabalho e necessidade de comunicar e justificar tempestivamente a necessidade de faltar ao trabalho ou de ausentar-se, e o dever de permanecer no trabalho o tempo suficiente para a execução das tarefas. Completam o rol de ataques à liberdade profissional a menção recorrente à necessidade de obediência às autoridades competentes, ao respeito à hierarquia estabelecida, e conceitos propositalmente vagos, a serem preenchidos pela subjetividade e capricho dos gestores, tais como a manutenção de padrão ético compatível com os valores da instituição.

⁴⁷ BRASIL. Advocacia-Geral da União, Ministério da Fazenda e Banco Central do Brasil. **Portaria Interministerial nº 19, de 2 de junho de 2009**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/190654>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Corregedoria da Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral Federal. **Instrução Normativa Conjunta nº 2, de 29 de julho de 2009**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/195205>. Acesso em: 12 mar. 2016.

⁴⁸ BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Portaria nº 315, de 11 de junho de 2004**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/10919>. Acesso em: 14 mar. 2016.

⁴⁹ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁵⁰ BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Portaria nº 2, de 2 de março de 2016**. Disponível em: <http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/132/PORTARIA-ESTAGIOPROBATORIO.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2016.

Igualmente nula é a referida Portaria no tocante às exigências de presença física, da necessidade de justificar-se para ausentar-se, de obediência à hierarquia estabelecida e às autoridades competentes, pois, como antecipamos, nada mais são do que um ato de rebeldia contra a **cadeia de comando das normas jurídicas**⁵¹.

Contra tais investidas, já nos alertava, desde 2011, o Procurador Federal Adel El Tasse, em antológico artigo⁵², em que clamava pela necessária afirmação da identidade dos advogados públicos enquanto advogados e pela intenção de produzir a ausência de resistência para com as estruturas próprias do autoritarismo.

6. CONCLUSÕES

A flexibilidade no cumprimento da carga horária, como antecipamos, possui fundamento nas seguintes normas jurídicas: na topografia constitucional da Advocacia Pública (seu caráter de Função Essencial à Justiça e órgão constitucional autônomo, transversal a todos os Poderes); na competência do Presidente da República para exercer a direção superior da administração federal (art. 84, I da Constituição da República); nas diretrizes de controle fixadas pelo Presidente da República (§ 6º do art. 6º do Decreto nº 1.590/1995) para as “situações especiais em que os resultados possam ser efetivamente mensuráveis”, situação na qual evidentemente se enquadram os membros da AGU (Portaria nº 315, de 11/06/04); no caráter cogente (arts. 40 e 41 da Lei Complementar 73/1993) das conclusões fixadas no Parecer GQ-24 do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União juntamente com o despacho de aprovação; nas normas regulamentares, de hierarquia inferior, fixadas pela própria Advocacia-Geral da União (Portaria Interministerial nº 19, de 2 de junho de 2009 e Instrução Normativa Conjunta nº 2, de 29 de julho de 2009) editadas em consonância com as normas e princípios que lhe servem de fundamento. Isto sem falar na farta e unânime jurisprudência que sempre garantiu a liberdade e independência profissional e proibiu o controle de horários dos advogados públicos⁵³.

⁵¹ Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁵² TASSE, Adel El. **A missão do advogado público na defesa do estado democrático**. Revista CEJ. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Ano XV, n. 55, p. 25-35, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1581/1532>. Acesso em: 14.03.2016.

⁵³ Recomendamos mais uma vez a leitura do parecer nº 2/OAB/DF-AAC, que traz importantes precedentes neste sentido. BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. **Parecer nº 2/OAB/DF-AAC, de autoria do**

É mister que os advogados públicos estejam atentos às prerrogativas que lhe confiam a Constituição e o ordenamento jurídico considerado em seu aspecto sistêmico. Merecem pronta e ativa repulsa as perigosas iniciativas que, a pretexto de regular o teletrabalho dos membros da Advocacia-Geral da União, ou mesmo camufladas na regulação do estágio probatório, trazem em seu bojo o escopo de mitigar a independência profissional há muito consagrada. Há que se combater a equivocada premissa de que o teletrabalho é uma benesse conferida aos advogados públicos, uma concessão da administração – o que levaria à errônea concepção de que se pode exigir requisitos para a sua concessão, bem como ser revogada a qualquer momento.

Mudar a cultura é mais difícil que mudar as leis. A despeito do amplo e cristalino espectro normativo, a cultura construída na Advocacia-Geral da União nos últimos anos caminhou em sentido oposto ao que se delineava em 2009, o que tem projetado inadequados e preocupantes reflexos na mentalidade dos gestores formados neste período. Desconheço, por exemplo, qualquer iniciativa local que tenha fixado, com fundamento no art. 4º da referida Instrução Normativa Conjunta nº 2/2009, as atividades que recomendem ou exijam a presença física do advogado público. Desconheço qualquer chefia que tenha determinado a demonstração ou detalhamento da forma de cumprimento da exigência legal das 40 (quarenta) horas de trabalho semanal na forma do art. 3º da mesma Instrução. Por outro lado, em nossa atividade associativa diuturnamente recebemos notícias de inaceitáveis exigências dos advogados que transitoriamente ocupam a posição de chefes (como a determinação para comparecimento em eventos inúteis e a imposição da presença na repartição sem necessidade do serviço que a justifique, por mero capricho) – tudo lamentavelmente acompanhado da ilícita ameaça de “corte de ponto” ou de outras responsabilizações administrativas sem o devido processo legal.

E, como reflexo dessa desvirtuada cultura que se estabeleceu na Advocacia-Geral da União nos últimos anos, proliferam hoje as apontadas tentativas de regulação que, sem se preocupar sequer em desconstruir ou revogar as premissas normativas acima estabelecidas, inserem exigências que contrariam as disposições jurídico-políticas vigentes. É mister acreditar que tal movimento seja mais um fruto do desconhecimento do que das más intenções e que, uma vez cientificados da inadequação de sua conduta, os advogados que editaram tais atos venham

Conselheiro Federal Aldemario Araujo Castro. Disponível em: <http://www.aldemario.adv.br/oab/parecerpontoadvogado.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2016.

a rever seus posicionamentos, recolocando-se em harmonia com as diretrizes e limites que regem a sua atuação regulamentar.

Não temos dúvida de que as novas imposições, natimortas, não sobreviverão ao crivo do Poder Judiciário. Tal circunstância, entretanto, não nos isenta, como integrantes da Ordem dos Advogados do Brasil, de opor contundente e firme combate a mais esta tentativa de barnabenizar os advogados que defendem o Estado Brasileiro. O preço da liberdade é a eterna vigilância.

Sobre o teletrabalho, é ainda importante fazer uma reflexão sobre as possibilidades que tal inovação nos reserva para a redefinição da estrutura organizacional das instituições da advocacia pública, em especial da Advocacia-Geral da União. A chamada desterritorialização, ou teletrabalho distribuído, é ferramenta que permitirá uma completa revolução na forma de organizar os espaços e o trabalho jurídico. Para nós, o teletrabalho domiciliar e distribuído deveriam tornar-se a regra, o que permitiria ao serviço público considerável economia de recursos. Destas e de outras considerações, contudo, dadas as limitações deste arrazoado, nos permitiremos tratar em outro artigo, caso esta oportunidade nos venha a ser franqueada.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. **PARECER nº 2/OAB/DF-AAC, de autoria do Conselheiro Federal Aldemario Araujo Castro**. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/oab/parecerpontoadvogado.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

TASSE, Adel El. **A missão do advogado público na defesa do estado democrático**. Revista CEJ. Brasília: Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Ano XV, n. 55, p. 25-35, out./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1581/1532>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução nº 13, de 11 de março de 2004**. Disponível em: <<http://www.jfsc.jus.br/ead/PDF/Resolucao13-2004.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2016.

BRASIL. Justiça Federal. Corregedoria Geral. **Provimento nº 10, de 15 de março de 2013**. Disponível em: <http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/direito/legislacao/atos/federais/pro_stj_cg_2013_10.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Escritório digital integrará processos em todo o país**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62304-escriptorio-virtual-integrara-processos-em-todo-o-pais>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

SUSSKIND, Richard. **The end of lawyers? Rethinking the nature of legal services**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.

STOPANOVSKI, Marcelo. **Entendeu ou quer que eu desenhe? A argumentação visual jurídica**. Brasília: Portal Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-17/suporte-litigios-entendeu-ou-eu-desenhe-argumentacao-visual-juridica>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução nº 53, de 9 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&id_materia=25684&reload=false>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução nº 53, de 9 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&id_materia=25684&reload=false>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer GQ-24, que aprovou o PARECER Nº AGU/WM-08/94, da lavra do Consultor da União Doutor WILSON TELES DE MACÊDO**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8195>>. Acesso em: 12 mar. 2016. E, no caso, referido Parecer obteve tal aprovação e publicação, conforme se verifica no Diário Oficial da União nº 152, de 10 de agosto de 1994, Seção 1, páginas 12040 e 12041. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=10/08/1994&jornal=1&pagina=4&totalArquivos=40>> e em <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=10/08/1994&jornal=1&pagina=5&totalArquivos=40>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Corregedoria-Geral da Advocacia-Geral da União. **Relatório Final do Processo de Sindicância nº 00406.000262/2007-96**. Disponível em: <<http://>

unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/115/00406000262200796.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Advocacia-Geral da União, Ministério da Fazenda e Banco Central do Brasil. **Portaria Interministerial nº 19, de 2 de junho de 2009**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/190654>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Corregedoria da Advocacia-Geral da União e Procuradoria-Geral Federal. **Instrução Normativa Conjunta nº 2, de 29 de julho de 2009**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/195205>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

CASTRO, Aldemario Araujo. **Pressupostos utilizados na regulamentação da advocacia pro bono, folha de registro de atividades e magistério no âmbito da advocacia pública federal**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/864779>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Conselho Superior do Ministério Público Federal. **Extrato da decisão proferida na 7ª sessão extraordinária, de 13.12.2010, no âmbito do processo administrativo nº 1.00.001.000151/2010-82**. Disponível em: <<http://csmpf.pgr.mpf.mp.br/documentos-e-publicacoes/deliberacoes-1/deliberacoes>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Portaria nº 794, de 14 de julho de 2011**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&id_materia=5614&reload=false>. Acesso em: 12 mar. 2013.

BRASIL. Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS. **Documentos relativos à Equipe de Acompanhamento de Processos Eletrônicos criada pela Portaria PFE INSS GAB nº 15 de 3 de agosto de 2006**. Disponíveis em: <http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/133/pfe_inss_virtual.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portaria TCU nº 139, de 9 de março de 2009**. Disponível em: <http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/117/PORTARIA_TCU_139_2009.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portaria TCU nº 99, de 5 de abril de 2010**. Disponível em: <http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/117/PORTARIA_TCU_139_2009.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Resolução CSJT nº 109, de 29 de junho de 2012**. Disponível em: <<http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/116/TST%20-%20Resolucao%20109-2012.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Portaria RFB nº 947, de 20 de abril de 2012**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=37824>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução nº 92, de 28 de maio de 2013**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/svr_resolucao-92-2013teletrabalho.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Resolução nº 53, de 9 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/diario/visualiza_documento_adm.php?orgao=1&id_materia=25684&reload=false>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Ministério Público da União. **Portaria nº 110, de 11 de dezembro de 2015**. Disponível em: <<http://www.transparencia.mpf.mp.br/diario-e-boletim/boletins-servico-mpu/bsmpu-2015/docs-2015/bsmpu-2015-12-12.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Conselho conclui proposta de regulamentação do teletrabalho na Justiça**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81574-conselho-conclui-proposta-de-regulamentacao-do-teletrabalho-na-justica>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Minuta de Resolução para regulamentação do teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/2c894c93400b27d-527870c42010eb537.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Portaria nº 545, de 23 de dezembro de 2015**. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=05/01/2016>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

BRASIL. Advocacia-Geral Da União. **Portarias nº 978/2015, 979/2015, 156/2016 e 157/2016**. Disponíveis em: %20978%20de%2024.12.2015.pdf, em <http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/124/PT%20979%20de%2024.12.2015.pdf>, em <http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/125/Portaria%20PGF%20n.00156%20de%2008.03.2016%20-%20ETRPROBIDADE.PDF> e em <http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/126/Portaria%20PGF%20n.00157%20de%2008.03.2016%20-%20ETR-REGRESSIVAS.PDF>, respectivamente. Acesso em: 14 mar. 2016.

VIEIRA, Renato Rodrigues. **Mensagem eletrônica à carreira de procurador federal em 24.12.2015**. Disponível em: <<http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/120/emailPGF-regulamentacaotrabalhoremoto.pdf>>. Acesso em: 14 mar.2016.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Portaria nº 315, de 11 de junho de 2004**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/10919>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Portaria nº 2, de 2 de março de 2016**. Disponível em: <<http://unafe.org.br/condicoesdetrabalho/admin/files/document/url/132/PORTARIA-ESTAGIOPROBATORIO.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

ADVOCACIA PÚBLICA DE ESTADO E A AUTONOMIA DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

CARLOS MARDEN CABRAL COUTINHO¹

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Autonomia e Administração Pública: em busca de uma relação que faça sentido. 3. Perfil institucional da Advocacia Pública. 4. Sobre o “*nomos*” que cabe à Advocacia Pública assumir. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O século XXI começou de maneira promissora para a sociedade brasileira: com uma democracia e uma Constituição recentes, escudadas por uma série de instituições que buscavam definir exatamente a sua função (e os seus limites) dentro de um Estado Democrático de Direito. Passados mais de 30 (trinta) anos da redemocratização, entretanto, a sociedade brasileira presencia o maior período democrático de toda a sua história, momento no qual começa a lidar com questões que antes nunca tiveram a oportunidade de se apresentar. Nesse contexto, se enquadra o amadurecimento das instituições democráticas, que, assim como os Poderes, começam a definir qual o seu papel no modelo de Estado consagrado pela Constituição Federal de 1988. Trata-se de um momento histórico e crucial, durante o qual o funcionamento adequado do Estado exige que se aparem as arestas.

É nesse cenário que se devem ser compreendidas as discussões a respeito das possibilidades e limites de atuações de instituições como o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública. Da mesma forma, também a Advocacia Pública encontra-se num momento de amadurecimento, no qual se desenvolvem discussões a respeito do perfil institucional que melhor lhe permita se desincumbir da missão constitucional que lhe foi atribuída. Trata-se de uma questão complexa e com muitas dimensões, a partir das quais podem se definir

¹ Procurador Federal. Especialista em Direito Processual Civil e Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-doutorando em Estado, Constituição e Democracia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

questões cruciais da formação da instituição. No presente artigo, entretanto, interessa investigar especificamente a questão da possível autonomia da Advocacia Pública (de todos os âmbitos federativos).

Nesse intuito, o primeiro passo será desenvolver o próprio conceito de autonomia, para que se possa deixar claro exatamente qual o objeto da discussão. Para tanto, será exposto o conceito usual de autonomia, demonstrando a origem da palavra e como ela se afirmou ao longo dos milênios. Feita essa explicação preliminar, se fará um desdobramento, para expor como a autonomia tem sido trabalhada sob a perspectiva do direito administrativo, com o objetivo de demonstrar que, nessa área específica do conhecimento, o conceito de autonomia tem um significado próprio, que deve ser o ponto de partida a partir do qual pode ser pensada a nossa problemática. Somente com um esclarecimento sobre o que se entende por autonomia na Administração Pública é que se pode trabalhar a questão de sua extensão à Advocacia Pública.

Feito esse indispensável esclarecimento conceitual, dedicar-se-á um tópico a analisar, em dois momentos, o perfil institucional da Advocacia Pública. A uma, será analisado o tratamento que a Constituição Federal dispensou à Advocacia Pública, optando por não incluí-la no Poder Executivo, para lhe enquadrar no capítulo dedicado às Funções Essenciais à Justiça, opção que deve ser levada em consideração na hora de definir o perfil institucional adequado. A duas, se enfrentará a crise existencial que se impõe a uma Advocacia Pública que vive um conflito entre a linha da advocacia de governo e a da advocacia de Estado, opções que se opõem e exigem diferentes perfis para serem efetivas. Com base nessa reflexão, será definido um perfil institucional de Advocacia Pública que seja compatível com o Estado Democrático de Direito.

No último tópico, serão trazidas as reflexões a respeito da autonomia na Administração Pública e do perfil institucional da Advocacia Pública, para que se possa enfrentar o cerne da questão: saber se a missão constitucional da Advocacia Pública é compatível (ou mesmo dependente) de sua autonomia. Uma vez estabelecido que a Advocacia Pública só pode desenvolver devidamente a sua missão institucional quando munida de autonomia, será trabalhada a questão de que tipo de autonomia se faz necessária, bem como os limites eventualmente envolvidos nessa mudança de concepção. O objetivo é demonstrar que a Advocacia Pública não pode ser confundida com o Poder Executivo, mas deve com ele manter uma fina sintonia que lhe é típica.

Em um jovem Estado Democrático de Direito, o amadurecimento das instituições passa necessariamente pelo debate acerca dos limites e garantias que lhes cercam. Em outras palavras, a construção de um regime democrático estável passa pela formação de instituições sólidas que possam servir de base à defesa dos valores republicanos e democráticos. Nesse contexto, as Funções Essenciais à Justiça (compostas pela Advocacia Pública ao lado da Defensoria Pública e do Ministério Público) exercem um protagonismo fundamental, na medida em que se apresentam como instrumentos para que o Estado cumpra a sua função, independentemente de quem ocupe o governo. Sendo assim, discutir a autonomia da Advocacia Pública é discutir a própria viabilidade de o Estado ser percebido como agente de efetivação de direitos fundamentais (e não como antagonista do cidadão).

2. AUTONOMIA E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: EM BUSCA DE UMA RELAÇÃO QUE FAÇA SENTIDO

Segundo a origem do grego antigo, a palavra autonomia é formada pela justaposição do prefixo “*auto*” com o radical “*nomos*”. O prefixo “*auto*” significa “*a si mesmo*”, sendo usado para qualificar hipóteses de independência, quando existe capacidade própria de ação. Por outro lado, o radical “*nomos*” significa “*norma*”, sendo utilizado para indicar regulação de determinada situação. Da união das palavras originais (tem-se que, etimologicamente e em sentido usual), tem-se que autonomia significa estabelecer normas para si mesmo. É o oposto de se falar em heteronomia, quando alguém segue regras que foram estabelecidas por outra pessoa. Sendo assim, falar em autonomia (de uma pessoa, entidade ou unidade política) significa afirmar que se trata de algo/alguém que tem capacidade de criar normas para si mesmo, sem precisar que haja regulação exterior.

O conceito de autonomia do senso comum, entretanto, não se mostra suficiente para enfrentar o desafio que o presente tema impõe, pois trata-se de um termo que é utilizado em muitas áreas de conhecimento, dentro de suas perspectivas específicas². Uma vez que se pretende investigar a questão da autonomia das instituições públicas (e especialmente da Advocacia Pública) faz-se necessário

² Na filosofia moral, por exemplo, Immanuel Kant trata da questão da autonomia como sendo a capacidade de autodeterminação do sujeito. Segundo o filósofo alemão, só é possível se falar em autonomia quando alguém é capaz de tomar uma decisão por si mesmo, livre de influência externa.

avançar para além do senso comum e trazer à baila o conceito de autonomia trabalhado pelo Direito Administrativo, para que se possa compreender como é possível lidar com o tema quando se fala de Administração Pública. Especificamente, quando se fala do funcionamento do Estado de Direito construído sob bases democráticas.

O que significa falar em autonomia dentro do direito administrativo? Como é evidente, significa dizer que determinada entidade/instituição goza de autonomia em relação ao seu respectivo Ente Federativo. Em outras palavras, em sede de direito administrativo, quando se fala em autonomia, fala-se em independência. É nesse sentido que se pode dizer, por exemplo, que os Três Poderes são independentes entre si. Desta mesma forma, é possível notar que existem outras possibilidades de autonomia, como, por exemplo, sugere o próprio nome dado às autarquias (*auto* + *arquia* significando “governar a si mesmo”). Percebe-se, portanto, que a organização da Administração Pública comporta a figura da autonomia, motivo pelo qual se justifica uma investigação.

Para tanto, cumpre apontar que existem várias formas de autonomia possíveis, sendo que 03 (três) são especialmente interessantes para o objeto do presente trabalho: técnica, financeira/orçamentária e administrativa. Em primeiro lugar, tem-se que uma determinada entidade pode ser autônoma tecnicamente, o que significa que as decisões de caráter técnico (relacionadas com o desempenho da sua atividade-fim) não estão sujeitas a nenhuma influência externa, de nenhum dos Três Poderes. Falar em independência técnica implica reconhecer que aquela entidade trabalha com uma atividade cujo nível de especialidade científica exige que lhe seja preservada a capacidade de decidir sempre tecnicamente, sem estar sujeita às circunstâncias políticas e/ou econômicas.

Em segundo lugar, tem-se a possibilidade de uma autonomia financeira e orçamentária. Por tal espécie de autonomia, se quer dizer que a entidade tem a possibilidade de elaborar o seu próprio orçamento, lhe sendo reservado também o direito de gerir seus próprios gastos; na medida em que se reconhece que somente a própria entidade é capaz de avaliar o orçamento necessário para o adequado desempenho de sua atividade, bem como de identificar a forma como os gastos irão ser revertidos em prol do atendimento do interesse público. Assegurar autonomia financeira e/ou orçamentária a uma determinada entidade implica garantir que nenhum elemento exterior poderá influenciar em sua atividade, por meio da gestão de seu dinheiro.

Por fim, tem-se a figura da autonomia administrativa, entendida como a possibilidade de uma entidade determinar a sua própria organização e gestão. Assegurar esse tipo de independência organizacional significa reconhecer que a entidade ou instituição tem peculiaridades que lhe são próprias e não podem ser bem compreendidas de fora, motivo pelo qual se justifica que lhe seja dada a possibilidade de decidir a respeito de sua própria estrutura e gestão. De certo modo, esse tipo de autonomia colabora para uma descentralização da atividade administrativa, nos casos em que não se compreenda que é necessária uma diretriz geral a enquadrar determinadas entidades da Administração Pública.

Essas observações preliminares têm por objetivo mostrar que o conceito de autonomia sai do senso comum para adquirir sentido próprio no direito administrativo, mediante o oferecimento de um significado técnico: às vezes, determinados órgãos, entidades ou instituições podem gozar de certa autonomia em relação ao Ente Federativo que os constituiu (notadamente em relação ao Poder Executivo). Nesses casos, a depender do contexto em que estejam inseridos, sua autonomia pode ser técnica, administrativa e/ou financeira/orçamentária, de acordo com aquilo que for necessário para o adequado desempenho de sua missão institucional.

O que cumpre investigar no presente texto, portanto, é se a Advocacia Pública é uma instituição cuja missão institucional exige que lhe seja concedida autonomia, para que se possa devidamente atingir os seus objetivos. E, em hipótese positiva, cumpre investigar qual as espécies de autonomia que lhe são típicas, bem como a forma em que cada uma delas se relaciona com a sua atividade. Em outras palavras, cumpre descobrir qual “*nomos*” pode ser assumido com independência pela Advocacia Pública. Para que se enfrente essa questão, entretanto, é necessário que primeiro se tenham algumas considerações sobre a Advocacia Pública em si, seu status constitucional e seu perfil constitucional, como forma de embasar qualquer defesa de sua autonomia.

3. PERFIL INSTITUCIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA

Uma vez esclarecido o que se entende por autonomia (em sentido comum e técnico), cumpre enfrentar uma segunda questão igualmente importante, qual seja a definição do perfil institucional da Advocacia Pública. Tal avanço depende do enfrentamento de muitas questões conceituais, que envolvem a missão

institucional que lhe foi reservada pela Constituição Federal. Tais reflexões se fazem necessárias, como forma de possibilitar a correta compreensão da relação que a Advocacia Pública desenvolve com a Administração Pública e notadamente com o Poder Executivo, na medida em que existe uma falsa percepção de que a Advocacia Pública estaria para o Poder Executivo assim como a advocacia privada estaria para o seu cliente. Trata-se, então, de investigar o tratamento que foi dado à Advocacia Pública pela Constituição Federal.

Analisando a lógica utilizada pela Carta Magna, ver-se-á que seu Título IV foi nomeado “*Da Organização dos Poderes*” e voltado a tratar dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, dedicando um capítulo para cada. Após tratar dos Poderes (com seus órgãos, estrutura, competências e configurações), entretanto, ainda dentro do mesmo título, a Constituição Federal oferece um Capítulo IV chamado “*Das Funções Essenciais à Justiça*”, no qual trata de 03 (três) instituições: Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública. Trata, ainda, da advocacia em geral, dizendo que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Tem-se, então, desde um primeiro momento, a necessidade de destacar que as chamadas Funções Essenciais à Justiça não estão incluídas dentro de nenhum dos Poderes, lhes sendo paralelas ou transversais. Especificamente quanto à Advocacia Pública, disciplina a Constituição Federal que lhe cabe a representação judicial e extrajudicial dos respectivos Entes Federativos, especialmente no que toca às atividades consultoria e assessoramento do Poder executivo. Em outras palavras, após expor quais são os Poderes do Estado, a Constituição Federal disciplina que entre as Funções Essenciais à Justiça, se encontra uma (Advocacia Pública) que tem por finalidade representar os Poderes, além de lhes prestar consultoria e assessoramento.

Isto posto, a primeira reflexão que deve ser apresentada é no sentido de que houve uma opção constitucional por não incluir a Advocacia Pública (nem o Ministério Público nem a Defensoria Pública) dentro de nenhum dos 03 (três) Poderes, exatamente por compreender que sua função seria melhor exercida sem a referida vinculação. Aqui, é interessante lembrar que um dos princípios básicos da nova hermenêutica constitucional é a conformação funcional: a interpretação deve sempre se dar de maneira a respeitar a organização do Estado que foi originalmente pretendida pela Constituição Federal, sob pena de que se

desconfigure o projeto constitucional. Em 05 de outubro de 1988, se concebeu (e se constituiu) um Estado no qual a Advocacia Pública foi tratada não como parte de um dos Poderes, mas sim como Função Essencial à Justiça.

Esta é uma afirmação categórica: eventual entendimento de que a Advocacia Pública está inserta em algum dos Poderes do Estado fere diretamente a Constituição Federal, violando o princípio da conformidade funcional. É preciso que qualquer tratamento dado à Advocacia Pública respeite a condição de Função Essencial à Justiça que lhe foi constitucionalmente reservada. Nesse ponto, impõe-se um esclarecimento: por que criar um título dedicado à organização dos Poderes e nele incluir um quarto capítulo dedicado às Funções Essenciais à Justiça? Em outras palavras: por que determinadas instituições são essenciais à justiça e por que a Constituição Federal optou por lhes disciplinar em um tópico exclusivo e com este nome específico. São perguntas que requerem uma resposta cuidadosa.

Analisando a Constituição Federal, percebe-se que em seu artigo 127, consta que

o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Por outro lado, adiante, em seu artigo 134, constará que “a Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados.

A própria redação do texto constitucional mostra-se suficiente para esclarecer o ponto em questão: Ministério Público e Defensoria Pública exercem funções atípicas, que não se enquadram em nenhum dos Poderes entre os quais ordinariamente se organiza o Estado, motivo pelo qual são tratados como lhe sendo independentes. Mais do que isso, exercem missões (defender o interesse público e defender os necessitados) que são relevantes para o Estado Democrático de Direito ainda que não preferenciais para o Governo circunstancialmente

constituído. Por fim, o nome do capítulo se deve à percepção de que as funções exercidas pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública são essenciais para o adequado funcionamento do Estado Democrático de Direito, notadamente no que toca ao instituto do processo (que seria prejudicado se o interesse público e/ou os necessitados não pudessem ser adequadamente representados).

Trata-se exatamente da mesma lógica que deve ser aplicada à Advocacia Pública. O tratamento que a Constituição Federal dispensou à advocacia pública leva à compreensão de que: se trata de uma instituição independente dos Três Poderes (lhes sendo transversal), cuja função contribui diretamente para o adequado funcionamento do Estado Democrático de Direito e que se relaciona com o direito ao processo, sendo fundamental para que se tenha qualquer pretensão de justiça. Como explica José Afonso da Silva, as Funções Essenciais à Justiça são “compostas por todas aquelas atividades profissionais públicas ou privadas sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionará muito mal” (SILVA, 2001).

Num primeiro momento, pode parecer uma série de premissas bem distantes daquelas que a priori se imaginaria serem típicas da advocacia, mas esse estranhamento só se apresenta quando a reflexão ainda não chegou até o ponto de amadurecimento que permite compreender o conceito de advocacia de Estado. Como aponta Aldemario Araújo Castro (2010), trata-se de perceber que as Funções Essenciais à Justiça compreendem toda a advocacia em sentido bem amplo, colocando de um lado a advocacia privada e de outro a advocacia realizada por servidores públicos. Esta última, por sua vez, divide-se em advocacia da sociedade (Ministério Público), advocacia dos necessitados (Defensoria Pública) e advocacia do Estado (Advocacia Pública).

A perfeita delinação do conceito de advocacia de Estado, entretanto, só é possível quando analisado em oposição ao tradicional (e sedimentado) conceito de advocacia de governo. Efetivamente, partindo do senso comum, pode se ter a equivocada percepção de que a Advocacia Pública deveria ser uma advocacia de governo, servindo para defender os interesses dos gestores de plantão. Tal concepção, porém, seria incompatível com o status constitucional da instituição, na medida em que uma advocacia de governo não apenas seria dispensável como muitas vezes seria até prejudicial à justiça. Não é porque a Advocacia Pública está vinculada a um determinado Ente Federativo que ela deve ser cooptada pelo interesse do governo, muito pelo contrário.

Como explica Aldemario Araújo Castro (2010):

Perceba-se que o advogado público pauta sua atividade, quer contenciosa, quer consultiva, na legalidade em sentido amplo (ou juridicidade). Na atuação contenciosa são defendidas políticas públicas e atos administrativos sob os argumentos de serem fundados em leis e estarem em consonância com a Constituição. É certo, registre-se, a persistência de uma séria dificuldade, a ser operacionalmente superada, quanto à defesa, ou não, dos atos administrativos reputados ilegais ou inconstitucionais, considerados e devidamente tratados os espaços de razoabilidade e as convicções pessoais acerca das matérias jurídicas envolvidas. Na atuação consultiva são reconhecidas, ou não, a constitucionalidade e a legalidade de políticas públicas e atos administrativos. Ainda nessa seara podem e devem ser apontados os caminhos ou soluções que afastem os ilícitos de todas as ordens para a consecução da decisão política adotada. Esses são os traços mais salientes de uma advocacia de Estado.

Tem-se, então, que a missão institucional da Advocacia Pública consiste em viabilizar as políticas públicas, preservar o patrimônio público e prevenir/combater a corrupção, se fazendo, assim, peça fundamental ao funcionamento do próprio Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, cabe à Advocacia Pública exercer uma advocacia de Estado, mediante a qual se assegure que o governo se conduza de acordo com o Ordenamento Jurídico. Em outras palavras, não cabe à Advocacia Pública envergar o Ordenamento Jurídico para que ele se faça conveniente ao governo, mas sim moldar o governo, para que ele realize a sua atividade nos termos das leis e da Constituição. Sendo assim, só se pode falar que a Advocacia Pública exerça uma Função Essencial à Justiça, se ela exercer junto ao governo uma Advocacia de Estado.

4. SOBRE O “*NOMOS*” QUE CABE À ADVOCACIA PÚBLICA ASSUMIR

Como se viu no tópico anterior, o perfil institucional da Advocacia Pública está afinado com o conceito de Função Essencial à Justiça, de forma que lhe caiba

exercer uma advocacia de Estado, zelando para que a implementação das políticas públicas ocorra num ambiente de plena legalidade/constitucionalidade. Partindo dessa premissa, é evidente que deve haver autonomia entre a Advocacia Pública e o Ente Federativo correspondente, pelo simples fato de que a total ausência de autonomia colocaria a instituição à mercê do governo de plantão, inviabilizando por completo o desempenho de sua missão institucional. O desafio, então, se resume a investigar até onde vai a autonomia da Advocacia Pública, o que exige que se analise cada uma das espécies elencadas no início deste texto.

Em primeiro lugar, coloque-se a questão da autonomia técnica, mediante a qual se apresenta a investigação de saber se a advocacia pública tem ou não autonomia técnica em relação ao governo (especialmente em relação ao Poder Executivo). Se o ponto de partida for o conceito de advocacia de Estado, ver-se-á que não pode restar dúvidas quanto ao fato de que a autonomia técnica é característica da Advocacia Pública, na medida em que é condição essencial para que se possa evitar uma advocacia de governo. De fato, somente mediante a concessão da independência técnica é que se pode assegurar que o advogado público tenha plena capacidade de zelar para que sejam atendidos os interesses do Estado, ainda que isso represente uma resistência aos interesses do governo.

Aqui, cabe uma reflexão, no sentido de que a própria missão institucional da Advocacia Pública não pode ser cumprida sem tal espécie de autonomia. Efetivamente, no momento em que a Constituição Federal opta por tratar de tal instituição fora dos Três Poderes e de enquadrá-la como Função Essencial à Justiça, está na verdade dizendo que o bom funcionamento da Administração Pública (como um todo) depende da existência de uma instituição externa e transversal que zele para que os Três Poderes se conduzam de maneira a atender o Ordenamento Jurídico. Tal propósito só se justifica se houver autonomia técnica, pois não há como exercer esta atividade se os próprios governantes tiverem ingestão sobre o conteúdo técnico das manifestações jurídicas.

Defender a existência de autonomia técnica, entretanto, não significa que a Advocacia Pública atue sem qualquer tipo de limite. Não é de se olvidar, por exemplo, que cada governo é eleito para cumprir um determinado programa, de forma que existe uma linha de atuação que está previamente legitimada pelo processo eleitoral. Sendo assim, por mais que a Advocacia Pública não esteja inserida em nenhum dos Poderes, sua atuação não pode ser exercida de modo a que se ponha como obstáculo ao cumprimento do programa de governo escolhido

democraticamente. Dentro do esquema organizacional do Estado, a Advocacia Pública entra como uma peça-chave para fazer com que o programa de governo (ou as atividades parlamentares e judiciárias, por exemplo) tenha viabilidade e possa ser implementado em consonância com as leis e a Constituição Federal.

Da mesma forma, a independência técnica pode encontrar limites internos, como quando a própria instituição se vale de mecanismos que permitam a uniformização de entendimentos. Sem prejuízo da independência que é típica da atividade advocatícia, não se pode afastar a possibilidade de eventualmente ser necessária uma atuação uniforme entre determinado corpo de advogados públicos, sob pena de se correr o risco de criar uma instituição cuja atuação é esquizofrênica. Nesse ponto, cumpre lembrar, inclusive, que a atividade da Advocacia Pública tangencia não só a Administração Pública, mas também os cidadãos comuns, motivo pelo qual sua atuação tem que ser clara e coerente. Em outras palavras, a autonomia técnica deve existir e assegurar que os advogados públicos exerçam devidamente a sua função, mas não significa total independência.

Em segundo lugar, temos a autonomia administrativa, mediante a qual se põe a questão de saber se a Advocacia Pública deve ter independência para determinar a sua própria estrutura e organização. Também aqui a resposta positiva se impõe. E o faz por dois motivos. A uma, como já elaborado a Advocacia Pública não faz parte do Poder Executivo, tendo merecido tratamento especial da Constituição Federal, que a elencou como sendo uma das Funções Essenciais à Justiça. Tem-se, então, que qualquer interferência do Poder Executivo na definição de sua organização deve ser percebida como indevida, tanto quanto o seria se ocorresse no Poder Judiciário ou no Poder Legislativo. Apesar de ser aquele que normalmente mais se vale dos serviços da Advocacia Pública, não cabe ao Poder Executivo ditar a sua estrutura e organização, sob pena de interferir no modelo constitucionalmente previsto.

A duas, tem-se o fato de que a Advocacia Pública tem peculiaridades que exigem uma forma diferente de organização e gestão. Normalmente, a Administração Pública é organizada e gerida com base em um modelo rigidamente hierárquico, cuja estrutura pode se mostrar bastante prática e funcional. Entretanto, trata-se de um modelo que não pode ser aplicado à Advocacia Pública, na medida em que o exercício da atividade advocatícia não é compatível com a hierarquização. Na verdade, o próprio Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil estabelece expressamente que, nos casos em que vários advogados atuem

conjuntamente, não é permitido criar uma estrutura que os torne subalternos uns dos outros³.

Sendo assim, a exemplo do que acontece com as demais Funções Essenciais à Justiça, a Advocacia Pública exige que sua organização se dê de uma maneira diversa daquela normalmente vigente no restante da Administração Pública. Diante de tais circunstâncias, justifica-se que a instituição tenha garantida a sua autonomia administrativa, assegurando-lhe a possibilidade de definir a sua estrutura e o seu modelo de gestão (que inclusive deve seguir um parâmetro democrático e participativo compatível com a natureza da atividade advocatícia). Percebe-se, portanto, que a eficiência (e a capacidade de atingir sua finalidade) da Advocacia Pública pode ser comprometida por uma ingerência externa indevida, motivo pelo qual o ideal é que lhe seja garantida a auto-organização.

Por fim, em terceiro lugar, tem-se a autonomia financeira e orçamentária, por meio da qual se questiona se a Advocacia Pública deve ter independência para elaborar o próprio orçamento e gerir os próprios recursos. Também aqui se impõe uma resposta positiva. Explique-se: não pode haver dúvidas de que o desempenho de qualquer atividade fica limitado a partir do momento em que a entidade tem seu orçamento elaborado por outra pessoa, que também pode interferir na forma como tal orçamento será gerido. No caso da Advocacia Pública, essa ingerência externa normalmente fica a cargo do Poder Executivo da respectiva unidade federativa.

Ora, desde um primeiro momento, já se percebe que existe uma situação inadequada, a partir do momento em que o Poder Executivo passa a ter controle sobre o orçamento e as finanças de uma entidade que lhe é exterior. Estabelecer essa relação de dependência da Advocacia Pública com o Poder Executivo (ou com qualquer um dos outros Poderes) implica distorcer a configuração original que a Constituição Federal estabeleceu para o Estado brasileiro, comprometendo a condição da Advocacia Pública enquanto Função Essencial à Justiça (que deve ser independente e transversal).

Tal mostra-se ainda mais impertinente quando se percebe que a Advocacia Pública exerce o desconfortável papel de assessorar os Três Poderes no desempenho

³ Art. 29. O advogado que se valer do concurso de colegas na prestação de serviços advocatícios, seja em caráter individual, seja no âmbito de sociedade de advogados ou de empresa ou entidade em que trabalhe, dispensar-lhes-á tratamento condigno, que não os torne subalternos seus nem lhes avilte os serviços prestados mediante remuneração incompatível com a natureza do trabalho profissional ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários que for aplicável.

de suas missões institucionais, zelando para que tais atividades sejam exercidas nos termos do Ordenamento Jurídico. O adequado funcionamento de tal modelo depende necessariamente de um delicado equilíbrio entre as instituições, de forma a permitir que a Advocacia Pública respeite as diretrizes dos Três Poderes, ao mesmo tempo em que tem a função de assegurar a sua legalidade/constitucionalidade. Tal equilíbrio fica claramente prejudicado a partir do momento em que o Poder Executivo se assenhora do orçamento da Advocacia Pública, que passa a lhe ser dependente. Quem controla o orçamento e as finanças de uma instituição, certamente estabelece uma relação de dependência dela consigo.

Por tal motivo, também a autonomia financeira e orçamentária da Advocacia Pública deve ser assegurada, sob pena de restar comprometida a sua capacidade de cumprir com sua missão constitucional. É evidente que tal autonomia não pode resultar em abuso de direito, que transforme a instituição numa fonte inesgotável de gastos públicos. Não é esse o objetivo da garantia. Busca-se apenas assegurar que a Advocacia Pública possa ter a necessária independência para que se coloque como uma Função Essencial à Justiça que funciona como instituição paralela (mas também independente) dos Três Poderes, o que depende essencialmente da possibilidade de elaborar e gerir seu próprio orçamento.

Feitas estas considerações, percebe-se que a ideia de autonomia é indissociável da ideia de Função Essencial à Justiça, de maneira que o amadurecimento das instituições envolvidas exige que se caminhe no sentido de assegurá-la, seja em sentido técnico, administrativo, financeiro e/ou orçamentário. É preciso romper com a dependência que historicamente foi causa de uma relação nociva entre o Poder Executivo e a Advocacia Pública, promovendo o conceito de advocacia de Estado em detrimento da indesejada advocacia de governo. Para tanto, deve-se cada vez mais aprimorar a investigação do perfil institucional da Advocacia Pública, de forma que ela se veja progressivamente cercada das garantias que lhe assegurem os meios necessários para desenvolver a importante missão institucional que lhe foi reservada pela Constituição Federal.

5. CONCLUSÃO

A Advocacia Pública vive o momento mais crítico de sua história. Quase 30 (trinta) anos depois da Constituição Federal de 1988, em meio a um claro processo de amadurecimento da democracia brasileira, a instituição também se

encontra perante um enorme desafio: definir de vez o seu perfil institucional, de forma a melhor cumprir a missão que lhe foi reservada pela Carta Magna. Trata-se de um ponto de inflexão, no qual a Advocacia Pública precisa se afirmar definitivamente como Função Essencial à Justiça, se cercando das garantias/prerrogativas indispensáveis ao desempenho das atividades que lhes são típicas, mediante a afirmação de sua atuação afinada com o conceito de advocacia de Estado, afastando-se da deletéria prática da advocacia de governo.

Para tanto, faz-se indispensável enfrentar a questão de sua autonomia (financeira/orçamentária, técnica e administrativa), na medida em que esta conquista se apresenta como condição *sine qua non* para o cumprimento de sua missão constitucional. Em pleno século XXI, o Estado Democrático de Direito não pode mais se conformar com a teoria clássica da separação de Poderes, como posta há milênios. Mesmo o sistema de freios e contrapesos encontra-se defasado, depois de alguns séculos de funcionalidade. Já não é mais possível apostar somente nos Poderes (Executivo, Judiciário e Legislativo) como instrumentos de contenção do Poder Uno do Estado, motivo pelo qual a Teoria do Estado evoluiu para permitir o surgimento de instituições que se mostrem paralelas e transversais ao seu esquema clássico de organização.

Essa necessidade foi percebida pela Constituição Federal, quando (para além dos Três Poderes) dedicou um capítulo às Funções Essenciais à Justiça, reconhecendo que Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública têm um papel fundamental a desempenhar no adequado funcionamento do Estado Democrático de Direito. Cabe às referidas instituições transcender o interesse do governo e defender, respectivamente, os interesses da sociedade, dos necessitados e do Estado. Em pleno terceiro milênio, não basta configurar o Estado de forma a que os Poderes sejam interdependentes e sirvam de limite uns aos outros, é preciso também que instituições externas possam fazer com que a justiça seja um valor respeitado pelo Estado.

Especificamente no que diz respeito à Advocacia Pública, o cumprimento de sua função passa pelo afastamento do ultrapassado conceito de advocacia de governo e pela adoção definitiva do conceito de advocacia de Estado: uma atuação da Advocacia Pública que esteja voltada para assegurar que a atuação do governo aconteça nos limites da legalidade/constitucionalidade. Para tanto, indispensável que a Advocacia Pública se cerque de certa independência em relação ao governo (especialmente em relação ao Poder Executivo), o que só pode ser concretizado

por meio da progressiva conquista de autonomia técnica, financeira/orçamentária e administrativa. Somente uma Advocacia Pública independente pode cumprir a sua missão constitucional da maneira devida.

O amadurecimento das instituições democráticas exige uma releitura dos esquemas clássicos da Teoria Geral do Estado. Para o adequado funcionamento do Estado Democrático de Direito, algumas instituições devem necessariamente gozar de independência e de autonomia, de forma a desenvolver suas atividades a contento. A Advocacia Pública é uma destas instituições e só conseguirá efetivamente se (a)firmar como Função Essencial à Justiça quando gozar de autonomia (técnica, orçamentária/financeira e administrativa) que lhe permita exercer uma verdadeira advocacia de Estado. Trata-se de um desafio enorme e inédito, o qual só será vencido mediante a superação de inúmeros obstáculos de ordem política-cultural. O presente trabalho é uma pequena contribuição para que esta vitória seja possível.

6. REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil**. Disponível em <<http://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>>.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2016.

CASTRO, Aldemario Araújo. **Advocacia de Estado versus Advocacia de Governo**. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/observa/advestadvgov.pdf>>.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podium, 2015.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HABERLE, Peter. **Pluralismo e Constitución**. Madri: Tecnos, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**. São Paulo: Editora 34, 2003.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. **Advocacia Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v.43, 1991.

ROSANVALLON, Pierre. **La Legitimidad Democrática**: imparcialidad, reflexividad y proximidad. Madri: Ediciones Paidós, 2010.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

TODOROV, Tzvetan. **Os inimigos íntimos da democracia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

DAS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA PÚBLICA

CARLOS ANDRÉ STUDART PEREIRA¹

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Da Necessidade de se adequar a expressão “Fazenda Pública”. 3. Do Advogado Público como Agente Político. 4. Das Prerrogativas da Advocacia Pública. 4.1. Da exclusividade das atribuições. 4.2. Da ausência de obrigatoriedade de sempre contestar e de tudo se recorrer. 4.3. Da responsabilidade do advogado público. 4.4. Da ausência de responsabilização por descumprimento de decisões judiciais. 4.5. Da não submissão ao controle de ponto. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A atividade da Advocacia Pública consiste, em apertada síntese, no controle da legalidade dos atos da Administração e na sua defesa em juízo. Para que suas funções sejam exercidas de forma mais eficiente, é indispensável a previsão de prerrogativas para seus membros.

É que, no exercício dessas atribuições, o advogado público deve sempre buscar uma atuação pautada no interesse público primário ou até o secundário, desde que este não colida com aquele.

Ora, sem poder fazer uso das prerrogativas necessárias ao exercício da sua função, ele não poderá, certamente, se desincumbir, como deveria, do seu precípua mister constitucional de defesa do interesse público.

Não se pode cometer o erro de muitos, notadamente de alguns leigos, que identificam as prerrogativas como privilégios. Aquelas não são regalias e sim garantias funcionais instituídas para assegurar ao advogado público o pleno exercício do seu mister constitucional. Os privilégios consistem em vantagens sem fundamento, que geram uma odiosa discriminação, chegando-se a claras situações de injustiça.

No presente estudo, dar-se-á enfoque a prerrogativas pouco mencionadas pela doutrina, deixando-se de lado as já sobrejamente conhecidas, como aquelas de ordem processual.

¹ Procurador Federal. Advogado inscrito na OAB/CE. Especialista em Direito Previdenciário, Direito Constitucional e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

2. DA NECESSIDADE DE SE ADEQUAR A EXPRESSÃO “FAZENDA PÚBLICA”

De forma simples e direta, o conceito de Fazenda Pública abrange a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas autarquias e fundações públicas.

Consoante as lições do eminente mestre e advogado público Leonardo José Carneiro da Cunha, a utilização constante da referida expressão fez com que se passasse a adotá-la num sentido mais amplo, indicando a atuação do Estado em juízo.

Com todas as vênias possíveis, considero que já passou da hora de a Advocacia Pública ter sua imagem separada da figura do ente público ao qual está ligada, notadamente depois da entrada em vigor da Carta da República de 1988, a partir da qual passou a ter um nome próprio.

A nossa Carta Magna, em sua redação original, consagrava, no título da Seção II, do Capítulo IV, do Título IV, a expressão “Da Advocacia-Geral da União”, que foi alterada para “Da Advocacia Pública”, quando da promulgação da Emenda nº 19/98.

Talvez tenha sido a intenção do legislador constituinte estabelecer, inicialmente, uma unicidade ou indivisibilidade da Advocacia Pública, como fez em relação ao Ministério Público. Não obstante a superveniente alteração legislativa, com a promulgação da sobredita emenda constitucional, nada impede, por exemplo, a edição de uma lei orgânica da Advocacia Pública, que traga elementos básicos sobre a sua atuação, deveres e prerrogativas. O assunto, inclusive, foi discutido na Câmara dos Deputados, em sessão realizada no dia 10 de julho de 2012, na Comissão de Constituição e Justiça, tendo o então Deputado Federal Fábio Trad feito o seguinte pronunciamento:

O requerimento que apresentei, inspirado pela necessidade de debater a criação de uma lei orgânica da advocacia pública, prende-se ao fato de que cada vez mais a impressão que se tem é de que a advocacia pública é a prima pobre das carreiras jurídicas no Brasil. Nós precisamos reverter esse processo enquanto é tempo e enquanto há oportunidade política para fazê-lo. Eu creio que agora é chegado o momento de a advocacia pública unir as suas forças em

torno dessa causa. Uma lei orgânica que defina princípios, conceitos e que, na realidade, estabeleça uma identidade constitucional ligada às funções essenciais da Justiça, porque o Brasil sem advocacia pública é um País sem defesa dos interesses maiores que têm sentido quanto se concebe um Brasil como Nação.

Assim, por deter o *status* constitucional, ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública, a Advocacia Pública deve figurar de forma autônoma, ou seja, dissociada do ente por ela (re)presentado².

Considerando essa necessidade, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) adaptou-se, colocando a Advocacia Pública em um título próprio, ou seja, o Título VI, do Livro III³. Observe-se:

TÍTULO VI DA ADVOCACIA PÚBLICA

Art. 182. 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.

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

² Como se sabe, a apresentação difere da representação na medida em que, na primeira, fala-se por si e, na segunda, em nome de outrem.

³ Oportuno registrar que, em momento nenhum, o diploma processual de 1973 utilizou a expressão “Advocacia Pública”.

Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

Certo é que o artigo 183 acima poderia ter feito menção à própria instituição tratada no título (como se fez no artigo 186 em relação à Defensoria Pública). No entanto, isso não foi possível por conta das procuradorias municipais, que, infelizmente, não se encontram ainda constitucionalizadas.

Daí a importância da aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 17, de 2012, que altera a redação do artigo 132 da Lei Maior para estender aos Municípios a obrigatoriedade de organizar carreira de procurador (para fins de representação judicial e assessoria jurídica), com ingresso por concurso público com a participação da OAB em todas as suas fases, garantida a estabilidade dos procuradores após 3 anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho.

Oportuno registrar que a Lei nº 12.636, de 14 de maio de 2012, instituiu “o Dia Nacional da Advocacia Pública, função essencial à justiça, a ser comemorado, anualmente, no dia 7 de março, em todo o território nacional”⁴.

O que importa é que, com a finalidade de impulsionar e tornar mais eficiente a representação judicial, extrajudicial e as atividades de consultoria e assessoramento da União, dos Estados e do Distrito Federal, a Constituição da República institucionalizou nas Funções Essenciais à Justiça, a Advocacia Pública. Esse novo panorama surge para que sobrevenham novos paradigmas de conformidade com os regramentos constitucionais traçados. Assim, entende-se que o título de decantadas obras doutrinárias poderia ser alterado de, por exemplo, “A Fazenda Pública em Juízo” ou “O Poder Público em Ação” para simplesmente “A Advocacia Pública em Juízo”, adaptando-se à ordem constitucional de 1988.

3. DO ADVOGADO PÚBLICO COMO AGENTE POLÍTICO

Como cediço, agente político, em sua conceituação mais ampla, são os titulares de cargos estruturais à organização política do País, integrando o esquema fundamental do Poder.

⁴ A data foi escolhida em homenagem ao dia 7 de março de 1609, momento em que foi criado o cargo de Procurador dos Feitos da Coroa, da Fazenda e do Fisco, na época do Brasil Colônia.

Com absoluta certeza, o enquadramento do procurador público⁵ nessa categoria pode causar certo espanto ou até mesmo desconforto, notadamente para algumas carreiras que desejam monopolizar o protagonismo no âmbito judicial. Não se trata de caprichos ou vaidade, mas, apenas, de se fazer uma interpretação adequada das normas constitucionais, reconhecendo, desse modo, o verdadeiro papel que, inequivocamente, foi conferido aos advogados públicos como agentes políticos, até porque, como se nota, topicamente, a Advocacia Pública está inserida no Título pertinente à Organização dos Poderes (Título IV - artigos 44 a 135, da CRFB/88).

Como se sabe, segundo o clássico ensinamento de Pontes de Miranda, os advogados públicos apresentam a Fazenda Pública em juízo, não sendo correto aludir-se a representação. O procurador expressa a vontade do próprio Estado, vindo a assumir a verdadeira função de agente político, exercendo suas atribuições cercados de prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Veja-se o que diz a nossa Lei Maior:

SEÇÃO II DA ADVOCACIA PÚBLICA

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

⁵ Expressão utilizada pela própria Constituição em seu artigo 37, inciso XI.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

A topologia das referidas normas no bojo da Carta de 1988 revela a situação peculiar da Advocacia Pública.

A Constituição, como se observa, cuida especificamente de uma instituição e o faz, com certeza, para conferir-lhe maior dignidade e vigor. É a forma pela qual a nossa Carta Maior revela seu especial apreço a essa instituição denominada Advocacia Pública.

Aliás, pela análise sistemática da Constituição, constata-se facilmente que a Advocacia Pública está ao lado do Ministério Público e da Defensoria Pública, o que autoriza a conclusão de que as instituições ali previstas (artigos 127 a 135, CRFB/88) ocupam idêntico patamar constitucional.

Assim, a Advocacia Pública, inserida pela Constituição de 1988 no capítulo dedicado às Funções Essenciais à Justiça, posiciona-se com *status* institucional próprio, desempenhando funções específicas, com liberdade e independência orgânica, mercê das garantias que lhe são, para tal fim, constitucionalmente deferidas.

Bem a propósito, oportuno ressaltar que, no julgamento do **RE nº 558.258**, o Ministro Dias Toffoli fez importante reflexão a respeito dessa questão:

No Capítulo IV, trata das chamadas Funções Essenciais à Justiça. Na seção I, do Ministério Público; na Seção II, da Advocacia Pública; na Seção III, da Defensoria Pública. [...]. Ora, o que temos aí? Temos que tanto o Ministério Público, quanto a Advocacia Pública e a Defensoria Pública são instituições que não integram nenhum dos Três Poderes. Eles estão separados tanto do Legislativo, quanto do Executivo, quanto do Judiciário.

O constituinte originário, portanto, deixou de prever a Advocacia Pública no Título III (da Organização do Estado), em que trata especificamente da Administração Pública, conferindo-lhe uma posição apartada, fora do auspício do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder judiciário, exatamente para que tenha condições de cumprir, com independência, uma espécie nova de “quarta Função de Estado”.

O advogado público, portanto, exerce uma das funções do Poder, na qualidade de **presentante** do Estado nos processos judiciais e extrajudiciais e também de **presentante** jurídico da República Federativa do Brasil nas relações internacionais⁶.

Não se pode negar que, em sua redação original, a Carta da República foi tímida em relação ao regramento da Advocacia Pública e da Defensoria Pública. No entanto, como ensina o Ministro Gilmar Mendes, o “constituinte não as tratou com a minúcia que devotou ao Ministério Público – opção que não deve ser interpretada como valoração diferente da relevância dos entes que compõe esse capítulo da Carta. Todos, dentro das suas peculiaridades, são fundamentais para realização da Justiça”⁷.

É desse tratamento especial e das suas atribuições constitucionais que se extrai a parcela de soberania exercida pelo procurador público. É que, se ele é detentor da atribuição constitucional de apresentar judicial e extrajudicialmente um ente personalizado, que tem como finalidade o bem comum, é porque também compõe a soma dos poderes concentrados para esse fim. Registre-se que o poder do Estado é uno e indivisível. Disso, deduz-se que as atribuições do advogado público representam uma parcela da soberania, pois possuem como escopo fundamental a “representação” do povo, território e governo. Demais disso, o procurador público participa da rede de controle governamental, constituindo também um instrumento de viabilização de políticas públicas, tão necessárias à satisfação dos interesses primários da sociedade.

A tese em comento não é nova e vem sendo defendida, dentre outros, por Reinaldo Moreira Bruno e Manolo Del Olmo, segundo os quais os membros da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito

⁶ No âmbito internacional, a atribuição é dos membros da Advocacia-Geral da União.

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 999.

Federal, são agentes políticos. Os referidos autores não são advogados públicos, fundamentando seu entendimento, com a isenção necessária, da seguinte forma:

Há dois motivos para considerar os referidos detentores de cargos como agentes políticos. O primeiro diz respeito à possibilidade de eles responderem pelos chamados crimes de responsabilidade. A Lei n. 1.079, de 10/4/1950, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento, inclui todos os mencionados no rol citado. [...] O segundo motivo diz respeito ao art. 39, § 4º, da CF, que engloba em um único segmento todos os agentes políticos a quem o legislador reformador resolveu atribuir a paga pecuniária denominada subsídio⁸.

Lembrando que em relação ao pagamento dos procuradores públicos por meio de subsídios, existe específica previsão constitucional, mais precisamente o artigo 135 da nossa Lei Maior⁹.

Segue adiante trecho de interessante voto proferido na AMS 0051142-49.1998.4.01.0000¹⁰:

Veja-se que também no contexto da reforma administrativa, os membros da advocacia pública, a julgar pela forma de remuneração prevista no art. 135 da Constituição, aproximam-se da categoria de agentes políticos. Na concepção de Hely Lopes Meirelles, os agentes políticos “atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais” (Direito administrativo brasileiro. 24 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 71).

Assim, as instituições que exercem funções essenciais à Justiça devem atuar de forma independente, autônoma, e com princípios próprios que regem os seus

⁸ BRUNO, Reinaldo Moreira e DEL OLMO, Manolo. **Servidor Público**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 10.

⁹ Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º.

¹⁰ Relator JUIZ JOÃO BATISTA GOMES MOREIRA, TRF1 - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA: 27/11/2000.

destinos, sendo disciplinadas em lei complementar (artigo 128, § 5º, artigo 131 e artigo 134, § 1º, todos da Constituição), o que revela a sua submissão a um regime estatutário de natureza peculiar.

E os advogados públicos, na condição de membro desse tipo de instituição, devem ser considerados agentes políticos, não para angariar privilégios, mas, sim, prerrogativas, garantindo à sociedade a preservação do erário e a defesa do interesse público.

4. DAS PRERROGATIVAS DA ADVOCACIA PÚBLICA

4.1. DA EXCLUSIVIDADE DAS ATRIBUIÇÕES

O tema em comento pode parecer óbvio: institucionalizada a Advocacia do Estado, as respectivas funções devem ser atribuídas de modo exclusivo ao advogado público, aprovado em concurso público.

No entanto, mesmo após quase 30 anos da promulgação da nossa Carta Magna, ainda é preciso afirmar esse truísmo.

O texto constitucional é claro ao prever em seus artigos 131, § 2º, e 132, a necessidade de realização de “concurso público de provas e títulos”. A intenção do constituinte, decerto, foi criar um corpo jurídico estruturado e preparado para as atividades jurídicas contenciosas, consultivas e de assessoramento, com isenção e imparcialidade, e defesa da legalidade e da constitucionalidade em todos os contextos de funcionamento da Administração Pública.

E nem se venha defender que seria possível, por exemplo, a contratação de advogado de renome para a defesa de causa complexa, como tentou esboçar, em 1990, ou seja, logo no início da vigência da atual Constituição, a Suprema Corte, quando do julgamento da Pet 409-AgR¹¹.

Ora, se razoável a lógica do entendimento proclamado, no precedente indicado, pela Suprema Corte, poder-se-ia indagar se, para essa mesma causa,

¹¹ segue adiante trecho da ementa do julgado:
[...] ii - advocacia de estado (cf, arts. 131 e 132): representação judicial não excludente da constituição de mandatário *ad judicium* para causa específica. ao conferir aos procuradores dos estados e do distrito federal a sua representação judicial, o artigo 132 da constituição veicula norma de organização administrativa, sem tolher a capacidade de tais entidades federativas para conferir mandato *ad judicium* a outros advogados para causas especiais. (pet 409 agr, relator: min. celso de mello, tribunal pleno, julgado em 18/04/1990, dj 29-06-1990 pp-06219 ement vol-01587-01 pp-00127).

considerada complexa, dever-se-ia também contratar um juiz específico para julgar, ou um promotor “terceirizado” para emitir o respectivo parecer.

É inimaginável uma pessoa estranha aos quadros da magistratura, do Ministério Público e até mesmo da Defensoria Pública assumir tais funções, ainda que excepcionalmente.

Sobre o tema, seguem alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal¹²:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 8.742, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2005, DO ESTADO DO RIO GRANDE NORTE, QUE “DISPÕE SOBRE A CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE ADVOGADOS PARA O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE DEFENSOR PÚBLICO, NO ÂMBITO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO”.

1. A Defensoria Pública se revela como instrumento de democratização do acesso às instâncias judiciárias, de modo a efetivar o valor constitucional da universalização da justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88).

2. Por desempenhar, com exclusividade, um mister estatal genuíno e essencial à jurisdição, a Defensoria Pública não convive com a possibilidade de que seus agentes sejam recrutados em caráter precário. Urge estruturá-la em cargos de provimento efetivo e, mais que isso, cargos de carreira.

3. A estruturação da Defensoria Pública em cargos de carreira, providos mediante concurso público de provas e títulos, opera como garantia da independência técnica da instituição, a se refletir na boa qualidade da assistência a que fazem jus os estratos mais economicamente débeis da coletividade.

4. Ação direta julgada procedente. (ADI 3700, Relator: Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2008)

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Ato normativo estadual, autônomo e primário. Provimento da

¹² Na mesma linha: ADI 2874 e ADI 1748 MC.

Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina. Autorização para nomeação, dentre bacharéis em Direito, de Promotores “ad hoc”, em processos e procedimentos judiciais urgentes. Ofensa aparente ao art. 129, §§ 2º e 3º, da CF. Risco manifesto de danos à administração da Justiça. Medida cautelar concedida. Deve concedida, em ação direta de inconstitucionalidade, medida cautelar para suspensão da vigência de Provimento de Corregedoria Geral da Justiça Estadual, que, aparentando ofensa direta ao disposto no art. 129, §§ 2º e 3º, da Constituição da República, com risco claro de danos graves à administração da Justiça e, em última análise, aos jurisdicionados, autoriza os juízes a nomear, dentre bacharéis em Direito, Promotores “ad hoc” em processos e procedimentos que reclamem urgência. (ADI 2958 MC, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2003).

Assim, essa “prerrogativa institucional, que é de ordem pública, encontra assento na própria Constituição Federal. Não pode, por isso mesmo, comportar exceções e nem sofrer derrogações que o texto constitucional sequer autorizou ou previu” (ADI 881 MC, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1993).

Assim sendo, há de se ter presente, no exame do tema, a nova realidade constitucional emergente da Carta Federal de 1988, que institucionalizou a Advocacia Pública.

Na esfera estadual, a questão já foi pacificada pela Suprema Corte (ADI 159, ADI 881, ADI 1.557, ADI 1.679, ADI 2.682 e ADI 4.261), apesar de alguns Estados, notadamente o da Paraíba, ainda insistirem em nomear pessoas estranhas ao quadro da Advocacia Pública, para o exercício das funções de Procurador do Estado. É oportuno registrar que foi, inclusive, formulado pedido de intervenção federal (IF 5.212) na aludida unidade da Federação, pela Associação Nacional dos Procuradores de Estado e do Distrito Federal, por afronta às decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4843-MC e na Reclamação 17.601.

Para pacificar de vez o tema, foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal a Proposta de Súmula Vinculante nº 18, propondo a edição do seguinte verbete:

O exercício das funções da Advocacia Pública, na União, nos Estados e nos Municípios, nestes onde houver, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988.

Tal processo encontra-se concluso à Presidência da Corte desde 19 de dezembro de 2012. Ele entrou em pauta para ser julgado dia 09 de março de 2016, mas, a pedido do Presidente do Congresso Nacional, o início do julgamento foi suspenso, para que o Senado pudesse apresentar informações sobre o tema, em um processo que já tramitava há quase sete anos.

Certo é que no âmbito da Advocacia Pública Federal, foi editada em 2009 a seguinte orientação normativa, que reafirma a exclusividade das atribuições dos membros da Advocacia-Geral da União:

ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 28, DE 9 DE ABRIL DE 2009

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO INTERINO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 00400.012110/2008-77, resolve expedir a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993:

A COMPETÊNCIA PARA REPRESENTAR JUDICIAL E EXTRAJUDICIALMENTE A UNIÃO, SUAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS, BEM COMO PARA EXERCER AS ATIVIDADES DE CONSULTORIA E ASSESSORAMENTO JURÍDICO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL, É EXCLUSIVA DOS MEMBROS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E DE SEUS ÓRGÃOS VINCULADOS.

Não obstante a existência desse ato normativo, a Administração ainda insiste em não seguir tal orientação.

Em 2012, a OAB Nacional, por meio da Comissão Nacional da Advocacia Pública, editou súmulas em defesa do pleno exercício profissional dos Advogados Públicos, sendo oportuno aqui transcrever o verbete nº 1:

Súmula 1 - O exercício das funções da Advocacia Pública, na União, nos Estados, nos Municípios e no Distrito Federal, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988.

A Administração, portanto, não pode dispor, ao seu alvedrio, de uma atribuição jurídico-institucional cometida, pela Constituição da República, aos membros da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias estaduais, que exercem, em sua condição funcional de agente político, a nobre função de apresentação do próprio Estado *lato sensu* em juízo. A atividade do advogado público é, portanto, indisponível, irrenunciável e indelegável.

No contexto normativo, é possível afirmar, com absoluta segurança, não haver lugar para nomeações em comissão de pessoas, estranhas aos quadros da Advocacia Pública, para o exercício de uma atividade tipicamente estatal, que só pode ser realizada por pessoal que integre as carreiras respectivas, restando igualmente vedada a contratação de advogados ou escritórios de advocacia.

A única exceção é a do Advogado-Geral da União, que é de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada (artigo 131, § 1º, CRFB). Tal previsão, no entanto, não infirma a autonomia e independência funcional dos Advogados Públicos. Ora, **“não é pelo fato de se submeterem a uma chefia - apenas para fins administrativos - que eles vão apelar da sua autonomia técnica”** (trecho do voto do Ministro Carlos Britto na ADI 2.581). Já no Estados-membros, mostra-se **“harmônico com a CF preceito da Carta estadual prevendo a escolha do Procurador-Geral do Estado entre os integrantes da carreira”** (ADI 2.581, rel. p/ o ac. min. **Marco Aurélio**, julgamento em 16-8-2007, Plenário, DJE de 15-8-2008).

4.2. DA AUSÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE SEMPRE CONTESTAR E DE TUDO SE RECORRER

Um membro da Advocacia Pública não pode nunca abonar o entendimento anacrônico de recorrer pelo simples prazer de recorrer, de contestar por contestar.

Certo é que tal praxe ainda representa, para muitos membros da instituição, uma triste página do autarquismo estulto no seio da Advocacia Pública e, infelizmente, ainda deixa marcas na sua estrutura organizacional. Entrementes, essa visão equivocada do verdadeiro papel da Advocacia de Estado (e não de Governo), está mudando, ou melhor, já mudou consideravelmente.

Os advogados públicos são baluartes da legalidade e não defensores cegos e irresponsáveis dos atos Administração Pública.

Aliás, o Advogado-Geral da União, a quem é atribuída expressamente (artigo 103, § 3º, da Constituição) a obrigação de defender norma legal ou ato normativo objeto de controle concentrado de constitucionalidade, pode deixar de fazê-lo¹³, se entender adequado e razoável, diante das circunstâncias do caso concreto. Por que não aplicar esse raciocínio aos demais advogados públicos?

Como se sabe, a independência técnica dos membros da Advocacia Pública é extraída da sua própria posição constitucional como Função Essencial à Justiça, bem como do artigo 133 da nossa Lei Maior¹⁴.

O Ministro Ayres Britto¹⁵, no voto proferido na ADI 4.261, julgada em 02/08/2010, registrou o seguinte:

Isso como condição de qualificação técnica e independência funcional. Independência e qualificação que hão de presidir a atuação de quem desenvolve as atividades de orientação e representação jurídica, tão necessárias ao regular funcionamento do Poder Executivo. Tudo sob critérios de absoluta tecnicidade, portanto, até porque tais atividades são constitucionalmente categorizadas como “funções essenciais à Justiça” (Capítulo IV do Título IV da CF).

Deve, portanto, ser ampla a liberdade conferida ao advogado público para atuar da forma que entender mais adequada, conveniente e eficaz, na defesa do patrimônio público e da ordem constitucional.

¹³ Tendo em vista a orientação fixada na interpretação do referido dispositivo nos seguintes precedente: ADI nº 1.616/PE e ADI nº 2.101/MS e na ADI/QO nº 3.916/DF.

¹⁴ Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

¹⁵ O Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, reconheceu a existência dessa independência técnica: ADI 4.843, ADI 4.261 e HC 98.631.

No entanto, não pode prevalecer a ideia de que essa independência técnica signifique que cada membro da Advocacia Pública pode, a seu talante, deixar de observar as orientações regularmente normatizadas pelos órgãos de direção. Todavia, isso não constitui óbice para que ele externar seu entendimento sobre determinada matéria em sua peça, preservando, assim, a sua liberdade intelectual.

A prerrogativa funcional, que assegura não ser constrangido a agir em desconformidade com a sua consciência ético-profissional, não pode ser, contudo, interpretada como uma espécie de “cheque em branco”, vale dizer, o procurador não tem, por conta desses sentimentos éticos e dessa independência técnica, o poder de renunciar ao solene compromisso de atuar com a observância dos princípios constitucionais da Administração Pública, ou seja, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, inscritos no artigo 37 da Constituição da República.

As orientações emanadas de órgãos superiores da Advocacia Pública não podem ser tidas como algo arbitrário, mas sim como fruto de um processo de uniformização de entendimento, que busca racionalizar a atuação do advogado público, contribuindo para que a representação do ente público não se faça com base em posicionamentos conflitantes.

No âmbito federal, a Advocacia-Geral da União editou a Portaria nº 534, de 22 de dezembro de 2015¹⁶, abordando a possibilidade de seu membro reconhecer o pedido, não apresentar contestação, não interpor recurso ou desistir daqueles já interpostos, quando a pretensão formulada estiver de acordo com súmula da AGU, parecer da AGU aprovado nos termos dos artigos 40 e 41 da Lei Complementar nº 73/1993, súmula vinculante, acórdão transitado em julgado, proferido em sede de controle concentrado de constitucionalidade, e acórdão transitado em julgado, proferido em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida.

¹⁶ Antes dela, outros atos normativos foram editados dispondo sobre os casos nos quais os membros não necessitariam interpor recursos: Portaria nº 260, de 22 de junho de 2012, que dispõe sobre a autorização para desistência de recursos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça; Portaria nº 46, de 13 de fevereiro de 2013, que dispõe sobre a desistência e a não interposição de recursos em trâmite na Justiça do Trabalho, em que a Procuradoria-Geral Federal atua em razão da competência prevista no artigo 16, § 3º, inciso II, da Lei nº 11.457/2007; Portaria nº 227, de 3 de julho de 2014, que dispõe sobre a autorização para desistência e não interposição de recurso especial no âmbito dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça; e Portaria nº 380, de 15 de outubro de 2014, que estabelece procedimentos a serem adotados em caso de desistência e não interposição de recurso extraordinário e do recurso de agravo previsto no artigo 544 do Código de Processo Civil e dá outras providências.

Tal ato normativo será importante também para dar mais efetividade ao artigo 12 da Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, evitando-se, com isso, o processamento do reexame necessário. Observe-se o teor do dispositivo:

Art. 12. Não estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição obrigatório as sentenças proferidas contra a União, suas autarquias e fundações públicas, quando a respeito da controvérsia o Advogado-Geral da União ou outro órgão administrativo competente houver editado súmula ou instrução normativa determinando a não-interposição de recurso voluntário.

Trata-se, portanto, de claro compromisso com a criação de estratégias processuais para diminuição da litigiosidade e da quantidade de recursos interpostos pelos advogados públicos federais.

É oportuno registrar que o novo Código de Processo Civil, em seu artigo 496, § 4º, ampliou as hipóteses em que não deverá haver a remessa necessária, contribuindo igualmente com a celeridade processual:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

[...]

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

A iniciativa da Advocacia-Geral da União pode parecer ainda tímida para diminuição da litigiosidade, mas não se pode negar que é um importante avanço, garantindo, ademais, maior independência e segurança ao membro da instituição no exercício de suas atribuições constitucionais.

É bom frisar que deve ser contida qualquer tentativa de se superestimar a autonomia funcional como prerrogativa individual, em detrimento da unidade e da indivisibilidade do órgão. Cada vez mais tem se comprovado que uma atuação coordenada, em que são observadas as orientações e as diretrizes dos órgãos centrais, tais como as do Conselho Superior, Consultoria-Geral, Câmaras de Coordenação e Revisão, mostra-se muito mais eficiente.

A independência técnica dos advogados públicos ou a autonomia funcional dos membros do Ministério Público, por exemplo, não os desobriga, por certo, do indeclinável dever de atuar dentro dos limites dos comandos constitucionais e legais.

4.3. DA RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO

A responsabilidade do advogado público é diferenciada, seja sob o ponto de vista substancial, seja pelo formal.

Nesse sentido, cita-se a orientação presente no seguinte verbete editado pela OAB Nacional, por meio da Comissão da Advocacia Pública:

Súmula 6 - Os Advogados Públicos são invioláveis no exercício da função, não sendo passíveis de responsabilização por suas opiniões técnicas, ressalvada a hipótese de dolo ou fraude.

É que atribuir a um procurador a responsabilidade por eventuais erros, equívocos ou desvirtuamento funcional por este externar livremente sua opinião, constitui inaceitável forma de censura a uma atividade que deve ser exercida com ampla liberdade, pois não lhe pode retirada a sua isenção técnica.

O novo Código de Processo Civil, em seu artigo 184, positivou o entendimento acima mencionado. Verifique-se:

Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

O Projeto de Lei nº 4.254/2015, ao tratar das carreiras da Advocacia-Geral da União, estabeleceu em seu artigo 41, § 2º, regra semelhante. Observe-se:

Art. 41. São prerrogativas dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo, sem prejuízo daquelas previstas em outras normas:

[...]

§ 2º No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correicionais [SIC] ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal vem se pronunciando da seguinte forma:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX.

I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377.

II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.

(MS 24073, Relator: Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 31-10-2003)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA.

I. 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 jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

II. 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 ato.

III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a 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. Mandado de segurança deferido. (MS 24631, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008).

No voto proferido no MS 24.584-1, o Ministro Ricardo Lewandowski deixou claro que os advogados, de modo geral, os advogados públicos, de modo particular, e também os magistrados não podem ser responsabilizados pelos pareceres, opiniões e decisões que proferem, “salvo se agirem com erro grosseiro, com desvio de finalidade, usurpação de competência, com dolo ou culpa”.

Ora, não se pode negar que o receio de sofrer represálias pode influir negativamente no seu ofício do advogado público, pelo que tal mister deve ser cercado de prerrogativas para que ele possa exercer com tranquilidade as suas atribuições. Assim, a própria responsabilização desses agentes públicos deve ser levada a efeito com extremada prudência e com observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa, da razoabilidade, da proporcionalidade, sob pena de engessar-se o exercício dessa função.

4.4. DA AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS

Como se sabe, o advogado público não tem atribuição para praticar ato administrativo próprio de gestor, razão pela qual não pode ser responsabilizado por eventual descumprimento de decisão judicial quando a este endereçada. Demais disso, já se encontra sedimentado na jurisprudência o entendimento segundo o qual, no exercício da jurisdição cível, não tem o magistrado poderes para restringir a liberdade do cidadão, fora das hipóteses de prisão civil.

Já se imaginou, por exemplo, a prisão do advogado do réu, devedor de alimentos, pela falta de pagamento da pensão? Seria algo bizarro, imaginável.

No entanto, quando se trata de advogado público, a questão não parece tão óbvia para alguns magistrados, que, abusando dos seus poderes, decretam, de vez em quando, a prisão do procurador (público), sob o pretexto de que este não cumpriu uma determinada decisão judicial endereçada à parte.

Não à toa, o Conselho Nacional de Justiça foi provocado por conta dos atos abusivos que estavam sendo cometidos. Observe-se o seguinte precedente, que certamente foi o primeiro a tratar do tema no âmbito daquele órgão:

RECLAMAÇÃO DISCIPLINAR. INDEPENDÊNCIA JUDICIAL. EXCESSOS. RESPONSABILIZAÇÃO. CUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. ADVOGADO PÚBLICO. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA.

PRISÃO. INDICATIVOS DE VIOLAÇÕES AOS DEVERES FUNCIONAIS. PENALIDADE DESPROPORCIONAL. ARQUIVAMENTO.

1) A independência judicial tem o sentido de garantir ao Magistrado a possibilidade de decidir de forma livre de pressões, de acordo com a Lei e o Direito, mas não se configura em cláusula de imunidade absoluta, sendo cabível a responsabilização quando configurado excesso que tipifique infração disciplinar.

2) Incompetência do Juízo Cível para decretação da prisão de natureza criminal.

3) Cabe ao juiz velar pela rápida solução do litígio e evitar atos atentatórios à dignidade da justiça (CPC, art. 125, II e III), mas configura-se excessiva, caracterizando, em tese, procedimento incorreto (LOMAN, art. 44) a determinação de prisão de Procurador Federal em razão de descumprimento de decisão judicial, considerando que: a) a atribuição institucional da Advocacia-Geral da União é representar a União judicial e extrajudicialmente; b) o delito de desobediência é de menor potencial ofensivo, não sendo cabível a prisão quando é lavrado termo circunstanciado e o agente se compromete a comparecer (Lei 9099/95, art. 69, parágrafo único), o que não foi determinado no caso; c) poderiam ter sido adotadas alternativas menos gravosas, como a determinação de comparecimento do devedor (CPC, art. 599) ou multa.

4) Verificada que a sanção eventualmente aplicável à Magistrada se apresentaria desproporcional à falta disciplinar praticada, impõem-se o arquivamento da Reclamação Disciplinar.

5) É vedada, no Processo Administrativo, a imposição de medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. Voto Vencedor do Ministro Gilson Dipp. (CNJ - RD 200910000024749 – Rel. Min. Gilson Dipp – 110ª Sessão – j. 17/08/2010 – DJ - e nº 152/2010 em 20/08/2010 p. 05)

Como esse julgado não surtiu o esperado efeito inibidor esperado, foi preciso formular pedido de providências perante aquele conselho no sentido de

que fosse expedida recomendação a todos os magistrados para que se eximissem de ameaçar ou determinar a prisão de advogados públicos como forma pressionar pelo cumprimento de decisões judiciais dirigidas aos gestores públicos. O julgamento do pleito teve o seguinte resultado:

ADVOGADO PÚBLICO. DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO JUDICIAL. PRISÃO. RECOMENDAÇÃO.

1. Não se pode admitir que advogados públicos sejam punidos com a pena mais grave em vigor neste País – a restrição da liberdade – por desempenharem as funções a eles acometidas por lei, ou seja, pelo exercício de suas atribuições funcionais. A determinação de prisão do advogado público por descumprimento de decisão judicial configura procedimento incorreto, nos termos da LOMAN, e enseja punição disciplinar.
2. Mesmo que promova as medidas judiciais para buscar a reforma das decisões que julgar merecedoras de reparo, não se pode admitir a punição do advogado público por descumprimento de ato que compete unicamente ao gestor do bem ou serviço em questão. O advogado tem o dever de recorrer das decisões que julgar equivocadas e é credor da inviolabilidade constitucionalmente assegurada para exercer sua atividade profissional.
3. Recomendação aos Tribunais no sentido de se absterem de ameaçar ou determinar a prisão de Advogados Públicos Federais e Estaduais diante de casos de descumprimento de decisões judiciais dirigidas aos gestores das Autarquias e Fundações.
4. Pedido procedente. (CNJ - PP - Pedido de Providências - Conselheiro - 0000749-61.2011.2.00.0000 - Rel. JORGE HÉLIO CHAVES DE OLIVEIRA - 133ª Sessão - j. 30/08/2011).

Reforçando tal entendimento, foi editada pela OAB Nacional, por meio da Comissão da Advocacia Pública, a seguinte súmula:

Súmula 7 - Os Advogados Públicos, no exercício de suas atribuições, não podem ser presos ou responsabilizados pelo descumprimento de decisões judiciais. A responsabilização dos gestores não pode ser confundida com a atividade de representação judicial e extrajudicial do advogado público.

Oportuno registrar que o novo Código de Processo Civil, em seu artigo 77, § 8º, tratou da questão, nestes termos:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

[...]

§ 8º O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar.

No Projeto de Lei nº 4.254/2015, há previsão mais incisiva no sentido de que os membros das carreiras da Advocacia-Geral da União não poderão ser presos ou responsabilizados pelo descumprimento de determinação judicial no exercício de suas funções (artigo 41, inciso III).

Certo é que, diante de uma decisão judicial, cabe ao advogado público comunicá-la imediatamente à autoridade pública responsável para seu cumprimento, dando orientações jurídicas acerca da forma da sua execução e das consequências jurídicas da mora administrativa, que, no âmbito da Advocacia-Geral da União, são veiculadas por meio do chamado “parecer de força executória”. Assim, tem o procurador público o dever de comunicar a decisão judicial ao responsável por seu cumprimento, recomendando o seu cumprimento, se for o caso, bem como orientando a autoridade administrativa acerca do procedimento a ser adotado, no caso específico.

Os advogados públicos, portanto, têm como função apresentar o Estado em Juízo e prestar-lhe assessoramento e consultoria jurídica, estando, portanto, fora do seu espaço de competências a prática de atos administrativos de gestão, pelo que se revela, de todo, desarrazoado e abusivo responsabilizá-los por atos sobre os quais não têm qualquer ingerência.

Mas alguns magistrados, urge ressaltar, insistem nessa lamentável prática, impondo abusivamente ao advogado público um poder que, seguramente, não detêm.

4.5. DA NÃO SUBMISSÃO A CONTROLE DE PONTO

É de trivial sabença que as atividades de um advogado, em face das suas peculiaridades, não são compatíveis com uma jornada de trabalho fixa e aferível por intermédio de registros em folhas de presença ou pontos eletrônicos. O advogado, seja público ou privado, cumpre suas atribuições dentro de prazos legais e peremptórios, independentemente do término do horário de expediente.

Todavia, não é incomum a Administração, notadamente da seara municipal, tentar implantar um controle formal e objetivo de jornada de trabalho para os advogados públicos, apequenando a sua relevante função constitucional e comprometendo sua autonomia e independência. Já passou da hora de esses agentes públicos não serem mais vistos como meros burocratas de balcão de atendimento.

Especificamente acerca da questão em comento, a Comissão Nacional da Advocacia Pública, do Conselho Federal da OAB, editou a Súmula 9, que se encontra vazada nos seguintes termos:

Súmula 9 - O controle de ponto é incompatível com as atividades do Advogado Público, cuja atividade intelectual exige flexibilidade de horário.

Oportuno fazer referência a relevante julgado, que trata do tema de forma bem elucidativa:

ADMINISTRATIVO. SERVIDORES. PROCURADORES AUTÁRQUICOS. CONTROLE ELETRÔNICO DE FREQUÊNCIA E PONTUALIDADE. ADMINISTRAÇÃO BUROCRÁTICA. INCOMPATIBILIDADE COM OS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 19/98. 1. A julgar pelo disposto no art. 135 da Constituição, os membros da advocacia pública aproximam-se da categoria

dos agentes políticos, que “atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais” (Hely Lopes Meirelles). 2. O controle eletrônico de frequência e pontualidade para procuradores autárquicos é incompatível com a natureza de suas atribuições e com os princípios da administração gerencial (eficiência e controle de resultados), instituídos pela Emenda Constitucional n. 19/98. (AMS 0051142-49.1998.4.01.0000, JUIZ JOÃO BATISTA GOMES MOREIRA - CONVOCADO, TRF1 - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA: 27/11/2000).

É bom frisar que, para o advogado público, não existe um tempo determinado para, por exemplo, a elaboração de um parecer, de uma peça de defesa, de um recurso, exatamente por exigir, muitas vezes, complexas e infundáveis pesquisas de doutrina, jurisprudência e de análise pormenorizado do caso concreto - atividade essa, portanto, de natureza, eminentemente, intelectual.

A exigência da presença física do procurador público vai na contramão do que atualmente as modernas técnicas de administração vêm consagrando, ou seja, o reconhecimento do teletrabalho e do processo judicial eletrônico, para cuja operacionalidade não se faz necessária, nem obrigatória, a presença física do procurador ou do operador, que, mesmo da sua casa, nas caladas da noite, podem ter acesso a um processo, produzir uma peça recursal ou contestatória e, logo em seguida, enviar, eletronicamente, a peça feita para o seu destinatário. Tudo isso, evidentemente, sem a necessidade de estar fisicamente presente no ambiente da repartição.

Atenta a isso, a Advocacia-Geral da União, por meio das Portarias nº 978 e nº 979, ambas de 24/12/2015, passou a autorizar Procuradores Federais que atuam em matéria previdenciária a exercerem suas atribuições à distância, buscando exatamente aumentar a qualidade e produtividade por meio da especialização em atividade remota, além de promover a redução de despesas pessoais, organizacionais e sociais.

Por outro lado, entende-se que o controle de horário se justificaria caso o agente tivesse, entre suas atribuições, o atendimento direto ao público, o que, no âmbito da Advocacia Pública, é mais comum ocorrer em relação a titulares

de procuradorias. O mesmo não se pode dizer para os magistrados, que, apesar de exercerem atividade intelectual, possuem a obrigação atender aos que os procurarem, notadamente advogados, a qualquer momento durante o expediente forense, independentemente da urgência do assunto.

Isso não quer dizer que o advogado público não deve se sujeitar a monitoramento sobre suas atividades. Decerto, afigura-se bem mais adequado um controle de produtividade e qualidade, regular e periódico, que afira o grau de comprometimento e de dedicação do procurador com sua relevante função.

5. CONCLUSÃO

Dessume-se, do exposto, que a eficácia da missão constitucional dos advogados públicos, como atividade exclusiva tipicamente de Estado, dependerá - e muito - das prerrogativas a eles atreladas.

As prerrogativas da Advocacia Pública só existem para assegurar, com a necessária plenitude, ao advogado público o poder-dever de ser o curador de legalidade e constitucionalidade dos atos administrativos. E ele exerce esse papel em defesa do Estado democrático de direito e em defesa da sociedade brasileira.

O respeito às prerrogativas funcionais do advogado público constitui garantia da própria sociedade e das pessoas em geral, porque ele, nesse contexto, desempenha papel essencial no mister de proteção e defesa dos direitos, das liberdades fundamentais e do interesse público.

6. REFERÊNCIAS

CUNHA, L. J. C. **A Fazenda Pública em juízo**. São Paulo: Dialética, 2014.

MENDES, G. F ; COELHO, I. M; BRANCO, P.G. G. **Curso de direito constitucional**. 3.ed . São Paulo: Saraiva, 2008.

BRUNO, R. M ; DEL OLMO, M. **Servidor Público**: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ADVOCACIA PÚBLICA (DE ESTADO) COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA E PARCEIRA DO EXECUTIVO NA VIABILIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

CÉSAR DO VALE KIRSCH¹

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Breves considerações sobre o Estado brasileiro. 3. Distribuição de funções e superioridade do Poder Executivo. 4. Advocacia (Pública) de Estado como função essencial à Justiça. 5. Advocacia (Pública) de Estado como parceira do executivo na viabilização de políticas públicas. 6. Crise energética (“apagão”). 7. Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). 8. Conclusão. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva apresentar a advocacia pública de Estado como instituição integrante das Funções Essenciais à Justiça (FEJ) e parceira do Executivo na viabilização de políticas públicas voltadas à satisfação do bem comum.

Com esse intento, buscar-se-á demonstrar que a advocacia de Estado é integrada pela Advocacia-Geral da União (AGU), pelas Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal e pelas Procuradorias Municipais onde porventura existirem, abordando-se suas conceituações, natureza jurídica e atuação no processo de políticas públicas, visando trazer ao governante soluções jurídicas que sejam capazes de dar sustentação ao plano político, seja na sua elaboração, seja na sua eventual defesa perante o Poder Judiciário. Desse modo, o foco de atuação estará voltado para a participação da advocacia de Estado nas políticas públicas, visando

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSal) (1997); Especialista em Direito Público pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP) (2003); e coautor do livro *Advocacia de Estado: Questões Institucionais para a Construção de um Estado de Justiça*, junto com os Coordenadores Luciane Moessa de Souza e Jefferson C. Guedes, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 1ª Edição, 2009; foi membro da Comissão da Advocacia Pública (CAP) da OAB-DF no triênio 2007-09; ocupa o cargo de advogado da União desde 2001; ingressou na Advocacia-Geral da União (AGU) mediante concurso público de provas e títulos; encontra-se atualmente em exercício na Consultoria Jurídica (CONJUR) da AGU localizada no Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) em Brasília-DF, tendo atuado, também, na Procuradoria-Regional da União na 1ª Região (PRU-DF) e nas CONJURs da AGU localizadas nos Ministérios dos Transportes (MT) e da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI).

a sua viabilização e, por isso, não será possível examinar as suas demais atribuições (como as voltadas para a defesa do patrimônio público), pois extrapolariam, em muito, o escopo deste singelo artigo.

No final e visando confirmar a importância da exitosa parceria da advocacia de Estado com o Poder Executivo, serão mencionadas 2 (duas) importantes políticas públicas de Governos distintos, que contaram com a indispensável atuação jurídica da AGU, para o sucesso da ação estatal e consequentes realização do interesse público e governabilidade do país.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO BRASILEIRO

A República Federativa do Brasil é um Estado de Direito, que adotou o regime democrático². Isso significa que o Estado brasileiro deve funcionar e desenvolver as suas atividades não só estabelecendo normas para a regular e harmônica convivência social, mas também submeter-se a esses regramentos estipulados por si próprio.

As atividades estatais deverão ser destinadas para a realização das finalidades públicas desejadas pelo corpo social, de maneira legal, moral e em conformidade com os diplomas normativos existentes no regime democrático de direito, sob pena de se tornarem inválidas.

A busca da realização do bem comum tem de se desenvolver obrigatoriamente, então, dentro dos quadros do Direito. Desse modo, as Instituições estatais e os agentes públicos encarregados de exercer as atividades do Estado têm de cumprir seus encargos respeitando o ordenamento jurídico vigente e observando os princípios e valores da democracia.

Sobre bem comum, leciona DALLARI:

Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento

² Dispõe o art. 1º, da Constituição Federal de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ...”

integral da personalidade humana. (...) **Na verdade, existe uma diferença fundamental, que qualifica a finalidade do Estado: este busca o bem comum de um certo povo, situado em determinado território.**³ (grifo nosso)

Dentre os principais princípios, valores e direitos a serem observados, destacam-se a igualdade, a liberdade, a moralidade, submissão ao império da lei, a impessoalidade, a publicidade, a eficiência, supremacia do interesse público sobre o particular, a indisponibilidade do interesse público, proporcionalidade, e os direitos fundamentais. Alguns desses enunciados foram expressamente consignados na Constituição Federal de 1988.

Nesse passo, a busca pela realização do bem comum tem como norte os objetivos do Estado democrático brasileiro expressamente estampados na Lei Maior, a saber:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.⁴

Esses objetivos fundamentais sintetizam as finalidades precípua, que devem ser perseguidas pelo Estado, com a finalidade de se realizar plenamente no país o Estado Democrático de Direito, que, no entanto, se encontra inacabado, já que assolado por diversos problemas sociais básicos que ainda não foram completamente solucionados (analfabetismo, miséria, dentre outros) e que, conseqüentemente, impedem o Brasil de entrar no reino da prosperidade, do círculo virtuoso e de se transformar verdadeiramente numa potência

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 107.

⁴ BRASIL, Constituição da República Federativa do, promulgada em 5 de outubro de 1988. 17. ed. São Paulo: Atlas. p. 17.

mundial em todos os aspectos desejáveis (econômico, social etc.). Ou seja, o Estado brasileiro deve objetivar, desse modo, realizar a democracia utilizando o poder em proveito do povo, assegurando a convivência do corpo social numa sociedade livre, justa e solidária e respeitando a pluralidade de ideias, culturas e etnias; buscando atingir o bem comum (isto é, satisfazer o interesse público), observando e cumprindo todos os princípios e normas vigentes no regime democrático de direito, tendo sempre como norte de sua bússola, enfim, o art. 3º, da Carta Magna.

Nesse diapasão, o Estado deve-se movimentar através do seu poder político (ou estatal), para conseguir satisfazer os interesses públicos. A exteriorização desse poder, por sua vez, se dá por órgãos/entidades, ou por agentes públicos que os representam. O Poder do Estado é, assim, a capacidade que os governantes têm de exigir, legal, legitimamente e às vezes coercitivamente, comportamentos dos governados, objetivando realizar o bem comum.

Esse poder, no Estado de Direito brasileiro, não é absoluto, uma vez que se encontra limitado pela Constituição e demais normas componentes do ordenamento jurídico vigente.

Ensina STOPPINO, mencionando MAX WEBER:

Para Weber, as relações de mando e de obediência, mais ou menos confirmadas no tempo, e que se encontram tipicamente na política, tendem a se basear não só em fundamentos materiais ou no mero hábito de obediência dos súditos, mas também e principalmente no específico fundamento de legitimidade. Deste poder legítimo, que é muitas vezes designado pela palavra autoridade, Weber especificou três tipos puros: o Poder legal, o Poder tradicional e o Poder carismático. **O Poder legal, que é especificamente característico da sociedade moderna, funda-se sobre a crença na legitimidade de ordenamentos jurídicos que definem expressamente a função do detentor do Poder. A fonte do Poder é, portanto a lei, à qual ficam sujeitos não apenas aqueles que prestam obediência, como são os cidadãos e consócios, mas também aquele que manda. O aparelho administrativo do Poder é o da burocracia, com sua estrutura hierárquica de superiores e de**

subordinados, na qual as ordens são dadas por funcionários dotados de competência específica.⁵ (grifo nosso)

Portanto, o Estado brasileiro deve utilizar o seu poder político para perseguir a consecução do bem comum, submetendo-se, também, por seus órgãos e agentes públicos aos mandamentos e valores do regime democrático de direito.

3. DISTRIBUIÇÃO DE FUNÇÕES E SUPERIORIDADE DO PODER EXECUTIVO

A separação ou divisão de poderes surgiu para enfraquecer o poder político do Estado, a fim de proteger a liberdade dos indivíduos. Propõe a separação de poderes uma maneira de limitar o próprio poder, evitando-se a sua concentração nas mãos de um indivíduo ou grupo de pessoas, a fim de se prevenir o cometimento de arbitrariedades e de desmandos, que possam porventura ser praticados justamente por aqueles que o exercem.

Registre-se, por oportuno, que o poder é uno e indivisível, porém a expressão separação ou divisão de poderes é de uso corrente. Desse modo, entende-se que a denominação correta para designar a limitação do poder seria distribuição de funções, atividades ou de competências. Discutir qual seria, porém, a expressão correta iria afastar o foco deste trabalho, de modo que serão utilizadas, daqui para frente, indistintamente, ambas as expressões, sem se perder de vista que o poder é, como foi dito, uno e indivisível.

Dito isso, sabe-se que a repartição de atribuições inerentes ao poder entre órgãos e instituições diferentes e independentes foi consagrada por Montesquieu em seu célebre livro “O Espírito das Leis”.

Pontifica MONTESQUIEU:

Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.

⁵ STOPPINO, Mario. **Dicionário de Política**, vol. I. 10. ed. Brasília: UnB, 1997. p. 940.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. (grifo nosso) ⁶

A divisão elimina, ou pelo menos reduz, a possibilidade de ações arbitrárias. Intenta-se proteger essencialmente a liberdade política, entendida como o sentimento de certeza e de segurança, que o sistema jurídico deve imprimir nas relações sociais, sob a égide de um governo.

A repartição de atribuições entre órgãos diferentes componentes da estrutura estatal, constitui-se traço característico de relevo nos países que adotam o regime democrático de direito. A característica principal da separação de poderes consiste, basicamente, em diferenciar as três elementares funções estatais em legislativa, executiva e judiciária, atribuindo-as a órgãos distintos⁷.

Ao Poder Legislativo, compete a tarefa principal de elaborar normas gerais, cogentes, impessoais e inovadoras da ordem jurídica.

O Poder Judiciário exerce a função jurisdicional. Possui competência para compor definitivamente os conflitos de interesses, objetivando fazer justiça e promover a pacificação social.

O Poder Executivo, por sua vez, tem a missão de executar as leis e, também, de gerenciar os negócios de Estado e do Governo. Acrescenta SILVA que:

A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; (...) comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo,

⁶ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 167-168.

⁷ O Brasil consignou expressamente essa separação de poderes no art. 2º, da Constituição Federal de 1988. Prevê o art. 2º: "São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público.⁸

A separação de poderes não é suficiente para a segurança das relações num regime democrático, sendo necessária, também, a fiscalização de um poder sobre o outro. A ingerência de um poder sobre outro deve estar previamente estabelecida e é tradicionalmente denominada de sistema de freios e contrapesos e visa garantir o necessário equilíbrio do Estado.

Contudo, essa ingerência não pode ocorrer, de modo que um poder tenha a possibilidade de aniquilar o outro. Se houver essa possibilidade, a liberdade e valores essenciais ao regime democrático estarão ameaçados, pois a concentração do poder voltaria a ocorrer. A interferência, então, deve ser parcimoniosa e equilibrada.

No Brasil, a indicação de pessoas pelo Executivo para integrar órgãos do Judiciário; o julgamento de determinados crimes pelo Legislativo; a iniciativa de projeto de lei pelos Poderes Judiciário e Executivo; o veto do Executivo a projetos de lei; a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade de lei pelo Judiciário; a previsão de o Legislativo sustar atos normativos do Executivo; são alguns exemplos de funcionamento do tradicional sistema de freios e contrapesos.

Entrementes, o Poder Executivo federal brasileiro desfruta de relativa superioridade em relação aos demais poderes.

Com efeito, dentre os poderes constitucionalmente estabelecidos, o Poder Executivo pode propor e executar diretrizes e políticas a serem desempenhadas pelo Estado, eventualmente com interferência posterior do Legislativo (quando o desejável e mais adequado seria contar com a sua prévia participação); tem o controle do fisco, da economia e da segurança pública; o comando das forças armadas; tem a prerrogativa de possuir líderes do governo, tanto na Câmara dos Deputados, como no Senado. Essas possibilidades hipertrofiaram o Poder Executivo, fazendo com que tenha primazia sobre os demais poderes. Em sua atuação, o Poder Executivo ainda conta com o auxílio dos Ministérios e com o apoio logístico dos demais órgãos e entidades a ele subordinados.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 109.

Sobre a primazia do Poder Executivo, manifesta-se FERREIRA FILHO:

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

Mais ainda, tendo em mãos a vida econômica, pelo controle de câmbio, dos meios de pagamento, do fisco, veio o Executivo a transformar-se no árbitro da vida social, cujas opções governam a tudo e todos. (grifo nosso)⁹

Essa hipertrofia do Poder Executivo fica ainda mais evidente, quando se percebe, no que tange às políticas públicas, que ele tem a possibilidade de elaborar e executar um programa político, ou uma subpolítica, inclusive sem a participação prévia do Legislativo. É o que acontece, por exemplo, quando o Presidente da República edita uma Medida Provisória (MP), que se constitui numa poderosa ferramenta à disposição do bom governante, para realizar o bem comum. Nesse caso, ele formula, elabora e implementa, imediatamente, um projeto político, sem a participação do Congresso Nacional, que só irá atuar no processo *a posteriori*, sendo, em muitas vezes, extremamente difícil ao Legislativo discutir, ou tentar desfazer, atos já executados e consolidados¹⁰.

Sendo bem utilizada, enseja condições de resolver rapidamente questões difíceis e complexas; porém, equivocadamente usada, poderá não só agravar o problema existente, mas também, em situações extremas, colocar em risco a própria governabilidade do país. Exemplificando-se: imagine-se que um gover-

⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 191.

¹⁰ Veja-se, a propósito, o exemplo do “Plano Real”, criado por Medida Provisória e reeditado sucessivas vezes durante mais de um ano. Essa política econômica promoveu alterações radicais na vida social e praticamente imodificáveis pelo Legislativo. Juridicamente, ainda era possível ao Legislativo desfazer o referido plano, mas razões de política econômica desaconselhavam uma atitude nesse sentido.

nante resolve editar medida provisória, para promover o sequestro das cadernetas de poupança dos brasileiros. A prévia e necessária fiscalização jurídica desse ato evitaria que o administrador cometesse esse erro normativo, pois demonstraria ao governante que a Carta Magna de 1988, em razão do art. 62, § 1º, II¹¹, veda essa ação estatal através de MP. Somente através de outra espécie normativa (lei ordinária; lei complementar ou emenda constitucional) o governante poderia realizar o desiderato planejado. Por outro lado, a ausência de conhecimento e a falta de orientação jurídica acerca dessa temática poderia ocasionar sérios transtornos ao país, caso a intenção do administrador fosse levada em frente. A comoção popular e os prejuízos que a economia e o povo sofreriam poderiam, inclusive, comprometer a governabilidade no país.

Tem-se, assim, que o Estado brasileiro, respeitando os ideais e enunciados vigentes no regime democrático, deve buscar satisfazer o bem comum com o máximo de eficiência. Essa superioridade do Executivo pode, eventualmente, ser usada pelo bom governante, por intermédio dos meios juridicamente admitidos (por exemplo, edição de MP nos quadros do direito), para, ao fim e ao cabo, buscar a plena realização dos objetivos traçados no art. 3º, da Lei Maior.

Lado outro, essa primazia do Executivo não deve ser confundida com arbítrio nem dar azo ao seu surgimento. Para tanto, seus atos devem ser adequados e esmeradamente fiscalizados, inclusive com eventual provocação do Judiciário, a fim de se evitar equívocos e desmandos, que venham a inviabilizar a satisfação do interesse público, ocasionando má condução da máquina pública, com o consequente desrespeito à eficiência, que o Estado deve sempre buscar imprimir em suas ações.

Então, a orientação, para a esmerada prática de seus atos, bem como o eventual repúdio às suas ações competirá precipuamente às Funções Essenciais à Justiça (FEJ).

¹¹ Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

§ 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001).

(...)

II – que vise a detenção ou seqüestro de bens, de poupança popular ou qualquer outro ativo financeiro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001)

4. ADVOCACIA (PÚBLICA) DE ESTADO COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA

As funções essenciais à Justiça (FEJ), contidas no capítulo IV, do Título IV (“Organização dos Poderes”), da Lei Maior, congregam advogados privados e um conjunto indispensável de instituições públicas de natureza jurídica, que possuem as missões de defender interesses públicos, individuais, coletivos e difusos – imprescindíveis ao regime democrático brasileiro -, bem como orientar e fiscalizar a ação dos Poderes constitucionalmente estabelecidos, notadamente o hipertrofiado Executivo.

Especificamente, a defesa dos interesses contidos no capítulo IV, do Título IV, da Carta de 1988, bem como o controle da atuação dos Poderes Constituídos foi explicitamente deferida pelo constituinte originário a advogados privados e a instituições jurídicas especializadas: Ministério Público, Defensoria Pública (DP), Advocacia-Geral da União (AGU) e Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal (DF).

Essas instituições das FEJ são procuraturas constitucionais que executam, em essência, advocacia, patrocinando interesses de terceiros, exercendo atribuições de Advocacia Pública que foram repartidas pelo constituinte, para o *parquet*, AGU, DP e Procuradorias Estaduais e do DF, a fim de que realizassem com mais dinamicidade, segurança e eficiência a atuação em prol dos interesses que lhe foram cometidos, bem como velassem o Estado Democrático de Direito.

Pontifica MOREIRA NETO:

Desde logo, manteve-se, por óbvio, na Constituição, a básica distinção entre advocacia pública e privada, instituindo-se a subdivisão desta última, aqui tomada em seu sentido lato, em três ramos: o Ministério Público, a Advocacia de Estado e a Defensoria Pública. Criou, com isso, três Procuraturas constitucionais independentes, para que exercitassem, cada uma delas em seus respectivos âmbitos funcionais e federativos, poderes tipicamente estatais de cura, promoção, provedoria e controle, pois que referentes à estruturação e funcionamento do próprio Estado, nem por outra razão inseridas todas como um Capítulo distinto do Título IV, que trata exatamente

Da Organização dos Poderes, ou seja, ali se contendo todas as definições cratológicas fundantes da organização estatal.¹² (grifo nosso)

Acrescenta o eminente professor em outro valioso estudo acerca das FEJ:

A **advocacia privada** defende interesses individuais, coletivos e difusos dos entes da sociedade civil. A **advocacia pública** se divide, por sua vez, em três ramos: a **advocacia da sociedade**, que defende interesses individuais, coletivos e difusos indisponíveis, indicados em lei; a **advocacia dos necessitados**, que defende interesses individuais dos que a lei reconhece como pobres e indefesos; e a **advocacia do Estado**, que defende os interesses cometidos aos entes públicos em que se desdobra internamente o Estado, os interesses públicos.

A **advocacia da sociedade** está amplamente tratada nos artigos 127 a 130, conformando o Ministério Público, como Instituição permanente, **essencial à função jurisdicional do Estado**, (...)

A **advocacia dos necessitados** está tratada, inovadoramente, no art. 134, conformando a Defensoria Pública (...)

A **advocacia do Estado**, está tratada constitucionalmente apenas no que se refere à União, aos Estados e ao Distrito Federal, nos artigos 131 e 132. No que respeita à União, atua precipuamente a Advocacia Geral da União (...) ¹³ (grifo nosso)

Destarte, Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia de Estado são espécies do gênero Advocacia Pública, competindo ao Ministério Público a titularidade da ação penal e a defesa dos interesses da sociedade; à Defensoria Pública a defesa dos interesses dos hipossuficientes e à Advocacia de Estado (AGU

¹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Independência Técnico-Funcional da Advocacia de Estado. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro: v. 16, 2006. p. 3-4.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça na Constituição de 1988. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, n. 43, Rio de Janeiro, 1991. p. 36-37.

e Procuradorias Estaduais e do DF) a defesa dos interesses estatais. São, assim, instituições com a mesma essência (de advocacia pública) e com atribuições semelhantes, mas destinatários diversos; desenvolvendo atividades consultivas e postulatórias, judiciais e extrajudiciais, sendo responsáveis pela defesa de interesses necessários à preservação e existência do Estado Democrático de Direito. Então, não haveria, no Brasil, simetria entre Ministério Público e Poder Judiciário. A simetria de tratamento deve-se dar entre *parquet*, Defensorias, AGU, Procuradorias Estaduais e do DF.

Vale dizer, a atuação dessas instituições deve ser permanente, sendo essencial para o regime democrático de direito porque suas ações sempre repercutirão sobre interesses, valores e direitos constitucionalmente arraigados, abrangendo, por exemplo, a liberdade, a moralidade, a legalidade, a impessoalidade, dentre outros.

Com efeito, a tutela desses interesses se dará auxiliando o Estado a realizá-los (por intermédio de políticas públicas, *v.g.* em parceria com a advocacia de Estado), ou agindo contra ele (mediante questionamentos oriundos do Ministério Público, por exemplo, na forma de ações civis públicas; ou de particulares, impetrando mandados de segurança etc.), para que sejam respeitados e cumpridos e evitar que sejam lesados.

Logo, o surgimento das FEJ representa uma das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito brasileiro, visto que as instituições que a compõem – integradas por membros responsáveis pela interpretação das leis - não só defenderão intransigentemente os interesses que lhe foram incumbidos, mas também fiscalizarão a atuação dos poderes políticos.

Destaca UNGER:

A obrigação do governo de agir de conformidade com a lei aparentemente limita a capacidade dos governantes de utilizar o poder público para fins privados ou de empregá-lo como arma de opressão pessoal. Reconcilia um mínimo de liberdade e segurança com a existência de vastas diferenças entre os indivíduos em questões de acesso à riqueza, ao poder e ao conhecimento. **A interpretação destas leis por instituições especializadas, dirigidas por um grupo profissional relativamente independente, estribado em**

sua própria habilidade e em suas técnicas de argumento, garante que as pessoas cujo poder a lei pretende limitar não sejam aquelas que, em última instância, lhe determinam o sentido.¹⁴ (grifo nosso)

No que concerne à advocacia (pública) de Estado, coube à AGU, no plano federal, a defesa dos interesses estatais, ao passo que, na esfera estadual, o constituinte outorgou às Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal a atuação em prol do ente federativo.

A AGU e as Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal vieram posicionadas nos arts. 131 e 132, da Lei Maior, sendo que tanto essas como aquela, por seus órgãos e membros, exercem advocacia pública de Estado e integram as FEJ.

A definição da instituição AGU está contida no art. 131, da Constituição, que estabelece:

Art. 131. **A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente**, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, **as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo.** (grifo nosso)

No que se refere às Procuradorias Estaduais e do DF, nota-se que o constituinte optou, sem o devido rigor técnico, por delimitar o raio de atuação dos Procuradores Estaduais e do DF, em vez de fixar as competências das Procuradorias – como fez, para a AGU, o MP e a Defensoria Pública, todas instituições das FEJ –, sendo certo que eles não existem nem desempenham de forma solta e aleatória as suas funções, pois integram o quadro funcional das diversas Procuradorias estaduais e do DF existentes nos Estados da Federação, submetendo-se, por conseguinte, aos seus regramentos. Dessa forma, a definição constitucional de suas atribuições deve ser entendida também como delimitação do raio de atuação de suas Procuradorias, *litteris*:

¹⁴ UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna** – Contribuição à Crítica da Teoria Social. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. p. 79.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, **exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.** (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifo nosso)

O cotejo das disposições contidas nesses arts. 131 e 132 demonstra que as atribuições das Procuradorias estaduais e do DF são mais amplas que as da AGU, porque enquanto a esta foi deferida a representação judicial da União, ou seja, dos Poderes Executivo, Legislativo (inclusive do Tribunal de Contas da União – TCU), Judiciário, do Ministério Público da União (MPU), da Defensoria Pública da União (DPU) e de si própria e apenas de assessoramento jurídico ao Poder Executivo federal, às Procuradorias estaduais e do DF permitiu-se a representação jurídica do ente federativo ao qual estão vinculadas, ou seja, essas Procuradorias exercem plenamente a representação judicial e a consultoria jurídica dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e do *parquet*, das Defensorias Públicas Estaduais de si mesmas e dos Tribunais de Contas Estaduais (TCEs).

Exemplificando: as Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal deverão prestar consultoria jurídica não só ao Executivo, mas também às atividades-meio do Legislativo, do Judiciário, do *Parquet*, do Tribunal de Contas e da Defensoria Pública, assim compreendidas, por exemplo, a análise de minutas de editais de licitação, de requerimentos administrativos de servidores, de atos administrativos de caráter normativo etc., sendo vedado às mencionadas Procuradorias, por óbvio, atuar nas atividades finalísticas desses Órgãos.

Relativamente à AGU, observa-se que há uma lacuna constitucional, já que não foi prevista a sua eventual atuação consultiva junto aos Poderes Legislativo e Judiciário, *parquet* e DPU.

Nesse diapasão, sabe-se que a imprecisão e a atecnia permearam a atuação do constituinte e que uma interpretação lógica e sistemática do Texto Constitucional - especialmente das disposições alusivas às instituições integrantes das FEJ - autorizam o intérprete a fixar o entendimento de que eventual acordo de cooperação técnica, ou ajuste similar, celebrado entre a AGU e o Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, poderia suprir essa lacuna, para possibilitar à AGU, *v. g.*, a atuação em processos administrativos da área meio do Pretório Excelso, emitindo, dessa forma, pareceres jurídicos em licitações e contratos, ou em processos administrativos disciplinares (PADs) de servidores do Judiciário, já que, a *contrario sensu*, não se poderia admitir que membros e servidores do Judiciário exerçam atividade advocatícia, eis que proibidos pela Lei nº 8.906/94¹⁵ e também não se poderia permitir que advogados privados porventura contratados realizem essas tarefas, dada a sua natureza estatal, típica de advocacia de Estado, cuja incumbência deve recair, dentro das FEJ, sobre a AGU.

Como se vê, tanto a AGU, como as Procuradorias Estaduais e do DF: a) integram a estrutura do Estado; b) têm *status* constitucional que lhes assegura um claro posicionamento ao lado das 3 (três) funções clássicas, pois estão topograficamente fora dos poderes clássicos; c) são instituições (e não órgãos) constitucionais perenes; e d) exercem atividades jurídicas nas searas judicial, extrajudicial e consultiva (não são atribuições executivas, como a do Executivo; nem legislativas, como as do Parlamento; tampouco de julgamento, como as do Judiciário) em prol do erário e, também, de interesses públicos essenciais ao regime democrático de direito, assim como as suas missões constitucionais típicas de advocacia de Estado e não de Governo¹⁶ destinam-se a atender não só o Executivo, mas também o Legislativo, o Judiciário, os Tribunais de Contas, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

¹⁵ Prescrevem os arts. 27 e 28, IV, da Lei nº 8.906/94:

Art. 27. A incompatibilidade determina a proibição total, e o impedimento, a proibição parcial do exercício da advocacia.

Art. 28. A advocacia é incompatível, mesmo em causa própria, com as seguintes atividades:
(...)

IV - ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário e os que exercem serviços notariais e de registro;

¹⁶ Advocacia de Governo: espécie subalterna de advocacia, que, em suma, é desprovida de perenidade e de *status* constitucional; possui algum tipo de subordinação (ordinariamente administrativa) ao Executivo e cujo órgão, ou instituição, seria carente de autonomias funcional, administrativa e financeira/orçamentária; seus integrantes mais proeminentes seriam ocupantes de cargos comissionados; inexistiria privatividade de funções nem haveria garantias e prerrogativas, para os membros efetivos.

Assim, afigura-se apropriado sustentar que a AGU é instituição integrante das FEJ e está fora do Poder Executivo, não devendo estar subordinada ou porventura vinculada a ele, tampouco a qualquer outro dos poderes clássicos, ou funções definidas na Constituição, como defendem, no campo doutrinário, MOREIRA NETO¹⁷, ANDRÉA FERREIRA¹⁸, VALENTE¹⁹, CASTRO²⁰, LEITE²¹ e também este articulista que, inclusive, já havia explicitado esse entendimento anteriormente em artigo publicado na Revista de Direito dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro²².

Não obstante, BASTOS²³, segue linha diversa, afirmando que a AGU integraria o Executivo federal.

Ainda acerca da natureza jurídica da AGU, MACEDO²⁴ propugna, de maneira singular, que a instituição, embora não constitua organicamente um Poder, em virtude de sua dependência orgânica em face do Executivo, exerceria uma função constitucional autônoma em relação à função executiva.

No âmbito do Judiciário, o eminente Ministro do Pretório Excelso, Dias Toffoli, expressou entendimento de que as instituições que fazem parte das FEJ estariam fora dos 3 poderes clássicos, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 558.258/SP, em 2010, vaticinando, com propriedade, em seu voto:

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa, Brasília**, nº 116, 1992. p. 96.

¹⁸ ANDRÉA FERREIRA, Sérgio de. **Comentários à Constituição**, 3º vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. p. 12.

¹⁹ VALENTE, Maria Jovita Wolney. Histórico e Evolução da Advocacia-geral da União. In: **Advocacia de Estado: Questões Institucionais para a Construção de um Estado de Justiça**, em co-autoria com Luciane Moessa de Souza e Jefferson C. Guedes (Coordenadores). Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 364.

²⁰ CASTRO, Aldemario Araújo. **A Advocacia-Geral da União como instituição**. Disponível em: <http://www.aldemario.adv.br/observa/outros.htm>. Acesso em: 11 mar. 2016.

²¹ LEITE, Valdemar de Oliveira. **Advocacia-Geral da União**. Instituição constitucional independente ou órgão do Executivo? Monografia apresentada em 2003 no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), p. 93-94. Disponível em: http://www.anauni.org.br/site/wp-content/uploads/2011/12/MONO_IDP.pdf. Acesso em: 21 fev. 16.

²² KIRSCH, César do Vale. Advocacia-Geral da União e Poder Executivo Federal: Parceria Indispensável para o Sucesso das Políticas Públicas. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro**, v. 16. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 89.

²³ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. Tomo IV. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 05.

²⁴ MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008. p. 161.

Ora, o que temos aí? Temos que tanto o Ministério Público, quanto a Advocacia Pública, quanto a Defensoria Pública **são instituições que não integram nenhum dos Três Poderes. Eles estão separados tanto do Legislativo, quanto do Executivo, quanto do Judiciário.** (...) Se formos analisar a Advocacia-Geral da União, a lei de organização do Poder Executivo não faz referência a ela. (grifo nosso)

De fato, no caso da AGU, a instituição representa judicial e extrajudicialmente o Estado, ou seja, o Executivo, o Legislativo, o Judiciário, o TCU, o MPU e a DPU. Exemplificando: se um servidor da Câmara dos Deputados, demitido por intermédio de regular processo administrativo disciplinar (PAD) ingressa em juízo com ação pedindo a anulação de seu ato demissório e a sua conseqüente reintegração ao cargo que anteriormente ocupava, irá competir à AGU, representar judicialmente a União (no polo passivo), para defender a legalidade do ato administrativo ensejador da aludida demissão. Admitir-se, ainda que hipoteticamente, que a AGU possa ser órgão do Executivo implicaria a necessária criação de uma Advocacia-Geral, para defender judicial e extrajudicialmente interesses do Legislativo e de seus órgãos auxiliares; de uma Advocacia-Geral, para o Judiciário; de uma Advocacia-Geral do *parquet*, para o Ministério Público e, por fim, de uma Advocacia-Geral da Defensoria Pública, para a Defensoria Pública.

Ainda a respeito da classificação da AGU e das Procuradorias Estaduais e do DF como instituições incumbidas de exercer advocacia (pública) de Estado, MORERIA NETO assinala que a Emenda Constitucional nº 19, de 1998, causou espanto ao restringir impropriamente a denominação de advocacia pública apenas às funções de advocacia de Estado, quando, em verdade, deveria incluir todas as modalidades de advocacia pública (sociedade, necessitados e de Estado) previstas no Capítulo que trata das FEJ, *verbis*:

Observe-se de passagem que o legislador constitucional reformador da Emenda Constitucional nº 19/98, ao alterar o título original da Seção II, do Capítulo IV do Título IV, **equivocadamente reduziu o conceito de Advocacia Pública, ao identificá-lo equivocadamente com o de Advocacia de Estado**; possivelmente, mais por descuido que por deliberada intenção, já que desse baralhamento não resultou qualquer vantagem prática ou teórica, mas, ao contrário,

deixou apenas essa enganosa impressão de que os demais ramos capitulados não exercem advocacia – entendida em seu amplo e originário sentido como o patrocínio ou zeladoria de interesses alheios, o que encompassa, no gênero, portanto, tanto a advocacia dos interesses difusos e indisponíveis da sociedade (atribuída ao Ministério Público) como a advocacia dos interesses dos hipossuficientes (atribuída à Defensoria Pública) e a advocacia dos interesses públicos constitucionalmente cometidos à administração do Estado, daí, logicamente, decorrendo, o tratamento tópico unitário de todos esses ramos no mesmo Capítulo da Carta Magna.²⁵ (grifo nosso)

Observa-se, por outro lado, que malgrado o constituinte nada tenha dito em relação às Procuradorias Municipais (onde porventura existirem), pode-se concluir que essas Procuradorias Municipais também executam advocacia de Estado, na medida em que também podem ser classificadas como instituições públicas, cujos membros devem-se submeter a um regime de natureza estatutária e ser encarregados de representar juridicamente o ente municipal, visando, tanto auxiliar o Prefeito e demais autoridades municipais na viabilização de políticas públicas que objetivem satisfazer os interesses da comunidade local, como também velar pelo patrimônio público da cidade.

Outro não é o entendimento do preclaro MOREIRA NETO, ao asseverar que as Procuradorias Municipais executam, sim, advocacia de Estado:

Esta, a advocacia pública, é prestada organicamente na estrutura do Estado, através de órgãos unipessoais da sociedade, cometida ao Ministério Público (CF, art. 127), **a advocacia de Estado, reservada** expressamente à Advocacia-Geral da União, aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (CF, arts. 131 e 132) **e, implicitamente**, aos Procuradores autárquicos e fundacionais e **aos Procuradores de Municípios com investidura estatutária**, e a advocacia dos hipossuficientes, confiada à defensoria Pública (CF, art. 134)²⁶ (grifo nosso)

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In **Advocacia de Estado: Questões Institucionais para a Construção de um Estado de Justiça**, em co-autoria com Luciane Moessa de Souza e Jefferson C. Guedes (Coordenadores). 1. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 25-26.

²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 31.

Pode-se afirmar, nesse contexto, que o advento das FEJ representa uma forma de revitalizar e de dinamizar o tradicional sistema de separação de poderes - surgido numa época em que não existiam partidos políticos, não se dava importância à eficiência da máquina estatal e os anseios sociais não eram intensos e complexos como as necessidades coletivas existentes no mundo contemporâneo -, aperfeiçoando, por conseguinte, o funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Leciona DALLARI:

Críticas mais recentes se dirigem a outro aspecto fundamental que lembra a polêmica a respeito dos poderes e das funções do Estado. **Como se tem observado, a separação de poderes foi concebida num momento histórico em que se pretendia limitar o poder do Estado e reduzir ao mínimo a sua atuação. Mas a evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais.** Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos de separação de poderes. O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes.

Entretanto, apesar da patente inadequação da organização do Estado, a separação de poderes é um dogma, aliado à ideia de democracia, daí decorrendo o temor de afrontá-lo expressamente. Em consequência, buscam-se outras soluções que permitam aumentar a eficiência do Estado mantendo a aparência da separação de poderes.²⁷ (grifo nosso)

²⁷ Ob. Cit., p. 221.

Conclui o eminente professor mais adiante:

Na verdade, as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, **o que é incompatível com a tradicional separação de poderes. É necessário que se reconheça que o dogma da rígida separação formal está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos.**²⁸ (grifo nosso)

Corroborando a noção de que o modelo proposto por MONTESQUIEU está superado é a lição de BONAVIDES:

Coste-Floret, relator de um projeto constitucional na França, resume muito bem o estado presente da doutrina de separação de poderes, quando escreve:

Pois que é indubitável que a soberania é una, é impossível admitir com o sistema presidencial que existem três poderes separados. Mas porque a soberania é una, não é preciso concluir que todas as funções do Estado devem ser necessariamente confundidas. Para realizar uma organização harmônica dos poderes públicos, é preciso ao contrário construí-los sobre o princípio da diferenciação das três funções do Estado: legislativa, executiva e judiciária. Para tomar de empréstimo uma comparação simples à ordem biológica, é exato por exemplo que o corpo humano é uno e todavia o homem não faz com os olhos o que tem o hábito de fazer com as mãos. É preciso que ao princípio da unidade orgânica se junte a regra da diferenciação das funções. **Há muito tempo que a regra da separação dos poderes, imaginada por Montesquieu como um meio de lutar contra o absolutismo, perdeu toda a razão de ser.**

²⁸ Ob. cit., p. 222.

Não temos dúvida por conseguinte em afirmar que a separação de poderes expirou desde muito como dogma da ciência.²⁹ (grifo nosso)

Percebe-se, desse modo, que o constituinte genuíno foi muito feliz criando esse conjunto de instituições compromissadas com a defesa de interesses indispensáveis, para a sustentação do regime democrático de direito. MOREIRA NETO³⁰ vai mais adiante e sustenta que as FEJ, além de possuírem grande importância para a manutenção do Estado Democrático de Direito, seriam fundamentais para a construção de um Estado de Justiça.

As FEJ podem ser consideradas, assim, como a quarta função do Estado brasileiro e dado o caráter essencial e permanente de suas instituições integrantes, parece que seria juridicamente inviável eventual tentativa de veiculação de proposta de emenda constitucional tendente a abolir, sufocar, ou manietar de qualquer forma o funcionamento de suas instituições, já que amparadas pela disposição constante no art. 60, § 4º, II, da Constituição³¹.

Unem-se, portanto, as FEJ às tradicionais funções legislativa, judiciária e executiva, totalizando quatro funções de fundamental importância para a otimização e o aperfeiçoamento do Estado democrático de Direito. Revitaliza-se, dessa forma, o tradicional modelo proposto por MONTESQUIEU, aprimorando-se a proteção às liberdades e à dignidade do homem.

5. ADVOCACIA (PÚBLICA) DE ESTADO COMO PARCEIRA DO EXECUTIVO NA VIABILIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Considerando que a AGU, no plano federal, lidera o exercício da advocacia de Estado no país, far-se-á neste capítulo uma análise de sua parceria de sucesso com o Executivo na viabilização de políticas públicas que são elaboradas e executadas visando a consecução do interesse público.

²⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 147.

³⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº 116, 1992. p. 92-93.

³¹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

III - a separação dos Poderes.

Política Pública constitui-se na atuação deliberada do Estado, para a necessária, segura e eficiente satisfação do bem comum da coletividade administrada. Segundo MEIRELLES, “É forma de atuação do homem público quando visa conduzir a administração a realizar o bem comum”.³²

Como dito em linhas volvidas, a AGU é a instituição responsável pela representação judicial da União e pelo assessoramento e consultoria jurídicos ao Executivo federal. Possui, desse modo, atribuições preventivas e repressivas, sendo que a consultoria e o assessoramento jurídicos ao Executivo correspondem, dentre outras, às atividades institucionais destinadas a auxiliar a ação do bom governante, para a adequada e eficiente satisfação do bem comum (cf. art. 3º, da Constituição).

É, nesse contexto, que a atribuição de consultoria jurídica ao Poder Executivo ganha especial relevo e tem de ser bem prestada, a fim de efetuar a compatibilização da política a ser implementada com as normas e princípios vigentes no Estado Democrático de Direito, para a adequada satisfação dos interesses do povo brasileiro. A tarefa é complexa e de fundamental importância para o êxito do projeto político, incumbindo à AGU, por força do art. 131, da Constituição, a análise cuidadosa dos aspectos jurídicos relacionados ao plano político, visando como dito por AMORIM³³, apontar o caminho da legalidade ao gestor, a fim de que as políticas tencionadas possam ser concretizadas; evitando-se, por conseguinte, que o administrador seja acometido de terrível anomalia, batizada por PEDONE³⁴ de síndrome dos objetivos espetaculares e dos resultados decepcionantes.

Com efeito, o plano político pode ser social e economicamente perfeito, do ponto de vista isolado de cada ciência que faça parte da sua concepção, mas pode fracassar, na prática, se não houver um lastro jurídico que lhe dê base e sustentação para prosperar.

Destarte, o membro da AGU (que é advogado de Estado) não pode limitar-se a dizer “não pode”, mas sim, demonstrar, de forma proativa, ao agente

³² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 34.

³³ AMORIM, Filipo Bruno. **A Advocacia-Geral da União e as Políticas Públicas**: um estudo acerca da defesa judicial da União, no marco institucional do Estado democrático de Direito. Brasília: UniCEUB, 2012, apud PAIVA, Adriano Martins de. *Advocacia-Geral da União: Instituição de Estado ou de Governo?* São Paulo: LTr, 2015. p. 64.

³⁴ PEDONE, Luiz. **Formulação, Implementação e Avaliação de Políticas Públicas**. Brasília, Fundação Centro de Formação do Servidor Público – FUNCER, 1986. p. 33.

público “como pode” ser viabilizada juridicamente a política pública que a Administração pretende implementar, buscando, conforme assinala PAIVA³⁵, intermediar a política e o direito, a fim de moldá-la, adaptá-la às normas constitucionais e infraconstitucionais, pois o governante foi eleito para cumprir as promessas de campanha, que, após sua eleição, transformaram-se em políticas de governo legitimamente canceladas pelo voto popular.

Acentua, nesse rumo, BINENBOJM:

O Advogado Público tem como uma das suas missões institucionais mais nobres e relevantes cuidar da viabilização jurídica de políticas públicas legítimas definidas pelos agentes políticos democraticamente eleitos. O Advogado Público tem o direito, **como cidadão**, de discordar dessas políticas. (...) **Todavia, tem ele o dever funcional de se engajar na promoção e na preservação dessas políticas, desde que elas se mantenham dentro dos marcos da Constituição e das leis em vigor.**³⁶ (grifo nosso)

Vale dizer: a AGU, desempenhando advocacia de Estado, tem a responsabilidade jurídica de apresentar ao governante, aos agentes do Executivo federal, minimamente uma solução juridicamente viável capaz não só de lastrear a elaboração e a concretização da política pública, mas também de, eventualmente, sustentá-la, posteriormente, perante o Judiciário. Desse modo, os advogados de Estado da AGU têm a obrigação constitucional de atuar, com suporte no ordenamento jurídico pátrio, a fim de auxiliar o administrador público a elaborar e a executar as políticas públicas, apresentando uma resposta jurídica capaz de encaixá-las no ordenamento jurídico e apta a lastrear as ações de governo, que serão executadas para a realização dos anseios sociais.

Exemplificando: imagine-se que um Ministro da Defesa, premido por razões de política de recursos humanos, resolva editar instrução normativa, visando modificar o efetivo das forças armadas. A prévia fiscalização jurídica desse ato

³⁵ PAIVA, Adriano Martins de. **Advocacia-Geral da União**: Instituição de Estado ou de Governo? São Paulo: LTr, 2015. p. 103.

³⁶ BINENBOJM, Gustavo. O Papel da Advocacia Pública na Estabilidade e no Desenvolvimento do País. In: **Advocacia Pública de Estado**: Estudos Comparativos nas Democracias Euro-americanas, em co-autoria com Adriano Sant’Ana Pedra, Julio Pinheiro Faro e Pedro Gallo Vieira (Coordenadores). Curitiba: Juruá, 2014. p. 113.

evitaria que o ministro cometesse esse erro normativo, pois o membro da AGU demonstraria ao administrador que seria autoridade incompetente, para a prática do pretense ato, já que reservado à competência do Presidente da República, por força do art. 61, § 1º, I, da Constituição de 1988³⁷. O advogado de Estado deveria, então, não apenas limitar-se a dizer que o ministro não poderia praticar este ato, mas também teria de orientá-lo a submeter a matéria à apreciação do Presidente da República, dado que o tema seria de competência do Supremo mandatário da Nação. Caso a orientação ficasse pela metade, a omissão do membro da AGU prejudicaria a resolução desse problema, impedindo a análise meritória da autoridade competente, que poderia, inclusive, concordar com as razões expostas pelo setor técnico do Ministério da Defesa, a fim de buscar viabilizar, via projeto de lei, a pretensão objetivada pelas Forças Armadas. Ressalte-se que o Presidente da República seria assessorado, neste caso hipotético, diretamente pelo Advogado-Geral da União, que, dentre outras atribuições constitucionais, constitui-se no órgão de assessoramento jurídico incumbido de prestar direta orientação jurídica ao Chefe do Executivo federal.

Ressalte-se, inclusive, que, quando já houver política regularmente estabelecida, competirá ao advogado federal de Estado desenvolver as suas atividades, inclusive em juízo, observando obrigatoriamente o que estiver disposto no plano político, conforme orientação da AGU contida no Ato regimental nº 08, de 27 de dezembro de 2002³⁸. Existe a possibilidade, assim, de a instituição, eventualmente, atuar em juízo, para garantir a execução fiel e eficiente da política pública aprovada e em andamento, uma vez que, via de regra, a AGU, no seu

³⁷ Art. 61. (...)

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:

I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;

³⁸ Preceitua o Ato Regimental-AGU nº 08/02, publicado na Seção 1, do Diário Oficial da União (DOU), de 30 de dezembro de 2002:

ATO REGIMENTAL Nº 8, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2002.

O Advogado-Geral da União, no uso das atribuições que lhe conferem os arts. 4º, incisos I, XIII e XVIII, e 45 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, o art. 21 da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995, e a Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002, resolve editar o presente

Ato Regimental

Art. 1º (...)

§ 1º No desempenho das atribuições de seus cargos, os Membros efetivos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal observarão especificamente:

I – a Constituição Federal, as leis e os atos normativos emanados dos Poderes e autoridades competentes;

II – o interesse público, neste caso, considerado o da sociedade, o da União e de cada um dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;

III – as Políticas Públicas fixadas pelo Governo Federal;

IV – as orientações dos seus superiores hierárquicos. (grifo nosso)

papel constitucional, contribui para a viabilização da política pública, mas pode acontecer também de o *parquet*, também no exercício de seu papel constitucional, questionar em juízo essas ações públicas.

Ocorre que o membro da AGU (advogado de Estado) pode encontrar duas, três, enfim, várias opções jurídicas para eventualmente solucionar o problema debatido. Nesse caso, deverá apresentar ao administrador as alternativas jurídicas encontradas para o caso examinado, indicando - caso haja mais de uma opção para viabilizar as ações públicas - a que seja juridicamente mais segura e com maior probabilidade de êxito, para a realização do interesse público colimado. Assim informado, o governante terá plenas condições de tomar uma decisão acertada e compatível com o ordenamento jurídico.

Em termos práticos, como ocorre essa atuação para auxiliar o Poder Executivo a viabilizar um plano político?

No plano interno, a AGU pode analisar, por exemplo, minuta de projeto de lei que o Executivo queira encaminhar ao Congresso Nacional; poderá examinar e porventura sugerir a preparação, também, em caso de relevância e de urgência, de minuta de Medida Provisória a ser editada pelo Presidente da República; apreciar e orientar a elaboração de protótipos de atos de natureza normativos de hierarquia inferior à lei (decreto, instrução normativa, portaria etc.), para desenvolver política em andamento; examinar propostas de emenda constitucional; atuar em juízo protocolizando ações, contestações, recursos;...

Enfim, é atribuição constitucional da AGU (por seus membros que são advogados de Estado) compatibilizar a política pública com o ordenamento jurídico, conferindo juridicidade aos atos do administrador público, em face do Estado Democrático de Direito hoje vigente no país. Ou seja, não se trata de viabilizar de qualquer jeito a pretensão do governante, mas buscar compatibilizá-la estritamente com as normas e princípios vigentes no sistema jurídico nacional, ainda que tenha de sugerir, por exemplo, a veiculação de projeto de lei, para porventura contemplar inovação pretendida pelo gestor. Será responsável pela blindagem jurídica do plano proposto, elaborando o invólucro adequado e seguro aos fins objetivados pelo governo, sendo irrelevante a sigla partidária do gestor de plantão, pois a instituição é técnica, constitucionalmente independente e permanente, compromissada com o ordenamento jurídico, com a defesa do erário e com a viabilização de políticas públicas.

Nesse diapasão, convém lembrar, a seguir, de algumas políticas públicas emblemáticas, pretéritas e atuais, dos Governos do PSDB³⁹ e do PT⁴⁰, que foram e continuam sendo exemplos de sucesso, em razão da valiosa atuação da AGU que, inclusive, contribuiu para a boa governabilidade do país; fazendo com que o governante conseguisse satisfazer, com êxito, o interesse público.

6. CRISE ENERGÉTICA (“APAGÃO”)

Exemplo de política pública de sucesso viabilizada pela AGU foi o plano emergencial deflagrado pelo Governo FHC⁴¹, do PSDB, que evitou o colapso de energia elétrica que rondava o Brasil em 2001.

O Governo da época criou a Câmara de Gestão da Crise de Energia (CGCE), para gerenciar e resolver o problema, tendo a AGU, por intermédio da Consultoria-Geral da União (CGU), integrado a CGCE, juntamente com técnicos especializados de diferentes áreas governamentais.

A instituição destacou-se, prestando eficiente consultoria jurídica à Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, tendo participado ativamente da discussão e elaboração dos atos normativos regedores da aludida política emergencial.

Especificamente, a AGU foi responsável pela formatação jurídica de 6 (seis) Medidas Provisórias e de 88 (oitenta e oito) Resoluções da CGCE, tendo integrado, inclusive, o Núcleo Executivo da referida Câmara, na pessoa do Consultor-Geral da União⁴².

Ainda assim, os arts. 14 a 18, da MP nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001, foram questionados junto ao Poder Judiciário. Inúmeras ações foram ajuizadas pelo país afora e, por conseguinte, passaram a ameaçar os objetivos pretendidos pela política emergencial.

Diante da controvérsia judicial relevante e do risco de a política fracassar, a AGU entendeu ser necessário ajuizar Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), a fim de provocar manifestação do Supremo Tribunal Federal (STF) –

³⁹ PSDB: Partido da Social Democracia Brasileira.

⁴⁰ PT: Partido dos Trabalhadores.

⁴¹ FHC: Fernando Henrique Cardoso, Presidente da República eleito pelo PSDB e que governou o Brasil por dois mandatos consecutivos: 1995-1998/1999-2002.

⁴² Relatório de Gestão da AGU de 2001. p. 12 e 13. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/97251. Acesso em: 1º mar. 2016.

o principal órgão do Poder Judiciário responsável pelo julgamento de políticas públicas -, para pôr fim às pendências judiciais existentes, que colocavam em risco o sucesso da política de racionamento de energia elétrica.

Nesse contexto foi protocolada, no STF, a ADC tombada sob nº 9, com a finalidade de obter a declaração da constitucionalidade dos arts. 14 a 18 da supramencionada MP, que disciplinava o programa de redução do consumo de energia elétrica.

A petição inicial da ADC nº 9 noticiava, à fl. 7, a polêmica jurídica existente sobre a dita MP:

Até o presente momento, já foram propostas 127 (cento e vinte) ações judiciais, com 28 (vinte e oito) liminares concedidas e 9 (nove) liminares indeferidas. Só no estado de São Paulo estão em andamento mais de 70 (setenta) ações, o que gera grande incerteza jurídica à toda sociedade brasileira razão por que necessário se faz o conhecimento da presente ação declaratória colocando-se, definitivamente, termo à polêmica judicial instaurada.

Ao fim, a ADC pedia a declaração definitiva, com efeitos *erga omnes* e vinculantes, da constitucionalidade dos arts. 14, 15, 16, 17 e 18 da Medida Provisória nº 2.152-2, de 1º de junho de 2001.

Em 13 de dezembro de 2001, o Plenário do STF, por maioria de votos, julgou procedente o pedido formulado na ADC nº 9, para declarar a constitucionalidade dos arts. 14 a 18 da atacada MP. Foram vencidos os Ministros Néri da Silveira (Relator) e Marco Aurélio (Presidente).

A Ministra Ellen Gracie assim se pronunciou nos autos da ADC nº 9, por ocasião do requerimento de liminar: “Por isso, afirmo a regularidade constitucional dos dispositivos ora trazidos a exame, neles não encontrando eiva que os incompatibilize com os dispositivos da Lei Maior.”⁴³

A atuação preventiva da AGU aconselhando os responsáveis pelo plano político emergencial de combate ao colapso energético ocorreu acertadamente durante a fase de formulação daquela política, facilitando, sobremaneira, a

⁴³ Voto proferido na medida cautelar da ADC nº 9.

posterior defesa judicial da política já vigente. A Instituição sustentou e manteve, com sucesso, aquele programa emergencial de governo. É provável que, se a AGU não tivesse participado da elaboração dessa política; ou que não tivesse atuado na sua formulação, mas somente durante a sua execução, que o programa emergencial daquele governo tivesse sido derrubado no Judiciário, o que redundaria no fracasso daquela política pública.

A instituição ainda teve participação na elaboração do Acordo Geral do Setor Elétrico que resultou na economia de cerca de R\$ 5 bilhões, para os consumidores brasileiros.

A ação da AGU garantiu, assim, a viabilidade e o sucesso dessa política pública emergencial e contribuiu para assegurar a governabilidade do país.

7. PROGRAMA DE ACELERAÇÃO DO CRESCIMENTO (PAC)

Além desse significativo exemplo pretérito, tem-se, no atual governo Dilma (do PT), o Programa de Aceleração do Crescimento, conhecido como PAC, deflagrado pelo Governo Lula⁴⁴ (também do PT), que constitui importante política pública de infraestrutura, que vem contando com a atenta, segura e eficiente atuação da AGU.

Para acompanhar e conferir blindagem jurídica às ações governamentais alusivas ao PAC, a AGU instituiu o Grupo Executivo de Acompanhamento do PAC (GEPAC)⁴⁵, com a incumbência exclusiva de dar suporte a esta relevante política pública e evitar a judicialização das obras indispensáveis ao desenvolvimento da nação brasileira, ou, quando não fosse possível, defendê-las em juízo.

De acordo com o Relatório de Gestão da AGU de 2012⁴⁶, a instituição contribuiu com sua atuação jurídica, para viabilizar a execução da área de energia do Plano, possibilitando a construção da Usina Hidrelétrica (UHE) de Belo Monte, no Rio Xingu; da Usina Hidrelétrica (UHE) de Teles Pires no Mato Grosso; da Usina Hidrelétrica (UHE) de Santo Antônio em Rondônia; e da Hidrelétrica (UHE) do Alto Paraguai, no Mato Grosso do Sul.

⁴⁴ Governou o Brasil de 2003 até 2010.

⁴⁵ Relatório de Gestão da AGU de 2009, p. 23-24. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/97251. Acesso em: 1º mar. 2016.

⁴⁶ Relatório de Gestão da AGU de 2012, p. 120. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/97251. Acesso em: 1º mar. 2016.

Por sua vez, o Relatório de Gestão da AGU de 2014 contabiliza 15.191 registros sobre temas relacionados a empreendimentos do PAC, sendo 4.768 ocorrências referentes a processos judiciais nos quais a AGU, por meio de seus diversos órgãos, atua; de maneira que 94% dos registros referem-se a ações judiciais necessárias para viabilizar os empreendimentos, objetivando contribuir com a efetiva implementação da política pública.

Como se vê, o objetivo do GEPAC é acompanhar demandas judiciais e administrativas, conferindo blindagem jurídica às ações governamentais destinadas à execução dessa política, a fim de evitar a sua judicialização e, quando não for possível, defende-la perante o Judiciário, visando garantir a continuidade do PAC.

Percebe-se, então, que tanto no Governo FHC, como no Governo Lula e no Governo Dilma e nos futuros governos que se sucederem, a AGU atuou, está agindo e certamente executará regularmente as suas atribuições, para auxiliar o gestor público a realizar políticas públicas destinadas a satisfazer os anseios do povo brasileiro, sendo irrelevante o colorido partidário do administrador de plantão, pois a instituição executa advocacia de Estado, de maneira técnica e suprapartidária.

8. CONCLUSÃO

O presente artigo examinou a advocacia pública de Estado como instituição integrante das Funções Essenciais à Justiça (FEJ) e parceira do Executivo na viabilização de políticas públicas voltadas à satisfação do bem comum.

Portanto, a leitura deste texto permite chegar-se às seguintes conclusões:

I – As FEJ exprimem uma maneira de aperfeiçoar o tradicional modelo de separação clássica de poderes - modernamente entendidos como funções de governo já que o poder é uno, emana do Povo e em seu nome é exercido -, tornando o funcionamento do Estado mais eficiente diante dos complexos anseios da sociedade contemporânea, pois confere a advogados privados, ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à AGU e às Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal a defesa de relevantes interesses públicos, individuais, coletivos e difusos prescritos no ordenamento jurídico vigente, bem como a fiscalização das ações dos poderes clássicos.

II – As FEJ são a quarta função do Estado brasileiro e congregam a advocacia pública e a advocacia privada, sendo de se destacar que a advocacia pública é um gênero e composta por instituições públicas, da qual fazem parte e são espécies a advocacia pública da Sociedade, exercida pelo Ministério Público; a advocacia pública de Estado, executada pela AGU e pelas Procuradorias Estaduais e do DF; e a advocacia pública dos Necessitados, incumbida à Defensoria Pública.

III – À AGU compete a representação judicial e extrajudicial dos poderes políticos (Executivo, Legislativo e Judiciário), assim como do TCU, do MPU, da DPU e de si mesma, bem como a consultoria e o assessoramento jurídicos ao Executivo federal.

IV - Por força do art. 131, da Carta de 1988, a AGU ficou incumbida ordinariamente, dentre outras atribuições, de auxiliar o Poder Executivo na viabilização de políticas públicas.

V - A AGU é parceira do Executivo, porque faz parte das FEJ, sendo uma instituição constitucional, permanente e essencial ao Estado brasileiro, não devendo estar subordinada nem vinculada, consequentemente, a nenhum dos Poderes clássicos. A atuação independente junto ao Executivo é pressuposto necessário à realização das finalidades estatais, pois confere respaldo à advocacia de Estado, para agir com ponderação e equidistância, em nome do interesse público, tanto no processo de formação como na fase de implementação de políticas públicas.

VI – A AGU é importante parceira do Poder Executivo federal no processo de política pública, assegurando-lhe segurança jurídica e eficiência na tomada de decisões e, por conseguinte, governabilidade, contribuindo decisivamente para que as outrora promessas de campanha sejam convoladas em políticas públicas aptas à satisfação dos anseios da sociedade.

9. REFERÊNCIAS

AGU, Relatório de Gestão de 2001. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/97251>. Acesso em: 1º mar. 2016.

_____. Relatório de Gestão de 2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/97251>. Acesso em: 1º mar. 2016.

____. Relatório de Gestão de 2012. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/97251>. Acesso em: 1º mar. 2016.

AMORIM, Filipo Bruno. **A Advocacia-Geral da União e as Políticas Públicas: um estudo acerca da defesa judicial da União, no marco institucional do Estado democrático de Direito**. Brasília: UniCEUB, 2012, apud PAIVA, Adriano Martins de. *Advocacia-Geral da União: Instituição de Estado ou de Governo?*, São Paulo: LTr, 2015.

ANDRÉA FERREIRA, Sérgio de. **Comentários à Constituição**. 3º vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**, Tomo IV. São Paulo: Saraiva, 1997.

BINENBOJM, Gustavo. O Papel da Advocacia Pública na Estabilidade e no Desenvolvimento do País. In: **Advocacia Pública de Estado: Estudos Comparativos nas Democracias Euro-americanas**, em co-autoria com Adriano Sant'Ana Pedra, Julio Pinheiro Faro e Pedro Gallo Vieira (Coordenadores). Curitiba: Juruá, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. 17. ed. São Paulo: Atlas.

CASTRO, Aldemario Araujo. **A Advocacia-Geral da União como instituição**. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/observa/outros.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1992.

KIRSCH, César do Vale. Advocacia-Geral da União e Poder Executivo Federal: Parceria Indispensável para o Sucesso das Políticas Públicas. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro**, v. 16. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

____. A Alavancagem da AGU para a consolidação e o sucesso da Advocacia Pública de Estado no Brasil. In: **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**, em co-autoria com Luciane Moessa de Souza e Jefferson C. Guedes (Coordenadores). Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LEITE, Valdemar. **Advocacia-Geral da União: instituição constitucional independente ou órgão do Executivo?** Monografia apresentada em 2003 no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), pp. 93-94. Disponível em: <http://www.anauni.org.br/site/wpcontent/uploads/2011/12/MONO_IDP.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2016.

MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

____. As Funções Essenciais à Justiça na Constituição de 1988. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, nº 43, Rio de Janeiro, 1991.

____. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº 116, 1992.

____. Independência Técnico-Funcional da Advocacia de Estado. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro**, v. 16. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

____. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: **Advocacia de Estado: Questões Institucionais para a Construção de um Estado de Justiça**, em co-autoria com Luciane Moessa de Souza e Jefferson C. Guedes (Coordenadores). Belo Horizonte: Fórum, 2009.

____. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PAIVA, Adriano Martins de. **Advocacia-Geral da União**: Instituição de Estado ou de Governo? São Paulo: LTr, 2015.

PEDONE, Luiz. **Formulação, implementação e avaliação de políticas públicas**. Brasília: Fundação Centro de Formação do Servidor Público – FUNCEP, 1986.

SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: posição institucional. **Revista de Informação Legislativa**, nº 117. Brasília, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1997.

STOPPINO, Mario. **Dicionário de Política**, vol. I. 10ª ed. Brasília, UnB, 1997.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna** – Contribuição à Crítica da Teoria Social. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979.

AUTONOMIA ORÇAMENTÁRIA, FINANCEIRA, ADMINISTRATIVA E TÉCNICA COMO FATOR ESSENCIAL À CONCRETIZAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA

DALTON SANTOS MORAIS¹

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2 A Advocacia Pública e suas funções na Constituição Federal de 1988. 3. Dados da Advocacia Pública Federal como parâmetro para demonstração da importância da Advocacia Pública no Brasil. 4. O tratamento não isonômico dispensado às Instituições federais de função essencial à Justiça – AGU, MPU e DPU. 5. A PEC 82/2007 e a concessão de autonomia orçamentária, financeira e administrativa como fator de realização das funções constitucionais da advocacia pública. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende demonstrar que, a par da evidente determinação constitucional da Advocacia Pública como função essencial à Justiça e, portanto, de sua evolução constitucional, as Instituições que exercem essa importante função no Brasil passam por forte instabilidade político-jurídica e encontram-se em verdadeiro caos administrativo porque se teima em não considerá-las como Instituições de Estado, mas sim como órgãos de Governo, sem qualquer autonomia técnica, orçamentária, financeira e técnica em relação ao Poder Executivo.

Aqui se demonstrará que tal situação não encontra validade no ordenamento vigente estabelecido pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) e que,

¹ Conselheiro Federal e Presidente da Comissão de Advogados Públicos da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Espírito Santo. Advogado e Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Mestre em direito processual civil pela Universidade Federal do Espírito Santo, especialista em direito do Estado pela UGF/RIO e graduado em direito pela UERJ. Professor de direito constitucional e direito processual no Curso de Direito das Faculdades Espírito-Santenses – FAESA. Professor credenciado de direito constitucional e processual civil da Escola da Advocacia-Geral da União. Autor de livros e artigos jurídicos. Contato: dalton.morais@hotmail.com.

devido à enorme importância da Advocacia Pública para a sociedade brasileira, é medida essencial e urgente que o Congresso Nacional aprove a PEC 82/2007, a fim de conceder a autonomia orçamentária, financeira, administrativa técnica que permita a Advocacia Pública ser, finalmente, Instituição de Estado e não mero escritório de advocacia do governante da vez.

2. DA ADVOCACIA PÚBLICA E SUAS FUNÇÕES NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Sabidamente, na organização dos Poderes da República na CF/88 – Título IV - a Advocacia Pública não foi inserida no capítulo do Poder Executivo, mas sim no capítulo relativo às funções essenciais à Justiça, ao lado de Instituições independentes e autônomas como o Ministério Público e a Defensoria Pública, aquele por força do texto originário da Constituição e esta já pelas alterações determinadas pela EC 45/2004 no plano estadual e pela EC 80/2014 no plano federal.

Tal organização constitucional de não submeter-se a Advocacia Pública ao Poder Executivo não constitui nenhum paradoxo e, muito pelo contrário, está de acordo com as funções entregues pelo próprio legislador constituinte e pela legislação vigente à Advocacia Pública², quando, por exemplo, nos termos do art. 131 da CF/88, determina-se que a Advocacia-Geral da União (AGU) tem por um lado a atribuição de prestar consultoria jurídica ao Poder Executivo federal e por outro **a competência de representação judicial de todos os Poderes e Instituições federais em qualquer órgão do Poder Judiciário brasileiro**³, sempre com a função de concretizar e proteger o patrimônio público, a probidade

² “A topologia das normas no bojo da CF/88 revela a situação diferenciada da Advocacia de Estado. O constituinte originário deixou de regular a Advocacia Pública no Título III (da Organização do Estado) em que se trata especificamente da Administração Pública. Em outras palavras, conferiu-se-lhe *locus* próprio dentro do capítulo das “Funções Essenciais à Justiça”, emerso, fora das prateleiras do “Poder Executivo”, do “Poder Legislativo” e do “Poder Judiciário”. CARVALHO, Juan Pablo Couto de. *Advocacia-Geral da União: breve relato do maior escritório de advocacia do país*. p. 437. In **Advocacia de Estado: Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. GUEDES, Jefferson Carus; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 423-440.

³ “(...) os órgãos ordinários de advocacia pública não atendem exclusivamente ao Poder Executivo, mas também atuam em processos de interesse do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, bem como do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos Tribunais de Contas, qualificando-se, portanto, como órgãos de Estado; o que impede a sua designação como órgão do Executivo.” MADUREIRA, Cláudio Penedo. **Advocacia Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

administrativa e obter a segurança jurídica necessária às políticas públicas de interesse do Estado e da sociedade brasileira.

A AGU é, portanto, responsável por advogar para o Estado federal brasileiro e não simplesmente para o Governo Federal⁴, eis que, apesar de dirigida pelo Advogado-Geral da União, ocupante de cargo de confiança do Presidente da República, a Instituição é composta por Advogados Públicos Federais ocupantes de cargos efetivos⁵, preenchidos por inscritos nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, previamente aprovados em concurso público de provas e títulos, e organizados em carreira, sendo tais advogados públicos federais dotados da necessária autonomia técnica que a sua própria condição de advogados lhe assegura⁶.

3. DADOS DA ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL COMO PARÂMETRO PARA DEMONSTRAÇÃO DA IMPORTÂNCIA DA ADVOCACIA PÚBLICA NO BRASIL

Segundo dados do relatório **Justiça em Números 2014**, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 28 milhões de novos processos judiciais surgiram no Poder Judiciário e houve um crescimento exponencial de processos novos nos Juizados Especiais Federais desde 2002 a 2014, passando-se de 349 mil para 1,4 milhão de processos novos ajuizados no último ano, sendo que tais processos envolvem basicamente o Poder Público federal⁷ cuja representação judicial cabe à Advocacia-Geral da União e, portanto, à Advocacia Pública Federal.

Ainda no campo de representação judicial da União, importante frisar que dentre os 100 maiores litigantes no Poder Judiciário, seja na condição de

⁴ “A Advocacia-Geral da União é *Advocacia de Estado*. Não se trata de mera advocacia *do Governo, no Governo e para o Governo*. A defesa do Estado consiste exatamente na defesa dos interesses que a pessoa pública encarna e é vocacionada a realizar.” CARVALHO, Juan Pablo Couto de. *Idem*. p. 438.

⁵ As carreiras jurídicas da União que atualmente compõe a Advocacia Pública Federal são as de Advogados da União (1.734), de Procuradores Federais (3.914), de Procuradores da Fazenda Nacional (2.074) e de Procuradores do Banco Central do Brasil (120).

⁶ Nesse sentido, veja-se o voto proferido pelo Min. Dias Toffoli do Supremo Tribunal Federal, em que se afirmou textualmente que a Advocacia Pública “não está dentro do Poder Executivo”, eis que “se formos analisar a Advocacia-Geral da União, a lei de organização do Poder Executivo não faz referência a ela”, pois “quem integra o Poder Executivo, única e exclusivamente, é o Advogado-Geral da União, e não a Advocacia-Geral da União” e “nem poderia ser diferente, porque, no texto constitucional, ela não está dentro do Poder Executivo”. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 558.258/SP**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 1ª turma. J. 09/11/2010. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 14 mar. 2016.

⁷ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros/relatorios>. Acesso em: 17 maio 2015.

autor ou réu, a União e o INSS⁸ ficam entre os 3 primeiros colocados, cabendo a representação judicial de tais entes também à Advocacia Pública Federal.

A par desse contexto global em que se insere a missão constitucional da Advocacia Pública Federal de representar a União e suas autarquias e fundações públicas, é possível visualizar a importância específica da AGU nesse papel quando se verifica que a Instituição e seus membros são responsáveis pelo ajuizamento de 10 mil ações de combate à corrupção e defesa do patrimônio público, pelo acompanhamento de 3,9 mil ações judiciais relativas a 74 empreendimentos do PAC, pelo ajuizamento de 2,2 mil ações regressivas contra empresas que violaram normas de segurança do trabalho, pelo acompanhamento judicial de 16 milhões de processos e pela realização de 400 mil acordos judiciais, estes últimos apenas no ano de 2014.

No período entre 2010 e 2014, os advogados públicos federais que compõem a AGU venceram demandas judiciais contra a União, suas autarquias e fundações públicas ou arrecadaram créditos públicos federais no montante de R\$ 23,1 trilhão em benefício da União⁹ frente a um orçamento de R\$ 12, 6 bilhões. Ou seja, por força do excelente trabalho desenvolvido pelos advogados públicos federais, a AGU alcançou o incrível **superávit de mais de 23 trilhões de reais à União e suas autarquias e fundações públicas entre 2010 e 2014**¹⁰.

No campo da representação judicial, a atuação dos advogados públicos federais, apenas em 2014, resultou na arrecadação e economia de 625 bilhões de reais¹¹ frente a um orçamento de despesas de 2,3 bilhões de reais previsto na Lei Orçamentária Anual de 2014. Ou seja, a AGU alcançou um **superávit de mais de 620 bilhões de reais à União e suas autarquias e fundações públicas em 2014**¹².

Mesmo no ano de 2015, com o País já tomado por forte recessão econômica e profunda crise política, os advogados públicos federais da AGU participaram de 4,6 milhões de processos judiciais, tiveram vitórias judiciais que impediram despesas de R\$ 57 bilhões e tomaram medidas judiciais e extrajudiciais para recuperação de 21, 13 bilhões de créditos públicos, importando, assim, sua atuação

⁸ Disponível em: <http://www.etc.com.br/2012/10/inss-lidera-lista-do-cnj-com-os-maiores-litigantes-do-pais>. Acesso em: 17 maio 2015.

⁹ Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/309590 e http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/310183. Acesso em: 17 maio 2015.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Disponível em: <http://www.agu.gov.br/noticias/pagina/28>. Acesso em: 17 maio 2015.

¹² Disponível em: <http://www.agu.gov.br/noticias/pagina/28>. Acesso em: 17 maio 2015.

em benefício de R\$ 78 bilhões de reais para os cofres públicos federais¹³, frente a um orçamento de despesas de 2,8 bilhões de reais previsto na Lei Orçamentária Anual de 2015¹⁴. Ou seja, os advogados públicos federais da AGU alcançaram um **superávit de mais de 75 bilhões de reais à União e suas autarquias e fundações públicas mesmo em 2015**.

Nesse contexto, devemos, portanto, partir da premissa de que a AGU é um órgão constitucional que não faz parte do Poder Executivo. Muito ao contrário: a AGU é parte integrante do sistema constitucional de funções essenciais à Justiça no plano federal, sendo uma Instituição extremamente superavitária cujos advogados públicos federais obtém retorno anual de mais de R\$ 75 bilhões ao Estado federal brasileiro e com grande destaque na consolidação das políticas públicas de interesse da sociedade brasileira.

4. O TRATAMENTO NÃO ISONÔMICO DISPENSADO ÀS INSTITUIÇÕES FEDERAIS DE FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA - AGU, MPU E DPU

Nesse contexto de elevada importância das atribuições e do sucesso da atuação da Advocacia Pública federal, era de esperar-se que a necessária simetria constitucional entre as Instituições federais de função essencial à Justiça e seus membros fosse observada, eis que, conforme exposto anteriormente, a CF/88 não inseriu a Advocacia Pública no capítulo do Poder Executivo, mas sim no capítulo das funções essenciais à Justiça, junto com o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia.

Ocorre que, mesmo com membros tão comprometidos, a AGU alcançou o seu patamar máximo de deterioração administrativa e de desvalorização remuneratória de seus advogados públicos federais¹⁵, especialmente quando se

¹³ Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/382380>. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹⁴ Disponível em: http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2015-2/ploa/volume_iv_tomoi_ploa_2015. Acesso em: 13 mar. 2016.

¹⁵ Conforme já se alertou “A advocacia pública federal vive tempos difíceis, marcados pela precariedade de sua estrutura, pela fragilidade das prerrogativas de seus membros, pelo abismo remuneratório e de vantagens na comparação com as demais funções essenciais à justiça e mesmo à advocacia pública dos Estados da Federação e de diversos municípios do país. Em suma, a AGU e os órgãos a ela vinculados vivem o drama de seu rebaixamento institucional, material e simbólico.” CASTRO, Aldemario Araujo; ROCHA, Vanessa Affonso; CARVALHO, Thirzzia; ROCHA, Lademir Gomes da. **Manifesto em defesa da unificação das carreiras jurídicas da Advocacia Pública**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-20/manifesto-defesa-unificacao-carreiras-advocacia-publica>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

compara a precária estrutura administrativa da AGU e a situação remuneratória de seus membros aos seus equivalentes das outras Instituições de função essencial à Justiça, como o Ministério Público Federal (MPF) e a Defensoria Pública da União (DPU), revelando-se tratamento não isonômico conferido pelas leis orçamentárias federais às Instituições federais de função essencial à Justiça.

Afinal, conforme será demonstrado pelos dados objetivos a seguir expostos, é de ver-se que as atribuições da AGU receberam forte incremento desde a sua criação em 1993 sem o compatível e necessário crescimento do investimento que deveria ter sido feito na AGU pelas leis orçamentárias federais. Vejamos!

Também segundo dados do relatório **Justiça em Números 2014** do CNJ, (i) existem atualmente 95 milhões de processos judiciais tramitando nos diversos órgãos do Poder Judiciário, (ii) 28 milhões de processos judiciais novos foram ajuizados no Poder Judiciário e (iii) houve um crescimento exponencial de processos judiciais novos nos Juizados Especiais Federais desde 2002 a 2014, passando-se de 349 mil para 1,4 milhão de processos novos ajuizados nesse último ano¹⁶, sendo que tais processos envolvem basicamente sob a responsabilidade da AGU.

Ademais, ainda no campo de representação judicial da União, importante reafirmar que dentre os 100 maiores litigantes no Poder Judiciário, seja na condição de autor ou réu, o papel de campeões nesse quesito fica com a União e o INSS¹⁷, cuja representação judicial também cabe aos membros das carreiras jurídicas da AGU.

No campo da consultoria e assessoramento jurídico a situação do incremento da atuação jurídica da AGU não é diferente!

Afinal, no campo da Administração direta, como é público e notório, houve um incremento enorme no número de Ministérios e Secretarias de Governo com *status* de ministérios nos últimos anos, tendo-se saído de 24 pastas de 2002 para 37 pastas em 2010 e, finalmente, para 39 pastas, tendo esse número atualmente reduzido para 31 ministérios na Administração Pública federal.

Nesse ponto, importante destacar que a criação de cada Ministério ou Secretarias de Governo com *status* de Ministério carrega consigo a criação de novas Consultorias Jurídicas ministeriais, cujas atribuições ficam a cargo de membros

¹⁶ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros/relatorios>. Acesso em: 17 maio 2015.

¹⁷ Disponível em: <http://www.ebc.com.br/2012/10/inss-lidera-lista-do-cnj-com-os-maiores-litigantes-do-pais>. Acesso em: 17 maio 2015.

da AGU, restando óbvio que tal postura governamental impacta diretamente no aumento de atribuições dos advogados públicos federais.

No campo da Administração indireta, o incremento na atividade de consultoria e assessoramento jurídicos é ainda mais visível, eis que no período entre 2002 e 2015 foram criadas 10 agências reguladoras federais¹⁸ e 18 universidades federais¹⁹; ou seja, foram criadas no mínimo 28 entes públicos federais com *status* de autarquia pública, com cada uma delas devendo contar com uma Procuradoria Federal para a realização da atividade de consultoria e assessoramento jurídico.

Assim, se há um crescimento exponencial da atuação da Advocacia Pública Federal na representação judicial e na consultoria e assessoramento jurídico da União e de todas autarquias e fundações públicas federais²⁰, resta óbvio que deveria haver um incremento dos recursos orçamentários de custeio e de investimento para a AGU, de forma a acompanhar tal incremento de suas atuações constitucionais, especialmente considerando os mesmos parâmetros de incremento no custeio e investimento de outras funções essenciais à Justiça, como por exemplo o MPU.

No entanto, não é isso que se vê pela análise das leis orçamentárias da União de 2002 a 2015, especialmente quando se compara os recursos orçamentários disponibilizados para a AGU e para o MPU. Veja-se que, no ano de 2013, a lei orçamentária anual (LOA)²¹ estabeleceu despesas de R\$ 4,5 bilhões e R\$ 308 milhões de investimentos para o MPU e R\$ 2,47 bilhões de despesas globais e R\$ 4,3 milhões de investimentos para a AGU, verificando-se, portanto, que se investiu mais de 70 vezes mais no *Parquet* federal do que na AGU.

Em 2014²², essa situação se repetiu com despesas de R\$ 4,93 bilhões de despesas globais e R\$ 306 milhões de investimentos para o MPU e R\$ 2,69 bilhões e R\$ 31 milhões, respectivamente, para a AGU, verificando-se, portanto, que se investiu quase 10 vezes mais no MPU do que na AGU em 2014.

¹⁸ ANA, ANAC, ANATEL, ANCINE, ANEEL, ANP, ANS, ANTAQ, ANTT e ANVISA.

¹⁹ Fonte: Análise da expansão das Universidades Federais 2003 a 2012. **Relatório da Comissão instituída pela Portaria MEC 126/2012.**

²⁰ A AGU é composta por Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC), Procuradoria-Geral da União (PGU), Procuradoria-Geral Federal (PGF), Consultoria-Geral da União (CGU), Secretaria-Geral de Contencioso (atuação no STF) e Corregedoria-Geral da Advocacia da União (CGAU), se subdividindo em centenas de unidades jurídicas espalhadas por todos os Estados da Federação, cabe a todos esses órgãos da Instituição AGU a defesa de todo o Estado brasileiro e não apenas do Poder Executivo.

²¹ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/Anexos/12798/L1279813%20-%20Volume%20I.pdf

²² Disponível em: http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/sof/LOA_2014/LOA2014_Anexo_II.pdf.

E, em 2015²³, a situação não foi diferente tendo a LOA previsto um orçamento global de R\$ 5,94 bilhões para o MPU e de aproximadamente metade de tal valor - R\$ 2,96 bilhões - para a AGU²⁴.

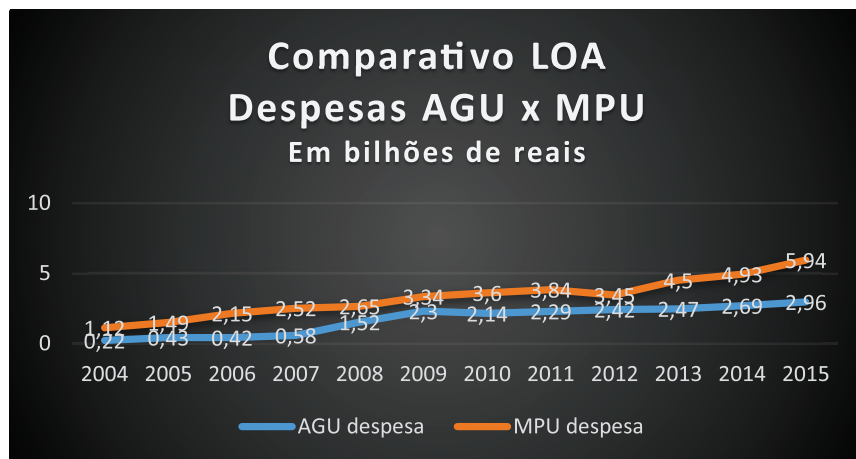
Diante dos números acima expostos, verifica-se que, muito ao contrário do que aconteceu com o MPU, os investimentos feitos na AGU para o aprimoramento de suas funções, em comparação com os recursos orçamentários disponibilizados para custeio da Instituição, representaram apenas 0,17% e 1,15%, respectivamente, em 2013 e 2014.

Veja-se, assim, que apesar de comparativamente ao MPU a AGU ser dotada de muito mais membros de carreiras jurídicas e servidores administrativos e muito mais unidades jurídicas espalhadas por todo o território brasileiro e ter tido um elevado crescimento em suas funções com a criação dos Juizados Especiais Federais e com o aumento do número de ministérios e de agentes públicos para consultoria e assessoramento jurídico, o custeio e o investimento da AGU não cresceram na medida adequada, necessária e proporcional do aumento de suas atribuições constitucionais de função essencial à Justiça.

No que tange aos investimentos, então, nem se fale, pois apesar de já termos demonstrado que a AGU teve alto incremento em suas funções e atribuições

²³ Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/ministerio.asp?index=8&ler=s1146>.

²⁴ Talvez a análise fria dos números não evidencie a disparidade do tratamento concedido à AGU em relação ao MPU, ambas instituições de funções essenciais à Justiça, mas a exposição gráfica dos dados constantes das leis orçamentárias da União entre 2002 e 2015 permitem observar claramente tal situação de tratamento não isonômico entre tais funções essenciais à Justiça, desde já ressaltando que as LOA 2003 e 2002 não tiveram a previsão da AGU como órgão identificador de despesas, prática adotada a partir da LOA 2004.



constitucionais na última década, o investimento na estruturação do órgão permaneceu praticamente estabilizado e muito abaixo do necessário para que o órgão acompanhasse o ritmo do crescimento de suas funções²⁵.

Resta demonstrado, portanto, que o quadro administrativo insatisfatório vivenciado na AGU decorre, obviamente, do seu tratamento NÃO isonômico em relação a outras Funções Essenciais à Justiça, especialmente no que tange à falta de investimentos na Advocacia Pública Federal, sendo que tal tratamento NÃO isonômico se reflete também na remuneração dos advogados públicos federais da AGU²⁶.

De ver-se, portanto, que é o baixíssimo investimento feito na Instituição pelo Poder Executivo, “dono” de sua proposta orçamentária, em contrapartida ao aumento exponencial de atribuições dos advogados públicos federais, que gera o quadro de total falta de estrutura administrativa e de carreira de apoio e a enorme desvalorização remuneratória dos advogados públicos federais e da carreira da Advocacia Pública Federal em si²⁷.



25

²⁶ Segundo os números atuais, um advogado público federal da AGU no último nível da carreira, após muitos anos de serviço jurídico federal, percebe vencimentos totais de 55,5% dos vencimentos de um Procurador da República e de um Juiz Federal substituto recém-concursado, situação que obviamente vai também ocorrer nos mesmos termos com a Defensoria Pública da União (DPU), diante da aprovação do PL 7924/2014 pelo Plenário da Câmara dos Deputados que colocou o maior subsídio da DPU no patamar de R\$ 33.700,00. Se consideramos, então, o subsídio da categoria inicial das carreiras jurídicas da União, a situação fica ainda mais dramática, com um advogado público federal da AGU em início de carreira percebendo vencimentos de 42% dos pagos a um Juiz Federal ou Procurador da República também em início de carreira.

²⁷ Verifica-se, portanto, que não é à toa, então, que as carreiras jurídicas da União perderam atratividade para os recém-formados e transformaram-se em “cargos efetivos de passagem”, eis que o membro recém-concursado continua estudando e, muito em breve, passa em concurso da Magistratura e do MPF e abandona a AGU. Tal situação se comprova pelo alto índice de 40% de evasão das carreiras jurídicas da União para outras carreiras jurídicas públicas e até mesmo para a advocacia privada, conforme se verifica o altíssimo número de desistências de nomeação ou posse (1026), de vacância por posse em outro cargo não acumulável e de

Por fim, no quadro de ausência de tratamento isonômico entre as Instituições federais de função essencial à Justiça – MPU, DPU e AGU - é de noticiar-se que a atuação qualitativa, extraordinária e corajosa dos membros da AGU sempre se deu com o risco de responsabilização pelos diversos órgãos federais de controle externo, tais como o próprio MPU e o Tribunal de Contas da União, eis que os membros da AGU não são dotados de prerrogativas funcionais – tais como as dos membros do MPU e da DPU - que os coloquem a salvo de situações vexatórias como ordens de prisão, processos judiciais e até mesmo responsabilização administrativa pelos Tribunais de Contas²⁸.

A solução para o término de tal tratamento não isonômico entre a Advocacia Pública Federal e as demais Instituições federais de funções essenciais à Justiça passa, necessariamente, pela promulgação da PEC 82/2007, a qual concedendo expressamente autonomia orçamentária, financeira, administrativa e técnica à Advocacia Pública em relação ao Poder Executivo, colocará a Advocacia Pública Federal – e as Instituições congêneres dos demais entes federativos - no mesmo patamar do Ministério Público (MP) e da Defensoria Pública (DP).

5. A PEC 82/2007 E A CONCESSÃO DE AUTONOMIA ORÇAMENTÁRIA, FINANCEIRA, ADMINISTRATIVA E TÉCNICA COMO FATOR DE REALIZAÇÃO DAS FUNÇÕES CONSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA PÚBLICA

São atribuições da Advocacia Pública federal (i) representar a União e suas autarquias públicas federais nas várias instâncias do Poder Judiciário, inclusive no exterior, defendendo os gestores públicos, os atos administrativos e as políticas públicas estabelecidas pelo Poder Legislativo, não se resumindo essa função de representação judicial ao Poder Executivo, eis que a representação judicial abrange

pedidos de exoneração (880) nas diversas carreiras jurídicas da União entre 2014 e 2015. Além da óbvia desmotivação dos que ficam, tal situação gera a perda de excelentes quadros da AGU para outras carreiras jurídicas públicas e a consequente perda do conhecimento técnico-jurídico e de gestão acumulado pelos advogados públicos federais que se evadem da carreira, colocando-se em risco a continuidade das funções em alto nível que deveriam ser desempenhadas pela AGU na concretização de políticas públicas fixadas pelo legislador.

²⁸ Como exemplo veja-se que a expoente atuação de conciliação judicial realizada pela AGU com a realização de 400 mil acordos judiciais, estes últimos apenas no ano de 2014, nunca colocou os Procuradores Federais da PGF/AGU a salvo da manifestação contrária de órgãos de controle, como se vê no caso do Acórdão TCU nº 715/2012 que, após promover auditoria em diversos acordos judiciais firmados em ações previdenciárias envolvendo aposentadorias por idade rural, determinou que o INSS promovesse auditoria em tais benefícios, mesmo que a concessão dos mesmos tivesse sido determinada por sentença judicial homologatória do acordo judicial proposto por Procuradores Federais da AGU.

os três Poderes da União; (ii) orientar juridicamente, mediante as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a concretização, pelos gestores públicos, particularmente os eleitos, das políticas públicas e prática de atos administrativos com mais segurança jurídica e eficiência administrativa e (iii) controlar a legalidade e a constitucionalidade dos atos administrativos, notadamente contratos e convênios firmados por todo o Poder Executivo federal, atuando de forma preventiva e construtiva para viabilizar o funcionamento eficiente da Administração Pública com o mínimo possível de impugnações judiciais posteriores.

De ver-se, portanto, que as atribuições exercidas pela Advocacia Pública Federal – e seus congêneres estaduais e municipais, por evidente - estão entre aquelas mais relevantes para a Administração Pública e para a sociedade, especialmente na garantia de juridicidade dos atos administrativos e na defesa judicial das políticas públicas.

Essas funções constitucionais, por óbvio, não estão em patamar inferior de importância em relação às funções de representação dos interesses coletivos *lato sensu* da sociedade e da ordem jurídica justa exercida pelo Ministério Público e da assistência jurídica dos necessitados e hipossuficientes exercida pela Defensoria Pública e não podem ficar, assim, ao alvedrio da discricionariedade do Poder Executivo, como, por óbvio, não ocorre com o MP e a DP.

Afinal, se a CF/88 albergou a Advocacia Pública no seu Título IV junto com o MP e a DP como função essencial à Justiça o fez para reconhecer àquela a titularidade de importante parte do “conjunto de atividades políticas preventivas e postulatórias através das quais interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais”²⁹.

Sim, porque a par da evidente importância das funções do MP e da DP, as competências e atribuições exercidas pela Advocacia Pública são essenciais à Justiça e ao Estado brasileiro para que haja controlabilidade prévia e posterior da legalidade dos atos da Administração Pública brasileira, seja na esfera consultiva ou contenciosa.

São, portanto, as Instituições de Advocacia Pública, tanto quanto o MP ou a DP, instituições “responsáveis pela defesa de interesses necessários à existência,

²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 43, 1991. p. 20.

à preservação e ao aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito”³⁰, cabendo tanto a uma quanto a outra Instituição, mas em esferas diferentes, a busca da licitude dos atos da Administração Pública.

A par de tal reconhecimento expresso da CF/88, e do referendo dado em tal sentido pela doutrina e pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que reconhecem a Advocacia Pública como função essencial à Justiça e que como tal deve atuar, o problema é que, de maneira assimétrica ao que ocorre com as demais Instituições de função essencial à Justiça, a Advocacia Pública ainda não goza de autonomia orçamentária, financeira e administrativa, restando refém de um Poder Executivo hiperatrofiado que lhe aprisiona como se fosse um escritório de advocacia governamental.

Nesse sentido, veja-se que as técnicas para tal aprisionamento da Advocacia Pública pelo Poder Executivo são as mais diversas possíveis, indo desde a inexistência de investimento básico para que as Procuradorias possam realizar suas funções com um mínimo de estrutura de trabalho, passando pela não realização de concursos públicos para o provimento de cargos efetivos de procuradores ou advogados públicos ou a realização de concursos públicos insuficientes para selecionar profissionais jurídicos qualificados, até a tentativa³¹ ou a efetiva colocação de servidores comissionados para a realização de atribuições exclusivas ou privativas de Procuradores de cargo efetivo³², como forma de manipular a análise jurídica dos atos da Administração Pública em favor do governante da vez.

Ora, se a pretensão da CF/88 ao fixar a Advocacia Pública como função essencial à Justiça foi permitir que se realize essa análise jurídica preventiva e/ou contenciosa em favor dos interesses públicos primários – e não propriamente

³⁰ KIRCH, César do Vale. A alavancagem da AGU para a consolidação e o sucesso da Advocacia Pública de Estado no Brasil. In **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. GUEDES, Jefferson Carus; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 395-422.

³¹ Nem a Advocacia-Geral da União esteve livre de tal tentativa de aprisionamento, conforme se verifica pela recente tentativa de produzir lei que caracterizasse servidores comissionados de livre nomeação e exoneração como membros das carreiras jurídicas da União. Para uma análise adequada da situação, veja-se o brilhante artigo: **“Projeto Adams” de reorganização da advocacia pública federal: um desserviço ao Brasil**, de autoria de Aldemario Araujo Castro. Disponível em: < <http://www.aldemario.adv.br/observa/projetoadams.pdf> >. Acesso em: 15 mar. 2016.

³² Nesse contexto, veja-se importante iniciativa da Comissão de Advogados Públicos da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Espírito Santo, a qual, capitaneada pelo Presidente Homero Mafra, vem fazendo um excelente trabalho em favor da profissionalização, do fortalecimento e da valorização da Advocacia Pública no Estado do Espírito Santo. Disponível em: < <http://www.oabes.org.br/noticias/oab-requer-participacao-em-concursos-e-a-exoneracao-de-comissionados-em-funcoes-de-procurador-municipal-557102.html> >. Acesso em: 15 mar. 2016.

em favor de interesse pessoal de qualquer espécie do governante da vez – deve estar a cargo de tal função um órgão jurídico autônomo do Poder Executivo e composto por profissionais jurídicos de cargo efetivo, com independência técnica reconhecida e assegurada^{33 34}, devidamente valorizados e com estrutura material e de recursos humanos adequada para a realização de tal mister.

Ocorre que, sabidamente, não há como se efetivamente assegurar independência técnica para os advogados públicos e autonomia administrativa para os órgãos de Advocacia Pública sem autonomia orçamentária³⁵ que permita a tais órgãos elaborarem suas propostas orçamentárias próprias - considerando inclusive sua condição de órgão superavitário e por evidente sempre respeitados os limites fixados pela Lei de Diretrizes Orçamentárias -, bem como autonomia financeira pela qual se permitirá que a Advocacia Pública gerencie as despesas e as receitas fixadas no orçamento de acordo com suas próprias necessidades e não as de todo o Poder Executivo.

Manter-se a Advocacia Pública sem autonomia orçamentária, financeira, administrativa e técnica, portanto, é manter o advogado público sem efetiva independência técnica e as Instituições de Advocacia Pública submetidos à vontade do governante da vez, aprisionando-os a uma indesejada condição de “advocacia de Governo”; condição indesejada essa reconhecida pela própria CF/88 ao atribuir à Advocacia Pública a condição de Advocacia de Estado inerente a sua condição constitucional de **função essencial à Justiça**.

Para solucionar de forma expressa essa ausência de autonomia da Advocacia Pública e a falta de isonomia entre as instituições de função essencial à Justiça no Brasil, que impede Instituições como a AGU de exercer seu papel de Advocacia

³³ A Ordem dos Advogados do Brasil tem firmado a inexistência de subordinação técnica do advogado público em relação aos seus superiores administrativos, conforme se verifica por enunciados nº 02 e 03 da súmula do Conselho Federal dispondo, respectivamente, que “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.” e que “A Advocacia Pública somente se vincula, direta e exclusivamente, ao órgão jurídico a que ela integra, sendo inconstitucional qualquer outro tipo de subordinação” Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/24762/conselho-federal-traca-diretriz-em-defesa-da-advocacia-publica>. Acesso em: 15 mar. 2016.

³⁴ Mais recentemente a Ordem reafirmou a sua posição pela indiscutível independência técnica do advogado público, eis que o novo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil determina em seu art. 8º, § 1º que “**O advogado público exercerá suas funções com independência técnica**, contribuindo para a solução ou redução da litigiosidade, sempre que possível”.

³⁵ 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 **Advocacia de Estado: Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. GUEDES, Jefferson Carus; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 87-127.

do Estado federal brasileiro, a PEC 82/2007 pretende alterar a CF/88 para expressar que a Advocacia Pública gozará de autonomia orçamentária, financeira, administrativa e técnica³⁶.

Trata-se de medida constitucional que visa à correção da atual e evidente assimetria constitucional que vige entre as funções essenciais à Justiça, eis que a Advocacia Pública é a única Instituição de função essencial à Justiça que não goza de autonomia no Texto Constitucional, tal como muito bem assentado pelo Deputado Federal Lelo Coimbra no brilhante relatório de aprovação unânime da PEC 82/2007 na Comissão Especial instalada para tanto, o qual transcrevemos parcialmente por sua evidente importância:

Mas no que toca às aspirações coletivas de um Estado mais presente e menos corrupto, de um Estado ativo e reto, que pautе suas ações, seus atos e principalmente seus negócios pelos ditames da legalidade e pela moralidade, aí a tarefa primeira está a cargo da Advocacia Pública, em razão de sua missão e posição estratégicas de prestar a advocacia consultiva à Administração e de fazer a defesa judicial do patrimônio e interesse públicos.

Assim, alcançados 25 anos da promulgação da Constituição, e diante do cenário político vigente no País, aliado ao papel institucional a cargo das carreiras da Advocacia Pública, fundamental que o modelo constitucional de repartição de competências seja implementado por completo e que se reconheça à Advocacia Pública a mesma autonomia conferida às demais funções essenciais à Justiça.

Finalmente, ressaltamos que as autonomias propostas são razoáveis e submetidas ao controle parlamentar, visando

³⁶ É o que se extrai da redação do art. 132-A proposto para ser inserido na CF/88:

“Art. 132-A. À Advocacia-Geral da União e órgãos vinculados, bem como às Procuradorias-Gerais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incumbe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos entes públicos, asseguradas autonomias administrativa, orçamentária e técnica, além da iniciativa de organização dos seus quadros e de propostas orçamentárias anuais, dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Parágrafo único. Os membros da Advocacia Pública são invioláveis no exercício das suas funções e atuam com independência, observada a juridicidade, racionalidade, uniformidade e a defesa do patrimônio público, da justiça fiscal, da segurança jurídica e das políticas públicas, nos limites estabelecidos na Constituição e nas leis pertinentes” Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=354302>. Acesso em: 17 mar. 2016.

garantir melhores condições institucionais para que os membros da Advocacia Pública exerçam suas funções em favor da sociedade.

Toda a Administração se beneficiará disso. Toda a sociedade se beneficiará com isso. Afinal, somente uma Advocacia Pública autônoma propicia um aparato jurídico de Estado efetivamente comprometido com os valores maiores da Constituição, livre de peias partidárias ou de interesses administrativos secundários. Somente uma Advocacia Pública autônoma será capaz de enfrentar os desafios de sanear, orientar, aperfeiçoar, dar segurança, eficiência e transparência ao trabalho diário de gestão dos interesses públicos. (grifo nosso)³⁷.

De ver-se, portanto, que a aprovação da PEC 82/2007 é fundamental para a mudança da perspectiva atual da Advocacia Pública como “advocacia de Governo” ou “escritório de advocacia governamental” para uma necessária perspectiva constitucional da Advocacia Pública como função essencial à Justiça que desenvolva uma **advocacia pública de Estado**.

Tal necessária mudança de perspectiva da Advocacia Pública é, inclusive, defendida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o qual em seu **Manifesto de Combate à Corrupção** lançado em 2015 à sociedade brasileira exige que ocorra a

Valorização da Advocacia Pública, como instituição de Estado e não de governo, notadamente nas áreas de assessoria e consultoria jurídicas, constituindo um importantíssimo e efetivo instrumento de controle preventivo de desvios e ilícitos das mais variadas naturezas no âmbito da Administração Pública, conferindo-lhe autonomia administrativa e financeira para o regular exercício de suas funções³⁸.

Nesse ponto, torna-se importante fixar que a independência técnica a ser reforçada na CF/88, após a aprovação da PEC 82/2007, não se confunde com a

³⁷ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=354302> Acesso em: 17 mar. 2016.

³⁸ Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/27891/oab-apresenta-manifesto-contra-a-corrupcao-em-seminario-de-etica>. Acesso em: 20 maio 2015.

autonomia funcional do Ministério Público, eis que a proposta visa a enfatizar a defesa de políticas públicas definidas pelo Poder Legislativo e que serão concretizadas pelo Poder Executivo, tudo de acordo com os princípios constitucionais e com as leis vigentes, de forma a conferir segurança jurídica e eficiência aos atos produzidos pelo gestor público.

Além disso, a PEC 82/2007 não importa em aumento de despesa ou gera impacto orçamentário e financeiro, eis que a autonomia orçamentária e financeira gera apenas a inversão do fluxo financeiro com a descentralização da realização das despesas, porém com estrita observância ao que restar aprovado pelo Poder Legislativo quando da produção da lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e da lei orçamentária anual (LOA), sempre se respeitando a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) e as normas constitucionais vigentes.

Portanto, a aprovação da PEC 82/2007 pelo Congresso Nacional, através da qual se concederá expressa e constitucionalmente autonomia orçamentária, financeira, administrativa e técnica à Advocacia Pública, é medida urgente e importantíssima que não apresenta efeitos perversos ou de concessão de mais poder do que se deve à Advocacia Pública brasileira; muito ao contrário, trata-se de medida essencial para a conclusão da pretensão de nossa CF/88 de estabelecer as Instituições que exercem tal importante competência constitucional como Funções Essenciais à Justiça, colocando-as em posição institucional que as permita exercer a defesa de suas atribuições constitucionais e impedir o seu aparelhamento pelo governante da vez; bem como evitar a sua utilização como escritório de advocacia dos interesses pessoais ou privados do agente público em detrimento do real interesse público que deveriam proteger como **Advocacia de Estado**.

Daí porque o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil apoia reiteradamente a aprovação da PEC 82/2007 e, através do seu eminente Presidente Claudio Lamachia, afirma que “é preciso avançar no processo de construção de uma Advocacia Pública de Estado forte, autônoma, valorizada e construtiva, principalmente com a aprovação de orçamento suficientes, prerrogativas e leis orgânicas modernas e democráticas”³⁹.

Assim, a par da enorme evolução que a Advocacia Pública teve nos últimos tempos, certo é que ainda é essencial e urgente que a sociedade brasileira – e,

³⁹ BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. **Homenagem do Conselho Federal aos Advogados Públicos**. Disponível em: < <http://www.oab.org.br/noticia/29364/homenagem-do-conselho-federal-da-oab-aos-advogados-publicos>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

obviamente, seus representantes no Congresso Nacional – entendam que é uma tarefa do presente consagrar a Advocacia Pública como uma Instituição de Estado e não como um órgão de Governo, pois do contrário, parafraseando Jefferson Carús Guedes, não teremos no futuro uma geração de advogados públicos que fale de uma época em que lutaram para a consolidação institucional da Advocacia Pública, “sem falar necessariamente dos próprios autores e dos dias em que vivem ou da manhã anterior”⁴⁰.

6. CONCLUSÕES

Conforme plenamente demonstrado anteriormente, a CF/88 fincou a premissa constitucional de que a Advocacia Pública deve ser considerada como função essencial à Justiça, ao lado de Instituições independentes e autônomas como o Ministério Público e a Defensoria Pública, sem qualquer vinculação ao Poder Executivo.

A par dessa evidente premissa constitucional, restou claro que as instituições que exercem a Advocacia Pública no Brasil passam por perigoso quadro de forte instabilidade político-jurídica e encontram-se em verdadeiro caos administrativo porque se teima em não as considerar como Instituições de Estado, mas sim como órgãos de Governo, sem qualquer autonomia técnica, orçamentária, financeira e técnica do Poder Executivo.

Assim se fazendo, aprisiona-se a Advocacia Pública a um Poder Executivo hiperatrofiado que não permite a adequação de seu orçamento à constante elevação de suas despesas pelo aumento exponencial de suas atribuições legais, sem falar na ausência constante do necessário investimento que deveria ser realizado para o aperfeiçoamento de atribuições de Estado da Advocacia Pública.

Devido aos dados objetivos da Advocacia-Geral da União utilizados como parâmetro para demonstrar a enorme importância de tais Instituições para a sociedade e o Estado brasileiro, bem como à determinação constitucional que estabelece a Advocacia Pública como função essencial à Justiça, resta, claro, que é medida essencial e urgente que a sociedade brasileira, por meio de seus

⁴⁰ 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 **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 335-361.

representantes no Congresso Nacional aprove a PEC 82/2007, através da qual se pretende inserir o art. 132-A à CF/88 para expressar que a Advocacia Pública gozará de autonomia orçamentária, financeira, administrativa e técnica em relação a qualquer Poder da República brasileira.

Trata-se de medida legislativa com forte e reiterado apoio do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, sem a qual, ao invés de estabelecermos a Advocacia Pública como Instituição autônoma com a competência constitucional de função essencial à Justiça, **ao contrário disso**, a sociedade brasileira vai continuar permitindo as reiteradas tentativas de seu aparelhamento político-partidário pelo governante da vez, em que quase sempre se pretende utilizar a advocacia pública como escritório de advocacia dos interesses pessoais ou privados do agente público em detrimento do real interesse público que deveria tais Instituições protegerem como “Advocacia de Estado”.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Advocacia-Geral economiza e arrecada R\$ 3,1 trilhão entre 2010-2014**. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/309590 e http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/310183. Acesso em: 17 maio 2015.

BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Em ano de protagonismo, AGU assegura R\$ 78 bilhões para os cofres públicos**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/382380>. Acesso em: 13 mar. 2016.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Relatório de aprovação Dida PEC 82/2007 na Comissão Especial**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=354302>. Acesso em: 17 maio 2016.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2014**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/pj-justica-em-numeros/relatorios>. Acesso em: 17 maio 2015.

BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. Orçamento da União. **Exercício financeiro de 2015: projeto de lei**

orçamentária. Disponível em: http://www.orcamentofederal.gov.br/orcamentos-anuais/orcamento-2015-2/ploa/volume_iv_tomoii_ploa_2015. Acesso em: 13 mar. 2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. **Orçamento da União de 2013.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/Anexos/12798/L12798-13%20-%20Volume%20I.pdf>. Acesso em: 13 mar. 2016.

BRASIL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Conselho Federal traça diretriz em defesa da Advocacia Pública.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/24762/conselho-federal-traca-diretriz-em-defesa-da-advocacia-publica>. Acesso em: 15 mar. 2016.

BRASIL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB apresenta manifesto contra a corrupção em seminário de ética.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/27891/oab-apresenta-manifesto-contr-a-corrupcao-em-seminario-de-etica>. Acesso em: 20 maio 2015.

BRASIL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **OAB requer participação em concurso e a exoneração de comissionados em funções de Procurador Municipal.** Disponível em: <<http://www.oabes.org.br/noticias/oab-requer-participacao-em-concursos-e-a-exoneracao-de-comissionados-em-funcoes-de-procurador-municipal-557102.html>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

BRASIL. ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Homenagem do Conselho Federal aos Advogados Públicos.** Disponível em: <<http://www.oab.org.br/noticia/29364/homenagem-do-conselho-federal-da-oab-aos-advogados-publicos>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 558.258/SP.** Rel. Min. Ricardo Lewandowski. 1ª turma. J. 09/11/2010. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 14 mar. 2016

CARVALHO, Juan Pablo Couto de. Advocacia-Geral da União: breve relato do maior escritório de advocacia do país. *In Advocacia de Estado: Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça.* GUEDES, Jefferson Carus; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 423-440.

CASTRO, Aldemario Araujo. **“Projeto Adams” de reorganização da advocacia pública federal: um desserviço ao Brasil**. Disponível em: < <http://www.aldemario.adv.br/observa/projetoadams.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

CASTRO, Aldemario Araujo; ROCHA, Vanessa Affonso; CARVALHO, Thirzzia; ROCHA, Lademir Gomes da. **Manifesto em defesa da unificação das carreiras jurídicas da Advocacia Pública**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-nov-20/manifesto-defesa-unificacao-carreiras-advocacia-publica>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

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 Advocacia de Estado: Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. GUEDES, Jefferson Carus; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 335-361.

KIRCH, César do Vale. **A alavancagem da AGU para a consolidação e o sucesso da Advocacia Pública de Estado no Brasil**. **In Advocacia de Estado: Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. GUEDES, Jefferson Carus; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 395-422.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. **Advocacia Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v.43, 1991.

SOUZA, Luciane Moessa de. **“Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito”**. **Advocacia de Estado: Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. GUEDES, Jefferson Carus; SOUZA, Luciane Moessa de. (Coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 87-127.

PROCESSO ELETRÔNICO E “TELETRABALHO”

GRÉGORE MOREIRA DE MOURA¹

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. A mudança de paradigma. 3. Histórico do Processo Eletrônico. 4. Visão Constitucional do Processo Eletrônico. 4.1. O processo eletrônico como garantidor dos direitos fundamentais. 4.2. O processo eletrônico como ofensa a garantias constitucionais. 4.3. Mas o que realmente importa? 5. A Advocacia Pública Federal como protagonista no processo eletrônico. 6. Processo judicial eletrônico x “teletrabalho” na Administração Pública. 7. O “teletrabalho” na AGU. 8 Conclusão. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento tecnológico, nos dias atuais, tomou uma proporção inimaginável outrora e permeia todas as condutas humanas, refletindo sobremaneira nas relações sociais, culturais, acadêmicas, enfim, em todo o espectro do comportamento humano. Uma geração de telespectadores que acompanhava pela televisão os filmes de ficção científica ou o divertido desenho dos Jetsons, sonhava com a possibilidade de ligações feitas por videoconferência ou com a possibilidade de envio de mensagens instantâneas, sendo que hoje tudo não passa de uma ação mais que normal.

A constatação da influência do desenvolvimento tecnológico nas ciências naturais e nas ciências exatas foi imediata, até pela necessidade premente do avanço nestas searas e pelo incentivo à pesquisa empírica que propiciam, gerando alterações substanciais no dia a dia de pesquisadores e de cientistas.

Já nas ciências sociais aplicadas, ao que parece, a sobredita influência caminha a passos mais lentos, malgrado se tenha diversos estudos sobre o surgimento de novas condutas e relações humanas balizadas pela era digital. Sem dúvida, para citarmos dois exemplos, é cristalina a profunda mudança na Sociologia e no Direito, que precisam focar suas lentes neste “novo mundo”.

¹ Procurador Federal, Doutorando em Direito Constitucional pela UFMG. Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Responsável pela direção da Escola da Advocacia-Geral da União na 1ª Região. Professor em cursos de pós-graduação e preparatório de Direito Penal e Direito Eletrônico. Autor do livro *Do princípio da co-culpabilidade*, Editora D’Plácido.

Portanto, o Direito como instrumento de controle social que regula a vida em sociedade não poderia deixar de evoluir e de “sentir” o peso das novas tecnologias, para que seja efetivo e eficaz, pois, do contrário, se distanciaria dos fatos sociais, sua principal fonte e, com efeito, perderia o sentido de ser.

Nesta esteira, surge um novo ramo do Direito, qual seja, o Direito Eletrônico ou Direito da Informática, que propõe estudar as relações do homem com estas tecnologias, mormente, aquelas trazidas pelo computador e pela rede mundial de computadores e quais seus reflexos jurídicos ao fomentar o surgimento de novos institutos como o processo eletrônico, a responsabilidade civil pelo uso das mídias digitais, os crimes cibernéticos, dentre outros.

O objetivo do presente artigo é exatamente estudar um destes institutos jurídicos da era digital denominado processo virtual ou processo eletrônico e cotejar a disseminação do seu uso pelo Poder Judiciário e, por conseguinte, pela Advocacia Pública com o surgimento de novas modalidades de trabalho no âmbito da Administração Pública como é o caso do “teletrabalho”.

Para tanto, o caminho a ser seguido perpassa por uma abordagem paradigmática; uma retrospectiva histórica; uma visão constitucional; o papel da Advocacia Pública no desenvolvimento desta nova ferramenta de trabalho; as mudanças que o processo eletrônico ocasiona na Administração Pública e seus servidores, culminando com o projeto piloto de “teletrabalho” implantando na AGU.

2. A MUDANÇA DE PARADIGMA

Como dito anteriormente, a tecnologia e seu desenvolvimento geraram diversas transformações nas relações sociais e jurídicas, alterando o comportamento do jurista não só no aspecto profissional, mas também na sua relação com os diversos atores do mundo do Direito.

Porquanto, as Funções Essenciais à Justiça previstas constitucionalmente a partir do art. 127 e seguintes da Constituição da República de 1988 e o Poder Judiciário passam por um momento de transição da era do papel para a era virtual, já que o paradigma do processo judicial físico ou de papel não mais respondia aos anseios sociais, mormente no que tange à duração razoável do processo. Mas o que é um paradigma?

No dizer de Thomas S. Kuhn:

os paradigmas são determinados modelos teóricos e métodos advindos de uma forma de compartilhar objetivos, formas de pensar, marcos teórico, ou seja, a mesma visão de mundo. Todavia, esses paradigmas sofrem anomalias (contestações), as quais surgem quando eles não conseguem responder às várias perguntas que surgem no decorrer do tempo, o que pode ensejar a revolução. Daí advém um novo paradigma como ruptura com o paradigma anterior; todavia esse rompimento é apenas parcial, visto que ainda preserva ideias do paradigma anterior – esta é a noção de ciência comum. Portanto, todo paradigma é uma simplificação da realidade, ou seja, um quadro ou modelo teórico não consegue atingir toda a complexidade da realidade. O paradigma, assim, é uma forma de tornar as coisas inteligíveis, para atingir um entendimento mínimo da realidade – ter acesso a ela através dos modelos teóricos.²

Assim, era preciso um novo modelo teórico, uma nova forma de pensar o processo judicial que era a todo o momento contestado pela sua ineficiência em fazer Justiça, principalmente, pela sua morosidade. Surge, então, o processo judicial eletrônico como novo paradigma e modelo teórico, quebrando o paradigma do papel com a promessa de ser menos burocrático, mais econômico e mais eficaz, ainda que cercado de diversas dúvidas e debates sobre suas vantagens e desvantagens.

Como vantagens apontava-se a economia (alguns cálculos aduziam que a economia seria de aproximadamente R\$ 400 milhões/ano); a rapidez no cumprimento do direito fundamental à duração razoável do processo, a simplicidade; a concretização dos princípios previstos no art. 2º da Lei 9.099/95, a eliminação de etapas no processo (autuação, por exemplo); a desburocratização, dentre outros.

Por outro lado, como desvantagens se bradava a dificuldade de acesso à justiça; a alta exclusão digital ainda existente no Brasil; as diversas falhas apresentadas pelo sistema; o misonéismo (aversão a mudanças) que atingiu os operadores do Direito como um todo em sua implantação, mas que ainda atinge diversos

² KUNH, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 220.

advogados privados, talvez por desconhecimento e medo, dentre outros fatores hoje discutidos, inclusive através de ações judiciais propostas pela Ordem dos Advogados do Brasil.

3. HISTÓRICO DO PROCESSO ELETRÔNICO

A conexão entre Direito e Tecnologia é recente e podemos dizer que o primeiro grande marco de aproximação se deu com a edição da Lei 9.800/99, a chamada Lei do Fax, que inaugurou a possibilidade de surgir um novo ramo da árvore jurídica, o Direito Eletrônico.

Pode-se dizer, com efeito, que os grandes marcos evolutivos do Direito Eletrônico com início em 1999, podem ser assim resumidos:

- 1999 – Lei 9.800/99 – Lei do Fax – Permitiu a transmissão de petições por meio eletrônico (fax).
- 2001 - Medida Provisória n. 2.200-2 de 24 de agosto de 2001 que dispôs sobre a Certificação Digital encerrou em seu Art. 10º, § 2º a validade do documento eletrônico.
- 2002: Artigo 225 do Novo Código Civil, *in verbis*:

As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

- 2003: Carta de Heredia – documento redigido por ocasião da reunião de juízes, ministros, juristas na cidade de Heredia na Costa Rica, onde se definiu regras para a segurança e a veiculação de dados judiciais pela rede mundial de computadores, visando o equilíbrio entre o direito à informação e a intimidade das partes no processo judicial.
- 2004: Carta de Petrópolis – documento redigido por ocasião do I Congresso Internacional de Direito Eletrônico realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico (www.ibde.org.br), com um programa

para implantação dos sistemas eletrônicos com garantia da segurança jurídica e dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

- 2006 – 1) Alteração no CPC pela Lei 11.280/06 do art. 154, parágrafo único, *in verbis*:

Parágrafo único. Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP – Brasil³.

- 2) Alteração no CPC pela Lei 11.341 de 7 de agosto de 2006 do art. 541, parágrafo único, *in verbis*:

Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência

³ “A ICP-Brasil - Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - é um conjunto de entidades, padrões técnicos e regulamentos, elaborados para suportar um sistema criptográfico com base em certificados digitais. Criada a partir da percepção do Governo Federal na importância de se regulamentar as atividades de certificação digital no País, denota maior segurança nas transações eletrônicas e incentiva a utilização da Internet como meio para a realização de negócios. A ICP-Brasil foi instituída pela Medida Provisória 2.200-2, de 24 de agosto de 2001, que cria o Comitê Gestor da ICP-Brasil, a Autoridade Certificadora Raiz Brasileira e define as demais entidades que compõem sua Estrutura. A partir dessa MP foram elaborados os regulamentos que regem as atividades das entidades integrantes da ICP-Brasil: são as Resoluções do Comitê Gestor da ICP-Brasil, as Instruções Normativas e outros documentos, que podem ser consultados em Legislação. O modelo de Infra-estrutura adotado pela ICP-Brasil foi o de certificado com raiz única. O Instituto Nacional de Tecnologia da Informação - ITI está na ponta desse processo como Autoridade Certificadora Raiz - AC Raiz da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. Cabe ao ITI credenciar os demais participantes da cadeia, supervisionar e fazer auditoria dos processos. O Comitê Gestor da ICP-Brasil (CG-ICP) é designado pela Presidência da República para adotar as medidas necessárias ao funcionamento da Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira. O art. 3º do decreto 3872 de 18/07/2001, estabelece as competências do CG da ICP-Brasil. Sua composição foi estabelecida no art. 2º do mesmo decreto. O CG-ICP Brasil conta com uma Comissão Técnica Executiva (COTEC) a quem cabe assistir e dar suporte técnico ao CG da ICP-Brasil, conforme especificado no art. 4º do decreto 3872 de 18/07/2001 e uma Secretaria Executiva cuja competência está especificada no art. 7º do mesmo decreto. A quantidade de entidades credenciadas na ICP-Brasil vem aumentando com frequência, dada a percepção, pelos diversos setores, das inúmeras possibilidades de uso dos certificados digitais. O certificado digital é um documento eletrônico, assinado digitalmente por uma terceira parte confiável, que associa uma entidade (pessoa, processo, servidor) a uma chave pública. Um certificado digital contém os dados de seu titular, tais como: nome, e-mail, CPF, chave pública, nome e assinatura da Autoridade Certificadora que o emitiu. Na prática, o certificado digital funciona como uma carteira de identidade virtual que permite a identificação segura de uma mensagem ou transação em rede de computadores. O processo de certificação digital utiliza procedimentos lógicos e matemáticos para assegurar confidencialidade, integridade das informações e confirmação de autoria”. Extraído de <https://www.icpbrasil.gov.br/apresentacao>.

mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.”

3) Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006, também conhecida como Lei do Processo Eletrônico.

4) Lei 13.105 de 16 de março de 2015, novo CPC, com vigência prevista para março de 2016 que faz menção em mais de 50 artigos de alguma forma às novas tecnologias (mídias eletrônicas, e-mail, autos eletrônicos, etc)⁴.

Desta feita, hoje o processo eletrônico não só possui respaldo teórico na legislação pátria, mas também prático, haja vista o crescimento do PJe e de outros sistemas de processo eletrônico no Brasil.⁵

4. VISÃO CONSTITUCIONAL DO PROCESSO ELETRÔNICO

A Constituição Federal de 1988 não fez nenhuma previsão expressa ou menção ao processo judicial eletrônico, já que quando da sua promulgação o desenvolvimento tecnológico não era suficiente para influenciar a Ciência Jurídica a tal ponto.

Todavia, como fundamento de validade do ordenamento jurídico e por ocupar posição de proeminência nos quadrantes do Direito, é preciso analisar o processo eletrônico à luz da Carta Magna, isto é, sob lentes constitucionais,

⁴ Vale ressaltar que ainda temos diversas resoluções que regulamentam a questão do processo eletrônico no âmbito dos Tribunais, como a Resolução Nº 185 de 18/12/2013 do CNJ que institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento.

⁵ Em Minas Gerais, por exemplo, desde o ano de 2009 nos Juizados Especiais Federais na cidade de Belo Horizonte não há distribuição de processos físicos, o que demonstra a tendência de que no futuro não teremos mais processos em papel. Ver Recomendação 04/COJEF/SJMG da Coordenação do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais publicada em 22/07/2009 no e-DJF1, anexo II/ n. 132.

para promover uma filtragem constitucional, dando azo ao que hoje se denomina Constitucionalização do Direito⁶.

Para tanto, é preciso recortar o estudo do processo eletrônico, a fim de verificar sua adequação aos direitos e garantias fundamentais.

4.1. O PROCESSO ELETRÔNICO COMO GARANTIDOR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O processo eletrônico como elemento garantidor dos direitos fundamentais é defendido com base nos seguintes argumentos: promove a efetividade do direito material, concretiza o direito fundamental à duração razoável do processo, garante o devido processo legal eletrônico e os princípios do contraditório e ampla defesa, gera economicidade e eficiência, além de incrementar o conceito de cidadania. Veja-se:

- a) efetividade do direito material: o processo eletrônico como meio ou caminho mais eficaz que o processo físico para o exercício do direito material é um concretizador de direitos fundamentais como o acesso maior aos direitos, promovendo maior inclusão social.
- b) duração razoável do processo: ao eliminar etapas no procedimento, promover o peticionamento em lote, gerar a ubiquidade, o processo eletrônico dá ensejo e concretiza o princípio esculpido no art. 5º, da Constituição Federal.
- c) devido processo eletrônico: assim como o processo judicial físico, o processo eletrônico tem todo seu procedimento definido na Lei 11.419 de 19 de dezembro de 2006, na Constituição Federal, e agora, no novo CPC⁷, o que garante o devido processo eletrônico.
- e) contraditório e ampla defesa: todos os atos realizados no processo eletrônico devem ser caracterizados sob o manto da ciência e participação das partes, bem como da ampla possibilidade de defesa,

⁶ A Constitucionalização do Direito pode ser trabalhada sob dois aspectos, portanto: a constitucionalização de normas antes tratadas apenas em sede de leis ordinárias ou complementares e, por outro lado, a interpretação constitucional com a chamada filtragem constitucional, isto é, o olhar sobre as demais normas jurídicas filtradas por lentes constitucionais. Vale ressaltar que a Constituição de 1988 é um exemplo de constitucionalização ampla do direito, mas, principalmente, pela forma como tem sido aplicada e interpretada, através da sua rigidez e supremacia.

⁷ O novo CPC entra em vigor em março de 2016, conforme previsto no art. 1.045 da Lei 13.105 de 16 de março de 2016.

sendo que os atos que desrespeitem esses princípios são passíveis de anulação, como por exemplo, a prorrogação do prazo para as partes em caso de indisponibilidade do sistema, na forma do art.10, § 2º da Lei 11.419/2006.⁸

- f) economicidade: a economia gerada com o processo eletrônico, como já dito anteriormente, gira em torno de 400 milhões de reais por ano, segundo alguns estudos⁹, mas é passível de constatação empírica o fato de que não gastar papel e outros materiais físicos utilizados no processo físico (arquivos para armazenamento, grampos, etiquetas, etc), não só enseja uma proteção maior ao meio ambiente, como também permite ao Estado redistribuir os recursos economizados.
- g) cidadania: o processo eletrônico como ensejador da cidadania está diretamente ligado ao exercício efetivo do direito material já tratado na letra “a” supra, pois a noção de cidadania se liga ao gozo e exercício de direitos que permitem uma maior participação política do cidadão na sociedade, isto é, se há uma maior facilidade do exercício e gozo dos direitos, pela facilitação do caminho em busca do direito (o processo), logo, há maior inserção cidadã.

4.2. O PROCESSO ELETRÔNICO COMO OFENSA A GARANTIAS CONSTITUCIONAIS¹⁰

Por outro lado, principalmente, quando implantado, o processo judicial eletrônico sofreu duras críticas, para aduzir que ele era instrumento de ofensa a diversos direitos e garantias fundamentais como promotor de exclusão digital,

⁸ “Art. 10. A distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de processo eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se recibo eletrônico de protocolo.

§ 1º Quando o ato processual tiver que ser praticado em determinado prazo, por meio de petição eletrônica, serão considerados tempestivos os efetivados até as 24 (vinte e quatro) horas do último dia.

§ 2º No caso do § 1º deste artigo, se o Sistema do Poder Judiciário se tornar indisponível por motivo técnico, **o prazo fica automaticamente prorrogado para o primeiro dia útil seguinte à resolução do problema.**” (grifo nosso).

§ 3º Os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais.

⁹ Somente no Estado de São Paulo estima-se que o processo eletrônico gerou economia de 1,7 milhões de folhas de papel. Fonte: <https://www4.tce.sp.gov.br/6524-processo-eletronico-gera-economia-de-17-milhoes-de-folhas-de-papel>. Acesso em: 17 jan. 2016.

¹⁰ Ver as providências requeridas ao CNJ pela OAB. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/63-providencias-requeridas-pelo-conselho-federal-da-oab-2057598472.pdf>.

falta de acesso à justiça e ao direito à informação das partes, bem como por ofender o pluralismo jurídico, a igualdade das partes e o princípio da publicidade. Além disso, como maior argumento negativo, alguns contestam a (falta de) segurança das partes (autenticidade, veracidade, inviolabilidade e privacidade).

- a) a exclusão digital: o processo eletrônico gera exclusão digital¹¹ não só das partes hipossuficientes, como também dos advogados do interior dos Estados pela falta de acesso a novas tecnologias e por, muitas vezes, não terem em pequenas cidades uma rede de dados que atenda às especificações exigidas para trabalhar nos sistemas dos Tribunais¹².
- b) o acesso à justiça: pelos mesmos motivos trazidos em relação à exclusão digital, o processo eletrônico, em um país com tantas diversidades sociais e econômicas, pode aumentar ainda mais o fosso entre pessoas com melhores condições econômicas e aquelas que são pobres, já que aumenta substancialmente a barreira de acesso destas pessoas ao Poder Judiciário, a qual já é enorme, apesar do esforço das Defensorias Públicas¹³.
- c) o direito à informação das partes: consequência da exclusão digital e da falta de acesso à justiça que o processo eletrônico pode propiciar, há evidente prejuízo ao direito à informação das partes que não possuem acesso aos sistemas eletrônicos e/ou à rede mundial de computadores, o que dificulta o acesso aos autos, a visualização de documentos, decisões e atos do processo eletrônico.
- d) pluralismo jurídico¹⁴: ao não respeitar as desigualdades e as diversidades em um país continental como o Brasil, a participação na efetivação

¹¹ “Neste contexto, enfatiza-se que a exclusão digital influencia diretamente no desenvolvimento da sociedade da informação no Brasil, visto que priva os excluídos digitalmente de interagirem com as informações. Medidas de inclusão digital são necessárias para possibilitarem a esses cidadãos agregarem cada vez mais conhecimento e desenvolverem o capital intelectual, colaborando para a evolução social, cultural e econômica de nosso país e caminhando para extinguir a divisão entre ricos e pobres de informação”. ALMEIDA, Lília Bilati et al. **O retrato da exclusão digital na sociedade brasileira**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1807-17752005000100005. Acesso em: 17 jan. 2016.

¹² O novo CPC traz dispositivo que tenta amenizar o problema: “Art. 198. As unidades do Poder Judiciário deverão manter gratuitamente, à disposição dos interessados, equipamentos necessários à prática de atos processuais e à consulta e ao acesso ao sistema e aos documentos dele constantes.

Parágrafo único. Será admitida a prática de atos por meio não eletrônico no local onde não estiverem disponibilizados os equipamentos previstos no caput”.

¹³ Há um grande déficit de defensores públicos no país, conforme demonstram os dados do IPEA. Para informações ver <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdefensores>.

¹⁴ “ (...) pluralismo jurídico seria o reconhecimento da diversidade, da autonomia, das liberdades e do respeito aos diversos grupos existentes na sociedade, concretizando a democracia, ou seja, é a participação de todos nos direitos e deveres trazidos pelas normas jurídicas”. MOURA, Grégore. *Do Princípio da Co-culpabilidade*. Belo Horizonte: D’Plácido Editora, 2014. p. 95.

dos direitos daqueles menos abastados é prejudicada com a implantação do processo eletrônico, já que os exclui da participação nos direitos como o acesso à justiça, à informação do processo e a própria participação na elaboração das normas que regulamentam essa nova modalidade de processo, as quais desconsideram todos esses fatores.

- e) igualdade das partes: as críticas acima elencadas podem ser resumidas na ofensa ao princípio da igualdade das partes que o processo eletrônico pode causar, ou seja, com exclusão digital, sem informação, sem participação na formação das leis que o regulamentam, sem atividade cidadã na elaboração da decisão judicial, há clara ofensa ao princípio constitucional da igualdade, previsto no art. 5º, II da Constituição Federal.
- f) publicidade: a falta de acesso aos sistemas eletrônicos dos Tribunais pode prejudicar a publicidade dos atos processuais, já que em tese aumentam a circulação da informação ao serem colocadas na rede mundial de computadores, todavia, não adianta se não for franqueado a todos o acesso. A OAB propôs a ADIN 3.880/07 contra os artigos 1º, III, b, 2º, 4º; 5º e 18 da Lei 11.419/06, aduzindo a sua inconstitucionalidade, com o argumento (dentre outros)¹⁵ de que a implantação do Diário de Justiça Eletrônico ofende a publicidade dos atos processuais.
- g) segurança das partes (autenticidade, veracidade, inviolabilidade e privacidade): a questão da segurança do processo eletrônico sempre foi uma barreira para sua implantação, tendo em vista a possibilidade ampla de violação de sistemas de informática, os quais nunca serão totalmente seguros. Os Tribunais têm se esforçado para promover uma maior confiabilidade nos sistemas¹⁶ ao investirem em segurança e realizando back-ups diários, a fim de evitar perdas. A legislação também possui dispositivos que visam promover a segurança do sistema ao tratar do acesso, sendo que a tendência é permiti-lo apenas por meio

¹⁵ Nesta ADIN a OAB discute várias matérias constitucionais como o acesso à justiça, a delegação de poderes para os Tribunais, o princípio da publicidade, violação ao devido processo legal, etc.

¹⁶ Veja-se o art. 12, § 1º da Lei 11.419/06: “Os autos dos processos eletrônicos deverão ser protegidos por meio de sistemas de segurança de acesso e armazenados em meio que garanta a preservação e integridade dos dados, sendo dispensada a formação de autos suplementares”.

de certificado digital¹⁷, o que até então não ocorre, já que se autoriza em alguns sistemas o acesso mediante login e senha, como previsto, por exemplo, na Portaria Conjunta nº 411/PR/2015 do TJMG de maio de 2015 em seu artigo 9ª, II¹⁸.

4.3. MAS O QUE REALMENTE IMPORTA?

Apesar do caloroso debate entre as correntes doutrinárias que defendem a constitucionalidade do processo eletrônico e aquelas que aduzem a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que o regulamentam, o que deve ser primordial nesta análise é a forma como a Lei 11.419/06 e agora o novo CPC serão aplicados em termos de processo eletrônico.

Se na aplicação destas normas se respeitarem os ditames da Constituição Federal não há motivo para considerar o processo eletrônico inconstitucional¹⁹, pelo contrário, como instrumento de evolução tecnológica deve ser usado para atingir os objetivos constitucionais da República de realizar Justiça.

Portanto, faz-se mister separar os argumentos falaciosos de insatisfeitos ou misonicistas que não querem se adaptar à era digital de um lado e a execução prática de uma nova ferramenta que pode revolucionar o processo, a qual pode ser feita através de uma verdadeira filtragem constitucional, isto é, não permitir que Tribunais obriguem as partes a acessarem sistemas que não funcionam; não admitir que resoluções ou outros atos normativos de Tribunais legislem sobre processo civil como sói acontecer; promover o diálogo entre todas as partes

¹⁷ O artigo 1.053 do novo CPC – Lei 13.105 – prevê a transição: “Os atos processuais praticados por meio eletrônico até a transição definitiva para certificação digital ficam convalidados, ainda que não tenham observado os requisitos mínimos estabelecidos por este Código, desde que tenham atingido sua finalidade e não tenha havido prejuízo à defesa de qualquer das partes”.

¹⁸ “Art. 9º O acesso ao Sistema PJe será feito por usuário previamente credenciado, através do Portal TJMG (www.tjmg.jus.br) ou pelo “link”: <http://pje.tjmg.jus.br>, mediante:

I - o uso de certificação digital (ICP - Brasil - Padrão A3); ou

II - a utilização de “login” e de senha.

§ 1º O acesso ao processo eletrônico de que trata o inciso II deste artigo não implica a possibilidade de:

I - assinatura de documentos e de arquivos;

II - realização de operações que acessem funcionalidades com exigência de identificação por certificação digital; e

III - consulta e operações em processos que tramitem em sigilo ou em segredo de justiça.

§ 2º O disposto no art. 16 desta Portaria Conjunta se aplica ao uso e ao sigilo do “login” e da senha.

§ 3º O acesso ao Sistema PJe, mediante “login” e senha, só será possível a partir da versão que contemple tal recurso e nos termos do que deliberar o TJMG”.

¹⁹ Vale lembrar aqui do princípio da presunção de constitucionalidade das leis.

envolvidas no processo, principalmente a Advocacia Pública, já que atua na maior parte dos processos em andamento no Brasil, enfim, o importante é manter o desenvolvimento válido e regular do processo, ainda que eletrônico, a fim de respeitar os princípios constitucionais.

5. A ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL COMO PROTAGONISTA NO PROCESSO ELETRÔNICO

A Advocacia Pública Federal exerce um papel de protagonista no processo eletrônico não só por ser função essencial à Justiça, mas também por ser o maior escritório de advocacia do país²⁰, o que a coloca em posição de proeminência e de vanguarda desde os primórdios do surgimento do processo eletrônico.

Malgrado a Lei de Processo Eletrônico ter sido editada no ano de 2006 e entrado em vigor no ano de 2007, a implantação desta nova ferramenta não está completa, principalmente em relação aos processos que tramitam na Justiça Estadual, bem como a interoperabilidade entre os sistemas, a qual vem sendo buscada pelo CNJ²¹.

A quantidade de sistemas criados pelo Judiciário, a falta de comunicação entre eles e o difícil acesso a redes que permitam o fluxo de informações em alguns locais do país têm prejudicado sua disseminação e unificação.

No entanto, o processo eletrônico hoje é uma realidade não só para o Poder Judiciário, mas também para a Advocacia-Geral da União. No Juizado Especial Federal em Belo Horizonte/MG, por exemplo, desde julho de 2009²², todas as distribuições de ações judiciais seguem o modelo do processo eletrônico e a AGU teve, desde então, que adaptar suas Procuradorias para atender tal demanda.

Neste diapasão, a Advocacia-Geral da União propôs um viés colaborativo, proativo e dialógico, mas sem se curvar às soluções imediatistas propostas muitas vezes para desafogar o Judiciário ou suprir falhas de sistema²³.

²⁰ A AGU conta com cerca de 8000 advogados públicos espalhados por todo o país. Para maiores informações ver www.agu.gov.br.

²¹ Para maiores informações sobre o Modelo Nacional de Interoperabilidade ver Resolução Conjunta 03/2013 do CNJ. Ver também: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-19/cnj-aumenta-prazo-implantacao-pje-nove-tribunaisnha>.

²² Ver Recomendação 04/COJEF/SJMG da Coordenação do Juizado Especial Federal da Seção Judiciária do Estado de Minas Gerais publicada em 22/07/2009 no e-DJF1, anexo II/ n. 132.

²³ Em alguns casos, houve até proposta de citação por e-mail ou mediante envio de CD, como aconteceu em algumas localidades, o que era flagrantemente ilegal.

Hoje a AGU ocupou seu espaço como órgão cooperador na implantação e desenvolvimento do processo judicial eletrônico, o que foi corroborado pela Resolução Conjunta nº 3 de 2013, a qual prevê em seu artigo 4º que o Comitê Técnico Gestor do Modelo Nacional de Interoperabilidade terá um representante da Advocacia-Geral da União. O diálogo interinstitucional é fundamental para que não haja desrespeito às garantias fundamentais das partes envolvidas, além de incrementar a busca de soluções dos problemas.

Como dito, a relação externa da AGU com o Poder Judiciário teve que ser alterada pela criação do processo judicial eletrônico em decorrência da alteração dos procedimentos de citação e intimação, porém a AGU também teve que se reinventar internamente, o que culminou com a criação de sistemas eletrônicos internos, a fim de facilitar o procedimento interno.

Pode-se citar o SICAU – Sistema Integrado de Controle de Ações da União²⁴ e, posteriormente, o sistema de Inteligência Jurídica - SAPIENS²⁵ que “é um sistema de gestão arquivística de documentos (SIGAD), que possui recursos de apoio à produção de conteúdo jurídico e de controle de prazos e fluxos administrativos, com foco na integração com os sistemas informatizados do Poder Judiciário e do Poder Executivo”.

As mudanças promovidas tanto no âmbito externo, como no âmbito interno na Advocacia-Geral da União proporcionaram uma alteração comportamental dos advogados públicos e dos servidores do órgão, visto que o sistema hoje é híbrido e duplamente procedimental, pois ainda se tem uma grande quantidade de processos físicos em andamento, mas já existem setores que somente trabalham com os processos eletrônicos, permitindo uma comunicação mais rápida entre todos os setores e com os órgãos representados, além de abrir as portas para a possibilidade de trabalho remoto de qualquer lugar do país.

Desta feita, o processo eletrônico judicial não gera seus efeitos somente sobre o processo propriamente dito, mas faz surgir novos questionamentos e institutos jurídicos, alterando sobremaneira o serviço público como um todo, obrigando a AGU a ser mais uma vez protagonista, todavia, agora na sua adequação à nova realidade digital.

²⁴ Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/161323.

²⁵ Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/266561.

6. PROCESSO JUDICIAL ELETRÔNICO X “TELETRABALHO” NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 elenca como princípios norteadores da Administração Pública a legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Apesar do desrespeito diário a diversos destes princípios em tempos de corrupção, autopromoção política e crises de moralidade, as diversas adversidades econômicas vividas pelo país têm feito aflorar a necessidade de uma governança mais eficiente por parte do Estado, tanto no aspecto financeiro-orçamentário, como na busca da efetividade e eficiência do serviço público.

O processo eletrônico, como já dito anteriormente, não deixa de ser uma destas facetas da busca e concretização do princípio constitucional da eficiência, pois visa exatamente melhorar a prestação jurisdicional e cria diversos desdobramentos como a possibilidade de implantação no serviço público do *home office*, trabalho remoto ou “teletrabalho”²⁶.

Vale ressaltar que a previsão de “teletrabalho” consta da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) desde a edição da Lei 12.551 de 2011 que modificou o art. 6º, cuja redação atual é a seguinte:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

No entanto, a relação de emprego privada não se confunde com a relação de direito público, especialmente no caso de detentor de cargo público, como no

²⁶ O STF editou a Resolução 568 de 5 de fevereiro de 2016 que dispõe sobre a realização do “teletrabalho”, a título de projeto-piloto no âmbito do Supremo Tribunal Federal. O projeto terá duração de um ano; as metas a serem cumpridas pelos servidores neste regime especial terão que ser no mínimo 15% superiores aos dos demais; os servidores com deficiência terão prioridade na escolha do teletrabalho; servidores em estágio probatório, que realizam atendimento ao público externo e interno, que exerçam função comissionada de direção ou chefia e os que tenham sofrido penalidade disciplinar não poderão participar do projeto; os servidores em “teletrabalho” não poderão se ausentar do Distrito Federal em dias de expediente, salvo autorização expressa da chefia; haverá monitoramento e controle das atividades, dentre outras regras impostas pela sobredita Resolução.

caso dos membros e servidores da AGU e, infelizmente, até o momento não há previsão do “teletrabalho” na Lei 8.112/90 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Mas é possível solucionar o problema sem alteração legislativa?

Um dos obstáculos à implantação é o modelo de assiduidade previsto na Lei 8.112/90 que diz em seu artigo 116, X que é dever do servidor público ser assíduo e pontual ao serviço.

Por outro lado, há que sopesar a questão da assiduidade com outras benesses promovidas pelo “teletrabalho”, como aduz Boscatte:

A administração pública brasileira precisa se conscientizar de que um dos indicadores de sucesso e que resolveria muitos problemas da sua conjuntura, é a implantação adequada do Teletrabalho. Desde o momento em que se enfrente essa realidade e os treinamentos adequados sejam efetivados, os fatos positivos começam a surgir. A economia gasta com condução, principalmente nas grandes cidades e, principalmente, na Capital Federal/Brasília, onde os custos das passagens são exorbitantes; a redução de faltas consequentes da qualidade de vida bem diferenciada; o aumento da produtividade; a redução de faltas consequentes de licenças, fator que onera bastante a união; maior responsabilidade sobre o trabalho exercido, são fatores fundamentais para um resultado efetivo de uma boa gestão pública²⁷.

Com efeito, ainda que não haja previsão na Lei 8.112/90, o “teletrabalho” promove a concretização de diversos direitos constitucionais dos servidores públicos, bem como garante na prática a consagração do princípio constitucional da eficiência que deve nortear a Administração Pública²⁸, desde que haja eletividade da atividade, controle de produção, acompanhamento do servidor, treinamento e, por fim, análise dos resultados apresentados tanto de forma quantitativa como qualitativa.

²⁷ BOSCATTE, Vera Regina Alexandre. A dificuldade de implantação do Teletrabalho na empresa pública brasileira. Disponível em: <file:///D:/GR%C3%89GORE/Gr%C3%A9gore%20Documentos/AULAS/DIREITO%20ELETR%C3%94NICO/TELETRABALHO%20E%20ADM%20P%C3%94BLICA.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2016.

²⁸ Tanto o Ministério da Fazenda como a CGU já implantaram o teletrabalho com a edição das seguintes portarias: Portaria nº. 13 MF, de 24 de janeiro de 2012 e Portaria CGU nº 1.242, de 15 de maio de 2015.

Além disso, ainda que na esfera infralegal, há uma possibilidade de fundamentação do “teletrabalho” para a Administração Pública no art. 6º, § 6º do Decreto nº 1.590 de 10 de agosto de 2015 que dispõe sobre a jornada de trabalho dos servidores da Administração Pública Federal direta, das autarquias e das fundações públicas federais, e dá outras providências, aduzindo que:

Em situações especiais em que os resultados possam ser efetivamente mensuráveis, o Ministro de Estado poderá autorizar a unidade administrativa a realizar programa de gestão, cujo teor e acompanhamento trimestral deverão ser publicados no Diário Oficial da União, ficando os servidores envolvidos dispensados do controle de assiduidade.

7. O “TELETRABALHO” NA AGU

Alguns órgãos da Administração Pública iniciaram a implantação do “teletrabalho”, apesar das discussões supracitadas e dos obstáculos apresentados. É o caso da Advocacia-Geral da União que, através da Procuradoria Geral Federal e como consequência do processo eletrônico, implantou um projeto-piloto de “teletrabalho”.

O Projeto de Criação de Equipes de Trabalho Remoto na PGF é a conclusão de um estudo previsto no Item 1.1.6 do Plano de Ação de 2015 (Estudar e avaliar a regulamentação do teletrabalho em outros órgãos públicos e identificar sua compatibilidade com as atribuições do cargo de Procurador Federal) e culminou com a realização de um projeto piloto em alguns Estados da Federação, mas com avaliação prévia dos impactos e dos riscos que tal implantação poderia gerar.

Após o desenvolvimento do projeto, foi elaborada a NOTA n. 00133/2015/CGPAE/PGF/AGU pela Coordenação Geral de Projetos e Assuntos Estratégicos da PGF (Procuradoria Geral Federal), a qual reconheceu ser o projeto de “Teletrabalho” um programa de gestão da Procuradoria em busca da melhoria dos resultados institucionais, como fica claro no item 16 da referida nota que diz:

Conforme demonstrado na apresentação do Projeto, seus objetivos estão calcados justamente na mensuração de melhoria nos resultados institucionais, não apenas de

produtividade, mas também resultados qualitativos, que representará em maior êxito na atuação da PGF nas suas atividades de representação judicial²⁹.

Por fim, foram editadas duas Portarias instituindo o “teletrabalho” no âmbito da AGU, através da PGF. A Portaria da PGF nº 978 de 24 de dezembro de 2015 que fixa as diretrizes para a criação de Equipes de Trabalho Remoto no âmbito da Procuradoria-Geral Federal e a Portaria da PGF nº 979 de 24 de dezembro de 2015 que institui, como projeto piloto, as Equipes de Trabalho Remoto para atuação em processos judiciais que tratem de benefícios por incapacidade nos Estados do Paraná, Pernambuco, Rio de Janeiro e São Paulo.

O projeto piloto tem tudo para dar certo, visto que atende aos requisitos legais, bem como permite a seletividade de atuação, estabelece o controle dos resultados e é focado na atuação de processos eletrônicos judiciais que tramitam no Juizado Especial Federal que tratem da concessão ou restabelecimento de benefícios previdenciários por incapacidade previstos na Lei 8.213/91.

Oxalá que este seja apenas o primeiro projeto de muitos e que, realmente, surtam os resultados esperados, pois quem ganha não é só o servidor público, mas também todos os cidadãos brasileiros com a melhoria da prestação jurisdicional e da defesa do interesse público primário.

8. CONCLUSÃO

De todo o exposto conclui-se que:

- a) o processo eletrônico trouxe uma mudança de paradigma ao quebrar o uso do papel, em busca de um processo judicial menos moroso e mais eficiente;
- b) o que importa na análise da constitucionalidade ou não do processo eletrônico é a forma como se aplicará a legislação que o prevê, sendo que com a constitucionalização do processo, faz-se necessária uma filtragem constitucional, a fim de que se garanta o devido processo judicial eletrônico;

²⁹ NOTA n. 00133/2015/CGPAE/PGF/AGU pela Coordenação Geral de Projetos e Assuntos Estratégicos da PGF (Procuradoria Geral Federal), conforme processo NUP 00407.009940/2015-86.

- c) diante do surgimento de uma nova ferramenta de trabalho trazida pela tecnologia, é preciso se criar novos sistemas de gestão não só do Poder Judiciário, mas também de todos os atores do processo, especialmente a Advocacia Pública;
- d) A Advocacia Pública tem papel fundamental no desenvolvimento e ocupa uma posição de protagonista no processo eletrônico, como órgão interlocutor da sua gestão e melhora;
- e) O processo eletrônico faz surgir novas formas de relações jurídicas entre o servidor público e a Administração Pública, sendo que propicia a possibilidade de implantação do “teletrabalho” em seu seio, já que a era digital quebra a necessidade de assiduidade prevista na Lei 8.112/90 (nos casos de servidores públicos federais);
- f) O “teletrabalho” não só concretiza o direito constitucional à eficiência esculpido no art. 37 da Carta Magna, como promove a dignidade humana, quando facilita a relação servidor/Administração Pública, além de tornar o trabalho mais digno, rápido e eficiente, melhorando a prestação do serviço público como um todo. Além disso, abre portas para implantação de outros canais de atendimento ao público como chat, Skype e outros programas para melhorar o acesso e a prestação do serviço.

9. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lília Bilati et al. **O retrato da exclusão digital na sociedade brasileira**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1807-17752005000100005. Acesso em: 17 jan. 2016.

BOSCATTE, Vera Regina Alexandre. **A dificuldade de implantação do Teletrabalho na empresa pública brasileira**. Disponível em: <file:///D:/GR%C3%89GORE/Gr%C3%A9gore%20Documentos/AULAS/DIREITO%20ELETR%C3%94NICO/TELETRABALHO%20E%20ADM%20P%C3%94BLICA.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2016.

KUNH, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

MOURA, Grégore. **Do Princípio da Co-culpabilidade**. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2014.

PARENTONI, Leonardo Netto. **Documento Eletrônico. Aplicação e Interpretação pelo Poder Judiciário**. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

“UM SERVO, DOIS SENHORES”

***PATH DEPENDENCE* NO ARRANJO INSTITUCIONAL QUE ESTABELECE A DUPLA VINCULAÇÃO DA PROCURADORIA-GERAL DO BANCO CENTRAL AO BANCO CENTRAL DO BRASIL E À ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: “*CLEAR MISTAKE*” OU APENAS UMA “ESCOLHA IMPERFEITA”?**

LADEMIR GOMES DA ROCHA¹

SUMÁRIO. 1 Introdução. 2. O desenho institucional da dupla vinculação na PGBC: uma procuradoria, duas vinculações. 3. O legislador democrático como “arquiteto” do arranjo institucional da advocacia pública federal. 4. Corrigindo a “escolha imperfeita”: razões favoráveis à vinculação administrativa da PGBC à estrutura de governança da AGU. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata da dupla vinculação da Procuradoria-Geral do Banco Central (PGBC) e, conseqüentemente, dos advogados públicos que a integram, ao Banco Central do Brasil (BCB) e à Advocacia-Geral da União (AGU). Sendo mais exato, trata do arranjo institucional que determina, de um lado, a inserção da PGBC e, conseqüentemente, dos Procuradores do Banco Central na estrutura administrativa autarquia federal e, de outro, à vinculação técnica, ou técnico-jurídica, da PGBC e de seus membros à AGU.

Antecipo ao leitor que entendo que o modelo da dupla vinculação seja, sobretudo, um erro institucional, uma “escolha imperfeita”, subproduto indesejado daquilo que os economistas costumam chamar de *path dependence* ou “dependência da trajetória”, um arranjo de governança que (já) não atende, ou atende de modo insatisfatório, às necessidades de autonomia institucional da PGBC e de independência técnica de seus membros.

¹ Procurador do Banco Central, Mestre e doutorando em Direito pela UFRGS.

Exporei as razões de meu entendimento, sujeitando-a à crítica bem-vinda não só dos que defendem ou são indiferentes à dupla vinculação, como dos que advogam o seu fim, uma vez que o consenso sobre a insuficiência ou à inadequação de um determinado arranjo institucional, teoria, lei, decisão ou política pública não implica necessariamente em concordância quanto aos fundamentos da crítica, quanto aos fins a serem realizados, nem quanto aos meios a serem empregados na mudança. Como adverte Conrado Hubner Mendes, “a forma de justificar [a crítica a uma instituição] determina como entendemos o papel dessa instituição, como depositamos expectativas sobre o seu desempenho e como efetivamente ela opera essa função.”²

Entre as questões, cuja reflexão se impõe, resta saber se e em que medida os erros (políticos) cometidos na escolha dos arranjos institucionais (sempre) imperfeitos devem ser corrigidos no ambiente da normatividade jurídica, ou, noutras palavras, se toda decisão política redunde em conflitos cuja solução depende da uma “última palavra” dada pelo Poder Judiciário. No caso sob exame, isso consiste em saber se o arranjo institucional que estabelece (com imperfeições nada desprezíveis) a dupla vinculação da PGBC e de seus membros ao BCB e à AGU pode e deve ser corrigido na esfera jurisdicional, ou, mais especificamente, se isso configura um quadro compatível com a ordem constitucional, ou se ela apresenta já como uma “situação inconstitucional” ou, intermediariamente, como uma situação “ainda constitucional, mas tendente para a inconstitucionalidade.”

Inicialmente, o artigo descreve, com brevidade, o desenho institucional da PGBC – arranjo “um servo, dois senhores”³ – caracterizado pela dupla vinculação do órgão e de seus membros ao BCB e à AGU, explorando as possíveis explicações do arranjo escolhido para a parcela da advocacia de Estado que atua na

² MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2008, p. 10.

³ Trata-se de uma simples metáfora, sem rigor terminológico ou pretensão científica, inspirada na famosa passagem bíblica (Mt 6:24, “Ninguém pode servir a dois senhores; pois odiará um e amará o outro, ou será leal a um e desprezará o outro.”), pois advocacia e servilismo são noções mutuamente excludentes. Além do efeito estilístico, que homenageia a tradição judaico-cristã que molda a nossa cultura, ideia é denotar a importância da vinculação da advocacia de Estado à realização eficiente, eficaz e legítima dos interesses que lhe são confiados. Neste contexto, o advogado público é, sim, servidor (do interesse) público e a instituição à qual ele se vincula deve, por sua vez, estar vinculada aos mesmos fins políticos. Outra questão é o vínculo institucional, que admite arranjos diferenciados, que, embora igualmente legítimos do ponto de vista jurídico-normativo, não se equivalem do ponto de vista da eficiência, eficácia e legitimidade. Particularmente, entendo o que o arranjo que estabelece a dupla vinculação é nocivo e pode gerar conflitos e insegurança desnecessários. Vale, portanto, aqui a aplicação da metáfora bíblica de que não se pode servir bem a dois senhores. Na quadra da evolução institucional em que nos encontramos, bom seria se o advogado se vinculasse administrativa e tecnicamente à instituição encarregada de realizar as funções que ele exerce. No caso dos advogados públicos federais, esta instituição é a Advocacia-Geral da União.

representação judicial e extrajudicial, na consultoria e no assessoramento jurídico e no controle interno de juridicidade da referida autarquia federal, em contraste com o modelo da PGF, escolhido para o restante dos advogados públicos federais que atuam no âmbito da Administração Pública Indireta. Na sequência, o texto analisa o papel do legislador democrático na definição do arranjo institucional aplicável à advocacia pública federal, focando especificamente o tema da primazia na correção dos “erros políticos” na definição das escolhas e dos arranjos institucionais, indagando em que medida as assimetrias ou as incongruências no desenho das instituições configuram “erros (jurídicos) claros” (“*clear mistakes*”) ou se são meras “escolhas imperfeitas”, porém juridicamente legítimas. Na sequência, explora indica as razões pelas quais o modelo de dupla vinculação, em que pese seus méritos, necessita ser revisto em favor de um arranjo que estabelece a sua inserção completa na estrutura da advocacia pública federal⁴.

2. O DESENHO INSTITUCIONAL DA DUPLA VINCULAÇÃO NA PGBC: UMA PROCURADORIA, DUAS VINCULAÇÕES

A Procuradoria-Geral do Banco Central, que já teve outras designações, é contemporânea à criação do próprio Banco Central do Brasil, sob os auspícios da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. A nova instituição, encarregada, entre outras atribuições, da execução da política monetária e cambial (papel de autoridade monetária) e da supervisão do sistema financeiro (papel de supervisor do sistema financeiro), assumiu as funções então executadas pelo Banco do Brasil S/A e pela extinta Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC).

Até a criação da Procuradoria-Geral Federal (PGF), que reuniu, numa única carreira, administrativa e tecnicamente vinculada à AGU, os advogados públicos federais das autarquias e das fundações públicas federais, prevalecia, no âmbito federal, o modelo da vinculação exclusiva do advogado público aos entes da Administração Direta, compreendidos na noção ampla de advogados públicos autárquicos. Com efeito, a Medida Provisória nº 2.048-26, de 29 de junho de 2001, criou a carreira de Procurador Federal, atribuindo-lhe quanto às

⁴ Como toda teoria normativa ou de político-normativa, o desafio é apresentar princípios que devem orientar a reorganização da instituição cuja reforma preconiza, atentando para os limites e as possibilidades jurídicas e políticas. Não se trata, porém, de um salto no escuro ou mera especulação teórica, mas uma proposição iluminada pela exitosa experiência da Procuradoria-Geral Federal.

atividades descentralizadas da União a cargo das autarquias e fundações e quanto a estas próprias entidades, a representação judicial e extrajudicial, a consultoria e o assessoramento jurídico, a apuração da liquidez e certeza dos créditos inerentes a suas atividades, e sua inscrição em dívida ativa para fins de cobrança e assistência às autoridades assessoradas no controle interno da legalidade (art. 37). Foram transformados em cargos de Procurador Federal os antigos cargos de procurador autárquico, procurador (de autarquias e fundações públicas federais), advogado (de autarquias e fundações públicas federais), assistente jurídico de autarquias e fundações públicas federais e procurador e advogado da Superintendência de Seguros Privados e da Comissão de Valores Mobiliários.

Todavia, o modelo adotado não foi seguido pelo órgão de representação, consultoria e controle interno de juridicidade do Banco Central do Brasil, nos termos do art. 39, parágrafo único da referida MP⁵, que permaneceu, junto com seus membros, vinculado administrativamente à autarquia federal, conquanto se tenha estabelecido a sua vinculação técnica à AGU. Assim, no âmbito da advocacia pública federal, os Procuradores do Banco Central permaneceram desde então como a única carreira de procurador autárquico. Assim, a carreira de procurador do Banco Central – à semelhança do que ocorre com os procuradores da Fazenda Nacional, no âmbito da Administração Pública Direta – é duplamente vinculada: ao BCB, administrativamente, e à AGU, tecnicamente.

Organicamente, isso configura uma governança inusitada: o órgão de representação, consultoria e controle interno de juridicidade do BCB não segue o modelo geral observando no tocante à representação judicial e extrajudicial, à consultoria e ao controle interno de juridicidade seguido pelas demais autarquias e fundações, que consagram o modelo unitarista – dentre as quais, algumas que atuam em outras dimensões do mercado regulado, como a CVM, a SUSEP, o CADE, a PREVIC e as diversas autarquias reguladoras –, mas o modelo da dupla vinculação⁶.

⁵ No aspecto aqui analisado, a redação original da MP nº 2.048-26 não sofreu modificações significativas em suas sucessivas reedições, até sua revogação/reedição pela MPV 2.150-42, de 24 de agosto de 2001.

⁶ A descrição é imprecisa. Na verdade, além da vinculação administrativa e técnico-jurídica, há a vinculação ético-profissional, que se estabelece entre o advogado público e a Ordem dos Advogados do Brasil. De fato, o advogado público vincula-se funcionalmente às estruturas administrativas dos entes e órgãos em face dos quais realizam as atividades privativas de sua profissão. No âmbito federal, a regra estabelecida pela estrutura de governança é a da unicidade do vínculo “orgânico”, compreendendo a vinculação administrativa (ou administrativo-gerencial) e a vinculação técnica (ou técnico-jurídica). Este é o modelo seguido pela Procuradoria-Geral da União (PGU) e pela PGF, ao passo que PGFN e PGBC seguem o modelo de dupla vinculação orgânica. Todos, porém, estão vinculados ético-profissionalmente à OAB. A rigor, quem sustenta a tese da vinculação exclusiva do advogado público ao ente (ou aos entes) ao qual ele se está ligado

A busca de explicações sistêmicas ou exclusivamente conceituais para esse arranjo é tarefa fadada ao insucesso. As instituições políticas não são arranjos puramente abstratos, fruto de escolhas que visam exclusivamente coerência e harmonia sistêmica, como se fossem mero produto do mundo dos conceitos ou das ideias, mas concretizações que resultam da confluência de diversos fatores conjunturais de natureza política, econômica e cultural. A manutenção da vinculação administrativa da PGBC e de seus membros à estrutura organizacional do BCB encontra melhor explicação à luz do conceito de “*path dependence*”, literalmente “dependência da trajetória”, noção que retrata a tendência de reprodução, no âmbito institucional, das relações e dos arranjos existentes, não só em virtude os interesses que podem ser contrariados, mas pela insegurança que as mudanças causam nos atores envolvidos⁷. A resistência inercial da trajetória anteriormente percorrida permite que as instituições não só sobrevivam (o que em geral é meritório e desejável) como resistam às mudanças necessárias, mesmo tendo perdido vigor na realização dos fins a que se destinam.

No caso da PGBC, o peso político-institucional do BCB, resultante do importante papel que a autarquia desempenhou nas últimas duas décadas no âmbito do sistema financeiro, atuou em favor da manutenção do modelo anterior, em detrimento da inovação institucional que redundou na criação da PGF. À época, invocou-se a necessidade do tratamento jurídico especializado das matérias relativas à formulação e à execução da política econômica e da regulação e supervisão do sistema financeiro, argumento que não prevaleceu, porém, em relação a outros segmentos das políticas públicas e da regulação e supervisão do mercado, cuja execução é atribuída a formas descentralizadas de Administração.

por laços de organicidade, desprezando a vinculação ético-profissional à OAB, defende, na verdade, que o advogado público não é propriamente advogado. Os reflexos nefastos desta concepção para a higidez do interesse público confiado à advocacia de Estado são desastrosos. Sem as armas – ou seja, sem as garantias e as prerrogativas – que o EOAB confere aos advogados, haveria prejuízo não só para o advogado público, como – e principalmente – para os interesses, bens e direitos que lhes são confiados.

⁷ Descrevendo a teoria institucionalista, Paulo Gala destaca o papel do conceito de ‘*path dependence*’ na formação da dinâmica institucional em Douglas North, “ideia [que] procura demonstrar como soluções ineficientes podem persistir, mesmo que escolhidas por agentes racionais”. Prossegue o autor: “A consequência dessa concepção da dinâmica institucional é a de que mudanças ocorrem de forma gradual, ao alterar na margem a estrutura de regras das sociedades. O próprio conceito de retornos crescentes realça a ideia de que uma vez numa trajetória, maior a tendência de permanência nela. [...]O início de um processo tem papel fundamental sobre o curso de seus acontecimentos. Com o passar do tempo instituições ineficientes não sucumbem. As decisões tomadas no passado têm, portanto, forte influência sobre as possibilidades do presente. Como diz North, antes de tudo um historiador econômico, *history matters*.” (GALA, Paulo. A teoria institucional de Douglas North. *Revista de economia política*, vol. 23, nº 2 (90), abril-junho/2003, p. 89-105). Ainda sobre o tema, veja-se: LIEBOWITZ, Stan J. e MARGOLIS, Stephen E.. *Path dependence, lock-in and history* (abril, 1995) *Journal of Law, Economics and Organization*, pp. 205-226, April 1995. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1706450> . Acesso em: 10 mar. 2016.

Ademais, a incerteza quanto ao acerto do novo arranjo institucional pesou em favor da escolha conservadora no trato da relação entre a PGBC e o BCB, o que não impediu a inovação parcial: se a PGBC manteve-se administrativamente vinculada à autarquia, estabeleceu-se ou explicitou-se a vinculação técnica ou técnico-jurídica à AGU, o que significa dizer que, em termos de compreensão jurídica, a “última palavra” acerca de matérias controversas, mesmo aquelas relativas à formulação e à execução da política econômica e da regulação e supervisão do sistema financeiro, cabe à AGU⁸.

A questão é: passados vinte anos da experiência no modelo unitário que sucedeu, no plano federal, os arranjos que vinculavam os advogados públicos federais das autarquias e das fundações aos entes que eles representavam, (ainda) se justifica o tratamento distintivo da PGBC? A resposta a esta indagação exige que sigamos adiante na tarefa de compreender o problema e decifrar seus

⁸ Não se trata de um problema sem importantes desdobramentos práticos. A necessidade de uniformização da interpretação e da aplicação do direito no âmbito da administração pública direta ou indireta, no plano federal, cria zonas de atrito com a ideia de autonomia dos entes autárquicos, notadamente com as autarquias que exercem funções regulatórias. Nesse caso, cabe a indagação: o entendimento fixado, no âmbito da AGU, acerca da interpretação e aplicação do direito, deve vincular toda a Administração Pública, inclusive os entes da Administração Indireta: entes reguladores, agências reguladoras, universidades, etc? Ou a autonomia técnica destes entes justificaria a insurgência quanto a determinado entendimento? Ao apreciar litígio que envolveu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o BCB, acerca da competência para apreciar atos de concentração, aquisição e fusão de instituições que integram o Sistema Financeiro Nacional (Recurso Especial nº 1.094.218/DF), a Primeira Seção do STJ, entre outras questões, analisou a questão da vinculatividade do Parecer Normativo GM-20 da AGU, aprovado pelo Presidente da República. Ao resolver conflito positivo de competência entre BCB e CADE, o Parecer fixou entendimento, válido para os órgãos e entes da Administração Pública Federal Direta e Indireta, no sentido de que “a competência para analisar e aprovar os atos de concentração das instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, aplicando-lhes as penalidades cabíveis, é privativa, ou seja, exclusiva do Banco Central do Brasil, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive o CADE.” O STJ entendeu que a irrisignação do CADE quanto a este entendimento afronta o art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 1993, sem necessidade de interferência do Poder Judiciário. Em face do argumento do CADE de que o Presidente da República não poderia aprovar parecer que anulasse ou limitasse decisão da referida autarquia no exercício de sua atividade-fim, como ente de regulação antitruste, o voto condutor do julgado, proferido pela Ministra Eliana Calmon, rejeitou a tese, afirmando a prevalência do princípio da legalidade, que se traduz, no âmbito da Administração Federal, no exercício do poder-dever do Presidente da República de exercer a direção superior da Administração, podendo dispor, inclusive mediante decreto, sobre a organização e funcionamento de seus órgãos e entidades (Constituição, art. 84, inciso II, e IV, alínea “a”). Ademais, segundo o STJ, o acolhimento da tese do CADE implicaria conferir-lhe poderes superiores ao do Presidente da República, em detrimento do arranjo constitucional vigente. Em suma, para o STJ, a uniformidade na interpretação e aplicação do direito cria vínculos inclusive para os entes da Administração Pública Federal Indireta em questões relacionadas a suas atividades finalísticas, o que esvazia, em grande medida, o argumento em favor de órgãos próprios de advocacia vinculados a cada autarquia ou fundação pública federal. Ao contrário, sendo a uniformidade um valor em si, que decorre da distribuição de competências constitucionalmente fixadas no âmbito da Administração Pública, a existência de um único órgão encarregado de atuar no sentido da fixação de entendimentos juridicamente vinculativos, no âmbito do qual os conflitos de interpretação acerca da lei e do direito são discutidos e resolvidos, favorece a vinculação exclusiva do advogado público federal à AGU.

enigmas, enfrentando, na sequência, uma questão prejudicial, consistente em saber se a escolha do arranjo institucional aplicável à advocacia pública federal é mero desdobramento de definições pré-estabelecidas na Constituição Federal ou se há uma margem relativamente ampla de liberdade para que o legislador democrático atue como o “arquiteto” deste arranjo.

3. O LEGISLADOR DEMOCRÁTICO COMO “ARQUITETO” DO ARRANJO INSTITUCIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL

Numa sociedade pluralista e democrática, a opção entre as distintas formas de organizar juridicamente as relações sociais, econômicas e políticas e de conformar as instituições e órgãos que executam as funções estatais, cabe ao legislador democrático, que detém papel preponderante nos distintos modos de concretizar a Constituição. Não raro, porém, as escolhas feitas pelo legislador democrático são impugnadas à luz das próprias normas constitucionais, constituindo-se não só em objeto de ações de controle da constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, como difusamente, entre os juízes e tribunais ordinários, em que a constitucionalidade é discutida incidentalmente, com vistas à proteção de determinados direitos, pretensões e interesses.

Este quadro, um tanto quanto simplificado, não dá conta dos delicados problemas de ordem jurídica e política que não raro opõem a perspectiva de quem vê, no controle de constitucionalidade em si, ou na forma ou intensidade como ele é exercido, uma ameaça ao próprio princípio da democracia e os defensores em maior ou menor medida do ativismo constitucional. Afinal, a lógica do controle de constitucionalidade é atribuir aos juízes e tribunais em geral e/ou ao “tribunal constitucional” de modo específico, formado em regra por magistrados não eleitos e vitalícios, a prerrogativa de, por meio da interpretação e aplicação das normas de direito constitucional, suspender a aplicação ou mesmo excluir no mundo jurídico, normas aprovadas pelos representantes eleitos pelo povo.

Não é caso aqui de discutir minuciosamente o tema do “equilíbrio” entre democracia e supremacia da Constituição – que concretamente se traduz no modo como as competências conflitantes dos órgãos legislativos e judiciais são exercidas – ou de fazer uma escolha teórica entre quem tem ou deve ter, numa democracia constitucional, a prerrogativa da “última palavra”, ou mesmo se existe ou pode existir, numa democracia constitucional, alguma instituição, órgão ou

autoridade encarrega de dar a “última palavra” acerca de qualquer questão⁹, mas sim de dar uma resposta, definidora de uma pré-compreensão, acerca de uma questão específica: há um modelo, cujos elementos essenciais sejam determinados constitucionalmente, de organização da advocacia de Estado? Ou esta é uma das matérias entregues com maior intensidade à livre conformação do legislador democrático, desde que observados alguns limites formais (e. g., competência de iniciativa, forma) e substanciais (garantia de independência técnica, contrabalançada pela busca da uniformização do entendimento e da atuação jurídica dos órgãos de representação, consultoria e controle interno de juridicidade)?

A resposta a estas questões passa pela análise jurídico-dogmática do trato constitucional da advocacia de Estado, particularmente da advocacia pública federal. Partindo deste pressuposto, há que se “levar a sério” as normas constitucionais¹⁰ que tratam da advocacia pública e do contexto institucional em que ela se insere revela que, ao mesmo tempo em que a advocacia de Estado foi alçada a um patamar elevado (e inédito) de dignidade institucional, há um

⁹ A questão opõe duas correntes de pensamento que tradicionalmente digladiam nos Estados Unidos da América: os que se inclinam pela prevalência do Parlamento, dentre os quais Waldron se destaca, e os defensores da prevalência do Judiciário, que têm em Dworkin um de seus principais expoentes. Há, porém, que defenda, com bastante acuidade, que numa democracia constitucional não há que se falar em prerrogativa de “última palavra”. Nesse contexto, a “última palavra” assume um caráter provisório e contingencial, de resolução dos conflitos no tempo em que eles se apresentam, sem pretensão de interditar mudanças futuras e, com isso, aprisionar novos problemas e as gerações vindouras às razões e aos argumentos das gerações passadas. Nesse contexto, apesar do papel precípuo das cortes judiciais na defesa da Constituição, a construção da ordem jurídica, e, particularmente, das instituições previstas na Constituição analítica, é tarefa de múltiplos atores políticos, que devem assumir para si a tarefa de promover os valores constitucionais. A propósito do tema: MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2008.

¹⁰ A expressão faz referência à obra de Ronald Dworkin, **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard Press, 1977. No caso, isso significa realizar uma análise que considere a autoridade e prevalência do texto constitucional como detentor de uma “autoridade em si”, que independe não só da “vontade” do constituinte e – menos ainda – da “vontade” do intérprete. O pressuposto aqui é de que o principal dever do intérprete é, sobretudo, ser “fiel” ao texto de norma, uma vez que a vontade do intérprete/aplicador sequer é fonte secundária de juridicidade, descabendo-lhe, por vontade própria, estabelecer vinculatividade jurídica. Descabe, pois, recheiar os dispositivos constitucionais de interpretações que neles enxertam significados que eles não veiculam, avassalando, assim, a autoridade da Constituição à vontade do intérprete. Vale aqui o conselho de Carlos Maximiliano contra a prática de impor, via exegese, a vontade do intérprete: “cumprir evitar, não só o demasiado apego à letra dos dispositivos, como também o excesso contrário, o de forçar a exegese e deste modo encaixar na regra escrita, graças à fantasia do hermeneuta, as teses pelas quais este se apaixonou, de sorte que vislumbra no texto ideias apenas existentes no próprio cérebro, ou no sentir individual, desvaído por ojerizas e pendores, entusiasmos e preconceitos” (in **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 84). Ou, como adverte Humberto Eco: “Frequentemente os textos dizem mais do que o que seus autores pretendiam dizer, mas menos do que muitos leitores incontinentes gostariam que eles dissessem” (*Os Limites da Interpretação*. São Paulo: Perspectiva, 1995, p. 81), donde a importância não só de, no controle do poder, limitar a liberdade do intérprete, pois, embora os textos sejam abertos a diversos sentidos e interpretações possíveis, não se pode, contudo, desconsiderar que nem todos os sentidos ou interpretações, ainda que desejados pelo hermeneuta, sejam possíveis.

grau relativamente amplo de liberdade conformadora, que pode ser explorada pelo legislador democrático na definição de sua estrutura e do funcionamento.

A Advocacia Pública recebeu tratamento constitucional diverso do que foi dedicado ao Ministério Público e, mais recentemente, à Defensoria Pública – todas “funções essenciais à justiça” com funcionamento regido exclusivamente por normas de direito público, em contraste com a advocacia privada que, embora exerça um *múnus público*, vincula-se a seus representados por contratos regidos pelo direito privado¹¹. Com efeito, ao mesmo tempo em que se desvinculou das atribuições próprias da advocacia de Estado, o Ministério Público recebeu tratamento detalhado na Constituição de 1988. Além de inúmeras referências esparsas no texto constitucional, o tratamento dado na Seção I do Capítulo IV do Título II compreendeu normas de governança, âmbito de atuação, princípios institucionais, garantias, vedações e funções. Por sua vez, o tratamento constitucional da Defensoria Pública sofreu alterações profundas em comparação com a redação original, através das Emendas Constitucionais nºs 45, de 2004, 74, de 2014 e 80, de 2014, que deram nova forma institucional à advocacia pública dos necessitados, que lhe definiram o âmbito de atuação, autonomia institucional e prerrogativas.

Já a Advocacia Pública recebeu tratamento mais econômico: o art. 131 trata da Advocacia-Geral da União; o art. 132, da advocacia dos Estados e do Distrito Federal; nenhuma referência à advocacia pública dos municípios, nem a prerrogativas de seus membros ou a princípios institucionais. A instituição, que cumpre, por determinação constitucional, funções de representação judicial e extrajudicial dos entes federados aos quais se vinculam, não dispõe de outras prerrogativas que não as aplicáveis aos demais advogados. Por conta disso, é incorreto

¹¹ Outra forma de classificar e, portanto, de abordar, pelo critério da utilidade, os órgãos que auxiliam os poderes no cumprimento de suas funções públicas, reúne Ministério Público, Advocacia de Estado, e Tribunais de Contas na classe de “órgãos de relevância constitucional”, que não possuem os mesmos atributos dos “poderes políticos”, em especialmente a capacidade de atuar na formação da vontade política do Estado (veja-se, a propósito: SOUZA JR. Cezar Saldanha. O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão de poderes. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 16). Numa democracia constitucional, a atuação destas entidades ou órgãos deve se pautar estritamente pelo princípio da neutralidade, na medida em que desprovidos de legitimidade democrática (como é o caso do Parlamento, da Chefia de Governo e da Chefia de Estado), e não recebendo mandamento constitucional para “formar”, por integração, a ordem jurídica (casos do Tribunal Constitucional, dos juízes e tribunais e da Administração, na classificação sugerida por Souza Jr.), dão suporte à atuação dos “poderes”. Os valores da democracia e do pluralismo político só podem ser adequadamente realizados se os entes auxiliares de relevância constitucional atuarem no sentido de uma rigorosa “neutralidade”, compreendida aqui como um valor heurístico, uma situação ideal a ser promovida, realizada, sem desconsiderar as limitações idiossincráticas da condição humana e o funcionamento concreto, sempre falho, das instituições criadas pelo engenho humano.

afirmar que a Advocacia Pública constitui-se num gênero substancialmente distinto da advocacia geral, pois a ela se aplica não só os artigos 131 e 132, mas também o art. 133 da Constituição Federal, que afirma a indispensabilidade da advocacia (privada ou pública) para a realização da justiça. Coerentemente com isso, o Estatuto da Advocacia estabelece, em seu art. 3º, § 1º, de forma inequívoca e em plena consonância com a ordem constitucional, que os advogados públicos das três esferas da Federação, independentemente de atuarem no âmbito da Administração Direta ou Indireta, sujeitam-se, além do regime próprio a que se subordinam, ao Estatuto da Advocacia¹².

O artigo 131 define os contornos específicos da Advocacia-Geral da União definido: a) a sua organização e funcionamento por meio da lei complementar; b) o seu papel de representação judicial e extrajudicial da União e de realização das atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo; c) a sua chefia, a cargo do Advogado-Geral da União, escolhido entre os cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada; d) a forma de ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição, por intermédio de concurso de provas e de títulos; e e) a atribuição de competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para, em nome da união, executar a dívida ativa de natureza tributária.

Estas poucas vinculações permitiriam afirmar que a advocacia de Estado é matéria substancialmente reservada ao “foro das utilidades” ou das policies (políticas públicas), campo reservado à deliberação discricionária do Parlamento, e que contrasta com as matérias reservadas ao “foro dos princípios”, campo de atuação precípuos dos juízes e tribunais. Ocorre que a dicotomia, em si bastante questionável, refere-se à tradição jurídico-constitucional estadunidense, em que a Constituição é vista, sobretudo, como salvaguarda dos direitos fundamentais.

A transposição desta lógica para um ambiente regido por uma constituição analítica, como é a constituição Federal de 1988, pode induzir a diversos

¹² Nesse sentido, a rigor, todo advogado está sujeito a um duplo regime: o regime jurídico que regula a sua relação com o titular do interesse que ele representa – regime contratual no caso do advogado liberal (contrato civil) ou do advogado empregado (contrato de trabalho) e regime estatutário no caso do advogado (servidor) público. Por este ponto de vista, a dupla vinculação é inerente ao exercício da advocacia, mas, em relação aos Procuradores da Fazenda Nacional e aos Procuradores do Banco Central, haveria uma tripla vinculação: a) a vinculação administrativa (ao Ministério da Fazenda e ao BCB, respectivamente), b) a vinculação técnico-jurídica à AGU e c) a vinculação ético-profissional à OAB, que devem ser coordenadas de modo a não comprometer a independência técnica necessária ao exercício pleno da advocacia, inclusive (e especialmente) na seara pública. Afinal, se a independência é elemento fundamental para a plena representação dos interesses que são confiados a qualquer advogado, maior razão há para que se proteja o pleno exercício da advocacia quando os interesses confiados pertencem a toda a coletividade.

equivocos. De qualquer forma, no balanço entre as definições constitucionais rígidas acerca da advocacia de Estado e o que foi deixado “em aberto” a diversas concretizações possíveis, ao talante do legislador democrático, é possível afirmar que a modelagem institucional da advocacia de Estado admite um grau maior de abertura e flexibilidade no tocante a sua modelagem, desde que observadas as regras mencionadas, bem como a força normativa dos princípios do devido processo, do contraditório e da ampla defesa, que convergem em favor da paridade de armas entre a advocacia pública e seus potenciais oponentes: Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Privada¹³.

Dentre as matérias deixadas à livre concretização pelo legislador democrático estão aquelas reservadas à lei complementar a que se refere o art. 131, caput, da Constituição Federal, atualmente a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que trata da estrutura de governança da AGU. A Lei Complementar nº 73, de 1993, apresenta as limitações de seu tempo e já não dá conta suficientemente de abarcar todos os órgãos e as carreiras que integram a advocacia pública no âmbito federal, uma vez que trata como membros efetivos apenas os advogados da União e os Procuradores da Fazenda Nacional, deixando de fora os advogados, procuradores e consultores dos entes da Administração Pública Federal Indireta, o que não impediu sua progressiva, porém acidentada integração ao “sistema AGU”.

A expressão, algo inadequada, é resultado de um esforço pretensioso da razão, uma vez que a fragmentação da advocacia pública federal em quatro carreiras, sujeitas a regimes jurídicos distintos – das duas carreiras que atuam junto

¹³ Neste cenário, não fica claro o que realmente o Procurador-Geral da República objetiva com o manejo da ADI nº 5334, que vergasta o já vetusto art. 3º, § 1º, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 e de interpretação conforme à Constituição do caput do referido preceito legal, com o escopo de excluir de sua incidência os advogados públicos. Eventual acolhimento desta inusitada pretensão – contrária à tradição do direito brasileiro de vinculação ético-profissional dos advogados públicos à OAB – implicaria no estiolamento das garantias e prerrogativas aplicáveis à advocacia de Estado, sujeitando-os exclusivamente à legislação fragmentária de cada ente da Federação, em detrimento do princípio da paridade de armas e, com isso, a adequada, eficaz e eficiente defesa da parcela do interesse público que lhes compete representar e defender, em juízo e fora dele. Com efeito, mais do que impor a sujeição aos deveres da profissão, **a aplicação do Estatuto da Advocacia aos advogados públicos implica em revestir o exercício de suas atribuições profissionais das garantias e prerrogativas minimamente necessárias à defesa adequada dos interesses que lhe são confiados**. Noutras palavras, **a aplicação do regime do Estatuto da Advocacia ao exercício da profissão pelo advogado público, longe de ser sujeição é alforria**. E, é, sobretudo, **garantia mínima de paridade de armas**, pois contra os interesses representados e protegidos pelo advogado público investem os não apenas os constitucionalmente vitalícios, independentes e inamovíveis membros dos ministérios públicos e das defensorias públicas, como outros advogados, públicos ou privados. A prevalecer a inusitada tese esgrimida pelo PGR, a consequência seria **o ingresso do advogado na arena de lutas sem espada, nem escudo**. Numa palavra: desprotegido, em clara violação às garantias constitucionais do devido processo, do contraditório e da ampla defesa.

aos órgãos da Administração Direta, uma é duplamente vinculada, outra não; coisa semelhante a que ocorre em relação às carreiras que atuam junto aos entes da Administração Indireta – evidenciando o caráter acidental e “dependente da trajetória” da organização e funcionamento do referido “sistema”. Faltam passos importantes para dar coerência orgânica e estrutural ao referido “sistema”, sendo talvez mais correto afirmar que a AGU é uma instituição cuja sistematicidade é tarefa inacabada.

A regulação assistemática e fragmentária da AGU redundava em dissonâncias que podem comprometer sua atuação eficiente e eficaz. As duplas vinculações – a da PGFN ao Ministério da Fazenda e a da PGBC ao BCB – são manifestações da incoerência do modelo legalmente adotado, ou mesmo da falta de um modelo. Isso é inequivocamente um erro. A questão é: trata-se de um “*clear mistake*”, um “erro claro” no sentido da formula minimalista proposta por James Bradley Thayer¹⁴, ou apenas uma “escolha imperfeita”, um erro político que não invalida a escolha feita e que deve ser corrigido, se for o caso, na seara política, evitando, assim, os excessos de um “regime de guardiões” (*guardianship*), por meio do qual indivíduos, incapazes de se auto-governarem, delegam essa responsabilidade para pessoas melhor dotadas para tanto¹⁵, no caso, para os juízes e os tribunais.

Entendo ser tarefa do legislador democrático corrigir o erro político consistente na manutenção da dupla vinculação da PGBC ao BCB, uma vez que, por força da divisão de poderes, é o parlamento quem detém primazia na escolha das distintas formas de concretizar as normas constitucionais, explorando a abertura e a flexibilidade que a Constituição democrática e pluralista oportuniza às forças políticas que atuam na sociedade.

4. CORRIGINDO A “ESCOLHA IMPERFEITA”: RAZÕES FAVORÁVEIS À VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA DA PGBC À ESTRUTURA DE GOVERNANÇA DA AGU

Embora a persistência da dupla vinculação da PGBC ao BCB não se constitua num “*clear mistake*” no sentido aqui abordado, e, portanto, a sua

¹⁴ A expressão foi cunhada por James Bradley Thayer, defensor da revisão judicial minimalista, como forma de evitar a atuação excessiva das cortes na correção dos erros legislativos e a debilitação da capacidade e da responsabilidade política do povo (a propósito da “*Doctrine of clear mistake*”, veja-se; DAHLIN, Donald C. **We the people**: a brief introduction to the Constitution and its interpretation. New York: Palgrave Macmillan, 2012, p. 44-46).

¹⁵ HUBNER, o. c., p. 162.

manutenção não implique numa situação inconstitucional ou sequer tendente à inconstitucionalidade, é possível afirmar – sem desconsiderar os méritos do arranjo – que, assim como a multiplicidade de carreiras, a dupla vinculação (já) não cumpre as funções que dela se espera, configurando uma “escolha imperfeita”.

Nesse sentido, o fim da vinculação administrativa da PGBC ao BCB e a sua exclusiva vinculação à AGU corrigirá uma escolha que o tempo demonstrou ser cada vez mais imperfeita. Por isso, entendo que a mudança aqui preconizada aperfeiçoaria o funcionamento da advocacia de Estado no plano federal de modo a promover: (a) a capacidade de gerar decisões e orientações jurídicas uniformes no âmbito da advocacia pública federal, (b) a coerência sistêmica do arranjo institucional da advocacia de Estado no plano federal, e (c) principalmente, uma delimitação mais clara entre as esferas de atuação e de deliberação do gestor público e das autoridades, na execução das políticas públicas e na realização das escolhas que lhe competem, e do advogado público, como agente responsável por identificar, no âmbito interno da Administração, os limites e as possibilidades que a ordem jurídica oferece à atuação administrativa do Estado e à realização das políticas públicas.

No tocante à busca por **uniformidade**, a vinculação exclusiva dos advogados públicos federais à AGU inequivocamente favoreceria a realização da uniformidade de entendimento acerca da interpretação e da aplicação das leis e do direito no âmbito federal. A dupla vinculação, conquanto não impeça em absoluto a realização da uniformidade, cria obstáculos desnecessários a sua viabilização. Com efeito, a dupla vinculação favorece a manutenção da multiplicidade de carreiras no âmbito da advocacia pública federal (hoje são quatro, duas duplamente vinculadas, duas exclusivamente vinculadas à AGU) e, consequentemente, de estruturas gerenciais e de governança próprias de cada ente da Administração Pública, em prejuízo não só da eficiência e racionalidade gerencial, como da construção da uniformidade de entendimento acerca da interpretação e aplicação das leis e do direito no âmbito da Administração Pública e, portanto, da segurança jurídica.

Relativamente à **coerência sistêmica** (que atua aqui como força que direciona as escolhas políticas em sentido inverso ao dos arranjos estabilizados em virtude da força inercial da *path dependence*) o fim da dupla vinculação reforçaria as razões que levaram à escolha do modelo geral, aplicável no âmbito da Administração Pública Federal Indireta, que é o da desvinculação dos

advogados públicos e do órgão de advocacia de Estado da estrutura administrativa dos entes autárquicos e fundacionais e sua vinculação exclusiva a um órgão da Administração Pública Direta: a PGF. Superada a desconfiança inicial quanto à viabilidade, à eficiência e à eficácia deste modelo, não há razões para que apenas no âmbito do BCB mantenha-se o arranjo da dupla vinculação técnica e gerencial, comprometendo a coerência e a unidade sistêmica de um arranjo que transfere para a AGU a tarefa de assegurar a uniformidade e a racionalização da defesa judicial e extrajudicial da União, no tocante à Administração Indireta, das atividades de consultoria e assessoramento jurídico prestado às autarquias e às fundações de direito público federal e de controle interno de juridicidade dos entes autárquicos e fundacionais federais.

Com isso, o principal motivo que justificou a necessidade de manter um órgão e carreira jurídica própria para o BCB não resiste à constatação de que nas demais autarquias e fundações, que atuam em setores extremamente especializados, estas atividades são realizadas pela PGF. Aliás, autarquias e fundações de direito público federal são arranjos de trato descentralizado de aspectos específicos da atuação estatal, sendo, por isso, sobretudo, especializações institucionalizadas. Se o receio quanto a perda da capacidade de trato especializado das matérias afetas à atuação dos entes autárquicos fosse consistente com a realidade, o trato jurídico, pela PGF, de questões tão distintas, que vão da regulação da concorrência à proteção dos povos indígenas, da proteção ambiental à regulação da educação privada, das universidades à matéria previdenciária, do mercado de valores mobiliários à saúde suplementar, da vigilância sanitária à regulação dos seguros e da previdência privada, teria soçobrado.

Em verdade, a experiência da PGF revelou extraordinária capacidade de adaptação às exigências de especialização flexível, pois permitiu que uma única estrutura e carreira realizasse desde atividades extremamente especializadas de consultoria e assessoramento jurídico em questões de direito substantivo, a uma atuação igualmente especializada, não em matéria de direito substantivo, mas em questões jurídico-processuais, por força das atividades realizadas no âmbito da representação judicial e extrajudicial dos interesses afetos à atuação das autarquias e fundações federais.

Como decorrência da incoerência sistêmica do atual regime, não raro advogados públicos que exercem atividades semelhantes no âmbito da PGBC e da PGF sujeitam-se a regras e procedimentos distintos no tocante à gestão,

avaliação, progressão e promoção nas carreiras, processos e sistemas de trabalho utilizados, fragilizando a isonomia entre os advogados públicos federais.

Por fim, a vinculação exclusiva dos advogados públicos que atuam junto ao Banco Central à estrutura da AGU representaria um **arranjo de equilíbrio entre autonomias distintas**: a exigência de autonomia institucional do BCB e de independência técnica de seus especialistas na execução da política monetária e cambial, na administração das reservas internacionais e na regulação e supervisão do sistema financeiro¹⁶ e a exigência de autonomia institucional da PGBC e de independência técnica de seus membros no exercício das atividades de representação judicial e extrajudicial dos interesses da autarquia, na prestação de consultoria e no assessoramento jurídico e no controle interno de juridicidade¹⁷.

A principal limitação do atual modelo reside justamente na falta de autonomia da PGBC em relação à estrutura de governança da autarquia. Conforme o artigo 11, inciso VI, letras 'a' e 'f' do Regimento Interno do Banco Central, compete à Diretoria Colegiada decidir sobre “critérios e procedimentos de natureza administrativa, financeira e contábil a serem adotados para o desempenho das atividades do Banco Central”, “política de aplicação de recursos” da autarquia e “alterações da estrutura organizacional do Banco Central, quando houver acréscimo na fixação de funções comissionadas das unidades e nos casos de criação ou extinção de unidades”.

Concretamente, isso significa a PGBC rigorosamente depende, na sua atuação, de decisões alocativas da entidade em favor de quem ela e seus advogados atuam. Isso é contraditório com as exigências de autonomia do órgão de

¹⁶ A literatura especializada tem dedicado esforços consideráveis no trato da questão da autonomia ou da independência dos bancos centrais. A propósito, *e. g.*: SADDI, Jairo. **O poder e o sofre**: repensando o Banco Central. São Paulo: Texto novo, 1997; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Bancos Centrais no Direito Comparado**. O Sistema Financeiro Nacional e o Banco Central do Brasil. São Paulo: Malheiros, 2005; CARNEIRO, Eduardo Victor Pontes e MARODIN, Fabrizio Almeida. **Considerações sobre a autonomia do Banco Central do Brasil**. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central, vol. 1, nº 9, jun. 2015. Brasília: BCB, p. 73-98.

¹⁷ O tema da autonomia institucional do órgão de representação e consultoria e da independência técnico-profissional do advogado público tem rendido múltiplas abordagens, que não raro confundem, vez que a escolha tem algo de arbitrário, os termos “autonomia” e “independência”. A propósito, veja-se: FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FÁRIA, Ana Paula Andrade Borges de. A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2527>>. Acesso em: 12 mar. 2016; AMORIM, Filipo Bruno Silva. Autonomia e independência do advogado público. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3418, 9 nov. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22977>>. Acesso em: 15 mar. 2016; CARDIM, Lana Livia Almeida. **Parecer vinculante e autonomia funcional do advogado da União**. Dissertação, Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2009.

representação e consultoria jurídica e de independência técnica do advogado público que atua no âmbito do Banco Central, pois se assenta numa indesejada estrutura de hierarquia gerencial, em que a PGBC se subordina à Diretoria Colegiada do BCB e dela depende nas questões relacionadas aos critérios e procedimentos de natureza administrativa, financeira e contábil, à política de aplicação dos recursos e à definição de funções comissionadas, criação e extinção de unidades.

Este arranjo reforça um preconceito ilegítimo de que o advogado público deve necessariamente estar subordinado às escolhas definidas pelas entidades e órgãos que ele representa e assessora. O gestor e a autoridade pública, de um lado, e o advogado público, de outro, atuam movidos por motivações distintas, que merecem realização equilibrada, porquanto resultam da convergência ética e jurídica dos valores fundamentais de qualquer democracia constitucional: de um lado, a legitimidade democrática e a governabilidade ou governança democrática, tarefa atribuída às autoridades democraticamente eleitas ou investidas em funções que envolvem a realização de escolhas e a execução de políticas públicas; de outro, o respeito e a promoção do controle da juridicidade¹⁸.

No caso dos Procuradores do Banco Central e da PGBC o arranjo atual a rigor submete esta importante parcela da advocacia de Estado a decisões alocativas discricionárias do ente que eles representam e assessoram, desequilibrando a balança desfavoravelmente em relação à promoção da juridicidade. Afinal, a dependência estrutural da PGBC em relação às decisões alocativas da Diretoria Colegiada atua no sentido de reforçar o preconceito ilegítimo de que o advogado deve se sujeitar aos interesses do ente que ele representa ou assessoram, olvidando que “essa visão de mundo equivoca-se desde o princípio, pois submissão e advocacia são ideias mutuamente excludentes”¹⁹.

¹⁸ Veja-se, a propósito: BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. **R. Proc.-Geral Mun. Juiz de Fora – RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 219-227, jan./dez. 2011. Conforme destaca o mencionado jurista, no artigo em questão: “A minha premissa é de que existe uma relação de imbricação lógica indissociável entre a Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. Parece-me que à Advocacia Pública é reservada a elevada missão de estabelecer a comunicação entre os subsistemas sociais da política e do direito, e a tarefa institucional de compatibilizar as políticas públicas legítimas, definidas por agentes públicos eleitos, ao quadro de possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, parece-me que a inscrição da Advocacia Pública no capítulo das funções essenciais à Justiça não tem um significado restrito ao exercício da função jurisdicional do Estado, mas se liga ao valor justiça e aos valores inerentes ao direito e à democracia.”

¹⁹ LUCIANO, Pablo Bezerra. Advocacia pública de governo é impossibilidade lógica. **Revista Consultor Jurídico**, 31 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-31/pablo-luciano-advocacia-publica-governo-impossibilidade-logica>. Acesso em: 20 mar. 2016.

Ao contrário do que supõe o senso comum, não é a subordinação do órgão de representação e consultoria jurídica e dos advogados que o integram à estrutura do ente para os quais prestam serviços²⁰ e sim a independência do advogado público que assegura a adequada proteção do interesse que lhe é confiado. Não há dúvida que o advogado deve, não apenas indicar os limites, mas explorar as possibilidades que a ordem jurídica, de modo a viabilizar a realização das escolhas das autoridades e gestores, agentes formadores da própria vontade do Estado²¹. Todavia, a definição dos limites é tão importante quanto a indicação das possibilidades. Nesse contexto, a relação de equilíbrio que se deve estabelecer entre o administrador ou a autoridade e o advogado exige um arranjo de governança que assegure a possibilidade de negar-se a pretensão ou o caminho por eles escolhido.

A tradução disso no tocante à relação entre a PGBC e o BCB está a exigir um arranjo distinto do atual, caracterizado pela sujeição do atendimento das necessidades materiais e de organização da PGBC a decisões alocativas da Diretoria Colegiada. Ora, se se preconiza um grau mais ou menos intenso de autonomia institucional para que o BCB execute a política econômica e regule e supervisione o funcionamento do sistema financeiro de modo eficiente, eficaz e impessoal, a contrapartida exigida, em termos de equilíbrio institucional, é de que a PGBC

²⁰ Não se nega a validade e a eficácia do princípio hierárquico no âmbito da Administração. Mas sua aplicação no tocante à relação de trabalho do advogado público com a Administração exige certas ponderações. Primeiro, em função do tipo de relação que se estabelece entre o administrador, na sua tarefa de aplicação de lei “*ex officio*”, e o advogado público, na fixação dos limites e no esclarecimento das possibilidades estabelecidas pela ordem jurídica para a atuação (discrecionária ou vinculada) do administrador público. Aqui há uma relação de complementariedade e de autonomia na atuação de cada um no âmbito de suas competências. Segundo, em função da garantia de independência técnica do advogado no exercício de suas atribuições, observados os limites legais. Neste âmbito – o da independência técnica – não há espaço para aplicação do princípio hierárquico, uma vez que o advogado público deve poder exercer a sua atividade com plena independência técnica, com preconiza o artigo 8º, § 1º, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil, tendo como contrapartida a observância aos deveres éticos e legais da profissão. Isso significa que não deva haver processos de deliberação e fixação de entendimentos jurídicos que sejam juridicamente vinculativos e, portanto, hierarquicamente superiores ao entendimento pessoal do advogado, sem o que a uniformidade do entendimento jurídico no âmbito da advocacia de Estado seria irrealizável. A rigor, a hierarquia funcional tem um campo específico de aplicação: o controle gerencial do trabalho prestado pelo advogado público nos termos da legislação de regência (no caso dos advogados públicos federais, a Lei nº 8.112, de 1990, lei geral aplicável aos servidores públicos civis da União, de suas autarquias e fundações).

²¹ Adoto aqui o conceito proposto por SOUZA JR (o. c., p. 16-17), que denomina de “órgãos constitucionais estritos” as “entidades políticas formadoras do próprio Estado, cujas linhas mínimas de organização, competência e atuação integram direta e imediatamente a Constituição, exercendo parcela da soberania una, sem dependência de nenhuma outra”. O próprio conceito, porém, estabelece as condições que ressaltam a inclusão plena da Administração como um “poder político”, uma vez que a sua atuação depende rigorosamente da lei (e, portanto, de escolhas do Parlamento), cuja aplicação e observância só pode ser afastada se houver decisão do Poder Judiciário no controle concentrado ou difuso de constitucionalidade (ou seja, depende de decisões de outro poder).

e seus membros atuem com um grau mais elevado de autonomia organizativa, gerencial e técnica, em comparação com o quadro atual, medida necessária para evitar o risco de, em situações extremas, comprometer a capacidade do órgão de representação, consultoria e assessoramento jurídico de, por meio da atuação independente de seus membros, estabelecer limites e de indicar as possibilidades definidas pela ordem jurídica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As mudanças aqui preconizadas não têm a pretensão de realizar uma “escolha perfeita”, em lugar uma escolha desprovida de méritos. Trata-se, rigorosamente, da proposição de uma correção de rumos, partindo de uma situação imperfeita, mas meritória, para outra menos imperfeita e comparativamente melhor. Esse avanço progressivo, que nos conduz a “inacabamentos eficientes”, é próprio da história das criações humanas, como são as instituições estatais, mediações necessárias para, nos quadros de uma democracia constitucional, viabilizar o “autogoverno” e a tomada de decisões que necessitam ser feitas, sem dar guarida a paternalismos ou visões autoritárias. Assim como os indivíduos, os governos assentados na participação do povo – os autogovernos – devem ter a possibilidade de errar e, por meio do aprendizado que os erros oportunizam, aperfeiçoar os processos decisórios e as próprias decisões tomadas²².

O esforço dos *policemakers* deve, pois, se voltar à busca de soluções e de arranjos institucionais que sejam menos falhos ou imperfeitos que outros. A isso não se chega nem com idealizações metafísicas a respeito de uma perfeição que nunca se alcança, nem com a acomodação pura e simples a estado de coisas determinado pela “*path dependence*”. Sempre haverá resistência às mudanças determinadas pelo interesse público. Resta saber se os legisladores, na qualidade de arquitetos das instituições, terão a sabedoria e a coragem de fazer as mudanças necessárias, sem desconstruir o que se fez de meritório.

²² A ideia do aperfeiçoamento das instituições envolve, pois, “a aposta de que um modo de decidir (*input*) gerará, ou pelo menos terá maior probabilidade de gerar, os melhores resultados (*output*). Dito de outro modo, o procedimento não pode se limitar a promover o autogoverno, mas deve também ser capaz de gerar boas decisões” (MENDES, o. c., p. 167).

6. REFERÊNCIAS

AMORIM, Filipo Bruno Silva. Autonomia e independência do advogado público. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3418, 9 nov. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22977>>. Acesso em: 15 mar. 2016.

BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. **R. Proc.-Geral Mun. Juiz de Fora – RPGMJF**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 219-227, jan./dez. 2011

CARDIM, Lana Livia Almeida. **Parecer vinculante e autonomia funcional do advogado da União**. Dissertação. Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, 2009.

CARNEIRO, Eduardo Victor Pontes e MARODIN, Fabrizio Almeida. Considerações sobre a autonomia do Banco Central do Brasil. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, vol. 1, nº 9, jun. 2015. Brasília: BCB, p. 73-98.

DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Havard Press, 1977.

ECO, Humberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 1995

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 53, 1 jan. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2527>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

GALA, Paulo. A teoria institucional de Douglas North. *Revista de economia política*, vol, 23, nº 2 (90), abril-junho/2003, p. 89-105.

LIEBOWITZ, Stan J. e MARGOLIS, Stephen E. Path dependence, lock-in and history (abril, 1995) *Journal of Law, Economics and Organization*, pp. 205-226, April 1995. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1706450> . Acesso em: 10 mar. 2016

LUCIANO, Pablo Bezerra. Advocacia pública de governo é impossibilidade lógica. **Revista Consultor Jurídico**, 31 de agosto de 2013, Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-ago-31/pablo-luciano-advocacia-publica-governo-impossibilidade-logica>. Acesso em: 20 mar. 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. Tese de doutorado, Universidade de São Paulo, 2008.

SADDI, Jairo. **O poder e o sofre: repensando o Banco Central**. São Paulo: Textonovo, 1997.

SOUZA JR. Cezar Saldanha. **O tribunal constitucional como poder: uma nova teoria da divisão de poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc **Banco Centrais no Direito Comparado**. O Sistema Financeiro Nacional e o Banco Central do Brasil. São Paulo: Malheiros, 2005.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A INDEPENDÊNCIA TÉCNICA DO ADVOGADO PÚBLICO

MANUEL DE MEDEIROS DANTAS¹

O homem é a medida de todas as coisas: das coisas que são, enquanto são; e das coisas que não são, enquanto não são. (Protágoras)

SUMÁRIO. 1. Iniciais. 2. Da geografia constitucional. Agentes políticos x servidores públicos. 4. Captura da Advocacia-Geral da União e da Defensoria Pública da União pelo Poder Executivo. 5. O problema da direção jurídica. 6. Concluindo: a questão da postura.

1. INICIAIS

O tema independência técnica do advogado público poderia se resumir à argumentação que enverede pela aplicação do Estatuto da OAB a essa classe de advogados, mesmo porque isto está expresso naquele diploma normativo, como também o dever destes profissionais terem posturas de independência, em quaisquer circunstâncias. Vejamos:

Lei. 8906/1994

Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),

§ 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**

¹ Advogado da União aposentado.

respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

(...)

Art. 7º São direitos do advogado:

I - exercer, **com liberdade**, a profissão em todo o território nacional;

(...)

Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.

§ 1º O advogado, no exercício da profissão, **deve manter independência em qualquer circunstância.** (grifo nosso)

O próprio Conselho Federal da OAB editou o Provimento número 114/2006, em cujo artigo 5º trafega o dever, e não apenas um direito, de observância de regra de independência técnica:

Art. 5.º **É dever do advogado público a independência técnica**, exercendo suas atividades de acordo com suas convicções profissionais e em estrita observância aos princípios constitucionais da administração pública.

Aldemario Araújo Castro, ex-Corregedor-Geral da AGU, em detalhado e laborioso artigo² que envolve essa questão, assevera que a própria Corregedoria tem inúmeros pronunciamentos que reconhecem explicitamente a prerrogativa da independência técnica do advogado público.

Ocorre que, por vários motivos que são analisados neste artigo, a independência técnica do advogado público sofre uma série de mutilações, que se iniciam pela consolidação das leis que organizam as Instituições a que pertencem, passando pelo interesse das autoridades assessoradas de terem o direcionamento técnico da advocacia pública, numa completa inversão de valores e, ainda, a própria postura dos membros, tanto individualmente, quanto coletivamente considerados.

² CASTRO. Aldemario Araújo. **Os contornos da independência técnica do Advogado Público Federal.** Disponível em: < <http://www.aldemario.adv.br/observa/indcontornos.pdf>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

2. DA GEOGRAFIA CONSTITUCIONAL

O constituinte originário de 1988 elencou, tanto no preâmbulo, quanto no artigo 3º da Carta, os fundamentos para o que se denomina de um Estado de Justiça, tendo o direito e a democracia, entre outros ícones, como instrumentos de sua realização:

Preâmbulo

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um **Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a **justiça** como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, **justa** e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - **erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;**

IV - promover o **bem de todos**, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Nada obstante a clareza do texto, que usa a própria expressão do justo, todos os objetivos éticos consagrados na norma (garantir a liberdade, a segurança, o bem estar, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades, promover o bem de todos etc.), são corolários de um Estado que busca a realização da justiça no país.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o Estado de Justiça surge da superação do Estado positivista fundado em uma legitimidade decorrente da

própria legalidade, de forma que presente esta, a outra seria uma manifestação inerente, sem diferenciação óbvia. Segundo o mestre, “foi preciso que o mundo passasse por três guerras mundiais, duas quentes e uma fria, o holocausto de milhões de vidas humanas e o sacrifício de gerações para triunfar a *legitimidade*, como conceito de submissão do poder à vontade consensual da sociedade, possibilitando a formação do *Estado democrático*.³”

Diz, ainda, que “essa longa marcha se acelera, agora, neste final de século e de milênio, com a promissora incorporação da *licitude*, já como *submissão do poder à moralidade*, numa etapa capaz de preparar o advento da plenitude ética na política: o *Estado de Justiça*.”

Ocorre que as sociedades modernas, plurais - e a brasileira é um exemplo concreto do que se passa a afirmar - são divididas em múltiplos interesses, cuja contraposição inaugura inúmeros conflitos a exigirem soluções, muitas vezes complexas.

Para Diogo (ob. cit),

essa diversificação de interesses: *públicos e privados, individuais e metaindividuais*, e, entre esses, *coletivos e difusos*, trouxe, como consequência, a inanidade do conceito estritamente legalista da ordem jurídica para superar os novos tipos de conflitos, justificando-se, por mais essa razão, o recurso aos critérios da legitimidade e da licitude, em novo quadro de referência da ordem jurídica.

E continua:

O cidadão comum, com interesses bastante limitados no passado, tornou-se, com isso, plurifacético, expandindo sua esfera de interesses, cada um deles lhe conferindo um *inter-facies* social, e quanto mais interesses tivesse, mais imerso na sociedade. E é verdadeira a recíproca, porque da sua própria participação cidadã ativa vem a desdobrar-se ainda novos interesses, novos conflitos e novas necessidade de proteção, num processo cíclico de integração sociopolítica.

³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Defensoria Pública na construção do Estado de Justiça. *Revista de Direito da Procuradora-Geral do Rio de Janeiro*. p. 43-563. Rio de janeiro, 1993.

Numa sociedade marcada pela pluralidade de interesse em conflito torna-se claro que a divisão clássica do poder que, em última análise, constitui o elemento primeiro para construção dos objetivos elencados na constituição, é insuficiente para o mister, pois o modelo orgânico pensado por Montesquieu não consegue imersão suficiente para estabelecer um tráfego permanente entre o poder instituído e o que efetivamente acontece na sociedade plural já mencionada. Mesmo o denominado poder judiciário, destinado a resolver os conflitos - apenas os instaurados - é dotado de uma inércia que, embora necessária, não tem como titularizar o monopólio da realização da justiça, pois que lhe fogem situações que não lhe são submetidas.

Assim como acontece no Poder Executivo e no Poder Legislativos que atuam, nas suas respectivas funções, para a realização do valor justiça, mas cuja burocracia carece de elementos vivos para contemplar todo o leque de demandas existentes na sociedade, nada obstante a vantagem de serem fundados os Poderes na representação popular, mas cuja vontade é desvirtuada pelo sistema eleitoral que permite o abuso do poder econômico, vindo a transformar a índole dessa representação mais formal do que de conteúdo.

Confrontando com essa realidade, a Carta da República estimulou o que se denomina de democracia participativa, que é materializada por instrumentos que alçam o cidadão comum à participação nas decisões do governo, nas várias esferas do poder, seja por meio de consultas, ou mesmo propositura de políticas ou, ainda, participação efetiva em colegiados tripartite ou quadripartite, como é o caso daqueles previstos no artigo 10 do Texto Maior.

Mas a isso não se limitou. Com efeito, o texto constitucional é perspicaz ao identificar e categorizar esses interesses, dando especial atenção aos de natureza metaindividuais, atribuindo-lhes Instituições responsáveis pela função de representação e dotando-as de autonomias, além de independência técnica a seus membros, de forma expressa ou tácita, mesmo porque a representação e defesa desses interesses na dinâmica que objetiva a realização da justiça não pode estar capenga para qualquer delas. Aqui se estabelece o conhecido princípio processual da paridade de armas como corolário do princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, não havendo motivos para que parcelas do extrato social entrem no jogo da democracia de forma manca.

O fato de o texto Maior prever, de forma expressa, que o Ministério Público goza de independência funcional em nada permite a conclusão de que a omissão

desta prerrogativa para as Instituições de advocacia do Estado, Defensoria Pública e advocacia privada consistiria em silêncio eloquente do constituinte com o efeito de negá-la, pois essa interpretação quebraria o equilíbrio da balança em que se assentam essas Funções. Trata-se, pois, de uma omissão irrelevante e que vem sendo suprida por reformas recentes, como é o caso da EC n. 80/2014, que tratou da Defensoria Pública.

Nesse diapasão, ao lado dos três poderes clássicos, o constituinte de 1988 configurou o que denominou de Funções Essenciais à Justiça e, ainda, quatro Instituições responsáveis pela dinamização de cada uma das representações de interesses já descritas: o Ministério Público (que representa os interesses da sociedade), a advocacia de Estado (que representa os interesses da União e dos Estados federados), a Defensoria Pública (que representa os interesses dos necessitados) e a advocacia privada (representando os interesses particulares).

Moreira Neto⁴ afirma que:

A Constituição de 1988 acrescentou às três funções tradicionais do Estado acima examinadas, certas funções de *fiscalização, controle, zeladoria, provocação e defesa* que, tal como as *funções jurisdicionais*, devam estar isentas de comprometimento político-partidário, tenham especialização técnica e sejam garantidas em sua autonomia de desempenho, constituindo um quarto bloco de *funções constitucionalmente independentes*, com seus respectivos órgãos próprios - *tribunais de contas, ministério público, advocacia pública, defensoria pública e a Ordem dos Advogados do Brasil*.

Embora não constitua, este quarto bloco, outro Poder do Estado, mas, ao contrário, mantém suas respectivas identidades fracionárias, todas essas funções, com seus órgãos próprios, individuais ou coletivos, se caracterizam pelo *exercício autônomo* das respectivas expressões de *poder estatal* que lhe são constitucionalmente cometidas para o desempenho de suas respectivas missões, por meio de *atos próprios*.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial. 15. ed. Forense. São Paulo: 2009. p. 32-33.

(...)

O *ministério público*, a *advocacia pública* e a *defensoria pública* conformam um bloco de *funções públicas* autônomas, independentes e destacadas das estruturas dos três poderes do Estado, denominadas, *funções essenciais à justiça*, conforme se dispões dos artigos 127 a 135 da Constituição.

A *essencialidade à justiça* deve ser entendida no sentido mais amplo que se possa atribuir à expressão e não limitado, como poderia parecer à primeira vista, à *justiça formal*, entendida como aquela prestada pelo Poder Judiciário, estando compreendidas, assim, no conceito de *essencialidade*, todas as atividades de orientação, de fiscalização, de promoção e de representação judicial necessárias à *zeladoria*, *provocação*, e *defesa* de todas as categorias de interesses protegidos pelo ordenamento jurídico.

Filipo Bruno Silva Amorim⁵ esclarece o conteúdo dessa essencialidade, concluindo que, sem ela, não haverá justiça:

Que significa, afinal, dizer-se que tais ou quais funções são essenciais à Justiça? Significa por certo que, sem seu concurso, justiça não haverá, pressuposto e decorrência que são da escolha constitucional de um perfil moderno de Estado Democrático.

Significa a sobrevalorização do interesse público, que se busca alcançar já não só pela pacificação vinculativa na solução das lides, mas ainda por uma especial valorização da custódia da lei; da impessoalidade no aconselhamento preventivo e no patrocínio judicial dos interesses do Estado; na franquia do acesso ao amparo da ordem jurídica em favor dos desvalidos da fortuna.

Entretanto, é muitíssimo comum, mesmo para experientes operadores do direito, atrelarem o capítulo IV, do Título III, da Constituição, ao Poder

⁵ AMORIM, Filipo Bruno Silva. Autonomia e independência do advogado público. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3418, 9 nov 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22977>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

Judiciário, como se todas aquelas funções tivessem sido criadas para auxiliarem esse poder para realização do seu mister.

Nelson Jobim, que foi constituinte em 1988, tendo exercido funções de liderança e participado ativamente da construção do texto, em entrevista⁶, dá uma explicação bem mais pragmática para a criação das Funções Essenciais à Justiça:

Pergunta: Ministro, no art. 2º do texto constitucional, previu-se que “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, adotando, à primeira vista, a clássica teoria tripartite dos poderes ou funções de Estado. No entanto, as **Funções Essenciais à Justiça** foram tratadas em capítulo próprio, fora da estrutura dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, um dos motivos pelos quais, muitos doutrinadores defendem a sua independência ou autonomia em relação aos três poderes indicados. Como o senhor vê essa questão? Qual teria sido, afinal, o fundamento do legislador constituinte para inserir, topologicamente, as Funções Essenciais à Justiça fora da estrutura dos três poderes?

Resposta: Isso aí foi o seguinte. Nós tínhamos um problema, que era a constitucionalização da advocacia privada. O Deputado Michel Temer, na época, foi, digamos, um dos defensores de uma emenda da OAB, que tratava da introdução, da referência na Constituição a uma atividade privada, que era a advocacia. E aí surgiu um problema: onde é que a gente vai enfiar isso? Daí veio uma forma. Bom, não vamos criar um quarto Poder. Então tudo que diga respeito a funções relativas ao Poder Judiciário, vamos agregar como um conjunto: funções essenciais à Justiça. Por quê? Porque o Poder Judiciário não pode agir, não tem iniciativa. Ou seja, ele depende de provocação do Ministério Público ou provocação de uma advocacia do Estado, que é a AGU, ou provocação da advocacia Privada. Daí porque essas três são órgãos que têm competência constitucional de representar

⁶ JOBIM, Nelson. Nelson Jobim: depoimento, 2011. Entrevistadores: P. A. Babilônia e C. V. Kirsh. Brasília. vídeo sonoro.

interesses ou do Estado, ou das - aspas - “ações públicas”, daquilo que se chama interesses da sociedade – que é uma coisa muito genérica –, ou o interesse privado, que é o caso dos advogados serem os únicos possíveis de comparecerem perante o Poder Judiciário. Na verdade, se fez uma reserva de mercado: reserva de mercado para o setor privado; advocacia para a União; e também para os Estados, a chamada Procuradoria dos Estados. E aí, surgiu, também, a figura do Defensor Público. A Defensoria Pública até pretendeu, num determinado momento, a ter a mesma característica do Ministério Público, o que foi afastado, por completo, na Constituinte. Depois se tentou, novamente, por emendas. A Defensoria Pública tentou entrar nesse jogo também. E, aí, você tinha uma objeção muito forte, que vinha de São Paulo, por exemplo, em que a Defensoria Pública, ou melhor, o exercício da função da Defensoria Pública era feita pelos advogados, através de uma verba que o Governo do Estado alocava para a OAB, que a distribuía entre os advogados. O mesmo acontecia em Santa Catarina, que não tinha a figura da Defensoria Pública. Então, acabamos optando por uma solução de Defensoria Pública. Mas o fato é o seguinte: não há de se pensar, com isto, de que se possa afastar-se do processo histórico. Quanto à exegese constitucional se pode inventar qualquer coisa. Afinal é uma questão de se estabelecer uma retórica que legitime o raciocínio; mas, historicamente, o que se manteve é a clássica tripartição de poderes e não se pretendeu com isto estabelecer poderes, porque, veja, eles não têm autonomia, ou seja, eles dependem, eles são órgãos provocadores do Poder Judiciário, que é o poder se manifestar como Poder do Estado.”

Essa é a explicação do processo político que gerou o capítulo IV do Título III da Constituição. O problema a ser resolvido era o de colocar a Ordem dos Advogados do Brasil, uma atividade privada, no dizer do entrevistado, dentro da Constituição, tendo como solução trazer junto para o texto todas as atividades que tinham por missão a provocação do Poder Judiciário, de forma que, pelo que se depreende, a expressão justiça foi utilizada como sinônimo deste Poder, visão bem mais apequenada e que não condiz com os fundamentos constitucionais já referidos.

Entretanto, ao ingressar no texto, o capítulo IV inicia por conviver com o conjunto formado pelas demais normas ali contidas e passa por um processo contínuo de diálogo e adequação recíprocos, desligando-se das intenções do constituinte. Utilizando-se de um jargão popular, o constituinte atirou no que viu e acertou no que não viu.

Se a ideia foi configurar todo o sistema de movimentação do Judiciário, não se poderia criar instituições com autonomia e independência técnica e outras sem esses atributos, pois essa distorção iria se refletir dentro do processo judicial e na vida ordinária das Instituições. Um exemplo é que, sem independência técnica, todas as demandas sociais teriam como única forma de solução a judicialização, o que de fato ocorreu nesses 25 anos, já que o advogado público sempre tem como única opção atuar burocraticamente no sentido de resistir sempre, mesmo que perceba que o direito protege a parte adversa. Aí temos uma situação de negação dos fundamentos da República.

Porém, a contínua conscientização dos advogados públicos em relação às suas prerrogativas constitucionais, mesmo que não expressas, tem sido elemento de distensão do sistema, sendo exemplo claro os inúmeros acordos judiciais realizados no âmbito dos processos judiciais, notadamente na questão previdenciária, no exercício pleno dessas prerrogativas.

Mesmo no âmbito do processo administrativo, quando submetido a recurso, há iniciativas que apontam para a possibilidade de composição, antes mesmo da instauração de conflito, a partir da atuação de uma advocacia de Estado autônoma, como é o caso da Resolução Conjunta INSS/PFE-INSS/CRPS Nº 1, DE 25.01.2013, que regulamenta a conciliação no âmbito **do processo administrativo** de recursos de benefícios da previdência social.

Com efeito, o alcance do valor justiça não constitui monopólio da função judiciária, que pressupõe a existência de conflitos de interesses qualificados por pretensões resistidas. Mas o conjunto da obra quer mais. Quer que o valor justiça seja alcançado pela atuação das suas Funções Essenciais tipificadas no texto constitucional e, preferencialmente, sem o custo social do conflito.

No caso da advocacia de Estado, por exemplo, as procuraturas públicas devem buscar justiça na boa orientação técnico-jurídica prévia que fazem aos órgãos assessorados e, mesmo com a questão judicializada, reconhecerem o direito do cidadão ou do contribuinte quando essa atitude for a única capaz de cumprir o mister constitucional para o qual essas Instituições realmente existem.

3. AGENTES POLÍTICOS X SERVIDORES PÚBLICOS

Uma indagação ainda não plenamente resolvida na doutrina e absolutamente desconsiderada no mundo jurídico diz respeito à natureza dos cargos ocupados pelos membros que dinamizam as Instituições das Funções Essenciais à Justiça.

Considerando que o exercício do poder colabora para a sua concentração, não é de se estranhar que os membros dos Poderes tradicionais tenham dificuldades em reconhecerem a natureza política daqueles agentes e o qualifiquem como servidores público *strictu sensu*, totalmente vinculados à letra da lei e destituídos, pois, de independência, mesmo a técnica.

Entretanto, parece que essa não é o melhor enquadramento, já que exercem, diretamente e em nome próprio da Instituição a que pertencem, uma dessas funções do poder, cujo pressuposto é a independência técnica como corolário da autonomia de que as Instituições gozam para bem representarem os interesses categorizados no texto constitucional.

Rodolfo de Camargo Mancuso⁷, ao tratar do tema, assevera que

Fala-se, mesmo, dentro do gênero “servidores públicos”, da espécie dita *agentes políticos*, cuja conceituação ainda é controvertida, mas que de forma geral parece sinalizar aqueles agentes de superior qualificação, integrantes das *carreiras de Estado*, cuja atuação se faz próxima aos centros de poder decisório do Estado, de sorte que atos públicos e programas governamentais muita vez dependem de sua intervenção técnico-formal para serem implementados.

(...)

O respeito à autonomia e à independência do labor advocatício, em essência, não difere do regime que beneficia outros operadores do direito - agentes políticos, integrantes de carreiras de Estado -, notando-se, v.g., que o magistrado forma livre sua convicção e finaliza seu ofício quando

⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A advocacia no setor público e os limites da responsabilidade funcional**. Obra coletiva "Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva". São Paulo: Malheiros, 2003. p. 505 e ss.

sentencia o feito - Código de Processo Civil, arts. 131 e 463 -, independentemente, pois, de o julgado vir ou não reformado na instância recursal; assim também o promotor de justiça, embora tenhas apresentado denúncia instauradora da ação penal, pode, inobstante, ao final opinar pela absolvição do acusado.

E, com relação ao advogado, a Constituição o considera “inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (art.133).

Para Hely Lopes Meirelles⁸:

Agentes políticos: são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. **Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais.** Não são servidores públicos, nem se sujeitam ao regime jurídico único estabelecido pela Constituição de 1988. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos. (grifo nosso)

Há, ainda, doutrina discordante, mas que admite que tais agentes devem ser classificados como servidores públicos especiais, pois sujeitos a regimes jurídico funcional diferenciado, dotados de prerrogativas para o exercício de elevadas funções estatais.⁹

Mas o fato é que esses agentes apresentam o Estado, que é um corpo político por natureza, como decorrência do exercício de uma parcela do poder que emerge diretamente do texto constitucional, sendo que os advogados públicos o fazem na representação judicial dos entes federados e na consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 75.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2010.

Mancuso, em obra já referenciada (p. 509), afirma que:

O advogado oficiante do setor público singulariza-se nisso que atua *em nome do interesse do próprio Estado*, movendo-se nas diversas instâncias, notando-se que no caso dos procuradores dos entes políticos sua atuação independe de mandato, assumindo natureza institucional.

Esses fatores são definidores de que tais agentes não teriam como exercer as competências constitucionais se não fossem dotados de independência técnica.

Assim, a independência técnica do advogado público decorre diretamente do próprio texto constitucional, conta com abalizada doutrina constitucional e administrativa, mas tem problemas de implementação prática que decorre, em graus diferentes, tanto dos modelos implantados pelas leis que as dinamizam, quanto da prática administrativa, fatores aliados a importante componente afeto à postura do próprio advogado público em relação ao exercício efetivo dessa fundamental prerrogativa.

4. CAPTURA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO PELO PODER EXECUTIVO

A Lei Complementar 73, de 1993, prestou um grande desserviço à advocacia de Estado, transformando-a mesmo em advocacia de governo, ao inserir o Advogado-Geral da União, enquanto órgão, dentro da estrutura do Poder Executivo, submetendo-o à supervisão do Presidente da República. Vejamos:

Lei Complementar 73/1993

Art. 3º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 1º - O Advogado-Geral da União é o mais elevado órgão de assessoramento jurídico **do Poder Executivo, submetido à direta, pessoal e imediata supervisão do Presidente da República.**

A Lei 10.683/1003 inseriu o Advogado-Geral da União, Chefe da AGU, dentro da estrutura da Presidência da República e o dotou do status de Ministro do Poder Executivo.

Art. 1º A Presidência da República é constituída, essencialmente:

(...)

§ 1º **Integram a Presidência da República**, como órgãos de assessoramento imediato ao Presidente da República:

VI - o Advogado-Geral da União;

Art. 25.

(...)

Parágrafo único. São Ministros de Estado:

(...)

III - o Advogado-Geral da União;

O mesmo ocorre com a Defensoria Pública da União, que, por força da mesma lei, integra o Ministério da Justiça, posicionada no nível de Departamento, em subordinação direta ao Ministro da Justiça.

O ordenamento legal patrocinou, de forma inconstitucional, a captura de duas Instituições, ou por intermédio do ora denominado Ministro-Chefe da AGU, responsável pela representação judicial dos três Poderes clássicos e não apenas do Poder Executivo, nada obstante a este preste, de forma exclusiva, os serviços de Consultoria e de Assessoramento jurídico, ou por via da inserção orgânica da advocacia dos Necessitados na estrutura de Ministério do Poder Executivo.

A submissão dessas Instituições ao Poder Executivo tem o efeito direto de constringer-lhes exercício pleno de suas autonomias e da independência técnica, numa incontestável *capitis diminutio*, vindo a tolher o objetivo do texto da Carta de 1988 na medida em que dificulta o atingimento da finalidade última que é o patrocínio da justiça.

No caso da Defensoria Pública da União, além da inconstitucionalidade, há uma ilegalidade, pois a Lei Complementar que trata da sua organização e

funcionamento não tratou de acomodá-la na intimidade de qualquer dos Poderes, diferentemente do que ocorre com a AGU. Mas o fato é que, nada obstante, tanto a AGU, por seu Chefe, quanto a DPU, continuam indevidamente subordinadas ao Poder Executivo e não há notícia da existência de ADIN para corrigir essa distorção.

Pablo Bezerra Luciano e Rommel Macedo, em artigo recente, adicionam, com senso de oportunidade, argumento que incompatibiliza o sistema legal vigente à essencialidade constitucional das FEJ¹⁰:

De mais a mais, a colocação de qualquer das funções essenciais à Justiça nas estruturas do Poder Executivo, isto é, como um órgão auxiliar de seu chefe, seja o presidente da República, seja o governador de Estado, seja o prefeito municipal, **esvai completamente a noção constitucional de essencialidade**. Afinal, o que é auxiliar, acessório, expletivo, superabundante não pode ser, logicamente, essencial. (grifo nosso)

Kirsch¹¹, em artigo que trata da relação entre os Poderes e a Advocacia-Geral da União conclui:

VII) A AGU é parceira do Executivo, porque tem natureza jurídica de órgão do Estado, **não se subordinando, nem se vinculando a nenhum dos poderes constitucionalmente estabelecidos**. Essa atuação **independente** junto ao Executivo é pressuposto necessário à realização das finalidades estatais, pois confere respaldo à advocacia de Estado, para agir com ponderação e equidistância na fase de formulação das políticas públicas; (grifo nosso)

Essa situação esdrúxula, à toda evidência, certamente dificulta, mas não impede ou inibe o exercício das competências constitucionais com independência

¹⁰ LUCIANO, Pablo Bezerra; Macedo, Rommel. **Advocacia Pública autônoma**: um avanço constitucional. Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/advocacia-publica-autonoma-um-avanco-constitucional/>. Acesso em: 21 mar. 2016, 16:13:00.

¹¹ KIRSCH, César do Vale. **Advocacia-Geral da União e Poder Executivo**: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. P. 43 e ss. Rio de Janeiro. 2006.

técnica, embora se reconheça espaços de constrangimento que devem ser vencidos pela postura dos membros que vivificam essas Instituições, por via de correção legislativa ou, ainda, por intermediação do Poder Judiciário.

5. O PROBLEMA DA DIREÇÃO JURÍDICA

Segundo a Lei 8.906/1994, que instituiu o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, a atividade de direção jurídica é privativa da advocacia, ao lado das atividades de consultoria e assessoria jurídicas e de postulação a órgãos do Poder Judiciário e dos Juizados Especiais.

No caso da Advocacia-Geral da União e também da Defensoria Pública da União, essa atividade é exercida por meio do que se denomina de cargos de Direção e Assessoramento Superior-DAS, de livre nomeação e exoneração - não raro pelas autoridades assessoradas -, distribuídos pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Além da captura das Instituições, de forma inconstitucional, repita-se, decorre que o Poder Executivo tratou, ao longo do tempo, de aparelhá-las a partir da designação de sua direção jurídica, via mecanismo frágil e inidôneo para o mister, pois desconsidera a carreira, a experiência e a formação geral, ao tempo em que permite a interferência dos órgãos assessorados no pensamento e na liberdade técnica dos membros.

Isso ocorre porque a remuneração de tais funções são relevantes e que se aliam a inúmeras outras vantagens, como as de eventual titularização na representação da União nos diversos e inúmeros Conselhos das empresas estatais, além da agregação de outros benefício menores, como direito a vagas de garagem, telefone celular, apartamento funcional, sala exclusiva, secretárias etc.

De considerar, ademais, que essas Instituições exercem funções de controle e de zeladoria, de forma que é de se estranhar modelo em que o controlado tenha o poder de livremente nomear e exonerar aqueles responsáveis por dirigirem a própria atividade de controle.

A função de direção no modelo de DAS é construída com base na hierarquia, de modo que os DAS menores são subordinados aos DAS maiores. Esse padrão hierárquico tem o potencial de afetar o posicionamento jurídico do membro, alinhando-o, até de forma imperceptível, aos móveis dos agentes

públicos assessorados. Não raro, sendo livre a nomeação, essa pode se dar apenas por requisitos de simpatias, sujeitos a todo tipo de condições, muitas incompatíveis com o interesse público e a realização de justiça.

O exercício de cargos DAS, nessas condições, tem o efeito de aviltar ainda mais a garantia da independência técnica, na medida em que a autoridade assessorada tem o poder de, efetivamente, constranger os profissionais a dirigirem seus entendimentos conforme interesses nem sempre republicanos.

Cláudio Granzotto, em artigo¹² que trata do mesmo tema, elenca situação comum que faz parte do dia-a-dia da advocacia pública:

Pense numa matéria que os tribunais superiores já tenham pacificado seus entendimentos, mas mesmo assim há ordem do governo para que os advogados estatais levem estas questões às citadas cortes somente para fins protelatórios. O advogado, não obstante poder avocar a garantia constitucional da liberdade de consciência, que atenua a relação de hierarquia, tenderá a seguir as diretrizes impostas, até mesmo constrangido por vir a ser submetido a um processo disciplinar por descumprir ordem superior.

Não é por outra razão que, em atos de corrupção identificados na execução de políticas públicas, dificilmente se encontra um parecer que já tenha apontado os inconvenientes que já revelavam problemas. O corrupto sempre quer um entendimento que o proteja, pelo menos formalmente, no *iter criminis* que irá percorrer.

Outro efeito nefasto refere-se à desvalorização da carreira profissional, pois sendo os cargos DAS de livre nomeação e exoneração não há critério objetivo para ocupá-los, correndo-se o risco de torná-la - a carreira - desinteressante.

O exercício das funções de direção, que decorrem da própria atividade da advocacia, devem ser o resultado da progressão na carreira, iconizada pelo reconhecimento da experiência aliada ao mérito profissional, a salvo de favores tão comuns na administração pública, assim como ocorre com os membros do

¹² GRANZOTTO, Claudio Geoffroy. Advogado de Estado. Defesa do interesse público. Independência funcional mitigada. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1334, 25 fev. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9533>>. Acesso em: 21 mar. 2016.

Ministério Público. Eventual remuneração adicional deve ser mínima, pois, nesse modelo, há aumento já decorrente do avanço na carreira.

O fato é que o modelo instituído patrocina um ethos de subserviência, a começar pelos chefes dessas Instituições, que apequena o exercício da Função constitucional que delas se espera.

6. CONCLUINDO - A QUESTÃO DA POSTURA

A independência técnica do advogado público depende mais de sua postura no exercício diário de suas atribuições do que propriamente de previsão expressa no ordenamento jurídico.

De fato, de nada adianta ter independência se esta não é exercida. Talvez melhor um atuar destemido, porém responsável, mesmo diante de um ordenamento dúbio, tendo como guia a realização da justiça e de outros princípios constitucionais, notadamente os elencados no artigo 37 do texto Maior, sendo o da motivação de seus atos o que garantirá ao advogado público o escudo de que precisa para defender-se de qualquer constrangimento ilícito.

A dificuldade de isso acontecer decorre de inúmeros fatores, mas dois parecem decisivos: o modelo de DAS, já referido, que repercute da direção jurídica até a base, e os concursos públicos que são feitos para selecionarem estudantes recém ingressos das universidades ou burocratas dos serviços auxiliares do Poder Judiciário, do Ministério Público ou mesmo da Administração Federal. Raramente um advogado profissional e testado na profissão consegue passar nesses exames.

O mecanismo do DAS embute um modelo hierárquico, o do chefe. Há uma intolerância entre a hierarquia e o exercício pleno da advocacia, que pode variar de leve, moderada a grave. Seja de que grau for, não é uma convivência harmônica, a menos que haja o sacrifício de uma das duas atividades. No serviço público, o sacrifício do ethos do advogado é o que ocorre com mais frequência.

Esse problema está tratado no Estatuto da OAB, com diferentes matizes. No caso de intolerância grave, ou seja, onde a hierarquia elimina o ethos do advogado, existe uma incompatibilidade expressa, como no caso dos militares da ativa, de qualquer patente (Lei 8.906/1994, art. 28, VI).

Thiago Cássio D'ávila¹³, sobre o assunto comenta:

O advogado exerce uma atividade de independência e liberdade; o militar obedece à hierarquia, estando tolhido diariamente em sua liberdade, sendo submisso, e cumprindo ordens.

A direção jurídica, notadamente para uma Instituição do tamanho da AGU ou de qualquer Instituição de advocacia de Estado, é uma necessidade e está prevista no Estatuto da OAB, mas seu modelo é completamente diferente do modelo dos denominados DAS. Está mais para coordenação e definição de estratégias do que para estabelecimento de padrões de atuação ou de existência do binômio ordem x obediência, por mais sutil que seja essa relação.

Já o problema da seleção talvez seja o mais grave, pois o sistema não está direcionado para selecionar advogados.

Conforme último Edital para provimento de 84 vagas de advogados da União, são requisitos para investidura no cargo¹⁴:

REQUISITO: diploma, devidamente registrado, de conclusão de curso de graduação de nível superior em Direito, fornecido por instituição de ensino superior reconhecida pelo Ministério da Educação, e registro de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil.

A mera inscrição do candidato nos quadros da OAB não o transforma em advogado, mesmo porque é possível a aprovação no exame da Ordem antes mesmo da conclusão do curso superior.

A prática formal de atos privativos de advogado apenas para cumprir requisito de concurso público, por um período qualquer, também não indica que alguém tenha o perfil do advogado.

¹³ D'ÀVILA, Thiago Cássio. **Teoria das proibições ao exercício da advocacia**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1115>. Acesso em: 21 mar. 2016.

¹⁴ Disponível em: http://www.cespe.unb.br/concursos/agu_15_adv/arquivos/AGU_ADV_2015_ED_1___ABERTURA.PDF. Acesso em: 21 mar. 2016, 15:32:00.

Somente com o efetivo exercício da advocacia, na dinâmica da vida a demonstrar que sem independência e coragem o advogado não consegue defender os interesses dos seus clientes, é que são forjados os verdadeiros advogados.

A dinâmica do serviço público, calcada na burocracia cega e entediante, que não oferece soluções que a sociedade requer, tem o poder até de transformar águias (advogados) em galinhas (burocratas servis), para utilizar de uma metáfora africana contada por Leonardo Boff¹⁵, quanto mais o de formar galinhas que nunca foram águias. É um processo diário e contínuo de “barnabização” da advocacia pública.

Os indícios de que a AGU não tem se preocupado em contratar advogados estão em acalorados debates existentes sobre questões que somente são intrincadas porque o ethos do advogado está ausente, como no caso dos painéis do II ENAFE (<http://unafe.org.br/index.php/6561-revision/>), realizado na cidade do Rio de Janeiro, em 2009, cujo temas eram: “Funções Essenciais à Justiça e vinculação à OAB”, “A defesa do interesse público e o exercício da advocacia privada”, “As vitórias da advocacia pública e a perspectiva de recebimento de honorários”, com defensores que se postavam contra e a favor dessas prerrogativas. O que chama a atenção - embora tenha havido mudança significativa nesses últimos anos - é o fato de advogados representados nos painéis serem contra o exercício da advocacia privada, ou da vinculação à OAB, ou contra o recebimento de honorários de êxito, fatores indicativos de que parte considerável da classe não se sente advogado.

Na Defensoria Pública não tem sido diferente, na medida em que inúmeros membros ingressaram e ingressam com pedidos de tutela judicial para que seja declarada e não obrigatoriedade de vinculação da classe à Ordem dos Advogados do Brasil, o que é sintomático do que ora se afirma¹⁶.

O medo é outro artefato de que se utiliza a burocracia estatal para impedir o voo das águias e ele se manifesta de muitas formas: corregedoria, processos administrativos disciplinares, normas precisas e detalhadas que objetivam direcionar a atuação dos advogados públicos, cuja inobservância pode causar todo tipo de constrangimento, modelos-padrão de atuação, sistemas hierárquicos,

¹⁵ Leonardo Boff. **A Águia e a galinha**. Disponível em: <http://www.bonsucessomt.com.br/imagens/AGUIAE-AGALINHA.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2106.

¹⁶ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-31/defensor-publico-nao-manter-inscricao-nem-submeter-oab>.

ameaça de preterição de acesso a vários tipos de benefícios (vagas de garagem, participação em grupos estratégicos de atuação etc.), a quase absoluta inexistência, nas cúpulas, de referências a serem seguidas, até mesmo em virtude de regras subjetivas de acesso às funções de direção, onde se premia a subserviência e outros comportamentos servis (falta de lideranças), sendo certo que um advogado com medo pode ser tudo, menos um advogado.

De modo que as dificuldades são muitas, mas o efetivo exercício da prerrogativa da independência técnica, que é uma postura afirmativa, de agir conforme sua consciência jurídica, é fator fundamental, mesmo sem previsão expressa dessa garantia, ou com ela (estatuto da OAB), que dotará a atividade representada pelas Instituições da advocacia de Estado das qualidades que permitirão o exercício pleno das funções constitucionais a elas reservadas.

A RELEVÂNCIA CONSTITUCIONAL DA PARIDADE ENTRE AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

MARCELINO RODRIGUES¹

PAULO RENATO GONZALEZ NARDELLI²

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Da Advocacia Pública. 3. Da Advocacia-Geral da União. 4. A crise de 2015/2016 na AGU, fruto do fim da tolerância de seus membros com a desvalorização da carreira.

1. INTRODUÇÃO

(por Marcelino Rodrigues)

Um dos temas recorrentes em qualquer discussão realizada no âmbito da Advocacia Pública Federal, tema que ganhou importância nos últimos 8 anos, devido à prática, no âmbito da AGU, de uma advocacia de governo muito distante daquela idealizada pelo Constituinte originário de 1988, diz respeito à sua condição de Função Essencial à Justiça.

A Advocacia Pública situa-se nos artigos 131 e 132, Seção II, do capítulo IV da Carta Magna.

Sabemos que o direito brasileiro é adepto da corrente intitulada *civil law*, ou sistema romano-germânico, onde se destaca a primazia do processo legislativo, ou seja, da lei, com valor primário frente às demais fontes do direito. Em contraponto, há o sistema “anglo-saxônico”, onde se verifica uma preponderância da utilização dos usos e costumes jurídicos, e pelo exercício do poder jurisdicional, daí a importância dos precedentes judiciais, ou *cases*. O direito inglês é um bom exemplo do segundo sistema.

¹ Procurador da Fazenda Nacional/AGU. Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional do DF no período de 2016 a 2018. Presidente da Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais - ANAFE, no período 2016 a 2018.

² Procurador da Fazenda Nacional/AGU. Conselheiro Representante Suplente da Carreira de PFN no Conselho Superior da AGU/CSAGU, no período de 2014 a 2016. Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional do DF no período de 2013 a 2015. Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, seccional do DF no período de 2016 a 2018. Membro da Comissão de Advocacia Pública Federal - CAPF da OAB/DF. Coordenador Parlamentar da União dos Advogados Públicos Federais - UNAFE, no período de 03/2014 a 03/2016.

Diante da situação acima explanada, o Constituinte de 1988 criou uma categoria de funções essenciais ao bom funcionamento da Justiça, para existirem em pé de igualdade ao Poder Judiciário, no intuito de auxiliá-lo no processo de “dizer o direito”, bem como equilibrar o seu poder, na medida em que este se tornou um ator muito relevante para a manutenção do bom funcionamento do próprio Estado, bem como da democracia. Isso se dá, principalmente, como forma de preservar o princípio da inércia jurisdicional, com o intuito de resguardar a imparcialidade do Judiciário no exercício do poder jurisdicional que lhe é cabível.

Além disso, é essencial o resguardo dos princípios da inafastabilidade jurisdicional, bem como do devido processo legal, devendo o acesso ao Judiciário ser o mais amplo possível, bem como respeitado o devido processo legal em qualquer situação que possa acarretar a privação da liberdade ou dos bens de qualquer cidadão.

Desse modo, criadas as Funções Essenciais à Justiça, quais sejam o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia e a Defensoria Pública, em capítulos próprios, buscou o constituinte conceder uma parcela relevante de autonomia a essas funções, situando-os fora dos capítulos reservados aos três Poderes clássicos (Executivo, Legislativo e Judiciário), de modo a garantir a independência desses órgãos, evitando o risco de controle repressivo hierárquico.

Portanto, quanto maior a autonomia concedida a essas funções acima mencionadas, maior a possibilidade de efetivação dos princípios da inafastabilidade jurisdicional, da ampla defesa e do contraditório, da imparcialidade e da inércia jurisdicional, mantendo-se o devido distanciamento e equilíbrio entre os poderes da república.

2. DA ADVOCACIA PÚBLICA

Como adrede mencionado, a Constituição de 1988 trouxe uma seção específica dentro do capítulo das Funções Essenciais à Justiça tratando da Advocacia Pública, inicialmente denominando-a “Da Advocacia-Geral da União”. Mais tarde, contudo, houve **a necessidade** de retificação da redação do título, que foi feita por meio da EC nº 19/98. Tal modificação fez-se necessária, uma vez que referida seção engloba, também, as Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal, razão pela qual passou-se a denominá-la “Da Advocacia Pública”, gênero do qual a Advocacia-Geral da União é uma de suas espécies.

Importante ressaltar que, anteriormente à Constituição, a defesa judicial da União cabia ao Ministério Público Federal. Esta situação de ambiguidade de atribuições, uma vez que o Ministério Público Federal simultaneamente exercia as funções de custos legis e de proteção dos direitos sociais e individuais indisponíveis e também a representação e defesa do Estado gerou uma crise que logo se resolveria com a criação de um novo órgão, a Advocacia-Geral da União.

José Sepúlveda Pertence, que exercia, à época, o cargo de Procurador-Geral da República, em artigo acerca da dupla função exercida pelo Ministério Público, descreveu aquela situação da seguinte maneira:

Aos poucos, foi-se gerando uma longa corrente contrária a essa equivocidade da posição do Ministério Público que, se de um lado, queria ser imparcial, independente, desvinculado e, de outro, se punha como representante judicial das entidades de Direito Público, envolvendo uma necessária, uma inevitável relação de confiança com o Executivo, com o responsável pela administração da coisa pública.

Nas discussões pré-constituintes este foi o tema talvez mais discutido, que mais apaixonou os meus companheiros de trabalho Procuradores da República, em todo o país.

Mas, na verdade, a discussão a meu ver, veio demonstrar algo que, já na discussão da proposta Figueiredo de Reforma Constitucional de 1974, eu tinha a oportunidade de assinalar como relator da proposição do Conselho Federal da OAB, a propósito daquela proposta de emenda constitucional.

É que qualquer proposição de um estatuto de independência do Procurador Geral em relação ao Executivo levaria consigo a impossibilidade de manutenção dessa dupla função. Na medida em que, exatamente por responsável político pela administração pública e pelo patrimônio público, ao Chefe do Poder Executivo não se podia não se podia jamais negar uma relação de estrita confiança com quem fosse o chefe da Advocacia da União. Por isso, como se fez na Constituição Italiana, na medida em que se aproximava o estatuto do Ministério Público do estatuto da Magistratura e, conseqüentemente, um estatuto

da independência, tornou-se inevitável, como se tornara na Itália, na Constituição de 1947, a criação também, no Plano Federal, o que, aliás, ocorrera em todos os status da Advocacia do Estado, da *avocatura di stato* com o nome de Advocacia-Geral da União.

3. DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Nascia então a Advocacia-Geral da União. Com a Constituição de 1988 é que as funções de assessoria e consultoria jurídica, bem como a defesa judicial da União, foram concentradas em um órgão específico, com estrutura administrativa própria e com exclusividade.

Assim, o surgimento da Advocacia-Geral da União foi um marco no aprimoramento do controle de legalidade e legitimidade dos atos da Administração Pública Federal, na profissionalização do serviço jurídico, como também das relações com os outros poderes constitucionalizados.

A regra do concurso público de provas e títulos foi um avanço exponencial para a organização do serviço jurídico da União, na medida em que, antes disso, prevalecia a indicação de profissionais para o exercício de cargos em comissão, ou seja, de caráter provisório e precário, gerando todos os problemas inerentes a essa sistemática de nomeação.

A Constituição delegou à lei complementar a organização e funcionamento da Advocacia-Geral da União, prevendo, inclusive, que até a promulgação da referida lei, a representação da União deveria continuar sendo realizada pelo Ministério Público Federal, conforme o art. 29, caput, do ADCT.

O § 2º do referido artigo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias trouxe, ainda, uma alternativa para os ocupantes do cargo de Procurador da República da época, permitindo que optassem por permanecer entre as carreiras do Ministério Público ou migrar para o novo órgão, a Advocacia-Geral da União, o que demonstra, à toda evidência, estarem ambas no mesmo patamar constitucional. Ambas são Funções Essenciais à Justiça.

Diante disso, a disparidade remuneratória entre as carreiras em questão, a qual tem se aprofundado perigosamente ao longo dos últimos anos, criando um enorme abismo de desigualdade e de desequilíbrio entre as duas referidas

funções essenciais à justiça, vai de encontro à vontade do Legislador Constituinte Originário, permitindo que haja um desequilíbrio indesejável na representação do Estado. Em um polo da relação jurídica processual, o valorizado e respeitado Ministério Público Federal e suas adequadas prerrogativas. Do outro, uma advocacia pública federal competente, mas carente de prerrogativas e meios essenciais para que bem cumpra seu mister em igualdade de condições com o MP.

E isto ocorre não apenas no que tange à remuneração de profissionais de mesma qualificação, mas, ainda, no que diz respeito à autonomia e às prerrogativas de uma e de outras carreiras que, no caso do Ministério Público Federal, equivalem-se àquelas de que gozam os magistrados. No caso da AGU, a realidade ainda é bem diversa.

4. A CRISE DE 2015/2016 NA AGU, FRUTO DO FIM DA TOLERÂNCIA DE SEUS MEMBROS COM A DESVALORIZAÇÃO DA CARREIRA

(por Paulo Renato Gonzalez Nardelli)

O sucateamento da estrutura e das condições de trabalho dos membros da AGU, levado a cabo pelos últimos governos e que, como vimos, culminou em uma disparidade aviltante entre a advocacia da união e as demais carreiras que compõem as denominadas Funções Essenciais à Justiça, acabou por agravar uma crise institucional que já vinha sendo alimentada desde a virada do século e que gerou uma mobilização sem precedentes nos vinte e três anos de história do órgão.

A referida e justa mobilização exigia melhores condições de trabalho, carreira de apoio - a fim de que os procuradores pudessem se concentrar em sua atividade de advogados do Estado -, prerrogativas compatíveis com a função de advogados, aprovação de Propostas de Emenda Constitucional que garantissem mais autonomia aos Procuradores, a fim de que possam realizar uma Advocacia de Estado condizente com o desiderato do constituinte originário, extinção ou redução drástica dos cargos comissionados, remuneração compatível com as demais funções essenciais à justiça custeadas pelo Estado, dentre outras.

Alguns dos referidos pleitos encontram-se hoje no Congresso Nacional, traduzidos nas Propostas de Emenda Constitucional 443/09 (aprovada em primeiro turno na Câmara dos Deputados e que encontra-se no aguardo de uma

“janela” na pauta daquela Casa, para que a carreira realize novos esforços a fim de aprovar o turno seguinte e enviar seu texto ao Senado) e 82/2007; esta última que já passou pela aprovação na CCJ e Comissão Especial, na Câmara, mas ainda não foi pautada no Plenário da “casa do povo”.

Outros pleitos, estes essenciais à condição de advogados dos membros da AGU, situam-se no PL n.º 4.254/2015, fruto do acordo “salarial” celebrado entre a o órgão e o Governo naquele ano (via Ministério do Planejamento e Casa Civil), e que, a exemplo da aprovação do primeiro turno da PEC 443/09 na Câmara dos Deputados), também resultou da campanha massiva realizada dentro e fora do Congresso Nacional durante todo aquele ano e que continua ocorrendo no ano de 2016. As prerrogativas constantes do PL 4254/15, é importante que se diga, ainda não resgatam a paridade remuneratória que deve ser perseguida, mas acrescem, aos Procuradores da AGU, direitos e prerrogativas essenciais à sua condição de advogados, respeitados, evidentemente, todos os impedimentos esculpidos no Estatuto da Advocacia que, conjuntamente com a Lei Orgânica da AGU, rege e deve sempre reger a atuação dos procuradores das carreiras da Advocacia-Geral da União.

A aprovação do citado Projeto de Lei visa resgatar, portanto, a natureza causídica intrínseca de seus procuradores, peculiaridade importantíssima da profissão, mas que nos últimos anos vinha sendo reiteradamente desrespeitada por uma cúpula excessivamente ligada ao “governo do momento”, que não raro editava normas internas que buscavam retirar a liberdade destes profissionais, direcionando sua força de trabalho a atividades meramente administrativas, ao invés de empreender esforços no sentido da criação de uma carreira de apoio nos órgãos da AGU. Em outras palavras, neste cenário, os advogados públicos da AGU eram tudo, menos advogados e, quando advogados, eram obrigados a respirar o ar rarefeito da famigerada “advocacia do governo”. Enfim, neste cenário quase não se via advocacia; mas sim um corpo de “analistas” “subordinados” aos “iluminados” membros “repetidores”, detentores de pomposos DAS.

Basta recordar do PLP 205, gestado nas sombras do Planalto com a participação do então Advogado-Geral da União, Luís Inácio Adams, que pretendia reformar a Lei Orgânica da AGU incluindo preceitos que barbarizavam com o estatuto da OAB, os quais variavam desde se considerar erro grosseiro o parecer feito por um procurador que não estivesse em consonância com o entendimento e a vontade da cúpula (e que abriam a possibilidade da retirada do parecer do

processo, sua substituição por outro e a abertura de Procedimento Administrativo Disciplinar – PAD contra o procurador que tivesse cometido referido “erro”), até a nomeação de “alienígenas”, não concursados, para os cargos de chefia das quatro carreiras da Advocacia-Geral da União.

As carreiras, no entanto, não suportaram caladas por mais tempo. De início rebelaram-se contra o que consideraram tentativas claras de aparelhamento da instituição e, no ano de 2012 conseguiram refrear e arquivar, ao menos até o momento em que escrevo este artigo, o referido Projeto de Lei. Já no ano de 2015, os Procuradores da AGU realizaram a maior entrega de cargos comissionados desde a criação da AGU em busca de respeito, prerrogativas e paridade com as demais funções essenciais à justiça.

O que deve restar definitivamente claro - e que hoje é consenso nas carreiras da AGU, é que seus procuradores são, antes de tudo, advogados (não é à toa, por exemplo, que são obrigados a pagar suas anualidades da OAB e que a carteira da Ordem é condição e pré-requisito para a nomeação, posse e exercício no cargo). Deste modo, à toda evidência, como advogados devem ser vistos e respeitados, fazendo jus a todas as prerrogativas estatuídas na Lei da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei 8.906/94, o estatuto da advocacia, a exemplo dos demais advogados públicos, membros das procuradorias dos estados e municípios, ressalvados sempre e, evidentemente, os impedimentos constantes da referida lei, dentre eles a impossibilidade de atuar contra os interesses do ente que o remunera (no caso da AGU, a União).

A par disso, a Advocacia-Geral da União é função essencial à Justiça devendo, como tal, ser respeitada, o que só se dará com a previsão de prerrogativas e remuneração adequadas em nível equivalente àquelas concedidas ao Ministério Público Federal, órgão de onde exsurgiu.

É que, como bem se sabe, as chamadas Funções Essenciais à Justiça desempenham papéis diversos e complementares, compondo o mesmo sistema jurídico constitucional, fazendo parte do mesmo capítulo da Carta Política do país, devendo a paridade de armas ser devidamente implementada até para que os ideais do constituinte originário sejam devidamente concretizados a fim de que, com essa concretização, surja uma AGU verdadeiramente forte, capaz de desempenhar seu papel constitucional com mais altivez, qualidade e competência.

De fato, nunca houve razão para o fosso remuneratório que surgiu nas décadas posteriores à criação da AGU, em 1988, ou para o descaso com que foi

tratado o órgão durante este período. A maior das certezas é de que a AGU precisa avançar. Nesse sentido, seu caminho passa pela aprovação do PL 4254, fruto do acordo feito entre o órgão e o governo em 2015, bem como pela aprovação das PECs 443/2009 e PEC 82/2007, além do remodelamento da atual estrutura “hierárquico-piramidal” (que ainda existe e da qual falamos parágrafos acima, e que impede a advocacia da união de alcançar seu pleno potencial), com a redução drástica dos DAS na instituição e a elaboração de uma nova Lei Orgânica, conectada com a Nova AGU que está surgindo.

Deste modo, espera-se que a Advocacia-Geral da União possa em breve tornar-se, de direito e de fato, no Estado de Direito contemporâneo, um órgão de Estado de excelência, apto a exercer uma Advocacia de Estado republicana e digna, viabilizando assim as políticas públicas e o crescimento ordenado do país - com maior autonomia e menos interferência política. Quem ganha com isso é o Brasil e, evidentemente, o povo brasileiro.

ADVOCACIA PLENA: CONVENIÊNCIA E NECESSIDADE PARA OS SERVIÇOS JURÍDICOS DE ESTADO

MARCELLO TERTO E SILVA¹

SUMÁRIO. 1. Introdução: A advocacia como um dos ramos funcionais do Sistema de Justiça. 2. A Advocacia Pública como espécie do gênero Advocacia. 3. Unidade de tratamento entre advogados públicos e privados enquanto exercentes de *Função Essencial à Justiça*. 4. Regime legal de impedimentos e incompatibilidades. 5. Conflito de interesses. 6. Advocacia Plena, razoabilidade na disciplina do regime de trabalho e a falsa moralidade. 7. Conclusão. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO: A ADVOCACIA COMO UM DOS RAMOS FUNCIONAIS DO SISTEMA DE JUSTIÇA

O artigo Art. 133 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, dispõe que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

No Brasil, país com histórico patrimonialista, oligárquico e autoritário, elevou-se o advogado (*vocati ad* ou quem intercede a favor de) a uma parte integrante do Título IV, Capítulo IV, da Constituição da República, ou seja, qualquer que seja seu ministério, encontra-se entre as denominadas Funções Essenciais à Justiça, fruto de uma nova e complexa reestruturação orgânica do Estado que superou o dogma da “tripartição de poderes”, para ditar a especialização de novas funções com independência constitucional.

A partir dessa versão policrática das funções estatais, Diogo de Figueiredo Moreira Neto esclarece que os três tradicionais complexos orgânicos, “Poderes”

¹ Procurador do Estado de Goiás; Presidente da Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF – Anape; Conselheiro Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB; ex-presidente da Associação dos Procuradores do Estado de Goiás – Apeg; ex-conselheiro seccional da OAB/GO; ex-vice-presidente do Tribunal de Justiça Desportiva da Federação Goiana de Futebol; Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT) - Brasília; Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pelo Grupo Atame – Goiânia; Pós-Graduado em Advocacia Pública pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático –IDDE, Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Belo Horizonte; Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pelo Grupo Atame – Goiânia.

(Legislativo, Executivo e Judiciário), não seriam mais os únicos constitucionalmente independentes, passando a coexistir e a se inter-relacionar com novas funções também constitucionalmente independentes.²

Como função essencial à Justiça, a advocacia tem representado um extraordinário avanço no sistema de freios e contrapesos regulador do equilíbrio juspólitico, uma vez que, como regra, a qualidade da atuação eminentemente reativa cometida às funções do Ministério Público, dos tribunais de contas e do Poder Judiciário passa a depender da eficiência da atuação proativa – e agora também preventiva – que deve partir do advogado, através dos serviços públicos de relevante importância social que presta na esfera da tutela dos interesses públicos e privados.

A função que denominaremos aqui advocatícia é devidamente regulamentada pela Lei nº 8.906/1994, na forma do artigo 22, XVI, da Constituição da República, e normatizada e fiscalizada por uma instituição especial muito conhecida da cidadania brasileira: a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), serviço público de natureza especial, dotado de personalidade jurídica e forma federativa, cuja finalidade, além de promover, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos inscritos nos seus quadros, é defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida prestação da justiça, e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas.

Todas as Funções Essenciais à Justiça são constitucionalmente instituídas horizontalmente, sem hierarquia, não apenas para a tradicional defesa de pessoas, de bens, de interesses e de direitos – funções que milenarmente têm caracterizado a advocacia – como, em acréscimo, para a sustentação dos direitos e garantias fundamentais, funcionando como contrapoderes e, por isso, a cura dos próprios ordenamentos jurídicos que os exprimem, **com ênfase nas características que a própria Constituição da República comete a cada um de seus ramos funcionais.**

Não é à toa que a expressão “membros”, que designa toda pessoa que pertence ou faz parte de uma corporação, sociedade ou agremiação, foi utilizada

² São alguns exemplos, em outros países, desses órgãos constitucionalmente independentes no constitucionalismo comparado pós-moderno: os Bancos Centrais, o Ministério Público ou entidades de fiscalização assemelhadas, os *Ombudsmen* ou ouvidores populares de Estado, as Advocacias de Estado, as Defensorias Públicas, as Cortes de Contas, as Assembleias de Cidadãos e até mesmo Tribunais Constitucionais extrajudiciais, a partir do exemplo da Corte Constitucional da República Federativa da Alemanha.

pelo Conselho Federal da OAB para editar a Súmula nº 02/2009 (p. DJU de 03/03/2010), na qual estendeu a todos os servidores vinculados ao Ministério Público as incompatibilidades aos órgãos e instituições mencionados no art. 28, inc. II, do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB, Lei nº 8.906/1994):

Cada uma das três categorias – Magistratura, Advocacia e Ministério Público – embora atuem, todas, no sentido de dar concretude ao ideal de Justiça, tem, cada qual, um campo definido de atribuições, em cuja distinção se verifica, justamente, o equilíbrio necessário para que esse ideal seja atingido, não devendo, pois, serem misturadas ou confundidas, deixando a cargo de uma só pessoa o exercício simultâneo de tais incumbências. São incompatíveis, portanto, para o exercício da advocacia, quaisquer servidores vinculados ao Ministério Público.

Dentro do seu campo definido de atribuições, o advogado público é espécie do gênero Advocacia, distinguindo-se apenas pela natureza do vínculo mantido com o ente cujos interesses patrocina em juízo ou orienta fora dele, pelo processo de seleção mediante concurso público e a forma de organização de cada carreira, estruturada para lhes garantir a imunidade e a independência técnica imprescindíveis à preservação dos padrões de juridicidade norteadores da Administração Pública pós-moderna: legalidade, legitimidade e licitude.

A função do advogado público não se distingue do advogado considerado como gênero, ou seja, de postular junto aos órgãos do Poder Judiciário e dos juizados especiais, e de prestar serviços de consultoria, assessoria e direção jurídicas. Por esse motivo, todos os advogados, públicos ou privados, estão sujeitos ao Estatuto da OAB, lei de caráter nacional que confere tratamento uniforme, homogêneo e isonômico à disciplina da atividade profissional em todo o vasto território nacional.

Prova disso é que o artigo 3º, § 1º, do EAOAB, dispõe que o exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na OAB, deixando claro que nesse campo de identificação funcional, os advogados públicos, independente de estarem vinculados ou não aos órgãos e carreiras constitucionais previstos nos artigos 131 e 132 da

Constituição da República, exercem atividade advocatícia e, portanto, sujeitam-se ao seu regime, além do regime próprio das leis orgânicas a que se subordinem.

A questão é se a competência das unidades federadas para dispor sobre a organização e funcionamento das respectivas carreiras da advocacia pública pode eximir deveres, suprimir direitos ou impor vedações além daquelas previstas no EAOAB, de modo a descaracterizar a unidade da advocacia, fragilizar as prerrogativas ou comprometer a independência, a credibilidade, o aperfeiçoamento e a segurança do exercício profissional.

Importantíssima a advertência de Paulo Lobo, no seu **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**, Saraiva, 5ª ed., 2009, no sentido de que é importante pensar em conciliar o disposto no artigo 3º, § 1º, do EAOAB, com os diplomas legais específicos das carreiras da Advocacia Pública, de modo a tratá-los de forma sistemática, integrada e harmônica.

Nessa perspectiva, este estudo se limitará a demonstrar a impossibilidade de as constituições estaduais e/ou leis orgânicas das carreiras da Advocacia Pública impedir desarrazoadamente o exercício da Advocacia Plena pelos advogados ou procuradores públicos, além do equívoco de limitar os campos de experiência, conhecimento e independência compatíveis com a natureza e a complexidade dos cargos.

2. ADVOCACIA PÚBLICA COMO ESPÉCIE DO GÊNERO ADVOCACIA

De acordo com a construção histórica e definição legal, diz-se que liberais são os profissionais, trabalhadores, que podem exercer com liberdade e autonomia profissão decorrente de formação técnica ou superior específica, legalmente reconhecida.

O exercício da profissão corresponde à aplicação prática do conhecimento técnico em favor de alguém. A atividade do advogado sintetiza o manuseio de argumentos teóricos na defesa com o resultado que aproveita ao seu cliente, sem abrir mão do compromisso com o cumprimento e estabilidade da ordem jurídica constituinte e constituída.

Assim como o médico utiliza a melhor técnica científica em benefício do paciente, o advogado, seja público ou privado, exerce sua profissão de forma liberal, com liberdade e autonomia, embora sob o controle do órgão fiscalizador

do exercício profissional, independentemente do vínculo existente entre ele e o seu cliente, seja este público ou privado.

A advocacia será sempre um *múnus público*. Os advogados têm, como maior responsabilidade, garantir a efetividade dos princípios e regras do ordenamento jurídico. Assim, as suas opções técnicas têm como foco a garantia da segurança jurídica. Essa relação entre advogado e o cliente está sempre presente, independentemente da maneira como foi contratado ou selecionado para exercer a profissão.

No serviço público, o advogado, liberal por natureza, é admitido pela via do concurso e subordina-se às respectivas leis orgânicas, que organizam seus serviços e estruturam seu funcionamento, sem, contudo, representar prejuízo aos parâmetros funcionais que conferem tratamento uniforme, homogêneo e isonômico à disciplina da atividade profissional estabelecido pela Ordem dos Advogados do Brasil, a partir do seu Estatuto (Lei nº 8.906/1994), regulamento, código de ética e disciplina, resoluções e provimentos.

A Constituição da República trouxe o Ministério Público e a Advocacia Pública para a vida institucional dos brasileiros. A experiência constitucional demonstrou que a figura do “promotor-advogado” não era adequada para a realização das missões institucionais do *parquet*, e cindiu as atribuições de promotoria de justiça, que ficaram a cargo do Ministério Público, da advocacia em favor do ente público, que ficou nas mãos da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias Gerais dos Estados, do Distrito Federal e, por simetria, dos municípios, onde houver.

A partir de 1988, portanto, promotores e advogados públicos foram concebidos como membros de instituições distintas, que exercem funções essenciais à Justiça, mas cada uma com identidade própria.

Passadas quase três décadas da promulgação da Constituição de 1988, a Advocacia Pública foi se destacando no cenário jurídico e político, afirmando a identidade dos seus membros, por darem voz aos interesses de Estado, na perspectiva da experiência dos dissabores da Administração Pública, sem, por óbvio, abandonar seu compromisso com o ordenamento jurídico e os princípios do Estado Democrático de Direito, como qualquer advogado.

Na atualidade, o protagonismo dos advogados, como gênero, no sistema de Justiça se amplia com as novas diretrizes de pacificação social, segundo as

quais o **Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos**, devendo ser estimuladas por juízes, **advogados**, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, **a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos** (Lei 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil, artigos 3º, §§ 2º e 3º).³

Esse contexto torna ainda mais importante essa rica identidade profissional para os advogados públicos, sem deixar de lado que essa referência ganha evidência ao longo do tempo, a exemplo do que prevê ao longo da última década o artigo 1º do Provimento nº 114/2006, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil:

Art. 1º. A advocacia pública é exercida por advogado inscrito na OAB, que ocupe cargo ou emprego público ou de direção de órgão jurídico público, em atividade de representação judicial, de consultoria ou de orientação judicial e defesa dos necessitados. (g. nosso).

Mais recentemente, a própria Advocacia-Geral da União expediu a Orientação Normativa nº 01/2011 da Corregedoria, impondo aos seus membros a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, sob pena de falta funcional. Em outros termos, a AGU reconhece, no que diz respeito às obrigações da profissão, que seus membros são advogados, identidade esta já consolidada no âmbito dos estados-membros e dos municípios.

3. UNIDADE DE TRATAMENTO ENTRE ADVOGADOS PÚBLICOS E PRIVADOS ENQUANTO EXERCENTES DE “FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA”

Paulo Bonavides reconhece as **garantias institucionais** como uma das maiores inovações constitucionais do século XX, porque, sem a especial atenção às instituições encarregadas da defesa da democracia e da promoção dos direitos

³ O Novo CPC, ainda impõe à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a criação de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta (NCPC, art. 174).

dos cidadãos, seria inócuo prever um robusto catálogo de direitos e garantias fundamentais.⁴

Daí a preocupação do constituinte em erigir estruturas e regimes para o adequado desempenho de tais funções constitucionais, cuja proteção nada mais é do que o reconhecimento da importância fundamental para a sociedade e a certos direitos fundamentais providos dos componentes institucionais que os caracterizam.

Nesse contexto, Gustavo Binbenbojm alerta que

Numa primeira leitura da Constituição da República, poder-se-ia entender, a partir da mera topografia constitucional, que a Advocacia Pública e a Advocacia Privada receberam tratamentos distintos, já que disciplinadas em Seções próprias (II e III). Mas essa leitura logo se revelaria precipitada e equivocada. Há, sim, dispositivos específicos que tratam da Advocacia Pública, por força das peculiaridades inerentes à carreira, como a forma de investidura e sua organização. Mas nada permite concluir que os advogados públicos estariam apartados do regime geral da advocacia. Ao contrário, ressaí do Texto Constitucional que o advogado público não deixa de ser advogado porque atua em prol e em nome de uma Unidade da Federação.⁵

Decerto, o constituinte confere a mesma qualificação aos membros da Advocacia, de modo que todos são advogados. É evidente que o advogado público, além de se sujeitar às disposições dos arts. 131 e 132 da Constituição, submete-se também à previsão do art. 133, tal como os advogados privados, a fim de garantir sua relevância social, sua indispensabilidade à administração da Justiça e sua inviolabilidade por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Essa conclusão é corroborada pelo elemento sistemático de interpretação. É que, em diversos outros dispositivos da Constituição, encontra-se menção ao

⁴ Cf. **Curso de Direito Constitucional**, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 537.

⁵ Parecer: Consulta prestada à Associação dos Procuradores do Distrito Federal – APDF acerca da constitucionalidade do art. 7º da Lei distrital nº 5.369, de 09 de julho de 2014, o qual destina aos integrantes do Sistema Jurídico do Distrito Federal os honorários advocatícios devidos nas causas e os procedimentos de que participem o Distrito Federal e as pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta, inclusive aqueles decorrentes de acordo. Brasília, 2014.

termo “advogado” sem quaisquer especificações quanto à natureza de seu vínculo (se público ou privado). Vejam-se os arts. 103-B, XII; 104, parágrafo único, II; 107, I; 111-A, I; 115, I; 119, II; 120, § 1º, III; 123, parágrafo único, I; e 130-A, V, todos atinentes à representação da Advocacia nos tribunais pela garantia do quinto constitucional.

No que diz respeito ao exercício da Advocacia Plena, quando o constituinte teve essa intenção de vedá-la, fez isso expressamente como se extrai do artigo 128, § 5º, II, “a” (relativo aos membros do Ministério Público) e do artigo 134, § 1º, *in fine* (relativo aos membros da Defensoria Pública).⁶

Já quanto aos advogados públicos, não há disposição semelhante. Isso confirma que, também sob a ótica do exercício amplo da profissão, a unidade da advocacia foi claramente corroborada pela legislação federal infraconstitucional, a começar pelo regime de impedimentos e incompatibilidades disciplinado pela Lei nº 8.906/1994 (EAOAB).

Por esse motivo é importante analisar regimes rigorosos que afrontam contra a dignidade dos advogados públicos, para além das disposições dos artigos 27, 28, 29 e 30 do EAOB, mesmo depois de transcorrido tanto tempo da promulgação da Constituição da República e dessas prescrições infraconstitucionais.

4. REGIME LEGAL DE IMPEDIMENTOS E INCOMPATIBILIDADES

A incompatibilidade é a proibição total, enquanto o impedimento a proibição parcial do exercício da advocacia. Segundo Gisela Gondim Ramos, essas limitações constantes do artigo 27 do EAOAB foram introduzidas “com a finalidade primeira de resguardar a independência do advogado, quando haja coexistência de atividades, ao tempo em que pretende, também, assegurar a

⁶ Art. 128. O Ministério Público abrange: (...) § 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: (...) II – as seguintes vedações: a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais; b) exercer a advocacia; (...) [grifou-se].

...

Art. 134...

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

igualdade das partes, eliminando a vantagem oriunda da posição ocupada por uma delas, e impedindo, pois, a possibilidade de tráfico de influências”.⁷

Na incompatibilidade, a proibição completa ao exercício da advocacia pressupõe conflito absoluto com a advocacia, porque repousa no fato de que o exercício de determinada atividade pública ou privada retira completamente do profissional a sua independência. No impedimento, porém, a razão da limitação parcial, na forma do artigo 30 do EAOAB, para atuar contra a Fazenda Pública que remunere o advogado, no seu mesmo nível de atuação (federal, estadual ou municipal), é o reconhecimento legal da redução parcial dessa independência profissional, de modo a impedir o comprometimento da igualdade entre as partes ou o tráfico de influência no âmbito de atuação do profissional.

Essas restrições ao livre exercício profissional têm por fundamento a previsão da parte final do **artigo 22, XVI, da Constituição da República**, que fixa a competência privativa da União para legislar sobre “condições para o exercício das profissões”.

O exercício de qualquer profissão está sujeito a condições estabelecidas em lei de caráter nacional, portanto. As profissões liberais, normalmente, requerem regulamentação, sobretudo aquelas cujas atividades repercutem no campo de interesse de terceiros⁸. Por isso, instituem-se os conselhos, com base em lei federal, para a sua rigorosa fiscalização.

A Constituição, ao estabelecer a competência privativa da União para fixar as condições do exercício de qualquer profissão, torna certo que o seu artigo 5º, XIII, que determina ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer, deve ser interpretado em harmonia com o artigo 22, XVI, antes citado.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 199.088/SP⁹, o Supremo Tribunal Federal registrou que “... **as condições para o exercício de profissão deverão ser razoáveis**”.

⁷ RAMOS, Gisela Gondin, **Estatuto da Advocacia**: comentários e jurisprudência selecionada. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p.354.

⁸ “O Exame de Ordem, inicialmente previsto no artigo 48, inciso III, da Lei nº 4.215/63 e hoje no artigo 84 da Lei nº 8.906/94, no que a atuação profissional repercute no campo de interesse de terceiros, mostra-se consentâneo com a Constituição Federal, que remete às qualificações previstas em lei. Considerações.” (STF – RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 603.583/RS – REPERCUSSÃO GERAL – PLENÁRIO – Relator Min MARCO AURÉLIO, DJe 102, divulg. 24.05.2012, p. 25.05.2012, pp. 550).

⁹ STF – SEGUNDA TURMA – Rel. Min. Carlos Velloso, DJU de 16/04/1999, PP. 24, j. 1º/10/1996.

Portanto, como corte teórico destinado a definir parâmetros claros de razoabilidade, é importante advertir que este estudo não enfrenta as limitações ao exercício da advocacia concomitantemente com as atividades de Chefe do Poder Executivo, membros de Mesas do Poder Legislativo e seus substitutos legais; de membros de órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público, da justiça de paz, dos tribunais e conselhos de contas; dos que exerçam função de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta; do ocupantes de cargos ou funções de direção em órgãos da administração pública direta ou indireta, inclusive das suas fundações e empresas controladas ou concessionárias de serviço públicos; dos ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário; dos que exercem serviços notariais e de registro; dos ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a atividade policial de qualquer natureza; dos militares de qualquer natureza, na ativa; dos ocupantes de cargos ou funções que tenham competência para lançamento, arrecadação ou fiscalização de tributos e contribuições parafiscais; aos ocupantes de direção e gerência em instituições financeiras, inclusive privadas.

Nesses casos, a incompatibilidade está expressamente prevista e se asenta, sobretudo, na ética, na moralidade administrativa e na constatação de que todos os pressupostos de independência ficam comprometidos em função da natureza dos cargos ou funções ocupados, excetuados, é claro, os casos de **incompatibilidade excepcionada**, figura definida no artigo 29 do EAOAB, porque trata do nível de influência de ocupantes de cargos ou funções de direção em órgãos jurídicos, que se assemelham às hipóteses do inciso III do artigo 28 do EAOB, mas com ele não se confundem, porque as atribuições de direção jurídica são privativas dos inscritos na OAB. Logo, o EAOAB abre exceção para permitir o exercício profissional, mas restrito às atribuições do cargo ou função de Procurador-Geral, Advogado-Geral, Consultor-Geral, Defensor-Geral ou o que os valha.

O exercício da advocacia tem coloração pública, porque nele está presente a sua indispensabilidade à administração da Justiça, seja no ministério público ou privado, indistintamente. Não foi por outra razão que o artigo 2º do Novo Código de Ética e Disciplina da OAB não diferencia mais ministério público de privado, quando determina:

Art. 2º. O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais, da cidadania, da moralidade, da Justiça e da paz social, cumprindo-lhe exercer o seu ministério em consonância com a sua elevada função pública e com os valores que lhe são inerentes (Resolução nº 02, de 19 de outubro de 2015¹⁰)¹¹.

É preciso reconhecer que o EAOAB não disciplina apenas a advocacia privada, como se esta e a advocacia pública fossem atividades paralelas e excluídas, deixando de lhes garantir um regime de direitos, deveres e prerrogativas integrado e harmônico.

Na lição de Paulo Lobo, essas atividades profissionais são de mesma natureza ontológica e jurídica, pouco importando o interesse patrocinado ou o tipo de vínculo público ou privado do profissional que a exerce, de modo que a previsão da dupla submissão ao regime do EAOAB e ao regime próprio a que estejam vinculados os advogados públicos, na forma do artigo 3º, § 1º, do EAOAB, não pode incorrer na leitura equivocada que leve à discriminação entre os advogados, sob pena de comprometimento da liberdade profissional inata aos inscritos na OAB, em função da natureza do vínculo e do local da prestação do serviço do advogado ao seu cliente.

Não é razoável distinguir os profissionais, quando é importante perfilhar que a independência de qualquer advogado, seja ele privado ou público, antes de estar atrelado a seus representados, está, acima de tudo, submetido à lei que regula a sua atuação e estabelece as condicionantes e limites legais de seu patrocínio. Apenas dentro desses limites será possível atuar no interesse a ser postulado, tanto privado como público. O advogado não pode nem deve ignorar tais limites, nem poderá violá-los a pretexto de sustentar interesses ilegais, ilegítimos e imorais, assegura Diogo de Figueiredo Moreira Neto.

Esses limites são os mesmos, do ponto de vista do exercício profissional, de modo que as leis orgânicas das carreiras da Advocacia Pública não se confundem

¹⁰ DOU de 04 de novembro de 2015.

¹¹ A redação do Código de Ética e Disciplina anterior era: “Art. 2º. O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça e da paz social, subordinando a atividade do seu **Ministério Privado** à elevada função pública que exerce”. (grifo nosso).

com o EAOAB. Este não trata das matérias que envolvem a função pública exercida pelo advogado público, a exemplo da organização da instituição estatal, da progressão nas carreiras públicas, da forma de investidura, dos direitos, deveres e infrações disciplinares específicos.

Do mesmo modo, a proibição do exercício de atividade privada determinada pela Administração Pública a que o advogado esteja vinculado não pode gerar qualquer incompatibilidade prevista no EAOAB, que possui abrangência nacional e encontra fundamento geral nos preceitos éticos que visam evitar conflito de interesses. Assim, é preciso distinguir o que sejam as hipóteses de incompatibilidades e impedimentos previstas privativamente no EAOAB da simples aplicação de norma que regule o vínculo contratual e/ou estatutário estabelecido entre cliente e advogado.

Logo, o regime de trabalho resultante do vínculo estatutário do advogado público com a unidade federativa a que esteja vinculado não pode ser utilizado simplesmente como maneira de gerar uma espécie de incompatibilidade excetuada que o impeça arbitrariamente de exercer a Advocacia Plena, em causa própria, no patrocínio de interesses dos necessitados ou de interesses outros não conflitantes com os interesses do Estado.¹²

A interpretação do ordenamento jurídico não pode representar ofensa à dignidade dos advogados públicos, para lhes impor restrições desarrazoadas.

Não existe uma única norma de caráter nacional que presuma a violação do interesse público no caso de o advogado público ser submetido ao regime de impedimentos e incompatibilidades que o constituinte originário delegou ao legislador ordinário nacional regulamentar.

Não compete a leis orgânicas dos órgãos de Advocacia Pública dividir a classe dos advogados, amparadas em fundamentos preconceituosos, generalistas e não embasados em dados sólidos que justifiquem a medida.

¹² Segundo Aldemario Araujo Castro, “tanto a Portaria AGU n. 758/2009, quanto a Instrução Normativa CGAU/PGF n. 1/2009, estabelecem a aplicação do Estatuto da OAB no exercício da advocacia *pro bono*, notadamente as regras de impedimento, preservadoras de conflitos de interesses. Tal definição, explicitada também para o exercício da advocacia em causa própria (art. 1º, § 1º, da Instrução Normativa CGAU/PGF n. 1/2009), resulta do entendimento atualmente consagrado no âmbito da Advocacia-Geral da União da necessidade de vinculação do advogado público à Ordem dos Advogados do Brasil e aos ditames legais da profissão de advogado.” (Pressupostos Utilizados na Regulamentação da Advocacia Pro Bono, Folha de Registro de Atividades e Magistério no Âmbito da Advocacia Pública Federal. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/pressupostos_utilizados_na_regulamentacao_da_advocacia_pro_bono_folha_de_registro_de_atividades_e_magisterio_no_ambito_da_advocacia_publica_federal_-_aldemario_araujo_castro.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2016.)

Não há qualquer lógica interpretativa que justifique uma leitura equivocada do impedimento do art. 30, I, do Estatuto - dispositivo utilizado como observação, no momento da expedição dos documentos de identidade profissional dos advogados públicos -, para presumir a inclinação de profissionais éticos, dignos, qualificados e esforçados à prática de desvios funcionais.

Nesse sentido, o Conselho Federal da OAB, na Proposição OO41/2005/COP, em acórdão de lavra do Conselheiro Federal Marcelo Lavocat Galvão, publicado no DJU de 19.12.2006, advertiu que

(...) o certo é que não se pode, por meio de exercício interpretativo, e a pretexto de se evitar toda sorte de irregularidades, ampliar o alcance e os efeitos de norma jurídica proibitiva de exercício profissional. (...) A atuação preventiva das entidades administrativas não tem o condão de transformar o órgão fiscalizador em legislador positivo, notadamente para impor limitação profissional àquele que, de acordo com a legislação em vigor, não a possui. A prevenção e o apenamento para tal tipo de conduta, portanto, devem ser inferidos do próprio sistema normativo que rege a categoria, cabendo registrar que o Estatuto da OAB já se antecipou à presente celeuma para, em dois dispositivos diversos, impedir o desvio de conduta dos maus profissionais que se aproveitam da formação da sociedade para a prática de atos desprovidos de ética profissional.

Recorremos mais uma vez aos ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem as funções advocatícias são inequivocamente funções de corte político, inconfundíveis com as de servidores que exercem funções administrativas, justamente porque a especial investidura dos advogados públicos, além de induzir uma responsabilidade corporativa geral, perante os órgãos colegiados de classe, implica também em uma responsabilidade corporativa especial, perante os órgãos colegiados institucionais que lhes são próprios¹³:

¹³ O professor Diogo de Figueiredo também destaca que “os únicos órgãos institucionais colegiados mencionados na Constituição, além do da Ordem dos Advogados do Brasil, são os da advocacia da União: a Advocacia Geral da União; os demais órgãos institucionais das carreiras de advocacia de Estado são de criação e definição infraconstitucionais nas Constituições Estaduais, nas Leis Orgânicas distrital-federal e municipais e nas Leis Orgânicas dessas mesmas entidades”.

De resto, inexistente dispositivo constitucional do qual se possa inferir qualquer subordinação da atuação profissional do Advogado de Estado a qualquer outro órgão de previsão constitucional, salvo, evidentemente, a onímoda subordinação ao controle jurisdicional de qualquer ato que importe em lesão ou ameaça a direito.

Assim, em nível infraconstitucional, na legislação federal dirigida à Advocacia de Estado, ordenam cumulativamente o exercício desta função essencial do Estado tanto os dispositivos específicos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil como os do Código de Processo Civil.¹⁴

É lamentável que, no estágio atual das carreiras essenciais à Justiça devidamente consagradas e amparadas na Constituição Federal de 1998, e aí se encontram tanto advogados públicos como privados, instituições ou pessoas utilizem argumentos vazios e inverídicos em flagrante ataque à dignidade dos advogados públicos, supondo-os artífices de improbidades e de crimes perpetrados contra a Administração Pública, sobretudo quando todos os profissionais da advocacia são submetidos previamente a exame de ordem nos quais lhes são exigidos profundos conhecimentos dos deveres e obrigações ético-disciplinares de velar pela dignidade, independência, prerrogativas e valorização da advocacia.

Vale citar as recentes alterações feitas pelo Estado de Minas Gerais e Mato Grosso. O Estado de Minas Gerais modificou a Lei Orgânica local em 2010, para aplicar a vedação prevista na lei federal (EOAB) com a finalidade de igualar Procuradores do Estado em direitos e prerrogativas, suprimindo restrições no regime jurídico de parcela da carreira e revogando dispositivos que destoavam da nova concepção que se pretende implantar.¹⁵ Já o Estado do Mato Grosso promulgou a Emenda Constitucional nº 62/2012, que assegurou aos Procuradores do Estado do Mato Grosso as prerrogativas, impedimentos e incompatibilidades do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, lei de estatura nacional e iniciativa privativa da União, para regulamentar o exercício da advocacia em todo o país, além de atender o objetivo de descentralizar a atuação da

¹⁴ In: A Responsabilidade do Advogado de Estado. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado** – Centro de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, Volume 63, 2008. Disponível em: <<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1929147/DLFE-66513.pdf/REVISTA6395.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

¹⁵ Mensagem nº 502/2010, de 10 de maio de 2010, enviada pelo Governador do Estado de Minas Gerais à Assembleia Legislativa daquele Estado.

Procuradoria Geral do Estado e assegurar maior eficiência na representação e consultoria jurídica da unidade federativa.

Os Estados que optaram por retornar ao regime jurídico da vedação do EAOAB nada mais fizeram do que atualizar a própria lei orgânica para aplicar corretamente a legislação em vigor, além de trilhar o mesmo caminho político pelo qual a grande maioria dos Estados¹⁶ e a União, no PL nº 4.254/2015, optaram e representa a atual tendência do perfil do advogado público contemporâneo.

Não por outro motivo, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, o quadro evoluiu e apenas os Estados do Acre, Mato Grosso do Sul, Paraná, Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo mantêm a ampliação do regime de incompatibilidades, avançando para além do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB), sendo que se percebe profundo exagero na nova Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, no momento em que prevê sanção disciplinar com a pena de demissão direta, para os casos de exercício da advocacia fora do âmbito das atribuições institucionais¹⁷, como se demonstrará adiante.

Assim, esclarecidos o campo de incidência das leis nacionais (EAOAB), federais (LOAGU), estaduais (LOPGEs), distritais (LOPGDF) e municipais (LOPGMs), cuidaremos de analisar, em seguida, os problemas referentes aos conflitos de interesses, ao uso equivocado do regime de trabalho como instrumento de vedação da Advocacia Plena pelos advogados públicos e à desproporcionalidade entre meios e fins nos casos de limitação do exercício da advocacia, fora dos moldes da Constituição Federal e do EAOAB.

5. CONFLITO DE INTERESSES

Já vimos que os advogados públicos são advogados, profissionais da advocacia, e como tais são submetidos e protegidos pelo desdobramento de normas infraconstitucionais emanados do artigo 133 da Constituição da República, de forma que os poderes constituídos e decorrentes devem obediência às regras de competência que governam o exercício das suas funções privativas de reconhecida relevância social.

¹⁶ Respeitam os regimes de impedimentos e incompatibilidades do EAOAB os Estados do Tocantins, Rondônia, Amazonas, Roraima, Amapá, Pará, Maranhão, Piauí, Ceará, Rio Grande do Norte, Paraíba, Pernambuco, Alagoas, Sergipe, Bahia, Espírito Santo, Rio de Janeiro, Minas Gerais, Mato Grosso, Goiás e Distrito Federal.

¹⁷ Lei Complementar nº 1.270/2015, artigo 135, IV, “f”.

Assim, as disposições da Lei 8.906/1994 (EAOAB), em relação às incompatibilidades e aos impedimentos para o exercício da profissão, estabelecidos no exercício da competência privativa da União para legislar sobre as qualificações profissionais, trazem critérios suficientes e exaurientes para defender as premissas da independência e isonomia profissional e evitar uso da advocacia como instrumento do tráfico de influência.

O advogado tem o dever de manter sua independência profissional, em qualquer circunstância, mesmo integrando uma relação de emprego ou mantendo vínculo estatutário (EAOAB, artigos 18 e 31, § 1º).

Se essa era uma constatação natural proveniente da natureza técnica e política das suas atribuições constitucionais¹⁸, o novo Código de Ética e Disciplina da OAB determina que as suas disposições obriguem igualmente os órgãos de Advocacia Pública e os próprios advogados públicos, inclusive aqueles que ocupam postos de chefia e direção jurídica, de modo a exercer suas funções com independência técnica e contribuir para a solução ou redução da litigiosidade, sempre que possível (artigo 8º).

Reportando-se ao novo Código de Ética para examinar a questão das situações de conflito de interesses envolvendo a independência do advogado, Luiz Henrique Alochio chama a atenção para esta que é uma questão extremamente cara à advocacia:

Não pode o profissional da advocacia vergar-se, por exemplo, ao desejo do cliente impor teses jurídicas aventureiras, infundadas ou levianas. Nem pode o advogado se submeter à imposição do cliente de ter outro profissional advogado tutelando-o.

¹⁸ “É inconstitucional o diploma normativo editado pelo Estado-membro, ainda que se trate de emenda à Constituição estadual, que outorgue a exercente de cargo em comissão ou de função de confiança, estranho aos quadros da Advocacia de Estado, o exercício, no âmbito do Poder Executivo local, de atribuições inerentes à representação judicial e ao desempenho da atividade de consultoria e de assessoramento jurídicos, pois tais encargos traduzem prerrogativa institucional outorgada, em caráter de exclusividade, aos Procuradores do Estado pela própria Constituição da República. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Magistério da doutrina. – **A extrema relevância das funções constitucionalmente reservadas ao Procurador do Estado (e do Distrito Federal, também), notadamente no plano das atividades de consultoria jurídica e de exame e fiscalização da legalidade interna dos atos da Administração Estadual, impõe que tais atribuições sejam exercidas por agente público investido, em caráter efetivo, na forma estabelecida pelo art. 132 da Lei Fundamental da República, em ordem a que possa agir com independência e sem temor de ser exonerado “ad libitum” pelo Chefe do Poder Executivo local pelo fato de haver exercido, legitimamente e com inteira correção, os encargos irrenunciáveis inerentes às suas altas funções institucionais.**” (ADI 4843 MC-ED-Ref, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 18-02-2015 PUBLIC 19-02-2015) (grifo nosso).

(...)

Na advocacia privada, o advogado em situação de conflito com o cliente tem como solução a renúncia ao mandato. O interesse do cliente é personificado. O que facilita tal identificação e a solução.

(...)

Ocorre, todavia, que na advocacia pública, o advogado defende o interesse público. Não personificado pela chefia imediata. Porém, é preciso ponderar que, enquanto o pensamento orgânico, podem as procuraturas adotar teses de defesa homogêneas, capazes de conduzir a estratégias previamente avaliadas. A noção de independência técnica, portanto, não poderá conduzir a insurgência desarrazoada do profissional. No entanto, a extensão da nova regra não pode – eis a preocupação fundamental – conduzir ao extermínio da liberdade técnica do advogado público, até mesmo para questionar as estratégias traçadas, de forma a permitir-lhe avanço e evolução.¹⁹

É indubitavelmente reprovável desnaturar esse dever de independência, também, quando o advogado exerce a profissão em completa deslealdade e trai a confiança que é a base da relação com os interesses que patrocina. Atuar dessa forma configura falta de qualquer advogado com o seu dever de independência e isonomia profissional.

Essas situações de conflito ocorrem quando há o choque entre os interesses pessoais e as obrigações precípua e, assim, o comprometimento do julgamento profissional, em benefício próprio ou de terceiro e em prejuízo do interesse primário objeto da consulta ou assessoramento jurídico ou da representação judicial sob o patrocínio do profissional. São ainda mais perceptíveis quando o sistema de controle da atuação profissional permite rastrear a atuação do advogado e associados de forma a facilmente detectar:

¹⁹ XXII Conferência Nacional dos Advogados, Anais, Vol. II, Brasília: Conselho Federal da OAB, 2014. p. 166.

1. Representação simultânea de pessoas físicas com interesses contrapostos, a exemplo de um divórcio litigioso;
2. Representação de duas pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que estão processando uma a outra;
3. Representação de um cliente que gere conflito com interesses de um cliente atual ou anterior;
4. Advogado, ou qualquer pessoa relacionada ou associada com o advogado, que tenha interesse pessoal no desfecho do caso ou nas conclusões de uma consulta.

No que diz respeito às sociedades simples ou às denominadas sociedades unipessoais de prestação de serviços de advocacia, além da obrigação de registro e aprovação dos seus atos constitutivos pelo Conselho Seccional da OAB em cuja base territorial o “escritório” tiver sede, registra-se uma série de exigências destinadas a detectar a ocorrência desses possíveis conflitos de interesses, entre os sócios e entre estes e seus clientes, veja-se:

Artigo 15...

§ 3º As procurações devem ser outorgadas individualmente aos advogados e indicar a sociedade de que façam parte.

(...)

§ 6º Os advogados sócios de uma mesma sociedade profissional não podem representar em juízo clientes de interesses opostos.

Individualmente, são disciplinadas à exaustão no Estatuto e no Código de Ética e Disciplina da OAB, a saber:

Art. 34. Constitui infração disciplinar:

I - exercer a profissão, quando impedido de fazê-lo, ou facilitar, por qualquer meio, o seu exercício aos não inscritos, proibidos ou impedidos;

II - manter sociedade profissional fora das normas e preceitos estabelecidos nesta lei;

III - valer-se de agenciador de causas, mediante participação nos honorários a receber;

IV - angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros;

(...)

VII - violar, sem justa causa, sigilo profissional;

VIII - estabelecer entendimento com a parte adversa sem autorização do cliente ou ciência do advogado contrário;

IX - prejudicar, por culpa grave, interesse confiado ao seu patrocínio;

X - acarretar, conscientemente, por ato próprio, a anulação ou a nulidade do processo em que funcione;

XI - abandonar a causa sem justo motivo ou antes de decorridos dez dias da comunicação da renúncia;

(...)

XV - fazer, em nome do constituinte, sem autorização escrita deste, imputação a terceiro de fato definido como crime;

(...)

XIX - receber valores, da parte contrária ou de terceiro, relacionados com o objeto do mandato, sem expressa autorização do constituinte.

O sigilo profissional também é inerente à advocacia e o seu desrespeito configura ainda infração ético-disciplinar, na forma do artigo 34, VII, da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB) e dos estatutos próprios.

Nada justifica propostas atos normativos que restringem a atuação de advogados públicos, pressupondo a utilização de informações estratégicas dos entes públicos para satisfazer interesses privados e invocando aleatoriamente o princípio da moralidade.

Os advogados públicos são profissionais cientes da sua identidade e das responsabilidades éticas norteadoras da profissão, não apenas em razão do múnus constitucional que lhes é imposto, mas pela vocação, pelo perfil profissional que lhes orienta, assim como qualquer profissional da advocacia.

Sendo inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil - e não poderia ser diferente²⁰ - o exercício da profissão pelos advogados públicos também corresponde à aplicação prática do conhecimento técnico em favor dos interesses sob seus cuidados. Trair essa confiança caracteriza patrocínio infiel, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Desse modo, a pretexto de prevenir conflitos de competência, nenhuma iniciativa legislativa pode, em primeiro lugar, violar a competência privativa da União para legislar sobre qualificações e condições para o exercício da profissão; ampliar as hipóteses de incompatibilidades e impedimentos, ambas limitações necessariamente de abrangência nacional; desfigurar a identidade profissional do advogado público; e atribuir a eles condutas inapropriadas fundadas em raciocínios generalizantes e em juízos fluídos sobre o princípio da moralidade.

6. ADVOCACIA PLENA, RAZOABILIDADE NA DISCIPLINA DO REGIME DE TRABALHO E A FALSA MORALIDADE

O regime de trabalho dos servidores públicos *lato sensu* é fixado em razão da natureza, características, condições e atribuições dos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente.²¹

No caso dos advogados públicos, dada a índole intelectual do trabalho, o cumprimento de jornada interna e o controle de frequência são medidas irrelevantes para se aferir a atuação profissional. Com efeito, o controle da atividade da Advocacia Pública se faz nos resultados obtidos, no cumprimento qualitativo dos prazos, na defesa abnegada do interesse público, na produção de peças e pareceres. O trabalho dos advogados públicos é medido pela produção, pouco importando para a Administração o tempo ou o local da jornada. Não comporta, de regra, a realização exclusiva dentro de um horário determinado, porque só quem pode deixar seu trabalho incompleto sem ser responsabilizado

²⁰ Na ADI 5334/DF, toda a advocacia pública, representada institucionalmente quanto corporativamente, nos três níveis da federação, além do Conselho Federal da OAB, manifestaram-se, na condição de *amicus curiae*, contra o pedido do Procurador-Geral da República, defendendo a constitucionalidade do artigo 3º, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.906/1994; logo, da inscrição dos advogados públicos nos quadros da OAB.

²¹ Lei 8.112/1990, artigo 19.

é que tem jornada de trabalho controlada por ficha de frequência ou controle de ponto.

Daí se depreende que os advogados públicos se encontram sujeitos a regime de trabalho especial, podendo ser chamados fora do horário de expediente das repartições públicas estaduais, realizar estudos nos fins de semana e feriados, sem que isso caracterize a prestação de serviço extraordinário. O excesso de trabalho pode até ser compensado, como no caso de substituição de acervos de colegas licenciados ou afastados, mas seu regime de trabalho não é quantificado em horas. Afere-se a efetividade tão-somente pelo cumprimento das atribuições que correspondem ao seu núcleo de competências.²²

Nesse sentido a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, no Parecer nº 14.917, concluiu que

(...) o procedimento usualmente adotado pela Corregedoria-Geral para o controle de efetividade da generalidade dos Procuradores do Estado quando em exercício na PGE circunscreve-se, como referido por um dos Agentes Setoriais que solicitou orientação, à emissão de relatório mensal de atividades, no qual são quantificadas as reuniões e audiências a que compareceu o Procurador, o número de trabalhos, processuais ou não, produzidos no período, as comissões de que participou etc.²³

A questão também não é nova na Advocacia Pública Federal. Nesse sentido é a orientação da Corregedoria-Geral da Advocacia Geral da União, nos autos do Processo nº 00406.000399/2006-60:

²² A tendência atual é permitir inclusive que os servidores da área fim do Judiciário trabalhem em regime de *home Office*. Esse regime de trabalho já é adotada por vários tribunais, a exemplo do Tribunal Superior do Trabalho, que adota a prática desde 2012, enquanto os tribunais de Justiça de São Paulo e de Santa Catarina regulamentaram em 2015 esse modelo alternativo de trabalho. O Conselho Superior da Justiça do Trabalho também aprovou a medida aos tribunais regionais do trabalho e das varas. No Supremo Tribunal Federal, a prática é regulamentada pela Resolução nº 568, de 5 de fevereiro de 2016, a título de projeto-piloto (Disponível em: < <http://s.conjur.com.br/dl/resolucao-stf-home-office.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2016). A proposta da nova Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) também projeta incluir o teletrabalho como prática em todo o Judiciário do país, enquanto o Conselho Nacional de Justiça também estuda se antecipar e regulamentar a prática.

²³ Nos autos do Processo nº 200800003007977, o Conselho de Procuradores da Procuradoria Geral do Estado de Goiás, em 2009, deliberou que “*a assiduidade não pode ser confundida com pontualidade, considerado ainda que os Procuradores do Estado não convivem com horário de trabalho fixo (ou inflexível), próprio do servidor público cujas funções não envolvem trabalho intelectual de pesquisa e produção de manifestações técnicas*”.

O Advogado da União, assim como o Procurador da Fazenda Nacional e o Procurador Federal, não convive com horário de trabalho fixo (ou inflexível) próprio do servidor público cujas funções não envolvem trabalho intelectual de pesquisa e produção de manifestações técnicas.²⁴

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região já teve a oportunidade de se manifestar a respeito, a exemplo de outros precedentes, da seguinte forma:

1- A instituição de controle eletrônico de ponto para procuradores, por óbvio, não se compatibiliza com o exercício da atividade voltada para a advocacia. 2. **O exercício da advocacia tem como pressuposto a maleabilidade. Neste contexto, a submissão dos procuradores a ponto eletrônico de frequência desnatura a singularidade do ofício e promove restrição indevida da atuação do profissional.** 3. Os Decretos 1.590/95 e 1.867/86 bem dispõem sobre diversa forma de controle de frequência para os servidores que exercem suas atividades em ambiente externo. 4. Apelação e remessa oficial improvidas.

(TRF/3ª Região – MS 200003990653417; 2ª Turma, Rel. Juiz Federal Paulo Sarno, DJ 18/05/2007, p. 518, g. nosso)

Assim, a avaliação da assiduidade do advogado público não se confunde com o mero registro de frequência, controle de ponto ou presença na repartição pública, sobretudo diante de que as suas atribuições constitucionais, no atual modelo de gestão pública implementado depois da Emenda Constitucional nº 19/1998, pressupõe atuação no sentido de rotina de estudos, qualificação, produção de teses, pareceres e peças, cumprimento dos prazos judiciais ou administrativos, tudo com dedicação, qualidade e eficiência.

Se o controle de assiduidade deve pautar-se na atuação do advogado público, no sentido de avaliar a qualidade e eficiência no cumprimento dos prazos

²⁴ Foram essas as razões que levaram o Advogado-Geral da União a definir o prazo de seis meses para que a Corregedoria-Geral da AGU apresentasse uma minuta de ato normativo com a finalidade de criação de controles consonantes com a natureza das atividades realizadas pelo advogado público (Despacho 11/2008 e Nota Técnica nº 50/2008-CGAU/AGU, Processo Administrativo Disciplinar nº 00406.000262/2007-96).

judiciais ou administrativos, o regime de trabalho não pode ser utilizado como escudo para impedir o exercício profissional pleno (Advocacia Plena) a pretexto de adoção de um **regime de tempo integral** ou um **regime de dedicação plena ou exclusiva**.²⁵

A definição de quaisquer dessas soluções não pode ser arbitrária, de modo a chamar em seu socorro o princípio da moralidade, sem trazer, porém, um único caso concreto ou a comprovação da desnaturação dos valores profissionais no campo da Advocacia Pública.

O Colégio Nacional de Corregedores das Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal, reunido em Maceió, em 15 de maio de 2015, surpreendeu-se com os fundamentos moralistas da Proposta de Emenda à Constituição nº 26/2014, justamente porque a disciplina rígida inerente ao controle diário de ponto, guardadas as devidas proporções, não se compatibiliza com o regime dos artigos 131 e 132 da Constituição da República.

Na ocasião, fez-se o registro de que as faltas disciplinares dessa natureza são prontamente processadas e punidas e não são recorrentes, enquanto a legislação supletiva²⁶ obedece aos parâmetros da legislação nacional da profissão, a exemplo do Código de Ética da Procuradoria Geral do Distrito Federal, segundo o qual:

²⁵ Hely Lopes Meirelles ensina que “a diferença entre regime de tempo integral e o de dedicação plena [ou exclusiva] está em que naquele o servidor só pode trabalhar no cargo ou na função que exerce para a Administração, sendo-lhe vedado o desempenho de qualquer outra atividade profissional pública ou particular, ao passo que neste (regime de dedicação plena) o servidor trabalhará na atividade profissional de seu cargo ou de sua função exclusivamente para a Administração, mas poderá desempenhar atividade diversa da de seu cargo ou de sua função em qualquer outro emprego particular ou público, desde que compatível com o da dedicação plena. No regime de dedicação integral o servidor só poderá ter um emprego; no de dedicação plena poderá ter mais de um, desde que não desempenhe a atividade correspondente à sua função pública exercida neste regime.” (in **Direito Administrativo**, 34ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499).

²⁶ José Afonso da Silva afirma textualmente que normas gerais veiculam princípios a serem observados pelo legislador infraconstitucional dos entes federados, que legislarão concorrentemente sobre a matéria disciplinada. “(...) porque justamente a característica da legislação principiológica (normas gerais, diretrizes, bases), na repartição de competências federativas, consiste em sua correlação com competência suplementar (complementar e supletiva) dos Estados.” (**Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29. ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 504). Em outra ocasião complementou que “tem sido uma questão tormentosa definir o que são ‘normas gerais’, para circunscrever devidamente o campo de atuação da União. Diremos que ‘normas gerais’ são normas de leis, ordinárias ou complementares, produzidas pelo legislador federal nas hipóteses previstas na Constituição, que estabelecem princípios e diretrizes da ação legislativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Por regra, elas não regulam diretamente situações fáticas, porque se limitam a definir uma normatividade genérica a ser obedecida pela legislação específica federal, estadual e municipal: direito sobre direito, normas que traçam diretrizes, balizas, quadros à atuação legislativa daquelas unidades da Federação.” (**Comentário Contextual à Constituição**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 280/281).

Art. 3º. Os Procuradores do Distrito Federal observarão, no exercício de suas funções, os padrões éticos de conduta, com o objetivo de preservar e ampliar a credibilidade e respeitabilidade conquistadas pela Procuradoria-Geral do Distrito Federal ao longo de sua existência, devendo adotar os seguintes princípios:

I – lisura e probidade; e

II – decoro inerente ao exercício da função pública.

Parágrafo único. Os Procuradores do Distrito Federal organizarão suas atividades profissionais privadas de maneira a prevenir a ocorrência real, potencial ou aparente, de conflito com o interesse público, o qual sempre prevalecerá sobre o interesse privado.

(...)

Art. 5º - É vedado aos Procuradores do Distrito Federal:

(...)

II - integrar, na qualidade de sócio, empregado ou associado, sociedade de advogados que possua ou patrocine causa contra o Distrito Federal ou contra suas entidades da administração indireta;²⁷

Critérios de razoabilidade não podem ignorar que a Advocacia Pública seleciona meritoriamente profissionais qualificados, vocacionados, dedicados e destacados para bem orientar e defender os entes federados e o patrimônio público.

Por decorrência do duplo regime, os membros da Advocacia Pública estão sujeitos a dupla fiscalização profissional, tanto pelas respectivas corregedorias (internamente), quanto pela OAB (externamente), além do onímodo controle do Poder Judiciário, sem que a experiência da Advocacia Pública registre a recorrência de desvios éticos ou escândalos, nos seus quadros.

A experiência de 20 Estados e do Distrito Federal, além da maior parte dos municípios brasileiros, não pode, também, ser ignorada, porque demonstra

²⁷ Disponível em: http://www.tc.df.gov.br/sinj/BaixarArquivoNorma.aspx?id_norma=61383. Acesso em: 17 mar. 2016.

que as limitações constantes do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil são suficientes para evitar, investigar e punir desvios éticos, em todas as instâncias, haja vista que a habilitação profissional do advogado exige formação específica e consciência dos seus deveres profissionais.

Na Advocacia Pública Federal, aliás, a devida leitura da regulamentação do regime de dedicação exclusiva previsto no artigo 28, I, da Lei Complementar nº 73/1994, de algum modo já permite o exercício profissional dos membros da AGU fora das atribuições funcionais, quando licenciados, e nas demandas judiciais em causa própria e *pro bono*, enquanto evolui para reconhecer a identidade do advogado público na sua plenitude no Projeto de Lei nº 4.254/2015, seguindo critérios razoáveis de controle da atividade plena, a saber:

Art. 37. É facultado aos titulares dos cargos de que trata este Capítulo o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos ocupantes de cargos em comissão ou função de confiança.

Art. 38. O exercício da advocacia fora das atribuições institucionais está sujeito:

I - às normas e às orientações da Corregedoria-Geral da Advocacia da União e da Comissão de Ética da Advocacia-Geral da União;

II - aos impedimentos e às incompatibilidades previstos na Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, e, no que couber, na Lei n. 12.813, de 16 de maio de 2013; e

III - à comunicação prévia à Advocacia-Geral da União.

Parágrafo único. A Advocacia-Geral da União divulgará, em seu sítio na internet, a lista daqueles que exercem advocacia fora de suas atribuições legais.

Art. 39. A advocacia privada não poderá ser exercida contra a União, suas autarquias, suas fundações públicas, suas empresas públicas ou suas sociedades de economia mista.²⁸

²⁸ Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=39DB21B0006021C4CA1B8412FF201E07.proposicoesWeb2?codteor=1427623&filename=PL+4254/2015>. Acesso em: 20 mar. 2016.

Posto isso, não é inútil dizer que várias outras legislações supletivas disciplinam hipóteses de impedimento, sem conflitar com a legislação nacional, de modo a ser vedado ao advogado público exercer as suas funções em processo ou procedimento em que seja parte ou interessado; em que haja atuado, dentro de um tempo razoável, como advogado de qualquer das partes; em que seja parte ou interessado cônjuge ou companheiro, parente consanguíneo ou afim, em linha reta, ou na colateral até o terceiro grau; no qual haja postulado, como advogado, qualquer das pessoas mencionadas no inciso anterior; e nos demais casos previstos na legislação processual, devendo dar ciência ao coordenador das suas atividades dos motivos do impedimento, objetivando a designação imediata de substituto.

O sentimento de pertencimento à Ordem dos Advogados do Brasil, aliado à vedação da atuação em conflito de interesses, é suficiente para comprovar a ausência de contradição ético-profissional no exercício da Advocacia Plena. Mas o enriquecimento dos atributos da categoria também faz da advocacia plena uma necessidade, ao permitir que a vivência ampla da advocacia forneça aos advogados públicos uma pluralidade de conhecimentos e expertises que a corporação fechada dentro das rotinas burocráticas da Administração Pública não permite.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho alerta para que

(...) a experiência da advocacia privada propicia a redução de um fenômeno inerente ao exercício da atividade administrativa pública. Trata-se do que os economistas denominam de ‘assimetria de conhecimentos’. A expressão indica que os agentes econômicos privados acumulam conhecimento e experiência que não é reproduzível em outros cenários. Por isso, a autoridade administrativa desconhece algumas das peculiaridades do mercado privado.

A prática da advocacia privada investe o advogado de conhecimentos que não lhe seriam acessíveis por outra via. Tais conhecimentos podem ser aproveitados em prol do Estado, quando um mesmo sujeito desempenha a atividade privada de advocacia e está investido de advogado público.²⁹

²⁹ Parecer sobre a regularidade do exercício da atividade advocatícia por integrante da carreira de Procurador do Estado do Paraná, aprovado em concurso público instaurado em 1989. Consulta solicitada pela Associação dos Procuradores do Paraná – APEP. Brasília, 2015.

Realmente, o tirocínio especial do advogado, na busca da sua realização profissional, não resulta de hábitos repetitivos próprios da burocracia. Ele se desenvolve nos desafios variados da profissão, na linha de referência dos grandes juristas Raimundo Faoro, Eduardo Seara Fagundes, Bernardo Cabral, José Neri da Silveira, Celso Ribeiro Bastos, Humberto Gomes de Barros, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Luis Roberto Barroso, Michel Temer, José Afonso da Silva, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Leonardo Carneiro da Cunha, Luiz Edson Fachin, Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni, Manoel Caetano, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Valmir Pontes Filho, Ulysses Guimarães, dentre tantos outros advogados públicos de ontem e de hoje que contribuíram e ainda contribuem com a experiência e conhecimento acumulados na profissão para o destaque institucional dos advogados públicos no cenário nacional e internacional, sobretudo nos tribunais superiores.

Argumentos meramente corporativos ou preconceituosos apenas fomentam uma reserva de mercado ou um injusto baldão que não tem outra utilidade a não ser atingir indistintamente a dignidade de todos os advogados públicos. Segundo Gisela Gondin Ramos, é preferível examinar os casos de incompatibilidade, de impedimento e de conflito de interesses de forma técnica, objetiva e exclusivamente sob o enfoque legal, “sem resvalar para os supramencionados sentimentos corporativos”:

Sempre tive, e tenho, restrições à utilização de argumentos que fossem meramente corporativos, no sentido de promover uma ‘reserva de mercado’ da atividade da advocacia, porque sempre entendi que a defesa de nossa profissão, e a permanente manutenção da dignidade da classe, se situam em um patamar mais alto, e distanciado de tais questões.³⁰

Portanto, se a vedação existente no Estatuto da OAB é suficiente e atende à moralidade pública, inexistem razoabilidade em restrições maiores ao exercício da Advocacia Plena, como aquela prevista na Lei Complementar de São Paulo nº 1.270/2015, que, além de vedar de forma abrangente o exercício da advocacia fora do âmbito das atribuições institucionais, ainda comina a pena de demissão

³⁰ RAMOS, Gisele Gondim. **Estatuto da Advocacia**: Comentários e Jurisprudência Seleccionada. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 363.

para a hipótese tipificada como infração disciplinar grave (artigo 122, II, c/c 135, IV, “f”).

Essa lei paulista é desproporcional porque pune com demissão conduta permitida pelo legislador nacional competente e é altamente questionável, porque não atende critérios razoáveis de adequação, frente o ordenamento jurídico; de necessidade, consideradas as particularidades da profissão e as carências do serviço público; e de proporcionalidade entre o meio utilizado e os fins almejados.

Um raciocínio simples sobre a sua adequação, necessidade e proporcionalidade entre meios e fins é capaz provar o caráter desarrazoado dessa previsão legal: o advogado público que eventualmente atue em causa própria ou *pro bono*, no Estado de São Paulo, por menor que seja seu proveito econômico, ainda que fora do ambiente de trabalho e em causa sem qualquer vínculo de interesse com o ente que o remunera, sofrerá pena de demissão, sem necessidade de reincidência.

O legislador paulista, inexplicavelmente, parte de pressupostos descolados da realidade, como se o ritmo de trabalho, o compromisso, o cumprimento das tarefas cotidianas e dos prazos, a elaboração de pareceres e o acompanhamento processual fossem condutas humanas automáticas e padronizadas, na área jurídica.

Como adverte MOREIRA NETO, há os advogados maus e lentos, assim como há os bons e rápidos,

(...) de modo que não será por esse critério que se haverá de obter melhoras de produção profissional, mas, certamente, através do emprego de índices de desempenho, que revelem qualidade, o que pouco ou nada tem a ver com o tempo que cada profissional dedica a uma determinada causa.

Tais situações são amplamente conhecidas na já longa experiência das procuradorias de estado do país, muitas delas meritoriamente distinguidas como modelares casas de excelência profissional e que contam em seus quadros com um expressivo número de mestres, doutores, professores universitários e autores jurídicos de renome.³¹

³¹ Uma pretendida proibição de exercer a advocacia liberal imposta aos advogados públicos. Disponível em: <<http://www.rodineicandeia.com/2014/08/uma-pretendida-proibicao-de-exercer.html>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

A proibição do exercício da Advocacia Plena, aquela exercida de acordo com as regras do EAOAB, equivale a subtrair os advogados públicos do ambiente de competição e das renovadas experiências jurídicas dos insubstituíveis laboratórios que o mercado oferece, para reduzi-los a meros burocratas divorciados da complexa e cambiante realidade que a cada dia mais os desafia.

Ainda assim a lei paulista pune com demissão a conduta permitida pelo sistema de regulamentação da profissão do advogado. Afora sua incapacidade de insular completamente o advogado público do ambiente de construção jurídica, mergulhando-o em ambiente estéril e hermético, dificultando sua capacidade de influenciar na construção do direito e de interagir com todo o sistema, a proibição de advogar é uma medida meramente formal, porque não os impede de produzir estudos, artigos e pesquisas, remunerados ou não, expressando sua livre consciência jurídica, sobretudo quando se sabe que a dedicação exclusiva não impede o exercício do magistério na área jurídica.

Do ponto de vista do efetivo controle de conflito de interesses, é possível observar que o vínculo formal do advogado público com uma sociedade de advogados conduz ao impedimento do artigo 15, § 6º, do EAOAB, facilitando a investigação e a constatação de qualquer desvio ético configurado na violação desse comando legal. Imagine-se um escritório de advocacia familiar, e isso não é incomum, no qual o advogado público mantenha sociedade com seus pais, irmão, cônjuge, cunhados. Não seria mais útil à Administração Pública preservar o impedimento da sociedade de advogar contra ela? Ou será mais razoável impedir que o advogado público atue na advocacia privada, ao mesmo tempo em que toda a sua família fica liberada para patrocinar causas contra a Fazenda Pública que o remunera?

Esses questionamentos demonstram o quanto é questionável punir com demissão advogados públicos que, de acordo com a natureza e as características do seu labor, atuem em causas sem qualquer conflito com demandas ou interesses do ente que os remunera.

Em vez de procurar segregar os dois ramos, a unidade da advocacia favorece o exercício pleno da profissão, com a maior aproximação e compartilhamento de experiências e a progressiva assimilação de atitudes profissionais que permitam melhores e mais céleres resultados.

Esta singular experiência sem dúvida retornará para a atividade pública desempenhada pelo procurador, conferindo a ele um raciocínio jurídico muito

mais rico e dinâmico do que se estivesse limitado à experiência da advocacia pública, no atual estágio de progressiva democratização e consequente consensualização das relações sociedade-estado.

Além dos excelentes quadros que a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, por exemplo, perde recorrentemente em razão do estreitamento do campo de atuação dos seus membros, não é demais esclarecer que isso ocorre em razão também de assimetrias institucionais com os demais órgãos públicos integrantes do sistema de Justiça (Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública).

O isolamento profissional prende o advogado público em um ambiente burocrático que o torna refém não só da acomodação, do desânimo e da defasagem remuneratória, também encoberta por soluções heterodoxas para contornar o teto constitucional das demais carreiras jurídicas de Estado acima citadas. Esse ambiente produz um estado de aviltamento profissional que excede o problema financeiro e gera uma espécie de conflito peculiar, no qual a Administração Pública submete a independência técnica do advogado público, não por estratégias orgânicas, mas para benefício de interesses secundários.

Isso acontece quando comumente a Administração Pública sonega condições mínimas de exercício profissional, como estrutura e quadro de apoio; cria um ambiente de terror e intimidação do advogado público; impede o incentivo a sua atualização e qualificação profissional; e tolhe o aproveitamento simétrico de conhecimentos e experiências que o exercício pleno da advocacia oferece.

A Advocacia Plena, pelo que se vê, é compatível com a natureza das atribuições dos advogados públicos, com a realidade do processo eletrônico, com as vantagens do trabalho remoto que o uso da tecnologia de informação e comunicação viabiliza, com o princípio da eficiência, com a necessidade de otimizar a produtividade e com a redução dos custos operacionais.

A Advocacia Plena, no sentido da evolução da identidade profissional e da responsabilidade constitucional de construir soluções jurídicas para as políticas públicas, segundo padrões de juridicidade obtidos no dia a dia da Administração Pública, a exemplo do que ocorre na maior parte das unidades federadas, oferece aos advogados públicos o maior domínio da arte do diálogo, do debate e da negociação, para fazer frente aos desafios que a efetividade da jurisdição e a segurança jurídica impõem nos dias atuais.

7. CONCLUSÃO

Este trabalho demonstrou, à exaustão, a impossibilidade de as constituições estaduais e/ou leis orgânicas das carreiras da Advocacia Pública impedirem desarrazoadamente o exercício da Advocacia Plena pelos advogados ou procuradores públicos.

A importância da simetria de conhecimentos proporcionada pela Advocacia Plena torna patente a inconstitucionalidade de qualquer artifício para limitá-la, sobretudo quando o regime de trabalho é disciplinado de forma alheia à natureza das atribuições, aos campos de atuação, à experiência e à independência dos advogados públicos, em prejuízo dos serviços jurídicos do Estado.

8. REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. Parecer: Consulta prestada à Associação dos Procuradores do Distrito Federal – APDF acerca da constitucionalidade do art. 7º da Lei distrital nº 5.369, de 09 de julho de 2014, o qual destina aos membros integrantes do Sistema Jurídico do Distrito Federal² os honorários advocatícios devidos nas causas e nos procedimentos de que participem o Distrito Federal (“DF”) e as pessoas jurídicas integrantes da Administração Indireta, inclusive aqueles decorrentes de acordos. Brasília, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COELHO, Marcus Vinícius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS, XXII. 2014. Rio de Janeiro. Rio 2014. Constituição Democrática e Efetivação dos Direitos. Anais, Volume II. Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Parecer sobre a regularidade do exercício da atividade advocatícia por integrante da carreira de Procurador do Estado do Paraná, aprovado em concurso público instaurado em 1989.** Consulta solicitada pela Associação dos Procuradores do Paraná – APEP. Brasília, 2015.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Servidor público.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MADUREIRA, Cláudio. **Advocacia pública.** Belo Horizonte: Coleção Fórum/Anape, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Responsabilidade do Advogado de Estado. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado**, Rio de Janeiro, Centro de Estudos Jurídicos, Volume 63, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Uma pretendida proibição de exercer a advocacia liberal imposta aos advogados públicos.** Disponível em: <<http://www.rodineicandeia.com/2014/08/uma-pretendida-proibicao-de-exercer.html>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia: comentários e jurisprudência selecionada.** 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Parecer nº 14.917, de 12 de março de 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição.** 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO FEDERAL PELO EXERCÍCIO DE SUAS ATRIBUIÇÕES

PABLO BEZERRA LUCIANO¹

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. O indevido esquecimento das ideias de dever e responsabilidade no discurso jurídico. 3. A responsabilidade como reflexo da juridicização das liberdades. 4. A uniformidade nacional da responsabilidade da advocacia. 5. A responsabilidade do advogado público como imposição do devido processo legal. 6. Especificidades da responsabilidade do advogado público federal. 6.1. A relação do advogado público com os interesses que lhes são confiados. 6.2. Motivos para a recusa de causas. 6.3. O princípio da legalidade da Administração como pedra de toque da atividade consultiva. 6.4. Erros reiterados e danos causados ao Poder Público. 6.5. Cautelas na aferição de condutas dos advogados públicos federais. 6.6. Controle dos advogados públicos federais pela Ordem dos Advogados do Brasil. 7. Conclusões. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A partir do entendimento de que não existe empatia nem amalgama social numa busca desenfreada de direitos com ocultação das ideias de dever e de responsabilidade, o presente estudo buscará primeiramente desnudar as raízes político-jurídicas da ideia de responsabilidade para então aplicar suas conclusões ao tratamento específico do tema aos advogados públicos federais.

Sem pretensões de se empreender uma abordagem estritamente dogmática e casuística em torno do tema da responsabilidade do advogado público federal pelo exercício de suas funções, a proposta deste trabalho é justamente a tentar conciliar os direitos e prerrogativas desses profissionais às suas múltiplas responsabilidades como agentes garantidores do devido processo legal e dos valores da cidadania.

O presente artigo terá por pressuposto essa linha de pensamento e se desenvolverá no sentido de demonstrar que, para o bem do desenvolvimento

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) e Procurador do Banco Central do Brasil.

das instituições democráticas e republicanas, a responsabilidade do advogado público federal deve manter aderência aos preceitos estipulados no Estatuto da Advocacia para todos os advogados brasileiros.

2. O INDEVIDO ESQUECIMENTO DAS IDEIAS DE DEVER E RESPONSABILIDADE NO DISCURSO JURÍDICO

Conforme explica Rui Stocco, a palavra “responsabilidade” tem sentido polissêmico, pois pode significar “diligência e cuidado, no plano vulgar, como pode revelar a obrigação de todos pelos atos que praticam, no plano jurídico”².

Em torno dessa ideia básica de imputação do resultado de condutas a seus autores, a depender do tipo de relação jurídica formada a partir da ação humana, há várias modalidades de responsabilidade, com diversos pressupostos, e vários são os graus com que se apresenta.

Dependendo do ramo do direito que toque a conduta humana, por exemplo, podemos falar em: responsabilidade civil, que focaliza sobretudo o dano como elemento deflagrador; responsabilidade criminal, fundada na culpabilidade e na proteção especial de bens jurídicos relevantes para a sociedade; responsabilidade administrativa, com destaque para o descumprimento de normas de conduta do servidor público; responsabilidade profissional, que pressupõe violações de normas deontológicas; etc. E num mesmo ramo do direito podemos ter também mais de uma modalidade, como no caso do direito civil, no qual há a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual, cada qual com contornos específicos.

Varia também a responsabilidade de acordo com a exigência de culpa para sua configuração. Nesse caso temos a responsabilidade subjetiva, na qual é preciso perquirir a ocorrência de uma conduta culposa, e a responsabilidade objetiva, na qual o elemento “culpa” é prescindível.

Então discorrer amplamente sobre responsabilidade do advogado público federal no exercício de suas atribuições é, em primeiro lance, uma tarefa que requer grande fôlego, pois começa por demandar incursões multidisciplinares no

² STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 111.

âmbito da dogmática dos direitos civil, penal e administrativo. Não bastasse isso, requer a análise, em abstrato, de um sem-número de situações potencialmente ensejadoras de algum tipo de responsabilidade, sem descuidar de uma revisão crítica do tratamento do tema à luz dos entendimentos dos tribunais judiciais, do Tribunal de Contas da União (TCU), da Corregedoria-Geral da Advocacia-Geral da União, e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Dadas dimensões desse breve estudo, não será essa a abordagem adotada nessa oportunidade.

Discorrer-se-á, ao revés, sobre a responsabilidade em geral do advogado público federal, sem preocupações metodológicas de inserir o tema nesse ou naquele ramo do direito. Focalizando então o advogado público federal mais como um sujeito de deveres perante o Estado e a sociedade, o presente trabalho não deixa de ser uma tarefa desafiadora, pois inverte a lógica do discurso jurídico reinante, sempre centrado na ideia de liberdade e de direito, e pouco ou quase nada atencioso à ideia de dever ou de responsabilidade.

De fato, tradicionalmente tem importado aos operadores jurídicos mais descobrir e discorrer o que o indivíduo titulariza frente ao Estado, à sociedade ou a outros indivíduos em termos de vantagens, direitos ou liberdades, num vício mental que remonta às primeiras declarações de direitos setecentistas, quando, pela primeira vez na história, o homem foi colocado na posição de quem tem algo mais do que deveres e obrigações, impostos pela religião, pela tradição e sobretudo pelo Estado então ilimitado.

A propósito, calha a lembrança que J. J. Calmon de Passos, em primoroso escrito, bem destacou esse fetiche da modernidade pela liberdade, em detrimento da consciência do dever, que, em verdade encontra-se na base de nosso crescente mal-estar social. Diz o mestre:

[...] um dos mais graves descaminhos da modernidade foi a exagerada ênfase dada à liberdade em desfavor da autolimitação da liberdade, que é o relevante. Dizendo de outro modo, colocou-se o direito no primeiro plano, quando a consciência do dever é a garantia única da excelência da ordem social. O dever assumido é a liberdade do outro efetivamente tutelada. A liberdade heterolimitada é violência que submete o outro e mobiliza-o para a resistência. Daí este mundo de conflituosidade progressiva que estamos institucionalizando. Enfatizando o direito, resalto

minha superioridade em detrimento do outro; acentuando o dever, conscientizo-me de minha responsabilidade em relação ao outro. Valorizo-o e enalteço-o. Pacífico.³

Esse fetiche da modernidade pela declaração e afirmação de direitos, ou seja, pela afirmação posições vantajosas perante os outros ou a sociedade, espalha-se inclusive pelo do direito público, como bem demonstra o vício de nossos administrativistas de trabalhar em torno das ideias de autoridade e de poder, em vez das ideias de função, dever e responsabilidade. Daí porque não espanta o fato de que estejamos vivenciando a consagração no seio do Estado de inúmeras ilhas de autonomia autolegitimadas, que não prestam contas à sociedade, encontrando-se – o que é pior – imunizadas contra qualquer tipo consequência de seus atos ou mesmo contra a crítica pública, pois tudo o que fazem ou deixam de fazer escoram-se em liberdades ilimitadas. Essa pujante doutrina administrativista, que em vez de pacificar, estimula a litigiosidade porque centrada em torno da ideia de autoridade e de poder, que submete os cidadãos aos pendores arbitrários de uma burocracia desumanizada que limita e tutela a cidadania, reconheça-se, já foi objeto de crítica acerba e inteiramente acertada da lavra de Celso Antonio Bandeira de Mello:

Na Ciência do Direito Administrativo, erradamente e até de modo paradoxal, quer-se articular os institutos do direito administrativo, – inobstante ramo do direito público – em torno da ideia de poder, quando o correto seria articulá-los em torno da ideia de dever, de finalidade a ser cumprida. Em face da finalidade, alguém – a Administração Pública – está posta numa situação que os italianos chamam de “*doverosità*”, isto é, sujeição a esse dever de atingir a finalidade. Como não há outro meio para se atingir esta finalidade, para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém certo poder instrumental, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever⁴.

³ PASSOS, J. J. Calmon. Tutela Jurisdicional das Liberdades. In: PASSOS, J. J. Calmon de. **Ensaio e Artigos**. V1. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 420.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 14-15.

Enfatizar num artigo, então, os deveres e a responsabilidade do advogado público federal, num momento histórico marcado por intensa movimentação política da classe em torno de um maior reconhecimento político-institucional⁵, desnudando os valores e os fatos em torno dos preceitos jurídicos que a informam em sua gênese e aplicação prática, torna-se sobremodo relevante para que evitemos repetir o que J. J. Calmon de Passos chamou de “descaminho da modernidade”. Estou certo de que, se quisermos caminhar no sentido de maior paz e harmonia sociais, a responsabilidade do advogado público não pode ficar escondida numa busca desenfreada por direitos, garantias e prerrogativas. Trazê-la para a luz do debate público é verdadeiramente imperioso, pois o fortalecimento da classe deve vir acompanhado de um maior reconhecimento de seus deveres com relação à sociedade, pois só assim não esquecemos que seus poderes e prerrogativas não passam de vicissitudes do devido processo legal.

Para me desincumbir de uma tarefa tão cheia de desafios e riscos, evitarei uma abordagem estritamente dogmática ou centrada no estudo da casuística da responsabilidade do advogado público federal que, em boa verdade, como se verá, pouco difere da responsabilidade da advocacia em geral.

3. A RESPONSABILIDADE COMO REFLEXO DA JURIDICIZAÇÃO DAS LIBERDADES

O homem enquanto causalmente determinado, sem superar os ditames da necessidade natural, nada põe que se lhe possa reconhecer um valor. Já na qualidade de integrante de um corpo social, atuando como pessoa sobre o material sensível do mundo, utilizando-se de sua liberdade, torna-se se fonte de todos os valores⁶. A possibilidade de escolha, inerente à condição de pessoa, constitui os valores, conforme nos ensina Miguel Reale: “liberdade e valor se implicam,

⁵ No momento da elaboração desse artigo, algumas proposições legislativas relevantes sobre a advocacia pública em geral encontram-se em tramitação perante o Congresso Nacional, quais sejam: i) Proposta de Emenda Constitucional n. 82, de 2007, que consagra autonomia institucional para a advocacia pública; ii) Proposta de Emenda Constitucional n. 443, de 2009, que fixa parâmetros remuneratórios para os membros da advocacia pública; iii) Projeto de Lei n. 4254, de 2015, que dispõe sobre honorários advocatícios e liberação da advocacia privada.

⁶ A ideia de que o valor é criado pelo homem tem bastante trânsito no meio jurídico. J. J. Calmon de Passos, por exemplo, destaca que é “impossível vincular a ética a algo ‘necessário’”. Se o fim a que aderimos nos foi imposto por necessidade, nosso agir é igual ao dos outros animais, meramente instintivo, sendo impossível falar-se em opção, valor, responsabilidade, culpa, direito, dever, moral, enfim. Se o valor não nos é dado por necessidade, a conclusão irrefutável é a de que ele será necessariamente fruto de decisão nossa, seja individual, seja coletiva”. PASSOS, J. J. Calmon de. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 266.

pois, para que algo valha é preciso que o espírito possa optar entre o valioso e o desvalioso”⁷. Como bem dito por Guilherme Moreira Loures da Costa:

o florescimento integral dos seres humanos requer que eles atuem bem em cada episódio concreto, valendo-se do seu livre arbítrio para escolher a solução mais apropriada para os incontáveis desafios que o universo venha a lhes oferecer⁸.

Para todas pessoas, incluindo os advogados, estar no mundo entre iguais significa um constante deliberar sobre inúmeras alternativas de agir. Significa colocar-se invariavelmente na iminência de decidir sobre cada problema prático, com a desventura de ser chamado a responder perante os outros pelas suas escolhas feitas, mesmo sem poder antecipar mentalmente todas as consequências de suas ações⁹. Mas é só aceitando os desafios da vida, usando de sua razão para atribuir significados, e aceitando a inevitabilidade das reações a seus atos, que o indivíduo, tornando-se responsável, consegue desenvolver as potencialidades de seu ser, contribuindo também para a construção de um ambiente socialmente mais rico de possibilidades. A responsabilidade, nesse contexto, é indissociável à condição de pessoa integrada a um meio social¹⁰.

Assim, é possível dizer que, num ordenamento jurídico, apenas duas modalidades de indivíduos podem ser consideradas inteiramente irresponsáveis: os tiranos e os desprovidos de discernimento. Ambos encontram-se isolados e imunes às consequências de seus atos. Agem uns e outros não como membros de

⁷ REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 30.

⁸ COSTA, Guilherme Moreira Loures da. **Ética das virtudes e ponderação**: um ensaio sobre a dignidade humana aristotélica. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014. p. 74.

⁹ Niklas Luhmann bem retrata essa dificuldade que tem o ser humano para agir, valendo-se, basicamente da frágil sensibilidade que lhe oferece seu organismo: “o homem vive em um mundo constituído sensorialmente, cuja relevância não é inequivocamente definida através de seu organismo. Desta forma, o mundo apresenta ao homem uma multiplicidade de possíveis experiências e ações, em contraposição ao seu limitado potencial em termos de percepção, assimilação de informação, e ação atual e consciente. Cada experiência concreta apresenta um conteúdo evidente que são ao mesmo tempo complexas e contingentes”. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 28.

¹⁰ Em belíssima passagem, Hannah Arendt destaca a inevitabilidade das reações às condutas de quem aparece na vida comum: “pelo fato de que se movimenta sempre entre outros seres atuantes e em relação a eles, o ator nunca é simples ‘agente’, mas sempre e, ao mesmo tempo, padecente. Fazer e padecer são as faces opostas da mesma moeda, e a estória iniciada por um ato compõe-se dos feitos e dos padecimentos dele decorrentes”. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Forense Universitária, 2012. p. 235.

uma comunidade; atuam paralelamente, à margem mesmo da sociedade, num mundo próprio, estranhos e solitários¹¹.

É certo que podemos nos inclinar para uma boa ação a partir de uma determinação de nossa própria subjetividade, caso em que o ato assim praticado ostenta natureza estritamente moral. O que importa, aqui, é o assentimento do sujeito que age em para satisfazer o comando de uma regra que ele mesmo considera obrigatória. Todavia, quando a sociedade se torna mais complexa, o Direito não é indiferente ao elevado grau de risco inerente à conduta livre, até mesmo porque a ação atua sobre seres que são igualmente capazes de realizar suas próprias ações, pela via da reação, que se converte em reação em cadeia, na qual todo processo é causa de novos processos, que ganham cursos próprios e tendem a afetar ilimitadamente os outros¹². Proteger o indivíduo e a sociedade contra o descontrole espacial e temporal da ação humana, suavizando o drama de não se saber de antemão o resultado de cada conduta, juridicizando as liberdades, é uma das mais primordiais missões do Direito¹³. Sob o império do Direito, não existem liberdades ilimitadas, sem horizontes, ou que tenham como fundamento concepções personalíssimas para seus contornos.

Tanto quanto a ideia de sanção, a ideia de responsabilidade é uma construção jurídica que tem na liberdade humana o seu pressuposto, podendo ser caracterizada como um princípio fundante do ordenamento jurídico, na medida em que o aparta de formas cambiantes de confiança concreta ou de fundamentos meramente morais, que em algum momento foram suficientes para o resguardo

¹¹ Hannah Arendt lembra-nos que Montesquieu havia descoberto que “a principal característica da tirania é que ela se baseia no isolamento – no isolamento do tirano em relação aos súditos, e no dos súditos entre si ou por meio do medo e da suspeita generalizada”. ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 12. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2012, p. 250.

¹² ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 236.

¹³ No sentido do texto, pondera Niklas Luhmann, que com desenvolvimento do direito, em superação de vinculações a costumes e de concepções de moral próprias a pequenos grupos e transmitidas na base da tradição, “se torna possível basear investimentos amplos e a longo prazo em possibilidades calculáveis, juridicamente asseguradas de forma confiável; apenas assim podem ser organizadas longas cadeias, complexamente ramificadas, de relações entre meios e fins, assegurando-as contra falhas e seus elos individuais. Em resumo: é necessário assegurar o indivíduo possibilidades abstratamente calculáveis, cuja previsibilidade se mantenha também em um ambiente social de crescente complexificação, substituindo formas anteriores de confiança e de conhecimento mais íntimo das situações ou das pessoas” LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 28. Igualmente, entre nós, J. J. Calmon de Passos destaca o papel eminentemente conservativo do Direito, *verbis*: “o direito não é pré-formador ou regulador da vida social. Ele é estabilizador. A indissociável função do jurídico de projetar e gerar segurança priva o direito de toda e qualquer função estabilizadora”. PASSOS, J. J. Calmon de. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo**: reflexões de um jurista que trafega na contra-mão. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 231.

da paz social em sociedades pouco complexas. A propósito, em política, pode-se dizer que a responsabilidade vem a ser um dos ingredientes básicos para afirmação de um Estado que tende para o bem, independentemente da condição moral dos indivíduos dele integrantes. Daí vem à lembrança a filosofia política de Kant, que deriva de sua clássica definição sobre o Direito¹⁴, sobre a necessidade de se construir um ordenamento jurídico que propicie condutas públicas de indivíduos inteligentes acordes com o ideal de preservação, independentemente das respectivas inclinações morais¹⁵.

A responsabilidade, que desperta o indivíduo para a percepção de seus deveres com relação aos outros, robustece o equilíbrio social, e, o seu oposto, a irresponsabilidade, corrompe-o. A responsabilidade aproxima; a irresponsabilidade afasta. Não há sociedade possível entre indivíduos irresponsáveis por seus atos. Não há amálgama social onde a palavra empenhada hoje nada valha amanhã. Essa é premissa básica aplicável tanto para os cidadãos, nas relações entre si, como também para os governantes e demais agentes ocupantes de cargos na estrutura estatal. Será tanto mais saudável uma sociedade quanto mais responsáveis tornem-se seus integrantes e quanto mais estritas e ponderadas forem as hipóteses de irresponsabilidade.

Assim, considerando que o imperativo de enriquecer o próprio caráter nem sempre é suficiente para mobilizar o sujeito a sempre atuar *bem*, é próprio do Direito impelir as pessoas à excelência em suas escolhas¹⁶ ao tornar jurídicas as condutas humanas, predeterminando e organizando a reação às diversas ações, visando a preordenar e objetivar as condições de existência comunitária pelas várias modalidades de responsabilização. No mesmo sentido, na medida em que

¹⁴ “O direito é, portanto, a soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem de acordo com uma lei universal de liberdade”. KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 2. ed. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008. p. 76.

¹⁵ “O problema da organização de um Estado, por mais difícil que pareça, pode ser resolvido mesmo para uma raça de demônios, desde que eles sejam inteligentes. O problema é: ‘Dada uma multidão de seres racionais exigindo leis universais para sua preservação, mas em que cada qual está secretamente inclinado excetuar-se delas, estabelecer-se uma Constituição tal que, apesar do conflito das intenções privadas, eles controlem-se mutuamente, resultando disso que sua conduta pública seja a mesma que assumiriam se não tivessem tais intenções’. KANT apud ARENDT, Hannah. **Lições sobre a filosofia política de Kant**. 2. ed. Tradução André Duarte e Paulo Rubens da Rocha Sampaio. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. p. 21.

¹⁶ “Compreendida como exigência axiológica do direito, a coação pulsa de força ética, quer ao tornar efetivos, graças a processos vários, os resultados que normalmente derivariam da conduta espontânea do obrigado (pela penhora e a hasta pública obriga-se por exemplo, o devedor a pagar o débito), quer ao se impor ao transgressor uma pena retributiva do mal irremediavelmente praticado (a condenação do homicida não restitui, por certo, o bem da vida, mas normativamente faz valer o valor atingido).” REALE, Miguel. **O direito como experiência**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 272.

o Estado passa a estipular para si a busca de metas claras, concretas e específicas, mais se torna necessária a regulação¹⁷.

Se corretas essas reflexões, pode-se afirmar então que quanto mais livres se tornam os indivíduos, mais se torna necessária uma rede objetiva de garantias tendentes a resguardar concretamente a harmonização de condutas, o que tem especial significado num momento de reafirmação da autonomia dos advogados públicos federais¹⁸.

Firme nessas considerações, é possível afirmar que refletir sobre a ideia de responsabilidade do advogado público federal e, de resto, de todas as pessoas como integrantes de um corpo social, isto é, sobre a possibilidade de se imputar a alguém as consequências de seu procedimento, significa remontar a um fator basilar de propulsão à sociabilidade humana, que desestimula condutas ofensivas ao tecido social. Significa, sobretudo, ampliar o grau de previsibilidade das condutas e de gerenciar as expectativas das possíveis reações, permitindo, assim, que o homem desenvolva seu caráter, seus talentos e habilidades¹⁹.

4. A UNIFORMIDADE NACIONAL DA RESPONSABILIDADE DA ADVOCACIA

Não existe diferença essencial entre as atividades exercidas pelos advogados públicos e os advogados privados, ou, no âmbito da advocacia privada, entre

¹⁷ “Quanto mais preciso e próximo é o objetivo a atingir por um grupo de homens, mais concretas e rigorosas têm de ser as normas que os unem e os guiam. Essas normas formam a disciplina do grupo e sua inobservância origina a indisciplina. Sendo regras de conduta dos membros do grupo para regular as suas relações recíprocas e assegurar a realização dos objetivos próprios desse grupo, elas traduzem-se na imposição de comportamentos positivos ou negativos que constituem deveres a observar pelos destinatários”. CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 1977. p. 306.

¹⁸ “Quanto mais os indivíduos adquirem autonomia na sua capacidade de agir, segundo tendências próprias e peculiares, tanto mais se estabelecem ligações comuns de natureza objetiva ou transpessoal tendentes a garantir a livre coexistência das iniciativas privadas”. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 230. “Se a liberdade só pode ser experimentada individualmente, apenas, socialmente, pode ser garantida. E essa dialética entre a remoção de obstáculo para a liberdade individual e a crescente necessidade de regulação da convivência social é que tem sido o grande desafio de nosso tempo”. PASSOS, J. J. Calmon de. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 280. “Em todos os grupos humanos formados natural ou voluntariamente para a realização de certos fins se torna necessária a observância, pelos respectivos participantes, das normas de conduta imprescindíveis à coesão e à eficiência do grupo”. CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 1977. p. 305.

¹⁹ “O fato de que as expectativas se sobrepõem, formando conjuntos imperscrutáveis de rejeições, pode ter sua raiz na causalidade dos contatos humanos. A função da complexidade dessas estruturas é a de aumentar a complexidade dos sistemas físicos e sociais, aumentar o âmbito da experiência e da ação expectáveis de forma a adequar-se a um mundo complexo, com múltiplas situações e exigências instáveis”. LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 28.

profissionais liberais e advogados empregados. Do mesmo modo não existem substanciais divergências quanto à responsabilidade do advogado público, dependendo da esfera federativa em que se encontra. A advocacia no Brasil, como profissão, é uniformemente nacional, de modo que, em linha de princípio, basta tratar genericamente da responsabilidade do advogado para que as conclusões obtidas alcancem advogados privados, públicos, empregados, federais, estaduais, municipais etc.

Não bastassem os termos § 3º do art. 3º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, o Estatuto da Advocacia e da OAB, que sujeita ao regime da advocacia, 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, temos que o caráter uniforme da advocacia assoma-se igualmente da particularidade de que, ao dispor sobre a liberdade de trabalho, ofício ou profissão, a Constituição da República de 1988 não abre margem a que Estados e Municípios legislem livremente sobre essa seara. É o que consta de uma análise conjugada das normas do art. 5º, XIII, e do art. 22, I, e XVI, da Lei Maior.

Com efeito, ao estipular a liberdade de profissão, a Constituição admite, na redação do inciso XIII do art. 5º, que “a lei” (no singular) venha a dispor sobre as qualificações profissionais. Dessa redação já se pode chegar a uma constatação preliminar de que é necessário que haja uma só lei de caráter nacional dispondo sobre qualificações para que um dado profissional seja reconhecido como tal de norte a sul do País, em vez de tantas leis quantos forem os entes políticos. E essa lei geral existe: é a já referida Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.

Robustece-se essa convicção a análise dos termos do art. 22 da Constituição, segundo os quais, é competência privativa da União legislar sobre “direito do trabalho” (inciso I) e “condições para o exercício de profissões” (inciso XVI), sendo que a lei resultante do exercício dessa competência legislativa ostenta caráter nacional. Daí porque é possível afirmar que, no ordenamento constitucional brasileiro, para cada profissão, só pode existir um único diploma normativo básico, de caráter nacional, e isso independentemente das variadas relações jurídicas em que eventualmente possam se envolver engenheiros, arquitetos, enfermeiros, médicos, professores, motoristas etc.

Daí porque, no que tange aos preceitos relativos à responsabilização dos advogados públicos de todas as esferas da federação é de rigor tanto a aplicação

linear tanto do disposto no art. 133 da Constituição, segundo o qual “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão”, como também, na medida do praticamente possível, dos termos do Estatuto da Advocacia (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994) e do Código de Ética da Advocacia, aprovado na forma da Resolução nº 02/2015, do Conselho Federal da OAB. Do contrário, na ausência de um regime unitário de garantias, que hoje é anunciado pelo art. 133 da Constituição e desenvolvido pelo Estatuto da Advocacia, o regime de garantias e responsabilidades dos advogados públicos federais, estaduais e municipais fragmentar-se-ia numa miríade de legislações editadas pelos diversos entes da Federação. Seria o fim mesmo da noção de “advocacia” e o surgimento de outras modalidades de profissionais sem um núcleo existencial comum.

5. A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO COMO IMPOSIÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Historicamente a afirmação da autonomia da advocacia sempre esteve associada com a consagração concomitante da responsabilidade dos advogados perante seus clientes e, como classe, perante a sociedade em geral, pois a advocacia insere-se entre as profissões cujos riscos transcendem a esfera de interesses do indivíduo que a exerce, atingindo a coletividade, na medida em que estão em disputa valores como a liberdade e o patrimônio das pessoas representadas. Aliás, conforme explica Flavio Pansieri, a própria criação na França da *Ordre des Advocats* veio acompanhada da previsão de sanções a advogados que destrilhavam dos limites éticos preestabelecidos, *verbis*:

Foi na França, em 1327, que surgiu a primeira regulamentação, em forma de lei, tratando a Advocacia de modo semelhante ao atual modelo constitucional pátrio, inclusive com dispositivo que proibia o acesso ao Poder Judiciário sem a representação por um advogado previamente habilitado e que tivesse prestado juramento. No entanto, em 1302 já havia sido instituída a chamada *Ordre des Advocats*, instituição que em 1602 passou a ter seu Chefe oficial chamado de *bastonnier*. Ressalte-se que nessa época a instituição era responsável pela aplicação de sanções de

repreensão, suspensão, destituição e/ou cancelamento das inscrições daqueles ‘advogados’ que praticavam atos contrários aos limites éticos estabelecidos, sendo exigido dos interessados em ingressar nesta a comprovação de estágio e a submissão à prova oral.²⁰

É natural, portanto, que, ao ser criada na forma do art. 17 do Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930, a OAB foi reconhecida não apenas como um órgão de seleção da classe de advogados, mas também como uma instância disciplinar. Por sua vez, em consagração da ideia de responsabilidade, o Decreto nº 20.784, de 14 de dezembro de 1931, ao aprovar na forma de seu anexo o primeiro Estatuto da OAB, previu não apenas os direitos dos advogados (art. 25), como igualmente a responsabilidade desses profissionais (art. 26), dentre os quais se destaca o dever de exercer sua profissão “com zelo, probidade, dedicação e espírito cívico” (inciso I), bem como um rol de vinte faltas profissionais (art. 27).

As liberdades de todo advogado devem então ser delimitadas pelo direito e não pela própria vontade do sujeito. Em outras palavras, exercer livremente a profissão de advogado significa atuar dentro de padrões preestabelecidos de comportamento a fim de contribuir para a afirmação concreta do devido processo legal.

Como se viu, é impossível a existência um ordenamento jurídico que paire sobre uma maioria de indivíduos irresponsáveis, pois, nesse caso, há a própria negação do Direito como conjunto de condições objetivas de ordenação das liberdades. Todavia, é possível que num dado ordenamento jurídico haja certas pessoas que em determinadas situações afiguram-se irresponsáveis para determinados fins. Cumpre, porém, que essas hipóteses de irresponsabilidade sejam verdadeiramente pontuais, e que os fins almejados sejam bastante elevados, pois, do contrário, a multiplicidade de irresponsáveis desborda em favorecimentos odiosos e situações anti-isonômicas que concorrem, mais cedo ou mais tarde, para a total cisão do projeto social²¹.

²⁰ PANSIERI, Flávio. Comentário ao art. 133. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 1549.

²¹ No Brasil, por exemplo, hipóteses excetivas de irresponsabilidade de certos e determinados agentes públicos albergadas na Constituição da República (CRFB) consagram o princípio da responsabilidade nos casos não excetuados. Os Deputados e Senadores, por exemplo, são considerados invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos (art. 53). Já o Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções (art. 86, § 4º). Fora dessas poucas hipóteses constitucionalmente previstas, pode-se afirmar que o princípio da responsabilidade acompanha todo o atuar dos indivíduos em sociedade, em todos os papéis eventualmente assumidos.

Assim, porque autônomos, são responsáveis por seus atos os cidadãos, os profissionais, os consumidores, os fornecedores, os integrantes de famílias, os agentes públicos, os empregados, os empregadores, todos aqueles que se colocam no mundo comum como sujeitos incausados, incluindo, por óbvio, os advogados públicos federais.

No caso dos advogados, a Constituição consagra a inviolabilidade da atividade advocatícia em geral, para depois estatuir que essa inviolabilidade verificar-se-á “nos limites da lei”. Optou o constituinte de ser expreso quanto ao direito à inviolabilidade/liberdade do advogado e implícito quanto à sua responsabilidade, isto é, aos “limites” de sua liberdade juridicizada. É o que consta do texto seu art. 133, segundo o qual “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”. Ou seja: num só dispositivo, ainda que de modo implícito, a Constituição estipulou para todos os advogados independência técnica e responsabilidade como irmãs siamesas.

Há, porém, uma distinção a ser feita com relação à atividade advocatícia no que tange à generalidade das demais atividades humanas. É que, trabalhando essencialmente por meio do pensamento que se torna discurso, a liberdade de manifestação para o advogado é, a um só turno, direito e um dever. É seu estatuto básico. Não pode o advogado em qualquer hipótese abdicar de sua independência técnica, assujeitando-se ao arbítrio de outrem. Trata-se de um dever inscrito ostensivamente na Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que proclama em seu art. 31, § 1º, que “o advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância”. Semelhantemente, o Código de Ética da Advocacia reitera o dever que recai sobre todo advogado de atuar de forma independente, ao estatuir, em seu art. 4º, que “o advogado [...] público ou privado, deve zelar pela sua liberdade e independência”.

Especificamente no tocante à advocacia pública federal, relata Aldemario Araujo Castro que, para além das previsões genéricas concernentes a todos os advogados constantes do Estatuto da Advocacia e da OAB (arts. 18, 31, 54 e 61 da Lei n. 8.906, de 1994), “a independência técnica do advogado público federal parece estar contemplada expressamente numa norma jurídica tão-só no art. 5º do Provimento OAB n. 114, de 2006”²². Referida norma consagra que “é

²² Cf. CASTRO, Aldemario Araujo. **Os contornos da independência técnica do Advogado Público Federal**. Brasília, 7 de setembro de 2010. Todavia, não é de se estranhar essa aridez de disposições normativas específicas que contemplem a independência e a responsabilidade do advogado público federal, isso porque,

dever do advogado público a independência técnica, exercendo suas atividades de acordo com suas convicções profissionais e em estrita observância aos princípios constitucionais da administração pública”.

Como se vê, a partir mesmo do art. 5º do Provimento OAB nº 114, de 2006, não se trata de um dever de independência técnica autolegitimado, voltado para si ou destituído de uma finalidade específica. A independência técnica que não recai como um direito, mas como um dever ético sobre todos os advogados, é decorrência do princípio do contraditório e da garantia do devido processo legal, pois o exercício do poder político, sobretudo pela via judiciária, para ser tido como legítimo num ambiente democrático, deve assegurar ao interessado possibilidade de influir na construção da decisão estatal, por meio de profissionais versados na argumentação jurídica²³.

Daí porque é assente na doutrina a percepção de que as prerrogativas dos advogados são, antes, prerrogativas da sociedade, a qual tem todo interesse na consagração de procedimentos dialógicos e ponderados como etapas preparatórias e indispensáveis ao exercício do Poder, a exemplo do entendimento de Flavio Pansieri:

A inviolabilidade do advogado é prerrogativa da sociedade civil que, conforme o art. 133 da Constituição estabelece, poderá se submeter aos limites impostos pela legislação

como já se disse, a advocacia no Brasil é uniformemente una. Essa intelecção decorre não apenas dos termos genéricos do art. 133 da Constituição da República, que, ao se referir à inviolabilidade do advogado, não se preocupa em diferenciar entre os advogados públicos, privados ou empregados, mas também dos inequívocos termos do § 1º do art. 3º do Estatuto da Advocacia e da OAB atualmente vigente, segundo os quais “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”. Ampara ainda a consagração do caráter uniforme da advocacia os termos do art. 22 da Constituição, segundo os quais, é competência privativa da União legislar sobre “*direito do trabalho*” (inciso I) e “*condições para o exercício de profissões*” (inciso XVI), sendo que a lei resultante do exercício dessa competência legislativa ostenta caráter nacional. Daí porque é possível afirmar que, no ordenamento constitucional brasileiro, para cada profissão, só pode existir um único diploma normativo básico, de caráter nacional, e isso independentemente das variadas relações jurídicas em que eventualmente possam se envolver engenheiros, arquitetos, enfermeiros, médicos, professores, motoristas e, claro, advogados.

²³ No sentido do texto é o magistério de Flavio Pansieri: “na atualidade o sentido nacional do termo advogado/advocacia se fixou na garantia de representação argumentativa capaz de comprovar fatos, atos ou posições que permitam o exercício de direitos ou que impeçam o Estado de impor força contra o indivíduo representado, no caso brasileiro, em regra, quando em juízo, representado por um advogado habilitado”. PANSIERI, Flávio. Comentário ao art. 133. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar F.; SARLET, Info W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 1549.

infraconstitucional, desde que os limites impostos não impeçam o próprio exercício da atividade da advocacia de forma plena e independente, sob pena de retrocesso social incompatível com Estado Democrático contemporâneo.²⁴

No desempenhar de sua atividade, o advogado, público ou privado, não pode simplesmente abdicar de seu próprio entendimento, nem se deixar dirigir por outrem, sob pena de incorrer em grave falha ética:

Inviolabilidade da liberdade de convencimento: nesta hipótese a imunidade busca a tutela do agir em defesa do cliente, sem que esta possa ser considerada contrária à ordem jurídica; esta prerrogativa constitui a garantia da sociedade para que na liberdade de seu advogado possa expressar suas posições e convicções sem que o Estado possa puni-lo em razão de suas manifestações. Ressalte-se que o agir do advogado estará limitado pelo Código de Ética da Advocacia, sendo vedado a esse a litigância de má-fé ou qualquer outro ato contrário à ordem jurídica tipificado como crime ou infração disciplinar²⁵.

A independência técnica do advogado, que não é desprovida de limites ou de parâmetros, não se mede em função das vontades de seu constituinte²⁶ nem em função de idiossincrasias do profissional. A legitimidade do advogado público federal não decorre exclusivamente da aprovação em concurso e posse no cargo público, pois nada disso é garantia bastante de que a conduta do advogado público federal concorra sempre para a satisfação dos interesses da sociedade. O compromisso maior do advogado não é com sua visão particular sobre como deveria ser o Direito, mas com a ordem jurídica posta, como um objeto exterior

²⁴ PANSIERI, Flávio. Comentário ao art. 133. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 1552.

²⁵ PANSIERI, Flávio. Comentário ao art. 133. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014, p. 1552.

²⁶ No Código de Ética da Advocacia consta orientação nesse sentido, em seu art. 11, *verbis*: “o advogado, no exercício do mandato, atua como patrono da parte, cumprindo-lhe, por isso, imprimir à causa a orientação que lhe pareça mais adequada, sem se subordinar a intenções contrárias do cliente, mas, antes, procurando esclarecê-lo quanto à estratégia traçada”.

a si, com todas as suas contradições, inconveniências e imperfeições²⁷. Logo, um de seus deveres primordiais é o de humildade e de constrição de suas concepções eventualmente sectárias.

A consagração da independência técnica do advogado público federal, como se disse, significa, num primeiro lance, que ninguém pode ditar ao profissional o entendimento que deve ter no exercício de suas funções. Isso quer dizer que a advocacia é uma atividade incompatível com a ideia de subordinação/hierarquia que organiza o serviço público federal, na forma do inciso IV do art. 116 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990²⁸. O administrador ou gestor público, até mesmo o mais graduado deles, jamais terá a competência para ditar o entendimento do advogado público federal, por mais noviço que esse seja²⁹. Serão sempre ilegais, venham de quem vierem, quaisquer ordens que interfiram na atividade precípua do advogado público federal, sendo dever do profissional representar contra tentativas de lhe determinar o entendimento, na forma do inciso XII do art. 116 da Lei nº 8.112, de 1990, e do § 1º do art. 31 do EOAB.

Não perturba essa intelecção nem mesmo o disposto no art. 28, II, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, no ponto em que veda ao membro da AGU contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotados pelo Advogado-Geral da União. Isso porque, tratando-se, em verdade de normas preestabelecidas, e não ordens direcionadas especificamente para o advogado público federal individualizado no sentido de defender essa ou aquela compreensão jurídica, o dever de respeitar súmulas, pareceres e orientações

²⁷ Esse é o entendimento de J. J. Calmon de Passos, para quem, “como classe ou categoria profissional, tem cada advogado e todos os advogados a missão de servir ao cliente, ser leal para com ele e identificar-se com seus interesses, sem jamais sobrepor essa lealdade à lealdade maior que deve à ordem jurídica. Assume a paixão do cliente, mas a civiliza e educa, colocando-a nos estritos parâmetros daqueles objetivos maiores. É sempre um paladino, nunca um mercenário”. PASSOS, J. J. Calmon de. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 241.

²⁸ “Pode haver distribuição de competências dentro da organização administrativa, excluindo-se a relação hierárquica com relação a determinadas atividades. É o que acontece, por exemplo, nos órgãos consultivos que, embora incluídos na hierarquia administrativa para fins disciplinares, por exemplo, fogem à relação hierárquica no que diz respeito ao exercício de suas funções. Trata-se de determinadas atividades que, por sua própria natureza, são incompatíveis com uma determinação de comportamento por parte do superior hierárquico”. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 107.

²⁹ Vai nesse sentido o entendimento de Dárcio Augusto Chaves Farias, para quem “o liame que une ao Poder Executivo as instituições encarregadas de prover representação judicial do ente estatal não gera uma relação de subordinação hierárquica, mas sim de coordenação”. FARIAS, Dárcio Augusto Chaves. A ética profissional dos procuradores públicos. **Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rede Virtual de Bibliotecas, 1993, p. 85.

técnicas do Advogado-Geral da União assemelha-se ao dever geral que recai sobre todo advogado de ofertar entendimentos conforme a ordem jurídica³⁰.

Bem por isso, porque não é determinado por ninguém em seu mister profissional, mas devendo obediência à ordem jurídica, todo advogado, seja público, seja privado, deve ser responsável por seus atos. A possibilidade de responsabilização afigura-se como a contraface do dever de liberdade que recai sobre os advogados. Afirmar, então, como se tem feito ao longo desse estudo, a responsabilidade do advogado em geral, e do advogado público no particular, nada mais significa do que reconhecer o caráter indeterminado e humano desses profissionais e, ao mesmo tempo, elogiá-los no sentido de esperar deles escolhas racionais e condutas excelentes, sempre com aparo no ordenamento jurídico.

Fundamentalmente, os advogados públicos federais como modalidade de agentes estatais não podem e não devem se destacar dos cidadãos. Considerando que a cidadania é incompatível com relações senhoriais e com a irresponsabilidade de quem exerce algum tipo de função estatal³¹, sob pena de degenerarmos para a servidão absoluta, todo poder eventualmente reconhecido aos advogados públicos federais deve ser acompanhado da devida possibilidade de responsabilização.

6. ESPECIFICIDADES DA RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO FEDERAL

Considerando que reconhecimento da independência técnica do advogado público federal não enseja o reconhecimento de que possa esse profissional atuar a título de desincumbir-se de uma liberdade não juridicizada, e já analisada ao longo desse trabalho a essencial semelhança da responsabilidade que recai

³⁰ No sentido do texto, Rommel Macedo ensina que “acerca das orientações emanadas do Advogado-Geral da União, cumpre aqui invocar a doutrina de Pullés (2004, p. 960), o qual – ao analisar idêntica atribuição do Procurador do Tesouro argentino – aduz que tais orientações possuem a natureza de verdadeiras normas jurídicas, que não afetam a independência do advogado do Estado mais do que qualquer outra norma relacionada com sua atuação”. MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008. p. 142.

³¹ “[...] todo acréscimo de poder que se defere ao legislador e ao magistrado sem que se tenha organizado previamente o Estado em termos de possibilitar a responsabilização dos agentes políticos, proporcionalmente ao quanto de poder lhes é deferido, significará redução do espaço da liberdade e ampliação do espaço da dominação, ou seja, menos cidadania. Quanto mais regulação se estabelece menos emancipação é possível. E quanto mais subordinação se institui menos liberdade se tem. É lugar comum da Ciência Política que, numa real democracia, devem conviver indissolavelmente poder e responsabilidade. Um é diretamente proporcional à outra. Quanto mais poder se defere, mais efetivos devem ser os instrumentos de responsabilização do agente político nele investido. Esse aspecto é o de maior relevo em nossa vida política”. PASSOS, J. J. Calmon de. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 203.

sobre os advogados públicos federais dentro do quadro geral de uma advocacia uniformemente nacional, passa-se a abordar alguns tópicos do tratamento ético reservado aos causídicos federais, seja para inseri-los dentro da disciplina geral da advocacia, desfazendo-se alguns mitos baseados em supostas diferenças de atuação desses profissionais, seja para sugerir-lhe alguns temperamentos, quando essas diferenças se impõem efetivamente.

6.1. A RELAÇÃO DO ADVOGADO PÚBLICO COM OS INTERESSES QUE LHES SÃO CONFIADOS

Tanto quanto os advogados em geral, o advogado público federal não tem título para livremente dispor sobre os interesses que lhes são confiados. Se os advogados particulares demandam procuração com poderes especiais para, nos termos do art. 38 do Código de Processo Civil (CPC), confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir ou renunciar o direito sobre que se funda a ação, semelhantemente os advogados públicos federais, em razão da indisponibilidade dos bens públicos, dependem de lei específica para praticar atos que exorbitem do ordinário de uma representação judicial. Do contrário, o advogado público federal far-se-ia, no mínimo, administrador da coisa pública, ensejando todo tipo de confusão de competências e embaraços internos.

6.2. MOTIVOS PARA A RECUSA DE CAUSAS

Diferentemente do que ocorre no âmbito da advocacia estritamente liberal, a afirmação da independência técnica do advogado público federal não é título suficiente para que possa o profissional recusar o patrocínio de causas que lhes são confiadas. Em outras palavras, o advogado público federal não pode livremente escolher as causas que deseja atuar, porque tal comportamento é contraditório com o compromisso que assumiu ao tomar posse do cargo público ocupado.

Isso não quer dizer que, só por conta desse ato de vontade inicial, esteja o advogado público federal obrigado a defender empreendimentos do Poder Público ilegais ou imorais³². Bem pelo contrário, tanto quanto a advocacia em

³² No sentido do texto é o entendimento de Dárcio Augusto Chaves Faria, para quem não pode estar o advogado “em juízo representando o ente público para respaldar atos manifestamente ilegais ou imorais – muito pelo contrário: deve ele diligenciar internamente para que eles não ocorram – e, se em sede processual, abre-se a oportunidade para a sanatória, deve ele exercer a parcela de poder que detém na qualidade de representante do ente público nesse sentido” FARIAS, Dárcio Augusto Chaves. *A Ética Profissional dos Procuradores Públicos*. *Revista de direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rede Virtual de Bibliotecas, 1993, p. 98.

geral, o advogado público federal deve se abster de emprestar auxílio para atentar contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana, conforme disposições do art. 2º, parágrafo único, VIII do Código de Ética da Advocacia, a ele aplicáveis linearmente.

Existindo, por outro lado, um caminho plausível e seguro para amparar a posição do Poder Público no processo judicial, em princípio, cabe ao advogado público federal promover-lhe a defesa, sem levar em consideração sua particular apreciação da justiça da lei. Não cabe ao advogado público controlar, julgar ou arbitrariamente trair a Administração Pública³³. Todavia, há se reconhecer que há situações limites em que o advogado público federal não ostenta um mínimo de condições objetivas para promover com convicção e excelência a defesa do Poder Público, como nos casos de suspeição e impedimento.

Nesse sentido, calha a lembrança de que estão impedidos de atuar em juízo os advogados públicos federais que hajam proferido parecer favorável à pretensão deduzida em juízo pela parte adversa, conforme dispõe o art. 30, I, da Lei Complementar nº 73, de 1993. De modo semelhante, dispõe o parágrafo único do art. 4º do Código de Ética da Advocacia, que é legítima a recusa diante de pretensão concernente a direito que também seja lhe aplicável ou contrarie orientação que tenha manifestado anteriormente. A razão desses dispositivos é óbvia, é ruim – porque contraditória – a defesa promovida por quem, anteriormente, já se manifestou no sentido conforme à pretensão da contraparte do Poder Público.

De igual modo, conforme entendimento de Dárcio Augusto Chaves Faria, deve o advogado público federal abster-se de atuar nos casos de interesse seu direto ou indireto no objeto litigioso e de interesse direto de pessoas de suas relações, por lhe faltar a isenção necessária para promover eficazmente a defesa do Poder Público³⁴, situações essas que guardam referência com as hipóteses constantes dos incisos I e III da Lei Complementar nº 73, de 1993. Ocorrendo tais situações, deve o advogado público federal não somente informar, de modo

³³ Esse é o entendimento de Sérgio Sérulo da Cunha, para quem “o compromisso ético do advogado público com o governo que representa é idêntico ao do advogado particular com seu mandante: não lhe compete julgar, e tampouco controlar atos do governo. Não fosse assim, o governo seria o único ente destituído do direito de fazer-se ouvir em juízo. Se entre suas funções incluir-se a de consultoria, o advogado público não a exerce diferentemente do consultor privado, a quem compete opinar sobre o Direito sem aceção de interesses”. CUNHA, Sérgio Sérulo. **Fundamentos de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 384.

³⁴ FARIAS, Dárcio Augusto Chaves. A Ética Profissional dos Procuradores Públicos. **Revista de direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rede Virtual de Bibliotecas, 1993, p. 95-96.

claro e inequívoco, os riscos que recaem sobre o Poder Público diante de uma potencial atuação sua destituída de isenção necessária (art. 9º do Código de Ética da Advocacia), bem como abster-se de atuar, recusando tempestivamente o patrocínio de modo a que seja designado um substituto para atuar em seu lugar (parágrafo único do art. 30 da Lei Complementar nº 73, de 1993).

Fora dessas hipóteses de suspeição ou impedimento, não pode o advogado público federal arbitrariamente escolher em quais situações quer atuar, ou negar-se a promover a defesa do ente público.

6.3. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO COMO PEDRA DE TOQUE DA ATIVIDADE CONSULTIVA

Tanto no assessoramento, como na consultoria administrativa, o advogado público, ao se manifestar sobre uma proposta de ato administrativo ou política pública, deve ter em mente que não lhe cabe transmitir ao gestor uma visão de um ordenamento jurídico ideal, fruto mais de seu ponto de vista, no que se poderia chamar de “livre pensar”, porque executa uma incumbência estranha a seus interesses pessoais³⁵. O labor cotidiano da advocacia pública não comporta sectarismos, academicismos ou certezas dogmáticas. Num exercício diuturno de humildade que afasta ou relativiza suas eventuais certezas, cabe ao advogado público orientar o gestor a praticar um ato ou a eleger uma política pública sempre de acordo com o ordenamento jurídico-legal concretamente vigente. Em uma palavra: a advocacia pública é incompatível com personalidades inflexíveis e intolerantes³⁶.

Sobretudo nas atividades de assessoramento e de consultoria, sob pena de responsabilidade, o advogado público deve ainda ter o cuidado de perceber que não existe na ordem jurídica brasileira espaço para uma Administração que tenha

³⁵ Isso não quer dizer que, fora do exercício de suas funções, não possa o advogado público exercer uma atividade crítica com relação ao ordenamento jurídico ou ao atuar do Poder Público, expondo publicamente os acertos e desacertos dessa ou daquela postura, dessa ou daquela norma, dessa ou daquela instituição vigente.

³⁶ No sentido do texto, J. J. Calmon de Passos pontua que é “inadequado, pois, vincular-se a missão do advogado a metas particulares, de qualquer natureza. Devendo ser um homem de convicções, cumpre-lhe jamais ser um homem de certezas dogmáticas. Todo convencimento seu é provisório, filho do debate de hoje, que poderá amanhã, em outro contexto, levar a solução diferente. O que dele sempre se exige é a coerência, que alicerça a convicção, não a intolerância, que elimina a busca do justo; e as verdades do advogado ele não as tem pré-fabricadas, aplicáveis a tudo e a todos”. PASSOS, J. J. Calmon de. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 240.

como pedra de toque de seu proceder imediato um paradigma para além da lei aprovada pelo Poder Legislativo. A atividade administrativa é sempre e imediatamente sub-legal, subalterna à lei, escrava da lei, segundo nossos mais eminentes administrativistas³⁷. Não é uma atividade imediatamente infraconstitucional. Por isso, no âmbito da Administração Pública, devem ser absolutamente desinfluentes concepções particulares dos administradores e dos advogados públicos acerca do acerto ou desacerto da obra do legislador, ainda que inspirados em elegantes juízos de adequação constitucional, sobretudo quando não se tenha notícia de que haja o Supremo Tribunal Federal exercido controle concentrado de constitucionalidade. Desse modo, advogar contra literal disposição de lei, ainda que fundamentado em eventual inconstitucionalidade, constitui para o advogado público no consultivo uma das mais graves violações de seus deveres perante o Poder Público, não se lhe aplicando a escusa do inciso VI do art. 34 do Estatuto da Ordem.

No consultivo ou no assessoramento, o advogado público, que não é reformador, revolucionário ou legislador, deve usar com extrema cautela e parcimônia seus juízos críticos sobre a lei. Claro que, diante da tarefa de investigar os termos de uma lei, o advogado público deve extrair uma norma o mais possível afinada com a Constituição, mas isso não lhe autoriza a romper os limites semânticos do texto legislativo, porque nesse caso expõe a Administração a situação de risco.

Diz-se isso porque não se ignora que há uma pujante doutrina no Direito Administrativo contemporâneo, inspirada no constitucionalismo, que propõe a insuficiência da **legalidade** para fundamentar o proceder da Administração³⁸. Assim, a advocacia pública poderia sugerir à Administração, com base na **juridicidade**, uma atuação baseada imediatamente na Constituição, por exemplo, e sem a intermediação de qualquer lei, ou, o que é pior, mesmo contra literal disposição de lei.

³⁷ Essa é a orientação tradicionalmente consagrada na doutrina do Direito Administrativo brasileiro, a exemplo do que se colhe do enfático entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello: “o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro”. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 101.

³⁸ Autores como Raquel Melo Urbano de Carvalho destacam que “hoje em dia, a legalidade deve ser entendida como juridicidade, princípio que abrange todo o sistema normativo, desde os princípios ferais do direito e a Constituição, até os tratados internacionais, a lei formal, os regulamentos e, eventualmente, certos contratos administrativos”. CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo**: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 57.

Raquel de Carvalho, porém, pretende rechaçar esse risco na adoção do paradigma da juridicidade, por entender que a definição de seus contornos “exige uma análise prévia das normas e a sua valoração perante a realidade fática em que incidirão, com uma lúcida ponderação dos interesses jurídicos e concretos existentes na espécie”³⁹. Todavia é difícil compreender que essa “lúcida ponderação” seja suficiente para rechaçar o risco resultante da interpretação de princípios de feições tão abertas como o da “moralidade”, “eficiência” ou da “dignidade da pessoa humana”, sobretudo quando manipulados contra os limites semânticos da lei.

6.4. ERROS REITERADOS E DANOS CAUSADOS AO PODER PÚBLICO

A aprovação em concurso público, a independência técnica do advogado público federal e sua estabilidade no cargo público também não são escudo bastantes para que venha a se evadir de responsabilidade para o caso de erros reiterados que evidenciem revelam inépcia profissional, aplicando-lhe as disposições do inciso XXIV do art. 34 da Lei nº 8.906, de 1994.

Esses equívocos evidentemente não podem ser medidos em função do maior ou menor êxito do advogado público em contendas judiciais, pois para o resultado das demandas intervêm fatores externos como a complexidade da causa e outras causalidades, como o maior ou menor grau de excelência do causídico da contraparte e eventualmente os sempre condenáveis pendores particulares dos juízes. Daí porque é assente em doutrina a concepção de que a atividade advocatícia envolve obrigações de meio:

São obrigações de meio as decorrentes do exercício da advocacia e não de resultado. Suas obrigações contratuais, de modo geral, consistem em defender as partes em juízo e dar-lhes conselhos profissionais. O que lhes cumpre é representar o cliente em juízo, defendendo pela melhor forma possível os interesses que este lhe confiou. Se as obrigações de meio são executadas proficientemente, não se lhes pode imputar nenhuma responsabilidade pelo insucesso da causa (Cf. RJTJSP, 68:45)⁴⁰.

³⁹ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo**: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 59.

⁴⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 462.

Portanto, tratando-se de obrigação de meio, é desinfluyente a ocorrência de dano concreto para o Poder Público para haja a responsabilização de advogado público federal que se empenha em errar, pois o que importa aqui é o desvalor em si da má conduta do advogado público que, sem motivos suficientes, deixa de contestar, deixa de alegar fundamentos relevantes, deixa de recorrer, ou confunde de forma inescusável remédios processuais.

Assim, para que não recaia sobre o advogado público federal risco de alguma responsabilização em razão da aparência de inépcia profissional, sempre que vislumbrar que o atendimento do interesse público que lhe foi confiado demanda estratégias processuais pouco usuais como a não apresentação de um recurso em tese cabível, deve ele fundamentar seu posicionamento perante a instituição que integra.

Ainda que não exerça qualquer função propriamente executiva, mesmo no consultivo e no assessoramento, a conduta do advogado público pode eventualmente ser causa de algum dano concreto injusto ao ente público. Nesse caso, pode ainda o advogado público federal ser chamado a algum tipo de responsabilização, embora não seja usualmente desleixado no desempenho de suas funções, aplicando-lhe as disposições do inciso VII do art. 34 da Lei nº 8.906, de 1994, que requerem a ocorrência de culpa grave para a configuração da responsabilização.

Naturalmente a verificação da culpa grave que leve à responsabilização do advogado público não pode se dar com a mera confrontação da tese jurídica sustentada pelo advogado público em contraste com o entendimento esposado pelo judiciário ou por órgãos de controle como as corregedorias ou os tribunais de contas. O comportamento do advogado público federal que vem a nortear o Poder Público deve ser ele mesmo revelador de desleixo grave, que passa, por exemplo, com a desconsideração de texto expresso de lei ou com a sugestão de que a Administração faça o que a lei expressamente proíbe.

Semelhantermente, em linha de princípio, o advogado público federal na qualidade de parecerista incorre em grave culpa quando, sem qualquer justificativa, desconsidera o entendimento atual abraçado pelos tribunais, vindo então a causar algum dano concreto ao Poder Público. Já no contencioso, o advogado público federal que apresenta recurso manifestamente incabível e que leva, com esse seu comportamento, ao apenamento do Poder Público em algumas das sanções por litigância de má-fé, também se assujeita a alguma consequência jurídica por sua irresponsabilidade.

6.5. CAUTELAS NA AFERIÇÃO DE CONDUTAS DOS ADVOGADOS PÚBLICOS FEDERAIS

A apuração da responsabilidade dos advogados públicos federais não pode se dar de forma açodada ou com desconsideração de circunstâncias várias que podem determinar uma ação muito abaixo do nível de excelência esperado do atuar desses profissionais. Do contrário, a atividade do advogado público federal torna-se um eterno andar sob um terreno pantanoso, que provoca o terror e a inação, para ao final paralisar toda a máquina pública.

Na perquirição dos erros reiterados e da culpa grave do advogado público federal, deve-se verificar outras questões que se encontram para além do controle do profissional, perante o qual ele se encontra em condição de submissão, tais como : i) a complexidade específica do trabalho demandado; ii) a exiguidade maior ou menor do tempo disponível para a confecção da manifestação; iii) a existência ou inexistência de meios materiais; iv) a demanda total de trabalho sob responsabilidade do advogado público. Assim, lembra Aldemario Araujo Castro que, no âmbito da Corregedoria-Geral da AGU, a Ordem de Serviço CGAU nº 3, de 2008, recomenda-se que as ocorrências relativas a perda de prazos considere, na medida do possível, 16 (dezesseis) diretrizes expressas, dentre elas: contexto pessoal e funcional da atuação do advogado público responsável pela prática do ato processual; volume de trabalho atribuído ao advogado público responsável pela prática do ato processual e manifestação escrita do advogado responsável pela prática do ato processual onde constem as razões para a não atuação⁴¹. Tais diretrizes, sempre que praticamente possível, podem nortear também a verificação de outras condutas do advogado público reveladoras, em princípio, de inépcia profissional, ou ensejadoras de dano ao Poder Público.

6.6. CONTROLE DOS ADVOGADOS PÚBLICOS FEDERAIS PELA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Dada a inequívoca regência dos advogados públicos federais pela Lei nº 8.906, de 1994, não há incompatibilidade a que a OAB exerça o controle da atividade profissional desses agentes públicos, podendo chegar aplicar as sanções de censura, suspensão, exclusão e multa, dispostas no art. 35 do Estatuto. Desse entendimento não discrepa Dárcio Augusto Chaves Farias, que entende que a

⁴¹ CASTRO, Aldemario Araujo. **A importância institucional da Corregedoria-Geral da Advocacia da União no contexto da nova Advocacia Pública Federal**. Disponível em: <http://www.aldemario.adv.br/observa/cgaucontexto.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2016.

atuação disciplinar da Ordem dos Advogados do Brasil não está afastada na hipótese, por ser o Procurador Público um agente político ou por estar vinculado a entente de direito público. A competência da OAB diz respeito à atuação profissional do advogado, e não resta a menor dúvida quanto ao fato de o Procurador, no exercício de suas atribuições, atuar como advogado. Deve-se levar ainda em consideração que o controle disciplinar exercido pela Ordem visa à preservação da figura do profissional do direito, como elemento indispensável à administração da justiça; nisso, é indiferente a quem sirva, ou qual o status do profissional⁴².

Ora, seria no mínimo incoerente reconhecer-se aos advogados públicos federais os direitos e prerrogativas constantes do Estatuto da Advocacia e, ao mesmo tempo, negar-lhes os deveres e as responsabilidades profissionais proclamados por esse mesmo diploma normativo. Seria incoerente também exigir a necessidade de inscrição na OAB para a posse de membro da advocacia pública federal e, ao mesmo tempo, negar-lhe qualquer atividade correccional sobre a conduta desses profissionais. A OAB então não pode ficar à mercê da Corregedoria-Geral da AGU, pois, nos termos do inciso II, do art. 44 do Estatuto, cabe-lhe promover, com exclusividade, “a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil”.

Nesse sentido, a competência da Corregedoria-Geral da AGU deve se circunscrever aos aspectos do vínculo funcional do advogado público. E caso a Corregedoria-Geral da AGU chegue a aplicar uma sanção de monta ao advogado público federal, dependendo da natureza da incúria do profissional, deve oficiar à OAB para que a entidade também chegue a aplicar uma sanção ao advogado. A via é de mão dupla: caso a OAB venha a suspender ou cassar a inscrição de um advogado público federal, deve oficiar à AGU para que, obedecido o devido processo legal, promova a devida suspensão, exoneração ou demissão de seu agente público.

⁴² FARIAS, Dárcio Augusto Chaves. A Ética profissional dos Procuradores Públicos. *Revista de direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rede Virtual de Bibliotecas, 1993, p. 101-102.

7. CONCLUSÕES

Em razão de um antigo cacoete discursivo, a Ciência Jurídica vem se desenvolvendo em torno da ideia de direito e de posições ativas ou vantajosas que os indivíduos detêm frente à sociedade em que se movimentam. Enfatizam-se os direitos e desprezam-se os deveres.

Essa prática bastante difundida no meio jurídico, ao fim e ao cabo, mina as bases de uma convivência social harmoniosa.

Enfatizar os deveres do advogado público federal numa quadra em que a categoria, com toda a razão, vem tentando reafirmar sua independência funcional, é fundamental para que o País não venha a assistir à emersão de mais uma ilha de autonomia sem responsabilidades e sem controles.

Uma vez juridicizada uma liberdade ou um direito, consequentemente cria-se também deveres e responsabilidades. Em direito não existem liberdades ilimitadas. A responsabilidade é um instrumento de que vale o direito contra o descontrole espacial e temporal da ação humana, impelindo as pessoas à tomada de escolhas racionais e a condutas públicas excelentes.

Os deveres e responsabilidades do advogado – bem como de todo sujeito de direito – são indissociáveis de seus deveres e prerrogativas, não sendo possível pensar esses com desconsideração daqueles. Tais deveres e responsabilidades, em termos gerais, são os mesmos que recaem sobre todos os advogados brasileiros, porque o estatuto jurídico da advocacia é uniforme em todo o território nacional. A particularidade distintiva do estatuto da advocacia é a de que a liberdade dos advogados é não apenas um direito, mas um dever, no sentido de que estão proibidos esses profissionais de se deixarem conduzir pelo arbítrio de outrem.

Todavia, esse dever de ser independente não pode degenerar em arbítrio, nem tornar o advogado público federal senhor absoluto das causas que lhes são confiadas. Há, de igual modo, outros mandamentos éticos que recaem sobre esses profissionais no sentido de exigir deles manifestações sempre conforme a ordem jurídica.

8. REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 12. ed. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Forense Universitária, 2012.

ARENDT, Hannah. **Lições sobre a filosofia política de Kant**. 2. ed. Tradução André Duarte e Paulo Rubens da Rocha Sampaio. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Substitutivo adotado pela Comissão Especial à Proposta de Emenda Constitucional nº 82, de 2007**. Acresce o art. 132-A e altera o art. 168 da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://goo.gl/7ZIV9p>. Acesso em: 10 mar. de 2016.

____. Câmara dos Deputados. **Substitutivo adotado pela Comissão Especial à Proposta de Emenda Constitucional nº 443, de 2009**. Estabelece parâmetros dos subsídios dos integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III e do Capítulo IV que trata das funções essenciais à Justiça, do Título IV da Constituição Federal. Disponível em: <http://goo.gl/7OGXE4>. Acesso em: 10 de março de 2016.

____. **Projeto de Lei nº 4.254, de 2015**. Altera a remuneração de servidores públicos. Disponível em: <http://goo.gl/uiduYE>. Acesso em: 10 mar. 2016.

____. Congresso Nacional. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o estatuto da advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L8906.htm. Acesso em: 10 mar. 2016.

____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 10 mar. 2016.

____. **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1994**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em: 10 mar. 2016.

____. **Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm. Acesso em: 10 mar. 2016.

____. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm. Acesso em: 10 mar. 2016.

____. Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Resolução nº 02, de 2015**. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/resolucao-n-022015-ced-2030601765.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2016.

____. **Provimento nº 114, de 2006**. Dispõe sobre a Advocacia Pública. Disponível em: <http://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/114-2006>. Acesso em: 10 mar. 2016.

____. Presidência da República. **Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930**. Reorganiza a Corte de Apelação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19408.htm. Acesso em: 10 mar. 2016.

____. Presidência da República. **Decreto nº 20.784, de 14 de dezembro de 1931**. Aprova o Regulamento da Ordem dos Advogados Brasileiros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D20784.htm. Acesso em: 10 mar. 2016.

CAETANO, Marcelo. **Princípios fundamentais do direito administrativo**. Coimbra: Edições Almedina, 1977.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo**: Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

CASTRO, Aldemario Araujo. **Os contornos da independência técnica do Advogado Público Federal**. Brasília, 7 de setembro de 2010.

CASTRO, Aldemario Araujo. **A Importância Institucional da Corregedoria-Geral da Advocacia da União no Contexto da Nova Advocacia Pública Federal**. Disponível em: <http://www.aldemario.adv.br/observa/cgaucontexto.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2016.

COSTA, Guilherme Moreira Loures da. **Ética das virtudes e ponderação: um ensaio sobre a dignidade humana aristotélica**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2014.

CUNHA, Sérgio Sérulo. **Fundamentos de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. 2. ed. Tradução Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FARIAS, Dárcio Augusto Chaves. A Ética Profissional dos Procuradores Públicos. **Revista de direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rede Virtual de Bibliotecas, 1993.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PANSIERI, Flávio. Comentário ao art. 133. CANOTILHO, J. J. Gomes. MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014.

PASSOS, J. J. Calmon. Tutela Jurisdicional das Liberdades. In: PASSOS, J. J. Calmon de. **Ensaio e Artigos**. V1. Salvador: JusPodivm, 2014.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo**: reflexões de um jurista que trafega na contramão. Salvador: JusPodivm, 2012.

REALE, Miguel. **O Direito como experiência**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

A AGU COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA

PAULO ÁLVARES BABILÔNIA¹

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Das Funções Essenciais à Justiça. 2.1. Da Diferença de Regimes Jurídicos entre as Funções Essenciais à Justiça. 2.2. AGU: Instituição independente do Poder Executivo? 2.3. Uma breve visitação ao regime jurídico da Advocacia Pública de outros países. 2.4. Regime Jurídico das Procuradorias dos Estados Federados: paradigma adotado pelo Constituinte Originário na construção do regime jurídico da AGU. 3. Das Atribuições da Advocacia-Geral da União. 3.1. Algumas situações de inconstitucionalidade em face do regime jurídico-constitucional da AGU. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A criação da Advocacia-Geral da União - AGU pela Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 encontra-se intrinsecamente ligada à nova ideia de direito surgida num momento de virada Constitucional, marcada pelo fim de um regime (militar) - que não tinha mais vez naquele novo cenário histórico, político e social -, e o advento de um novo regime, mais aberto e democrático, e que fora prenunciado de forma firme e uníssona pelo expressivo movimento das “Diretas já”; novo regime, este, denominado por muitos de “Nova República”.

No âmbito da referida Assembléia entendeu-se, a partir de um juízo de valor, que se precisava repensar o modelo jurídico-constitucional do Ministério Público Federal – MPF, uma vez que não seria possível, no novo cenário, que o MPF continuasse a exercer, concomitantemente, duas funções (representante judicial da União e *custos legis*), as quais, no entendimento da quase unanimidade dos constituintes, não se harmonizavam.

Por outro lado, a União necessitava de uma instituição que centralizasse os inúmeros e dispersos órgãos jurídicos da União, e que pudesse atuar de forma mais especializada, qualificada e aparelhada, para fazer frente às múltiplas

¹ Advogado da União. Ex-Procurador do Banco Central do Brasil. Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-PT. Especialista em Direito Constitucional, Direito Processual Civil e Direito Público.

demandas, cada vez mais crescentes e complexas, que se apresentavam neste novo cenário político, econômico e social.

Na mesma linha, o constituinte originário criou, ainda, a Defensoria Pública, de forma a fortalecer e dar concretude à idéia de Estado Democrático de Direito, que não existiria plenamente se a Justiça não fosse acessível a todos os cidadãos, inclusive àqueles que não tivessem condições de arcar com as despesas e custos processuais.

Já quanto à Advocacia Privada, também presente no mesmo Capítulo IV, do Título IV, da CF, esta, por se tratar de instituição afim, e, ainda, em razão de seu histórico na defesa do Estado Democrático de Direito, recebeu especial deferência do constituinte originário, que lhe atribuiu *status* constitucional, em que pese se tratar de instituição privada, não pertencente à estrutura orgânica do Estado.

Nesse sentido, no âmbito de todo este contexto de transição constitucional, o constituinte originário decidiu criar a Advocacia-Geral da União, com o distintivo *status* de “Função Essencial à Justiça”, tal como o Ministério Público, Advocacia privada e Defensoria Pública.

O presente trabalho visa, assim, oferecer um pequeno contributo à análise do regime jurídico da AGU, enquanto uma das Funções Essenciais à Justiça, com o intuito, sempre, de oferecer subsídios ao seu aperfeiçoamento institucional, com vistas à realização da Constituição Federal.

2. DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

As Funções Essenciais à Justiça constituem-se num plexo de instituições incumbidas de realizar a promoção de interesses públicos, individuais, coletivos e difusos.

Inegavelmente, o constituinte originário concedeu às Funções Essenciais à Justiça tratamento diferenciado e destacado, abrigando sob o seu manto a advocacia pública e a advocacia privada; merecendo ser ressaltado, segundo Moreira Neto², que a advocacia pública é um gênero, integrada por instituições

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 23-52.

públicas das seguintes espécies: a advocacia pública da Sociedade, exercida pelo Ministério Público; a advocacia pública de Estado, realizada pela AGU e pelas Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal; e a advocacia pública dos necessitados, pela Defensoria Pública³.

Coube ao Ministério Público a “advocacia da sociedade”, para a promoção e a defesa dos interesses sociais, individuais indisponíveis e dos interesses difusos em geral. O *parquet* enfeixa, também, a titularidade da ação penal.

À Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal, foi deferida a “advocacia dos interesses dos necessitados”, ou seja, dos que comprovarem insuficiência de recursos.

E à “advocacia dos interesses do Estado” ou “advocacia do Estado”, coube, na esfera federal, à Advocacia-Geral da União, e no plano estadual e do Distrito Federal, às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente.

Nesse enalço, ensina-nos Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁴ que as Funções Essenciais à Justiça - nelas incluída a AGU - como “órgãos de provedoria de interesses constitucionalmente qualificados”⁵, demandam “especialíssimo *status* constitucional”.

Não se deve, ademais, compreender a expressão “Funções Essenciais à Justiça”, como sinônima de “Funções Essenciais ao Poder Judiciário”, não havendo motivo para se restringir o alcance da expressão “justiça”, muito mais ampla do que “Poder Judiciário”⁶. Ademais, há que se reconhecer que não possui o Poder Judiciário, o apanágio de realizar a Justiça no âmbito do Estado.

³ Observa Diogo de Figueiredo que a Emenda Constitucional nº 19/98 ao alterar a denominação da Seção II, do Capítulo IV do Título IV, de “Da Advocacia-Geral da União” para “Da Advocacia Pública” reduziu o conceito de Advocacia Pública, ao identificá-lo, equivocadamente, como sinônimo de Advocacia de Estado. *Op. cit.*, p. 25.

⁴ Artigo A Advocacia de Estado revisada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado – Questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Neto e José Antônio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 25.

⁵ Ressalta, o consagrado autor, que o “dever precípua cometido aos Advogados e Procuradores de qualquer das entidades é indiscutivelmente o de sustentar e de aperfeiçoar a ordem jurídica”. *Op. cit.*, p. 41.

⁶ Para o Min. Ayres Brito, do STF, “Justiça aí não é Poder Judiciário; significa função jurisdicional”. In: RE nº 558.258 (SP); Relator: Min. Ricardo Lewandowski; Órgão Julgador: Primeira Turma; Data do Julgamento: 09/11/2010; DJe nº 5; Divulgação 17/03/2011; Publicação: 18/03/2011.

2.1. DA DIFERENÇA DE REGIMES JURÍDICOS ENTRE AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

Cabe observar que, inobstante o legislador constituinte atribuir o mesmo *status* de função essencial à Justiça àquelas três procuraturas constitucionais, não logrou conceder às mesmas, ao final, o mesmo regime jurídico.

Assim, se ao Ministério Público concedeu autonomia administrativa e financeira e, ainda, aos seus membros estendeu as garantias da Magistratura, o mesmo tratamento não foi concedido, pelo constituinte originário, à Defensoria Pública⁷ e à Advocacia de Estado, que ficaram incoerentemente vinculadas administrativamente ao Poder Executivo, embora com notória independência técnica, por se tratar de atributo intrínseco às suas próprias funções institucionais⁸.

O constituinte originário estabeleceu diferenças de regime dentro da própria Advocacia de Estado. À Advocacia-Geral da União atribuiu a defesa judicial da União, diretamente ou por meio de órgão vinculado. A ressalva de se possibilitar a defesa da União também por meio de “órgão vinculado” visou possibilitar que a defesa judicial da União nas causas tributárias fosse feita por um órgão específico, qual seja, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional⁹. Além do mais, quanto às atribuições de assessoria e consultoria jurídica, à Advocacia-Geral da União coube prestá-las apenas ao Poder Executivo. Já às Procuradorias dos Estados, concedeu atribuição de defender judicialmente o Estado, em todas as causas, e ainda, de prestar consultoria jurídica a todos os entes estatais, inclusive, aos demais Poderes (Legislativo e Judiciário).

Outra distinção de regime jurídico entre as três funções essenciais à Justiça é a atinente ao exercício da advocacia fora das atribuições institucionais, vedado, expressamente, ao Ministério Público e Defensoria Pública, mas não proibido à Advocacia de Estado.

Alguns anos após a promulgação da Carta de 1988, o constituinte derivado implementou, ainda, outras diferenças entre os regimes jurídicos das instituições que compõem as Funções Essenciais à Justiça.

⁷ A partir da EC nº 45, de 08.12.04 restou assegurado, aos integrantes das Defensorias Públicas, a garantia da inamovibilidade, bem como asseguradas às Defensorias Públicas estaduais a autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária.

⁸ Conforme reconhecido no Parecer GQ-24 (1994), da Advocacia-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República, “a positividade da disciplina específica dos servidores públicos, na condição de advogados, não lhes tolhe a *isenção técnica ou independência da atuação profissional*”. (grifo nosso).

⁹ Vide, a propósito, o teor da Ata da 245ª Sessão Plenária, realizada em 13.04.88, p. 427. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente/N016.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2016.

Partindo-se de uma interpretação sistemática do texto constitucional originário, seria possível dizer que a Carta Magna havia concedido às carreiras jurídicas que compõem as Funções Essenciais à Justiça tratamento isonômico de vencimentos, ao estabelecer no art. 135 que “As carreiras disciplinadas neste título aplicam-se o princípio do art. 37, XII, e o art. 39, § 1º¹⁰”.

No entanto, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, o constituinte derivado suprimiu a garantia de isonomia entre servidores públicos que exercem atividades semelhantes, conforme havia previsto o art. 39, § 1º, do texto original¹¹.

A seguir, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, estabeleceu-se que às Defensorias Públicas dos Estados são asseguradas autonomia funcional e administrativa e iniciativa de sua proposta orçamentária.

Posteriormente, por meio da Emenda Constitucional nº 74, de 2013¹², estendeu-se às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal, tais autonomias¹³.

¹⁰ Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.

§ 1º A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhadas do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho. (Dispositivo revogado pela Emenda Constitucional nº 19/98).

¹¹ De se observar, entretanto, a propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) nº 2.135-4, proposta pelo Partido dos Trabalhadores (PT) e outros, em 27.01.2000, visando a declaração da inconstitucionalidade da referida Emenda Constitucional, sob o fundamento, dentre outros, de não ter sido aprovada em 2 (dois) turnos de votação.

¹² Vale notar que a Advocacia-Geral da União interpôs a Adin nº 5.296, requerendo a declaração de inconstitucionalidade das 2 (duas) emendas constitucionais, que concederam autonomia administrativa e orçamentária às Defensorias Públicas dos Estados e da União e Distrito Federal.

¹³ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014).

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado do parágrafo único pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 2º As Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 74, de 2013)

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência

2.2. AGU: INSTITUIÇÃO INDEPENDENTE DO PODER EXECUTIVO?

Vale consignar, mesmo que brevemente, que a questão de a AGU integrar ou não o Poder Executivo é controvertida.

Para determina corrente, fulcrada, sobretudo no argumento topológico – Já que as Funções Essenciais à Justiça se encontram disciplinadas em capítulo próprio, fora do capítulo atinente ao Poder Executivo, a AGU não integra o Poder Executivo. Nesta linha destacam-se: Quintão¹⁴, Valente¹⁵, Kirsch¹⁶, Leite¹⁷ e Dias Toffoli.

Sustentando a tese de que a Advocacia-Geral da União não integra o Poder Executivo, o Ministro Dias Tóffoli, do Supremo Tribunal Federal – STF, em ação¹⁸ que se discutia a constitucionalidade de um Decreto expedido pelo Governador do Estado de São Paulo, fixando o teto remuneratório dos procuradores autárquicos daquele Estado, em seu r. voto assim se pronunciou, *obter dictum*:

[...] Ora, o que temos aí? Temos que tanto o Ministério Público, quanto a Advocacia Pública, quanto a Defensoria Pública são instituições que não integram nenhum dos Três Poderes. Eles estão separados tanto do Legislativo, quanto do Executivo, quanto do Judiciário. É bem por isso que não temos, na nossa tópica constitucional, a possibilidade de dizer que o procurador é da autarquia. Não existe isso

funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal. *(Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)*

Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º. *(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*.

¹⁴ QUINTÃO, Geraldo Magela da Cruz. **Publicação ANPAF-03/97**. Palestra proferida no Primeiro Encontro Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional, realizado em 17.05.96, na Escola de Administração Fazendária, em Brasília-DF.

¹⁵ VALENTE, Maria Jovita Wolney. Histórico e evolução da Advocacia-Geral da União. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 363-394. ISBN 978-85-7700-236-8.

¹⁶ KIRSCH, César do Vale. A alavancagem da AGU para a consolidação e o sucesso da Advocacia Pública de Estado no Brasil. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 395-422. ISBN 978-85-7700-236-8.

¹⁷ LEITE, Valdemar. **Advocacia-Geral da União: instituição constitucional independente ou órgão do executivo?** Monografia (Especialização em Direito Público) – IDP, Brasília-DF, 2003. Disponível em: http://www.anauni.org.br/site/wpcontent/uploads/2011/12/MONO_IDP.pdf. Acesso em: 07 out. 2014.

¹⁸ RE nº 558.258 (SP); Relator: Min. Ricardo Lewandowski; Órgão Julgador: Primeira Turma; Data do Julgamento: 09/11/2010; DJe nº 5; Divulgação 17/03/2011; Publicação: 18/03/2011.

na nossa disciplina constitucional. Se formos analisar a Advocacia-Geral da União, a lei de organização do Poder Executivo não faz referência a ela. *Quem integra o Poder Executivo, única e exclusivamente, é o Advogado-Geral da União, e não a Advocacia-Geral da União*. E nem poderia ser diferente, porque, no texto constitucional, ela não está dentro do Poder Executivo. Bem por isso que os procuradores federais, que fazem a representação judicial e o trabalho de consultoria das autarquias federais, não integram essas autarquias. Eles podem até ocupar o espaço físico, o espaço público, para bem prestar o seu serviço de função essencial à justiça, no seu trabalho, seja de contencioso, seja de consultoria, *in loco*, naquela autarquia, naquele prédio, naquele local, fazendo uso de computadores ou de outros materiais e ocupando, inclusive, em alguns casos, cargos em comissão. Mas eles não integram aquela autarquia. [...] ¹⁹.

Outros, no entanto, como *Bastos*²⁰, a partir de uma concepção mais clássica de tripartição dos Poderes, entendem que a AGU - bem como as demais funções essenciais à Justiça (com exceção da advocacia privada)-, integra o Poder Executivo Federal.

*Macedo*²¹, embora admita que a Advocacia-Geral da União dependa organicamente do Poder Executivo - visto não possuir independência administrativa e financeira (portanto, integrando o Poder Executivo) – evidencia que a mesma desempenha “função constitucional autônoma²², denominada advocacia do Estado, englobando um conjunto de competências preventivas e postulatorias”; funções, estas, de natureza distinta das funções típicas do Poder Executivo²³.

¹⁹ A posição do Ministro Dias Tóffoli é bastante interessante, já que considera que apenas o Advogado-Geral da União integra o Poder Executivo Federal. Pensamos que tal tese se encontra desconforme a Lei Complementar nº 73/93, que considera o Advogado-Geral da União órgão de direção superior integrante da AGU (art. 2º, I, “a”). Assim, não haveria, s.m.j., possibilidade de estabelecermos uma dicotomia entre a instituição e o seu órgão maior.

²⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1997, t. IV, p. 5.

²¹ MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008.

²² Vale ressaltar que, para o referido autor, a autonomia defendida não é a administrativa ou orgânica. Apenas as funções da AGU seriam “autônomas”, isto é, próprias e distintas das funções inerentes ao Poder Executivo. Trata-se, pois, de uma autonomia institucional funcional, que, também, não deve ser confundida com a chamada “independência técnica do membro da Instituição”, já que, enquanto aquela é inerente à instituição, esta última é inerente ao membro da instituição.

²³ Também entendemos, s.m.j., que se torna bastante difícil sustentar que, nos termos da Constituição Federal, a AGU não integra o Poder Executivo Federal, já que o constituinte originário não concedeu à mesma

2.3. UMA BREVE VISITAÇÃO AO REGIME JURÍDICO DA ADVOCACIA PÚBLICA DE OUTROS PAÍSES

A título de se obter uma visão mais ampla dos modelos de funcionamento da Advocacia Pública, cumpre que façamos uma breve visita a outros ordenamentos jurídicos.

Observam-se, no Direito Comparado, que são diversos os modelos adotados pelos Estados para as instituições encarregadas das funções pertinentes ao Ministério Público, Advocacia Estatal e Defensoria Pública, os quais podem ser classificados, conforme observa Cláudio Grande Júnior²⁴, em dois grandes modelos: o unitário, no qual uma única instituição congrega as funções de advocacia estatal e da sociedade e o modelo dualista, em que tais funções são atribuídas a instituições distintas.

No modelo argentino²⁵, citado durante os debates constituintes²⁶, ao Ministério Público Federal²⁷ - considerado órgão “extra-poder” pela doutrina daquele país, por possuir autonomias funcional e financeira²⁸ - é vedada a consultoria e a defesa judicial do Estado. No entanto, tal instituição continua a possuir dúplice função, mas atribuídas a carreiras distintas, com chefes distintos. Diz-se que o Ministério Público argentino possui, por característica, ser “bicéfalo”, por integrar, em mesmo nível hierárquico, o Procurador General de La Nación, que

autonomias administrativa e financeira, tal como procedeu em relação ao Ministério Público (originariamente) e à Defensoria Pública (por meio de emenda constitucional); o que consideramos um equívoco por parte do legislador constituinte, que deverá ser corrigido, de forma a possibilitar que a AGU possa melhor desempenhar suas funções constitucionais.

²⁴ GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado**: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 59-86. ISBN 978-85-7700-236-8.

²⁵ Advirta-se que o modelo federativo argentino é bastante semelhante ao modelo americano, havendo forte autonomia política e administrativa das unidades federativas. Assim, os regimes jurídicos do Ministério Público nas Províncias (23, ao todo) e da cidade autônoma de Buenos Aires podem divergir do modelo federal (chamado de “nacional”). Como exemplo, cita-se o modelo da cidade autônoma de Buenos Aires, onde o Ministério Público integra o Poder Judiciário. Cf. Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, artículo 124.

²⁶ Conforme alusão feita pelo Senador Constituinte Paes Landim, como exemplo de Ministério Público que não exerce a defesa judicial do Estado, por ocasião de audiência pública com o presidente da Confederação Nacional do Ministério Público.

²⁷ Disciplinado no art. 120 da Constituição Argentina e na Lei nº 24.946. Vale frisar que, no âmbito das Províncias, em razão do caráter mais acentuado do federalismo argentino – semelhante ao federalismo americano – os Ministérios Públicos possuem modelos não necessariamente semelhantes ao Ministério Público Federal. Na cidade autônoma de Buenos Aires, ad exemplum, o Ministério Público é integrado ao Poder Judiciário, sendo os seus membros considerados membros do Poder Judiciário, embora não possuindo função judicante.

²⁸ SACCO, Ricardo Ferreira. **Constitucionalismo e Ministério Público**: uma visão panorâmica. Belo Horizonte: Mandamentos, FCH/FUMEC, 2008. p. 211.

chefia a divisão que cuida das funções de fiscal da lei e o Defensor General de La Nación, que chefia a divisão que cuida da defesa daqueles que de alguma forma não podem se defender; função afeta, no Brasil, à Defensoria Pública.

Além do mais, na Argentina existe a figura do Defensor Del Pueblo²⁹, vinculado ao Poder Legislativo, mas com autonomia funcional, que possui legitimação processual para a defesa de direitos coletivos e difusos - função, esta, atribuída no Brasil ao Ministério Público.

Embora a Constituição argentina se limite a vedar ao Ministério Público as atribuições de Consultoria Jurídica e defesa judicial do Estado, sem prever, em seu texto, a existência de uma instituição para cumprir tal mister, a Ley n° 12.954, de 1947, atribui tais funções à Procuración Del Tesoro de La Nación³⁰.

Outros países da América do Sul também adotam o sistema dualista, escolhido pelo constituinte originário de 1988. Na Venezuela, conforme estabelecem os artigos 247³¹ e 284³² da Constituição da República Bolivariana da Venezuela³³, cabe à Procuradoria General de La República, a assessoria jurídica e representação judicial do Estado; e ao Ministério Público, chefiado pelo Fiscal General de La República, a função típica de *custos legis*, embora também exista neste país a instituição do Defensor Del Pueblo³⁴, com atribuições semelhantes às que são exercidas na Argentina.

No Paraguai, que adota o sistema venezuelano, cabem à Procuradoria General de La República, a assessoria jurídica e a representação do Estado, enquanto que ao Ministério Público Federal, chefiado pelo Fiscal General de La República, cabe a função de *custos legis*³⁵.

²⁹ Previsto no art. 86 da Constituição Argentina.

³⁰ Artículo 1.- Créase el Cuerpo de Abogados del Estado. Tendrá a su cargo el asesoramiento jurídico y la defensa ante los tribunales, del Poder Ejecutivo y de todos los organismos que integran la administración. Artículo 2.- Será director general del cuerpo el Procurador del Tesoro y en caso de ausencia o impedimento de éste, el Subprocurador del Tesoro sin perjuicio de las funciones que tienen asignadas por leyes especiales. Estos serán designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.

³¹ Artículo 247 – La Procuratoria General de La República asesora, defiende y representa judicial y extrajudicialmente los intereses patrimoniales de La República, y será consultada para la aprobación de los contratos de interés público nacional.

³² Artículo 284 – El Ministerio Público estará bajo La dirección y responsabilidad Del Fiscal General de La República, quien ejercerá sus atribuciones directamente con el auxilio de los funcionarios o funcionárias que determine La ley.

³³ Disponível em: <www.conteudojuridico.com.br/vade-mecum-estrangeiro/.html>. Acesso em: 19 abr. 2015.

³⁴ Artículo 280 – La Defensoria Del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos y difusos, de los ciudadanos.

³⁵ Artículo 246 da Constituição da República do Paraguai - Son deberes y atribuciones del procurador General de la República:

Ainda no âmbito da América do Sul, nota-se, também, que no Uruguai, Bolívia e Peru, ao Ministério Público é proibido o exercício simultâneo das funções de *custos legis* com a defesa judicial do Estado e prestação de consultoria jurídica³⁶.

Já modelos de outros países, como Portugal e Estados Unidos, adotam o sistema unitário. Em Portugal, ao Ministério Público Federal³⁷, chefiado pelo Procurador – Geral da República, com mandato de 6 (seis) anos, além das funções típicas de Ministério Público, cabe, ainda, a representação judicial do Estado, tal como cabia ao Ministério Público Federal brasileiro até a CF/88. Os membros do Ministério Público Federal de Portugal possuem o mesmo regime jurídico dos membros do Poder Judiciário.

Na mesma linha do modelo português, encontram-se o dos Estados Unidos da América, que, conforme salienta Cláudio Grande Júnior³⁸, produziu inegável influência no modelo brasileiro quando da proclamação da República. No sistema estadunidense – que seguiu o modelo da Inglaterra³⁹ – embora o atenuando – a instituição denominada Attorney General Office, chefiada pelo Attorney General, além de atuar como *custos legis*, é a encarregada da defesa judicial do Estado e da consultoria jurídica aos órgãos e agências estatais. Os seus membros, denominados U.S. Attorneys, com atuação perante todos os tribunais federais, são nomeados pelo Presidente da República, dependendo de confirmação do Senado, com mandatos de 4 (quatro) anos.

Mas, nos Estados Unidos da América, considerando, como se sabe, o seu forte caráter federalista, onde os estados membros possuem forte autonomia

-
1. representar y defender, judicial o extrajudicialmente los intereses patrimoniales de la República;
 2. dictaminar en los casos y con los efectos señalados en las leyes;
 3. asesorar jurídicamente a la Administración Pública en la forma que determine La ley, y
 4. los demás deberes y atribuciones que fije la ley.

³⁶ MELO, André Luís Alves de. O Ministério Público no Mundo. **Revista Justilex**, Ano VI – n. 65. p. 26/32. Maio de 2007. Editora Justilex.

³⁷ Art. 219, inciso I, da Constituição Portuguesa: Ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar, bem como, com observância do disposto no número seguinte e nos termos da lei, participar na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, exercer a ação penal orientada pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática.

³⁸ GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado**: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

³⁹ Deve-se observar, contudo, que na Inglaterra e País de Gales, conforme observado por Cláudio Grande Júnior, não existe propriamente um Ministério Público, cujas atribuições são exercidas por juristas comuns empregados pela coroa, em razão do forte princípio da igualdade de armas lá existente. Nestes países, o Her Majesty's Attorney General for England and Wales assessora e aconselha juridicamente a Coroa e o Gabinete e supervisiona a persecução penal a cabo dos prosecutors.

administrativa e legislativa, convém observar que os regimes jurídicos da Advocacia Pública costumam guardar algumas diferenças entre si. Assim, se no sistema federal, o Attorney General é cargo de confiança do Presidente da República, no Estado de Massachusetts – “local histórico de lutas por mecanismos de proteção à sociedade” – o Attorney General, desde 1855, com a 17ª Emenda Constitucional desse Estado – é eleito pelo voto popular, com mandato de 4 (quatro) anos, e conforme disposição constitucional expressa, substitui o Governador, no caso de vacância do cargo, depois do Vice-governador⁴⁰.

2.4. REGIME JURÍDICO DAS PROCURADORIAS DOS ESTADOS FEDERADOS: PARADIGMA ADOTADO PELO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO NA CONSTRUÇÃO DO REGIME JURÍDICO DA AGU

Muito se discute sobre o modelo de advocacia pública que teria influenciado o constituinte originário brasileiro, em sua opção pelo sistema dualista.

No entendimento de Geraldo Magela da Cruz Quintão⁴¹, teria sido o modelo italiano (“*Avvocatura dello Stato*”) que surgiu como sendo a melhor referência, no direito comparado, de instituição mais evoluída e aparelhada para a missão de aconselhamento e defesa do Estado no plano jurídico. No modelo italiano, assim como no modelo espanhol⁴², o Ministério Público não representa o Estado nem lhe presta consultoria jurídica.

Na observação de Geraldo Magela da Cruz Quintão, a instituição italiana, que, no início detinha competência restrita para atuação nas questões fiscais (“*advocatus fisci*”) evoluiu para um órgão com representação legal do Estado e também das Autarquias, com função ainda jurídico-consultiva da Administração, confiada a um corpo técnico de advogados, assumindo, assim, importância e realce dignos de nota no sistema jurídico italiano.

De fato, em artigo publicado durante o processo constituinte, Pinto Ferreira, ressaltando que “a Advocacia de Estado deve organizar-se em moldes institucionais” citou o exemplo da Itália como sendo “bastante significativo na evolução do aparelhamento institucional incumbido da defesa do Estado”⁴³.

⁴⁰ SACCO, *op. cit.*, p. 225.

⁴¹ QUINTÃO, Geraldo Magela da Cruz. **Publicação ANPAF-03/97**. Palestra proferida no Primeiro Encontro Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional, realizado em 17 maio 1996, na Escola de Administração Fazendária, em Brasília-DF. p. 6.

⁴² Na Espanha, a defesa judicial do Estado e a sua consultoria jurídica é confiada à Abogacía General Del Estado.

⁴³ FERREIRA, Pinto. O Ministério Público e a Advocacia de Estado. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 24, n. 96, p. 201-32, out./dez. 1987.

No mesmo artigo, cita José Afonso da Silva⁴⁴, que, refletindo a posição majoritária da doutrina na época, entendia que a dúplici função do Ministério Público Federal era uma “situação anômala, pois hão que ser imparciais no que tange ao ofício do Ministério Público e parciais no respeitante à defesa da União, e, não raro, uma mesma pessoa ingressa ao processo nessa dupla qualidade”.

A posição da doutrina sob a questão fazia coro, ademais, com a posição dos próprios membros do Ministério Público, em que pese posição particular do Ministério Público Federal, que defendia a manutenção das duas funções (*custos legis* e defensor judicial da União) no seu rol de atribuições⁴⁵.

Pinto Ferreira⁴⁶ cita, a propósito da posição do Ministério Público, a célebre “Carta de Curitiba”, documento-síntese das reivindicações do Ministério Público brasileiro à Assembleia Nacional Constituinte, que, após consulta a todos os membros do Ministério Público, foi aprovada pelo I Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações do Ministério Público, realizado nos dias 20 a 22 de junho de 1986 na capital paranaense. Entre as suas conclusões destacam-se as seguintes:

1º) não há necessidade de criação de novos organismos burocráticos do Estado para o mister de defensor do povo, cabendo naturalmente a função de ouvidor ou de defensor do povo ao próprio Ministério Público; 2º) ***deve ser vedada a representação das Fazendas pelo Ministério Público, em qualquer nível***; 3º) deve ser consagrado o princípio de que o promotor não pode ser afastado de suas funções, exceto por remoção, assegurada ampla defesa; 4º) não se deve admitir nenhuma hierarquia nem direção superior entre cada Ministério Público, nem mesmo direção superior do PGR sobre os Ministérios Públicos do Trabalho, Militar ou Estadual; 5º) todos os chefes do Ministério Público devem chamar-se de “promotores gerais”, sem exceção; 6º) os chefes do parquet, em todos níveis, só podem ser escolhidos dentre os integrantes da respectiva instituição [...] (destacou-se).

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 1984. p. 192.

⁴⁵ Veja-se, a propósito, pronunciamento do presidente da Confederação Nacional do Ministério Público, em audiência pública, perante os membros da Subcomissão do Poder Judiciário e do Ministério Público, no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/Publicacoes/anais/constituente/3c%20%20SUBCOMISSÃO%20DO%20PODER%20JUDICIÁRIO.pdf> p. 24.

⁴⁶ FERREIRA, op. cit.

No entanto, sem desconsiderar a boa influência do modelo italiano e de outros países, como Espanha, Venezuela, Argentina, e muitos outros da América do Sul, os anais da Assembleia Nacional Constituinte deixam evidente que o constituinte brasileiro se focou no modelo adotado pelos próprios estados federados brasileiros, que coincidia com o modelo italiano.

O modelo de advocacia pública dos estados membros, defendido, inclusive, pela doutrina pátria e pelos membros do Ministério Público dos Estados, em sua grande maioria, e trazido na experiência dos constituintes que provinham de todos os estados da federação, foi o paradigma citado à saciedade por eles, como eficaz, exitoso, técnico e politicamente correto⁴⁷.

Assim, no tocante ao modelo de advocacia pública que mais teria influenciado o constituinte de 1988, conclui-se, no sentido de que foi o modelo dos Estados membros da federação, defendido pelos constituintes, membros do Ministério Público dos Estados⁴⁸ e da Advocacia Pública Federal (com exceção dos Procuradores da Fazenda Nacional) à época da elaboração da Carta constitucional. E, de maneira secundária, e no âmbito do Direito comparado, serviu de paradigma o modelo italiano, tal como defendido pela doutrina especializada.

3. DAS ATRIBUIÇÕES DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

As novas exigências estruturais do Estado, fizeram surgir a proposta de criação da Advocacia-Geral da União, conforme salienta Saulo Ramos, então Consultor-Geral da República e principal defensor da criação da AGU no âmbito do Governo Federal na época do funcionamento da Assembleia Nacional Constituinte, deixando bem claro o pensamento do governo à época, altamente sintonizado com a nítida mudança do paradigma político-social⁴⁹, o que tornava premente a necessidade de tornar mais eficiente os serviços jurídicos da União:

⁴⁷ A propósito, Plínio de Arruda Sampaio, ao Justificar o mérito da Emenda nº 3 S0098-5, registrou: “Outrossim, deve-se consignar que a divisão das atribuições do Ministério Público e da Procuradoria da Defesa da pessoa de direito público *é a solução adotada por todos os Estados da Federação*, com excelentes resultados, tanto para a advocacia do Estado, como para a defesa da sociedade e fiscalização da lei”.

⁴⁸ Note-se que o Ministério Público Federal defendia, justamente, ao modelo unitário estadunidense.

⁴⁹ Para Thomas Kuhn, a modificação de um paradigma pré-existente, a que ele denomina “revolução”, é uma espécie de mudança envolvendo certo tipo de reconstrução de compromissos (KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000).

A atividade era estanque, isto é, cada ministério tinha seus assistentes jurídicos (e mal remunerados), que atendiam aos casos internos, proferindo pequenos pareceres sobre a matéria controvertida. Quando surgia uma ação judicial contra a União, ou quando a União tinha que propor uma ação judicial contra alguém, o assunto era estudado isoladamente, no ministério que tivesse competência administrativa para tratar da matéria. Os outros não ficavam nem sabendo.

E o encarregado de propor a ação ou de defender a União era simplesmente um estranho: o Ministério Público Federal. Nos assuntos internos, quando havia divergência, os ministros mandavam o problema para a Presidência da República, ouvia-se o Consultor Geral da República, que proferia parecer. Aprovado pelo Presidente, o parecer tornava-se norma obrigatória para toda a Administração pública federal. Pelo lado de dentro, o sistema funcionava razoavelmente. Mas, do lado de fora, era um desastre.

Em juízo, quem ia representar a União e defendê-la era um promotor público, um Procurador da República, de especialidade criminal junto às varas federais, em processos penais. Assim, o representante do Ministério Público Federal com essa função – que hoje desenvolve com exclusividade – de atuar em ações penais e no máximo em ações civis públicas era chamado a agir em todos os processos de interesse da União, nos mais variados e complexos assuntos jurídicos e para os quais não estava preparado. Nem podia estar, tamanha a variedade e a complexidade de assuntos tão distintos uns dos outros.

Aí vinha o deus-nos-acuda, pois os processos eram complicados. O pobre do promotor público federal, um criminalista acostumado a estudar Direito Penal e a lidar com o crime, tinha que enfrentar casos de contratos difíceis, que haviam sido descumpridos ou sofrido interpretações contraditórias nas respectivas execuções. Litígios sobre concessões públicas, licitações, obrigações administrativas, Direito Público, sonegação fiscal, cobrança de tributos, brigas nas exportações e nas importações, nas extrações de minérios, contratos cambiais. Uma

infinidade de assuntos, em que enfrentava, do outro lado, escritórios de advocacia poderosos, de grande cultura e altamente especializados.

E o deus-nos-acuda foi virando rotina. A defesa da União era feita ao deus-dará. Os prazos eram cumpridos na marra. Os promotores se viravam com instruções recebidas dos assistentes jurídicos dos ministérios. Nas audiências, diante do Juiz, em muitos casos, não todos, dava dó. O defensor da União não entendia do assunto, perdia-se diante da argumentação dos advogados privados, a tal ponto que o magistrado federal, em muitas ocasiões, passava ele próprio a defender a União, numa distorção da devida imparcialidade. Esse costume até hoje perdura em algumas jurisdições, mesmo depois de resolvido o problema; mas continua, pois alguns juízes federais agem de olho na promoção e nas vagas de tribunais que dependem das autoridades administrativas e políticas da União.

Somente o Ministério da Fazenda, assoberbado com as questões tributárias, possuía um corpo de advogados mais atuantes na Procuradoria-Geral. Mas tinham que alimentar o Ministério Público com informações e explicações didáticas, que nem sempre eram absorvidas a tempo e de forma a assegurar a boa defesa do direito da União, quando houvesse. A despeito do título de Procurador da Fazenda, o profissional não podia officiar no Judiciário. Era um procurador sem procuração.

É verdade que tal situação despertou, em muitos procuradores da República, a consciência profissional de que deviam estudar a fundo a matéria debatida nos processos, e neles a União teve defensores notáveis, mas poucos por este Brasil afora. Eram milagreiros. O problema agravava-se ao extremo pela falta de sistemática, falta de uma advocacia organizada e integrada, que tivesse profissionais exclusivamente encarregados de agir em juízo, na defesa de um cliente tão importante: o nosso país.⁵⁰

⁵⁰ RAMOS, Saulo. **Código da vida**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007. p. 128-9.

Neste contexto, surgiu a proposta de criação da Advocacia-Geral da União, para prestar assessoria jurídica e consultoria jurídica ao Poder Executivo Federal, atuando no controle prévio da legalidade dos atos administrativos, e para representar judicialmente e extrajudicialmente a União⁵¹.

Guedes e Hauschild⁵², bem descrevem o papel da Advocacia de Estado a partir da nova ordem constitucional:

A Advocacia Pública é, hoje, vista como instituição permanente e essencial ao Estado, correspondente à fase do Estado Democrático de Direito, e não mais como instituição de um Estado Liberal ou individualista, conforme se pode observar em suas passagens históricas. Tampouco é vista como uma instituição do Estado social, conforme descrição do art. 131: “A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”.

Nessa nova fase constitucional, a Advocacia Pública é uma instituição que concilia respeito às garantias individuais e acesso aos mínimos direitos sociais e essenciais para a vida em sociedade.

Dessa forma, a Advocacia Pública prima pelo respeito ao indivíduo e à preservação de sua esfera de autonomia privada, mas nem por isso deixa de se impor como instituição que garante a legalidade das políticas públicas organizadas pelo Estado, e assim o faz com rigor, seguindo estritamente diretrizes constitucionais.

⁵¹ Vale notar que o legislador constituinte, quebrando, de certa forma, a simetria entre a Advocacia-Geral da União e as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, previu, no art. 132, que estas últimas exercerão a *representação judicial* (excluída a representação extrajudicial) e a *consultoria jurídica* (excluída a assessoria jurídica) das respectivas *unidades federadas*. Portanto, no âmbito dos estados membros, cabe às suas respectivas Procuradorias a tarefa de prestar consultoria jurídica não somente ao Poder Executivo estadual, mas, também, aos demais Poderes Legislativo e Judiciário. Cita-se, a propósito, a julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.557/DF, em que se considerou inconstitucional o art. 9º da Emenda nº 9/1996 à Lei Orgânica do Distrito Federal, na parte que alterou o art. 110 desta lei, conferindo-lhe a seguinte redação: “A Procuradoria Geral é o órgão central do sistema jurídico do *Poder Executivo*, de natureza permanente, na forma da Constituição Federal. (destacou-se).

⁵² GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano (Coord.). **Nos limites da história – A construção da Advocacia Geral da União**. p. 16. Brasília: UNIP: UNAFE, 2009.

Nota-se que a Constituição Federal distingue as funções de “assessoria jurídica” de “consultoria jurídica”, com nítido propósito de se evitar interpretações restritivas do Texto Constitucional no que tange ao papel da AGU no desempenho de suas atividades jurídicas no âmbito da própria Administração Pública.

O Texto Constitucional possui, nesta parte, íntima relação com o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994), que prevê, no art. 1º, como atividades privativas do Advogado “a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”, e “as atividades de **consultoria**, **assessoria** e direção jurídicas.”

Embora se entenda que as atividades de “consultoria jurídica” e “assessoria jurídica” estejam intrinsecamente ligadas, uma vez que a “assessoria jurídica” pode ocorrer por meio da elaboração de um parecer jurídico solicitado para dirimir determinada dúvida ou controvérsia jurídica, se pode vislumbrar em algumas atividades características mais próximas a uma dessas duas modalidades.

No âmbito da advocacia privada, fala-se em atividade de consultoria “quando o advogado faz um parecer para sanar dúvidas sobre determinado assunto (lembrando sempre que deve preservar sua independência na interpretação e aplicação do direito), ou quando dá conselhos jurídicos a um cliente, ainda que verbalmente”⁵³.

Por seu turno, no que respeita à **assessoria jurídica**, no âmbito da advocacia privada, esta se caracterizaria, *v.g.*, “quando um advogado elabora um contrato, acompanha o cliente a um cartório para efetuar alguma prática de registro público, elabora um termo de transação extrajudicial entre partes em conflito, e assim por diante”⁵⁴.

No plano da Advocacia Pública, ou “de Estado”, as atividades de consultoria e assessoria, em que pese não sofrerem alterações conceituais em relação à privada, diferem quanto às suas realizações, no campo prático, já que o campo de ação do advogado privado difere do campo de ação do advogado público.

Assim, se a atividade se consubstancia na elaboração de um parecer jurídico, notas ou informações, voltadas a dirimir determinada dúvida ou controvérsia

⁵³ Cf. ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. Privatividade das atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1044, 11 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8369>>. Acesso em: 6 out. 2015.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 1.

jurídica, ou verificar a higidez jurídica dos atos administrativos, tem-se que tal atividade melhor se enquadra no papel de prestação de consultoria jurídica.

Já atividades outras, como, por exemplo, produzir estudos, informações e outros trabalhos jurídicos a título de colaboração com a autoridade administrativa; cooperar na elaboração de anteprojetos de leis, medidas provisórias, instruções normativas e outros atos normativos; participar de grupos de trabalhos e comissões; promover conciliação entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal a respeito de controvérsia jurídica entre os mesmos etc., melhor se caracterizam como sendo de “assessoria jurídica”.

No que respeita à representação extrajudicial, destaca-se a representação da União e seus entes no âmbito do Tribunal de Contas da União – órgão não integrante do Poder Judiciário e cuja finalidade é auxiliar o Congresso Nacional no controle externo da Administração Pública⁵⁵ - e nas assembleias gerais de empresas públicas federais.

Quanto à representação judicial, como se sabe, é aquela que se dá no âmbito do Poder Judiciário, nas ações de interesse da União, seja na condição de autora, ré, assistente ou opoente.

Dessume-se, assim, que as atividades da Advocacia-Geral da União têm por finalidade, sobretudo, o controle prévio da legalidade dos atos administrativos, bem como colaborar com a Administração na viabilização das políticas públicas.

Isso porque, diante da finalidade institucional da AGU, consubstanciada na “assessoria e consultoria jurídica”, só se pode entender que tais atividades visam, sobretudo, a evitar que o Estado venha a praticar os seus atos administrativos em desacordo com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Não por acaso, o art. 4º, inciso VIII, da Lei Complementar nº 73/93, estabelece como uma das atribuições do Advogado-Geral da União a de “assistir o Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos da Administração”⁵⁶.

⁵⁵ Art. 71 da CF. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...]”.

⁵⁶ Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:
[...]

VIII - assistir o Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos da Administração;

Além do mais, outras normas, tais como a Lei nº 8.666/93, que institui normas de licitações e contratos da Administração Pública, preveem a necessidade de prévia consulta e aprovação do órgão jurídico para determinados atos⁵⁷.

A propósito, em substituição à expressão “controle prévio da legalidade dos atos administrativos”, Geraldo Magela da Cruz Quintão sugere a expressão “controle da juridicidade⁵⁸ dos atos administrativos”, já que o controle jurídico prévio não se limita ao controle da legalidade, mas, também, ao controle da legitimidade e moralidade.

Sabe-se que o Princípio da Legitimidade, tal como ocorrera com o Princípio da Moralidade, foi positivado pela Constituição Federal de 1988, acentuando-se, desta forma, o viés de Estado Democrático de Direito, a que se propôs implementar.

Assim, o *caput* do art. 70 da Constituição Federal⁵⁹, ao tratar do controle externo da Administração Pública, determinou, a contrario sensu, a observância, dentre outros, do Princípio da Legitimidade na prática dos atos administrativos, ao dispor que tal aspecto deve ser verificado quando da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta.

Embora admitindo, que o Princípio da Legitimidade ainda não se apresenta com contornos firmes na doutrina e jurisprudência, infere-se que se trata de examinar o ato administrativo sob um enfoque valorativo – distinguindo-se, desse modo, do princípio da legalidade – com vistas a verificar se o mesmo atende a aspectos tais como o da razoabilidade de despesas (devem ser admissíveis pela comunidade), interesse público, ordem de prioridade e, até mesmo, expectativa da comunidade quanto aos atos de governo considerando-se determinada posição

⁵⁷ Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:
[...]

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente *examinadas e aprovadas* por assessoria jurídica da Administração. (destacou-se).

⁵⁸ Utiliza-se o termo “juridicidade”, já que o controle jurídico prévio não se limita ao controle da legalidade, mas, também, ao controle da legitimidade e moralidade, esta erigida como um dos princípios constitucionais da administração pública.

⁵⁹ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, *legitimidade*, economicidade, aplicação das subvenções e renúncias, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

adotada pelo candidato em campanha eleitoral. Sobre tal instituto, impõe-se a alusão à célebre doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁶⁰, que traz o conceito de legitimidade plena, integral, que valida os governantes e que resulta da “confluência das três legitimidades – na detenção, no exercício e na destinação do poder”.

Na dicção do Texto Constitucional (art. 70), a fiscalização dos atos administrativos quanto à legitimidade será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Considerando que o primeiro e mais eficaz controle administrativo é o que a própria Administração faz, preventivamente, perante ela mesma – controle interno, que possui fundamento no Princípio da autotutela - e que compete à Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 131 da Constituição Federal, assessorar e prestar consultoria jurídica ao Poder Executivo, o seu papel também, no que tange a tal modalidade de controle se apresenta, de fato, bastante relevante, atuando, neste aspecto, em sintonia com o sistema de controle interno do Poder Executivo, manifestando-se sempre que solicitada.

Deve-se consignar, no entanto, que muitos preferem dar à própria expressão “legalidade” um significado mais amplo, abrangendo os vários aspectos e/ou princípios que devem ser observados na realização do ato administrativo.

Outro aspecto digno de nota, refere-se às funções de **conciliação e arbitragem** da AGU⁶¹, que se configuram, em última análise, num alargamento das atividades de assessoria e consultoria jurídica ao Poder Executivo Federal - ou do que se entende como sendo “assessoria e consultoria jurídica”⁶² - , a que compete a AGU, nos termos do art. 131, *caput*, da CF.

⁶⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Legitimidade Plena – A democracia pela racionalidade no manejo do poder. *Revista de Informação Legislativa*, n. 114, p. 21/41.

⁶¹ Vide, a propósito, as seguintes normas que regulamentam a matéria: art. 4º, inciso XI, da LC nº 73/93; art. 11, *caput*, e Parágrafo único, da MP nº 2.180-35/2001; art. 18, *caput*, e incs. III e VI, do Decreto nº 7.392/2010; Ato Regimental nº 5/2007; Portaria nº 1.281/2007 e Portaria nº 1.099/2008.

⁶² Tal alargamento de sentido do texto constitucional se constitui no que a doutrina denomina de “mutação constitucional”; considerado, este, o fenômeno pelo qual se altera o sentido da norma constitucional, sem que o texto escrito sofra qualquer alteração literal. Tal fenômeno ocorre porque no campo da aplicação das constituições, nem sempre o seu texto escrito consegue se impor ou ter força normativa, culminando por dar lugar (ceder) à força da realidade. Adverte-se, todavia, que tal fenômeno é juridicamente aceitável (ao contrário da “Mutação Inconstitucional”), já que tais mudanças de sentido, seja ampliando ou restringindo o sentido original, devem encontrar-se no programa da norma, uma vez que, no dizer de Konrad Hesse, não existe realidade constitucional *contra constitutionem*. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª ed. alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 50-52.

3.1. ALGUMAS SITUAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE EM FACE DO REGIME JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DA AGU

A nova Constituição Federal deixou bem claro, no art. 131, *caput*, que a “**Advocacia-Geral da União é a instituição** que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”⁶³.

E, se o *caput* do art. 131 é taxativo ao dispor que a competência para exercer as atribuições de assessoria e consultoria jurídica do Poder Executivo é da AGU, o § 2º do mesmo dispositivo constitucional prevê que “a AGU tem por chefe o Advogado-Geral da União”.

A ideia de integrar todas as Consultorias Jurídicas à AGU é tão nítida, que o art. 69 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da CF/88 estabelece que: “Será permitido aos Estados manter consultorias jurídicas separadas de suas Procuradorias-Gerais ou Advocacias-Gerais, desde que, na data da promulgação da Constituição, tenham órgãos distintos para as respectivas funções”.

Como se vê, a CF admite, como exceção, que apenas as Consultorias Jurídicas dos Estados membros – que já existiam quando da promulgação da Carta – poderiam continuar a existir de forma separada da Procuradoria Geral ou Advocacia-Geral; não se concedendo tal faculdade no âmbito do Governo Federal.

Destarte, não se nos apresenta constitucionalmente possível que o Poder Executivo possua órgãos paralelos à AGU, com a mesma função desta, ou seja, prestar assessoria e consultoria jurídica a órgãos do Poder Executivo, a saber: a Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República e a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça⁶⁴.

⁶³ Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

⁶⁴ Na mesma situação encontram-se: as Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios; a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; e a Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil, que possuem dupla vinculação: à estrutura administrativa do respectivo ministério ou autarquia (BACEN) e à AGU.

A Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República encontra-se regumentada pelo art. 16 do Decreto nº 5.135, de 7 de julho de 2004, que aprova a estrutura regimental da Casa Civil da Presidência da República⁶⁵. Já a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça é regulamentada pelo Decreto nº 6.061, de 15 de março de 2007, que aprova a Estrutura Regimental do Ministério da Justiça⁶⁶.

Curiosamente, no âmbito do Ministério da Justiça, em que pese existir uma Consultoria Jurídica, tal como nos demais Ministérios (com excessão da Casa Civil da Presidência da República), a Secretaria de Assuntos Legislativos – SAJ, também exerce atividades de assessoramento jurídico, paralelamente à CONJUR, e, ainda, sem integrar a estrutura da AGU.

⁶⁵ Art. 16. À Subchefia para Assuntos Jurídicos compete:

- I - assessorar o Ministro de Estado em questões de natureza jurídica;
- II - verificar, previamente, a constitucionalidade e legalidade dos atos presidenciais;
- III - estabelecer articulação com os Ministérios e respectivas Consultorias Jurídicas, ou órgãos equivalentes, sobre assuntos de natureza jurídica;
- IV - examinar os fundamentos jurídicos e a forma dos atos propostos ao Presidente da República, estando autorizada a devolver aos órgãos de origem aqueles em desacordo com as normas vigentes;
- V - proceder a estudos e diligências quanto à juridicidade dos atos, projetos, processos e outros documentos, emitindo parecer;
- VI - supervisionar a elaboração de projetos e atos normativos de iniciativa do Poder Executivo;
- VII - prestar assessoramento jurídico aos órgãos da Presidência da República;
- VIII - manter e atualizar, em banco de dados, arquivos de referência legislativa, jurisprudencial e assuntos correlatos, inclusive na *internet*;
- IX - coordenar as atividades de elaboração, redação e tramitação de atos normativos a serem encaminhados ao Presidente da República;
- X - gerir o Sistema de Geração e Tramitação de Documentos Oficiais - SIDOF; e
- XI - realizar outras atividades determinadas pelo Ministro de Estado.

⁶⁶ Art. 2º O *Ministério da Justiça* tem a seguinte estrutura organizacional:

I - órgãos de assistência direta e imediata ao Ministro de Estado:

- a) Gabinete;
- b) Secretaria-Executiva: Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração;
- c) Consultoria Jurídica; e

[...]

II – órgãos específicos singulares:

[...]

Secretaria de Assuntos Legislativos:

[...]

Art. 20. À Secretaria de Assuntos Legislativos compete:

- I - prestar assessoria ao Ministro de Estado, quando solicitado;
- II - supervisionar e auxiliar as comissões de juristas e grupos de trabalho constituídos pelo Ministro de Estado;
- III - coordenar o encaminhamento dos pareceres jurídicos dirigidos à Presidência da República;
- IV - coordenar e supervisionar, em conjunto com a Consultoria Jurídica, a elaboração de decretos, projetos de lei e outros atos de natureza normativa de interesse do Ministério;
- V - acompanhar a tramitação de projetos de interesse do Ministério no Congresso Nacional e compilar os pareceres emitidos por suas comissões permanentes; e
- VI - proceder ao levantamento de atos normativos conexos com vistas a consolidar seus textos.

Sendo assim, as hipóteses ventiladas correspondem a situações de inconstitucionalidade, já que infringem, diretamente, o Texto Constitucional que cria a AGU, o qual não autoriza, conforme asseverado alhures, órgãos de assessoramento e consultoria jurídica com existência paralela à AGU; possibilidade conferida, apenas, aos Estados, em caráter excepcional.

4. CONCLUSÃO

A AGU foi criada pelo constituinte originário de 1988, num momento de virada constitucional, como um dos meios de asseguramento e fortalecimento do Estado Democrático de Direito, juntamente com as demais Funções Essenciais à Justiça, dando-lhes especial relevo constitucional.

O tratamento diferenciado de regimes jurídicos entre as Funções Essenciais à Justiça – notadamente no que se refere à autonomia administrativa e financeira e prerrogativas e garantias de seus respectivos membros – não se justificam, e tendem a deixarem de existir; considerando-se, inclusive, a demanda por uma maior e melhor atuação da AGU, no desempenho de suas funções institucionais, que, inclusive, vem crescendo, como a atuação na solução de conflitos entre os órgãos públicos, por meio da Câmara de Conciliação e Arbitragem.

É preciso, também, corrigir situações de inconstitucionalidade, tais como a existência de órgãos paralelos de assessoria e consultoria jurídica do Poder Executivo, como são os casos da Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República e a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça.

5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. Privatividade das atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1044, 11 maio 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8369>.

BASTOS, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1997, t. IV, p. 5.

CONSTITUINTE, Anais da Assembleia Nacional. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/publicacoes/anais/constituente>.

FERREIRA, Pinto. O Ministério Público e a Advocacia de Estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 24, n. 96, out./dez. 1987.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano (Coord.). **Nos Limites da História – A construção da Advocacia Geral da União**. p. 16. Brasília: UNIP: UNAFE, 2009.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução da 20 ed. alemã de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

KIRSCH, César do Vale. A alavancagem da AGU para a consolidação e o sucesso da Advocacia Pública de Estado no Brasil. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 395-422. ISBN 978-85-7700-236-8.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000.

LEITE, Valdemar. *Advocacia-Geral da União: instituição constitucional independente ou órgão do executivo?* Monografia (Especialização em Direito Público) IDP, Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.anauni.org.br/site/wp-content/uploads/2011/12/MONO_IDP.pdf>. Acesso em: 07 out. 2015.

MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LT, 2008.

MELO, André Luís Alves de. O Ministério Público no Mundo. **Revista Justilex**, Ano VI – n. 65. p. 26/32. Maio de 2007. Justilex.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

____. A Legitimidade Plena – A democracia pela racionalidade no manejo do poder. **Revista de Informação Legislativa**, n. 114, p. 21/41

QUINTÃO, Geraldo Magela da Cruz. **Publicação ANPAF-03/97**. Palestra proferida no Primeiro Encontro Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional, realizado em 17 maio 1996, na Escola de Administração Fazendária, em Brasília-DF.

RAMOS, Saulo. **Código da Vida**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

SACCO, Ricardo Ferreira. **Constitucionalismo e Ministério Público: uma visão panorâmica**. Belo Horizonte: Mandamentos, FCH/FUMEC, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 1984.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. Histórico e evolução da Advocacia-Geral da União. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

A UNIFICAÇÃO DE CARREIRAS DA ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL: ASPECTOS JURÍDICOS E GERENCIAIS

ROMMEL MACEDO¹

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Advocacia Pública como função constitucional autônoma. 2.1. Administração burocrática e novas formas de gestão. 2.2. Advocacia-Geral da União como função essencial à justiça. 2.3. A crise das tradicionais formas de exercício do poder. 3. Por um novo modelo institucional: a unificação de carreiras da Advocacia Pública Federal. 3.1. A atual divisão de atribuições entre quatro carreiras. 3.2. Das atribuições funcionais. 3.3. Do tratamento remuneratório. 3.4. Dos requisitos para ingresso nas carreiras. 4. Vantagens da unificação de carreiras. 4.1. Aspectos gerenciais. 4.2. Unificação de carreiras: instrumento de gestão democrática e participativa. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Ao tratar das Funções Essenciais à Justiça, a Constituição Federal de 1988 prevê a Advocacia-Geral da União como “a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”.

Embora originariamente prevista na Constituição de 1988, a Advocacia-Geral da União somente foi instituída pela Lei Complementar nº 73, de 10 de

¹ Advogado da União e Mestre em Direito. Foi Conselheiro Seccional e Presidente da Comissão da Advocacia Pública e do Advogado Empregado da OAB/DF (triênio 2010-2012). No âmbito da Escola Superior de Advocacia do Distrito Federal, foi Coordenador Científico da Pós-Graduação *Lato Sensu* em Advocacia Pública. Exerceu os cargos de Coordenador-Geral Substituto de Processos Judiciais e Disciplinares da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça, Coordenador-Geral de Análise de Licitações e Contratos da Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Trabalho e Emprego bem como Coordenador Jurídico de Licitações e Contratos da Consultoria Jurídica junto ao Ministério das Comunicações. É autor da obra *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988* (Editora LTr) e coautor do livro *Advocacia de Estado - Questões Institucionais para a Construção de um Estado de Justiça* (Editora Fórum). Publicou diversos artigos doutrinários, em revistas jurídicas especializadas. Integrou as Bancas Examinadoras do *I Concurso de Monografias da AGU* (2008), da *Prova Oral do Concurso Público para Advogado da União* (2009) e do *III Concurso de Monografias da AGU* (2010).

fevereiro de 1993. Todavia, até mesmo pela inovação trazida por essa instituição, vários aspectos orgânicos e funcionais ainda careciam de aprimoramentos, os quais viriam em diplomas normativos posteriores.

O escopo deste artigo² é abordar uma temática das mais relevantes para o futuro da Advocacia-Geral da União, qual seja: a necessária unificação das carreiras da Advocacia Pública Federal. Conforme se verá a seguir, atualmente as atribuições institucionais são desempenhadas por quatro carreiras, num modelo que se vem revelando inadequado aos crescentes desafios gerenciais.

Num primeiro tópico, será abordado o tratamento constitucional da Advocacia Pública e, mais especificamente, da Advocacia-Geral da União. Esse estudo será feito à luz das contemporâneas transformações no exercício do poder político, que demandam novos modelos de gestão pública.

Em seguida, serão minudenciados os aspectos jurídicos pertinentes à unificação das carreiras de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e Procurador do Banco Central do Brasil. Tal análise será empreendida com base nos parâmetros normativos aplicáveis e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, numa última seção, serão apontadas as vantagens da unificação de carreiras da Advocacia-Geral da União, como instrumento de gestão democrática e participativa. Nesse sentido, será feito um breve comparativo com a praxe adotada noutras instituições jurídicas, em âmbito federal.

Em suma, este artigo pretende demonstrar os contornos jurídicos e gerenciais da unificação de carreiras, contribuindo para o estudo da Advocacia-Geral da União como Função Essencial à Justiça.

2. ADVOCACIA PÚBLICA COMO FUNÇÃO CONSTITUCIONAL AUTÔNOMA

2.1. ADMINISTRAÇÃO BUROCRÁTICA E NOVAS FORMAS DE GESTÃO

Como bem observa Moisés Naim, “Weber e suas teorias sobre burocracia são cruciais para entender como o poder pode ser de fato usado”.³ Essa assertiva

² Concluído em 27 de janeiro de 2016.

³ NAIM, Moisés. **O fim do poder**: nas salas da diretoria ou nos campos de batalha, em Igrejas ou Estados, por que estar no poder não é mais o que costumava ser? São Paulo: Leya, 2013. p. 65.

se fundamenta na decisiva contribuição do sociólogo alemão para os mecanismos de organização do Estado, desenvolvidos ao longo do século XX.

Em sua obra *Economia e Sociedade*, Max Weber analisou detidamente a estruturação do Estado, tendo concluído que:

En el estado moderno, el verdadero dominio [...] se encuentra necesariamente en manos de la burocracia, tanto militar como civil. [...] así constituye también el progreso hacia el funcionario burocrático, basado en el empleo, en sueldo, pensión y acenso, en la preparación profesional y la división del trabajo, en competencias fijas, en el formalismo documental y en la subordinación y la superioridad jerárquica.

[...]

Frente a esto se sitúa ahora el desarrollo del funcionarismo moderno en un cuerpo de trabajadores intelectuales altamente calificados y capacitados profesionalmente por medio de un prolongado entrenamiento especializado [...].⁴

Esse modelo burocrático, calcado em funcionários qualificados, inspirou a organização estatal em diversos países. Especificamente no Brasil, a Constituição de 1988 prevê que:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

⁴ WEBER, Max. *Economia y sociedad: esbozo de sociología comprensiva*. 2. ed. México: FCE, 1964. p. 1060-1068.

No que tange, especificamente, à Advocacia-Geral da União, a Constituição Federal estipula que:

Art. 131. [...]

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

Portanto, com exceção do Advogado-Geral da União, que é de livre nomeação pelo Presidente da República, os demais membros da Advocacia-Geral da União devem ser aprovados em concurso público de provas e títulos. A esse respeito, leia-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

[...] parece não haver lugar para nomeações em comissão de servidores públicos que venham a ser designados, no âmbito do Poder Executivo, para o exercício de funções de assistência, de assessoramento ou de consultoria na área jurídica.⁵

Instituída pela Lei Complementar nº 73, de 1993, a Advocacia-Geral da União trouxe inequívocos avanços para as atividades de representação judicial e extrajudicial da União bem como de consultoria e assessoramento jurídicos à Administração Pública Federal.

Todavia, a Lei Complementar nº 73, de 1993, ainda se apegava a um modelo gerencial amplamente aplicável aos servidores públicos, sem atentar para as especificidades da Advocacia-Geral da União. Em suma, verifica-se que esse diploma legal:

a) desconsidera o tratamento constitucional da Advocacia Pública como Função Essencial à Justiça;

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 881 MC/ES - Espírito Santo**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 02 ago. 1993. DJ de 25.04.1997a, p. 15.197.

b) enseja uma forma de gestão baseada na hierarquia entre os membros da instituição. Essa sistemática, além de contrariar a independência técnica dos Advogados Públicos Federais, vem sendo posta em xeque por novos paradigmas aplicáveis às relações de poder.

A seguir, esses aspectos serão detidamente abordados, de forma contextualizada.

2.2. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA

Ao tratar da organização dos poderes estatais, a Constituição Federal de 1988 tem seu título IV dividido nos seguintes capítulos: “Do Poder Legislativo”, “Do Poder Executivo”, “Do Poder Judiciário” e “Das Funções Essenciais à Justiça”. Estas últimas são exercidas por: “Ministério Público”, “Advocacia Pública”, “Advocacia” e “Defensoria Pública”.

Portanto, inovando em relação aos diplomas constitucionais anteriores, a Constituição de 1988 confere um tratamento próprio ao que denomina “Funções Essenciais à Justiça”, separando-as dos tradicionais Poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário).

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto⁶, pode-se afirmar que as funções essenciais à justiça são, em gênero, funções de advocacia. Estas abrangem: a advocacia privada (art. 133 da Constituição Federal) e as procuraturas constitucionais.

No que se refere, especificamente, às “procuraturas constitucionais”, estas englobam:

a) a **advocacia da sociedade**, exercida pelo Ministério Público;

b) a **advocacia do Estado**, que a Constituição designa como **advocacia pública**, tratando expressamente da

⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 45, p. 41-57, 1992.

Advocacia-Geral da União (art. 131) e dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (art. 132);⁷

c) a **advocacia dos necessitados**, exercida pela instituição denominada Defensoria Pública (art. 134 do texto constitucional).

Na obra “Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988”⁸, efetivamos uma análise orgânico-funcional dessa instituição, partindo de três premissas:

a) a relevância da Advocacia-Geral da União no Estado Democrático de Direito consagrado pela Constituição Federal;

b) sua caracterização funcional como advocacia do Estado e não de governo;

c) a independência dos membros dessa instituição, dentro dos limites legalmente estabelecidos.

Para este artigo, cabe ressaltar a última premissa acima elencada, qual seja: a independência técnico-funcional⁹ dos membros da Advocacia-Geral da União. Isso decorre do art. 133 da Constituição Federal, segundo o qual: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei” (grifo nosso).

Destarte, consoante o art. 7º, inciso I, da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994¹⁰, é direito do advogado “exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional”. Por fim, o § 1º do art. 31 desse instrumento legal estipula que: “O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância” (grifo nosso).

Todos esses preceitos legais se aplicam aos membros da Advocacia-Geral da União, tendo em vista o disposto no § 1º do art. 3º da Lei nº 8.906, 1994:

⁷ Ainda no gênero “advocacia pública”, pode-se incluir a carreira de Procurador Municipal, embora não esteja prevista, expressamente, na Constituição Federal de 1988. Cabe esclarecer que tramita, no Senado Federal, a Proposta de Emenda à Constituição nº 17, de 2012, objetivando constitucionalizar a aludida carreira.

⁸ MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008.

⁹ Apesar das divergências doutrinárias existentes quanto à nomenclatura a ser adotada, este artigo utiliza as seguintes expressões como sinônimas: “independência técnica”, “independência funcional”, “independência técnico-profissional” e “independência técnico-funcional”.

¹⁰ Trata-se do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.

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. (grifo nosso)

Eis porque o Parecer nº GQ - 24, da Advocacia-Geral da União¹¹, preconiza que: “a positividade da disciplina específica dos servidores públicos, na condição de advogados, não lhes¹² tolhe a isenção técnica ou independência da atuação profissional”.

Nesse contexto, é evidente que a organização e o funcionamento da Advocacia-Geral da União devem considerar a independência técnico-funcional dos seus membros. Assim, não se podem adotar modelos gerenciais calcados numa estrita subordinação, impondo-se uma hierarquia técnica no exercício de suas atribuições.

À luz da doutrina de Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes, “a Advocacia Pública se submete a um regime de independência funcional, vez que não se submete aos anseios transitórios dos governantes, nem tampouco à hierarquia funcional, mas sim à legalidade e ao interesse público com a simples supervisão de seus pares”.¹³

Evidentemente, a independência técnico-funcional deve ser vista com temperamentos. Por oportuno, Aldemario Araujo Castro elucida que:

[...] as mais importantes restrições atualmente existentes para o exercício da independência técnico-profissional do advogado público são:

a) as manifestações vinculantes do Supremo Tribunal Federal (art. 102, parágrafo segundo e art. 103-A da Constituição);

¹¹ Ao tratar dos pareceres aprovados pelo Advogado-Geral da União, o art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 1993, estabelece que: “O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento”.

¹² A expressão “lhes” se refere aos membros da Advocacia-Geral da União.

¹³ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Regime Jurídico da Advocacia Pública**. São Paulo: Método, 2010. v. 1, p. 70.

b) as manifestações “obrigatórias” ou “vinculantes” previstas na Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União.¹⁴

Em suma, a independência técnico-funcional não pode afastar a necessária uniformização de entendimentos jurídicos, vez que:

[...] a independência técnica dos membros da Advocacia-Geral da União não impede a existência de instâncias no âmbito da instituição, com o objetivo de garantir a uniformização dos entendimentos a serem adotados. Isto porque a defesa dos interesses da União deve ser feita pela referida instituição de forma harmônica, garantindo que o administrador conte com orientações jurídicas uniformes.

Deste modo, os membros da Advocacia-Geral da União estão sujeitos à subordinação apenas do ponto de vista administrativo, vez que, sob o prisma funcional, não se há de falar em subordinação, mas sim em instâncias. Tal concepção é a única que se harmoniza com o princípio da independência funcional, permitindo que o advogado possa manifestar seus entendimentos com liberdade, embora as manifestações proferidas estejam sujeitas à apreciação de instância superior. Assim, as manifestações de natureza consultiva não poderão ser retiradas dos autos sob qualquer pretexto, devendo a instância mais elevada restringir-se a aprová-las ou não. Caso seja desaprovada, total ou parcialmente, determinada manifestação, a superior instância motivará seu posicionamento divergente; sendo aprovada, considera-se acolhida a motivação constante na manifestação analisada.¹⁵

É justamente nesse cenário que se deve conceber um modelo de organização e de funcionamento da Advocacia-Geral da União, considerando as peculia-

¹⁴ CASTRO, Aldemario Araujo. Os contornos da independência técnica do advogado público. In: ACCIOLY, Leonardo (Org.). **Prerrogativas do Advogado**. Brasília: OAB, 2015. p. 86.

¹⁵ MACEDO, Rommel. Atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 475.

ridades da atuação dos Advogados Públicos Federais. Não se pode olvidar que, em última *ratio*, todos esses profissionais exercem uma única função essencial: a advocacia de Estado. Com efeito, é válido afirmar que:

[...] a Advocacia-Geral da União, embora não constitua, organicamente, um Poder - em virtude de sua dependência orgânica em face do Executivo - exerce sim uma função constitucional autônoma (MOREIRA NETO, 2005, p. 49) em relação à função executiva (binômio governo-administração). Tal função autônoma, denominada advocacia do Estado, englobando o conjunto de competências preventivas e postulatórias, é, materialmente, uma função de controle, imprescindível para a subsistência do Estado Democrático de Direito.¹⁶

Eis porque a Advocacia-Geral da União desempenha uma função que a própria Constituição de 1988 tratou de forma autônoma, na categoria das “Funções Essenciais à Justiça”.

2.3. A CRISE DAS TRADICIONAIS FORMAS DE EXERCÍCIO DO PODER

Embora reconheça toda a contribuição de Max Weber para as modernas teorias sobre burocracia estatal, Moisés Naím publicou uma recente obra, apontando vários desafios às tradicionais formas de exercício do poder (em suas várias acepções).¹⁷

Segundo Naím, “aqueles que têm poder hoje em dia podem fazer menos com ele”.¹⁸ Vive-se um processo de formação de micropoderes numa sociedade

¹⁶ “Deste modo, o papel de controle de legalidade e de legitimidade exercido pela Advocacia-Geral da União caracteriza sua função de advocacia do Estado, sob um prisma **material**, como um verdadeiro *integrity branch* (ou poder de fiscalização), na acepção empregada por Ackerman [...]. Esta caracterização, por sua vez, permite identificar a advocacia do Estado como uma verdadeira **função de controle** (*policy control*), na terminologia de Loewenstein, em sua funcional concepção de separação dos poderes” (MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008, p. 155). Cf. ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, Cambridge, Massachussets, v. 113, n. 3, p. 634-729, jan. 2000. LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1970.

¹⁷ Cf. NAÍM, Moisés. **O fim do poder**: nas salas da diretoria ou nos campos de batalha, em Igrejas ou Estados, por que estar no poder não é mais o que costumava ser? São Paulo: Leya, 2013.

¹⁸ Ibidem, p. 81.

globalizada¹⁹, a desafiar as estruturas rígidas e hierarquizadas até então existentes. Nesse cenário:

As implicações são assustadoras. Representam o esgotamento da burocracia weberiana, o sistema de organização que produziu benefícios e também as tragédias do século XX.

A desvinculação entre o poder e o tamanho e, portanto, a desconexão entre a capacidade de usar o poder eficazmente e o controle de uma grande burocracia weberiana, está transformando o mundo.²⁰

Nesse novo contexto, ganham relevo os estudos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Este doutrinador, ao tratar do **Direito Administrativo em tempos de globalização**, destaca os conceitos de consenso e de legitimidade. Segundo ele:

o consenso no meio social, distintamente do entendimento tradicional, aferrado ao formalismo, brota de uma concordância presumida de que um determinado comportamento, individual ou coletivo, uma vez aceito pelo grupo como necessário ou simplesmente útil, deva ser imitado e reiterado em escala social.²¹

Eis porque:

o Direito pós-positivista e pós-moderno, que se vai estruturar a partir de meados do século XX, ao sobrepor o fundo à forma e, assim, a legitimidade à legalidade, recupera para a sociedade os seus autênticos valores em todas as suas fases de realização.²²

¹⁹ Acerca do processo de globalização, vide: FARIA, José Eduardo Machado de. **O Direito da economia globalizada**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000. FURTADO, Celso. **O capitalismo global**. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001. LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito** - Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

²⁰ NAÍM, Moisés. **O fim do poder**: nas salas da diretoria ou nos campos de batalha, em Igrejas ou Estados, por que estar no poder não é mais o que costumava ser? São Paulo: Leya, 2013, p. 83-84.

²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Poder, Direito e Estado**: o Direito Administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 55.

²² Ibidem, p. 61.

Tal entendimento se harmoniza com a noção de democracia participativa defendida por Paulo Bonavides, a qual se assenta numa repolitização da legitimidade.²³ Para esse autor,

a legitimidade enquanto crença ou valor fundamental de sustentação do poder com base no consenso dos governados é conceito histórico, aberto, de conteúdo variável, dotado sempre de crucial atualização.

Dessa forma:

[...] a legitimidade, considerada pura legalidade ou pura aplicação procedimental [...] seria incompatível com a concretização de uma ordem jurídica democrática, aberta, pluralista, atada a uma tábua consensual de valores, com variações alternativas ao exercício do poder por formações dispostas ao compromisso, ao respeito mútuo, à preservação da identidade do regime.²⁴

Em todo esse cenário, é evidente que o poder estatal não se deve exercer numa perspectiva rigidamente hierarquizada. É fundamental, por outro lado, desenvolver mecanismos democráticos de gestão pública²⁵, numa dupla dimensão:

a) dentro do próprio aparelho burocrático, garantindo formas de gestão participativa, nas quais haja um maior envolvimento do corpo de servidores de cada órgão na definição de seus rumos institucionais;

²³ Cf. BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa**: (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001.

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 31-49.

²⁵ Essa concepção democrática também se aplica à atuação jurisdicional, numa moderna concepção de Direito Processual. Nesse sentido, a doutrina processualista assevera que: "O exercício do poder, na democracia, deve ser legitimado pela participação popular. [...] no processo judicial participam aqueles que podem ser afetados em suas esferas jurídicas. A decisão, como ato de positivação do poder, tem sua legitimidade circunscrita à devida participação daqueles que por ela podem ser afetados. [...] Note-se que a participação sempre está na dependência de um procedimento efetivamente aberto a tanto, para o que são imprescindíveis comandos processuais que viabilizem a participação e impeçam a sua indevida limitação" (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 160).

b) nas relações entre a Administração Pública e a sociedade, assegurando mecanismos de participação do cidadão no controle e no funcionamento do Estado.

É justamente sobre a primeira dimensão acima indicada (o funcionamento interno de cada órgão ou instituição pública) que este artigo se deterá, ao examinar a Advocacia-Geral da União.

3. POR UM NOVO MODELO INSTITUCIONAL: A UNIFICAÇÃO DE CARREIRAS DA ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL

3.1. A ATUAL DIVISÃO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE QUATRO CARREIRAS

Atualmente, as atribuições da Advocacia Pública Federal são desempenhadas por quatro carreiras, quais sejam:

a) **Advogado da União:** compete-lhe a representação judicial e extrajudicial da União bem como a consultoria e o assessoramento jurídicos aos órgãos da Administração Federal Direta (com exceção do Ministério da Fazenda). Essas competências decorrem de uma interpretação sistemática da Lei Complementar nº 73, de 1993, combinada com a Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995 (art. 21);

b) **Procurador da Fazenda Nacional:** exerce as atribuições de representação judicial e extrajudicial da União, especialmente nas causas de natureza fiscal, e de consultoria e assessoramento jurídicos ao Ministério da Fazenda. Tais competências são extraídas de uma interpretação sistemática da Lei Complementar nº 73, de 1993, combinada com a Lei nº 9.028, de 1995 (art. 21) e com o Decreto-Lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967 (arts. 15 e 16);

c) **Procurador Federal,** com as seguintes competências, previstas no art. 37 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001: “I - a representação judicial e extrajudicial da União, quanto às suas atividades descentralizadas a cargo de autarquias e fundações públicas, bem como a representação judicial e extrajudicial dessas entidades;

II - as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos à União, em suas referidas atividades descentralizadas, assim como às autarquias e às fundações federais; III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial; e IV - a atividade de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados”;

d) **Procurador do Banco Central do Brasil**, com as seguintes atribuições, traçadas pelo art. 4º da Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998: “I - a representação judicial e extrajudicial do Banco Central do Brasil; II - as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Banco Central do Brasil; III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial; e IV - assistir aos administradores do Banco Central do Brasil no controle interno da legalidade dos atos a serem por eles praticados ou já efetivados”.

É justamente nesse contexto que cabe indagar: seria constitucional a transformação de todas essas carreiras numa só? Ou seja: seria juridicamente viável a unificação de carreiras da Advocacia Pública Federal?

Primeiramente, frise-se que as atribuições dessas carreiras não decorrem de expressa disposição constitucional, vez que a temática é disciplinada por vários diplomas legais. Com efeito, o art. 131 da Constituição Federal não menciona qualquer carreira específica no âmbito da Advocacia-Geral da União nem trata da divisão de atribuições entre carreiras. De acordo com Paulo Álvares Babilônia, o texto constitucional não detalhou os aspectos relativos “às carreiras da AGU, deixando ao legislador infraconstitucional a tarefa de disciplinar a respeito do assunto”.²⁶

Nesse cenário, cabe invocar o art. 48, inciso X, da Constituição Federal, o qual admite a “transformação” de cargos públicos. Trata-se de um instituto

²⁶ BABILÔNIA, Paulo Álvares. **AGU**: unificar as carreiras para avançar institucionalmente. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-08/paulo-babilonia-uniao-carreiras-agu-fica-numa-encruzilhada>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

já adotado por diversos instrumentos legais, em relação a várias carreiras da Administração Pública Federal.

A título de exemplo, cite-se o art. 39 da vigente Medida Provisória nº 2.229-43, de 2001, segundo o qual:

Art. 39. São transformados em cargos de Procurador Federal, os seguintes cargos efetivos, de autarquias e fundações federais:

I - Procurador Autárquico;

II - Procurador;

III - Advogado;

IV - Assistente Jurídico; e

V - Procurador e Advogado da Superintendência de Seguros Privados e da Comissão de Valores Mobiliários.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica ao Procurador do Banco Central do Brasil.

Cumpre ainda mencionar o art. 11 da Medida Provisória nº 43, de 25 de junho de 2002, convertida na Lei nº 10.549, de 13 de novembro de 2002, com o seguinte teor:

Art. 11. São transformados em cargos de Advogado da União, da respectiva Carreira da Advocacia-Geral da União, os cargos efetivos, vagos e ocupados, da Carreira de Assistente Jurídico, da Advocacia-Geral da União.

§ 1º São enquadrados na Carreira de Advogado da União os titulares dos cargos efetivos da Carreira de Assistente Jurídico, da Advocacia-Geral da União.

§ 2º O enquadramento de que trata o § 1º deve observar a mesma correlação existente entre as categorias e os níveis das carreiras mencionadas no **caput**.

§ 3º Para fins de antiguidade na Carreira de Advogado da União, observar-se-á o tempo considerado para antiguidade

na extinta Carreira de Assistente Jurídico, da Advocacia-Geral da União.

§ 4º À Advocacia-Geral da União incumbe adotar as providências necessárias para o cumprimento do disposto neste artigo, bem como verificar a regularidade de sua aplicação.

§ 5º O disposto neste artigo não se aplica aos atuais cargos de Assistente Jurídico cuja inclusão em quadro suplementar está prevista no art. 46 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, nem a seus ocupantes.

Ao analisar o transcrito art. 11, o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

a) não há violação do “art. 131, *caput*, da Carta Magna, uma vez que os preceitos impugnados não afrontam a reserva de lei complementar exigida no disciplinamento da organização e do funcionamento da Advocacia-Geral da União”;

b) inexistente afronta “ao princípio do concurso público (CF, arts. 37, II e 131, § 2º)”. Isso porque o “regime normativo das carreiras da AGU em exame aponta para uma racionalização, no âmbito da AGU, do desempenho de seu papel constitucional por meio de uma completa identidade substancial entre os cargos em exame, verificada a compatibilidade funcional e remuneratória, além da equivalência dos requisitos exigidos em concurso” (grifo nosso).

O cerne da questão residia na possibilidade ou não de uma **lei ordinária** transformar cargos de Assistente Jurídico em cargos de Advogado da União. Isso porque o art. 131 da Constituição Federal prevê que a organização e o funcionamento da Advocacia-Geral da União serão dispostos em **lei complementar**.

Ao se debruçar sobre o tema, a Ministra Ellen Gracie, Relatora da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.713/DF, consignou que:

Conforme se depreende do *caput* e do inc. X do art. 48 da Carta Magna, a criação, a transformação e a extinção de cargos, empregos e funções públicas é tema reservado

à lei ordinária. Além disso, segundo CELSO BASTOS, a LC nº 73/93, Lei Orgânica da AGU, é ‘lei complementar integrativa e continuável, já que ela não possui o condão de produzir todos os seus efeitos’. Na lição do referido doutrinador, esta espécie normativa ‘é por si só insuficiente para abranger todas as especificidades da matéria que versa, portanto ela necessita de uma outra norma para complementá-la. Resta dizer que as normas complementares continuáveis se caracterizam por demandarem um aditamento à sua área de regulação, que é feito neste caso pela lei ordinária.²⁷

Já no que concerne ao princípio do concurso público, o voto da Ministra Ellen Gracie se baseou em três aspectos:

- a) “identidade de atribuições” entre os cargos que estão sendo objeto de transformação;
- b) o “aspecto remuneratório”;
- c) “os requisitos exigidos, em concurso, para o provimento de ambos os cargos são compatíveis”.

Considerando essas premissas, passemos a examinar as atuais carreiras de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e Procurador do Banco Central do Brasil.

3.2. DAS ATRIBUIÇÕES FUNCIONAIS

Conforme visto, a Constituição Federal de 1988 não detalha quais seriam as “carreiras” da Advocacia-Geral da União e, menos ainda, promove uma repartição de competências entre elas.

Por sua vez, a Lei Complementar nº 73, de 1993, também não divide as atribuições da Advocacia-Geral da União entre suas carreiras, mas sim entre seus órgãos. Isso ocorre nos arts. 5º, 7º, 9º, 10, 11, 12 e 17, que tratam, respectivamente, de:

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 2.713/DF. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF 18 dez. 2002. DJ de 07.03.2003.

Corregedoria-Geral da Advocacia da União, Conselho Superior da Advocacia-Geral da União, Procuradoria-Geral da União, Consultoria-Geral da União, Consultorias Jurídicas, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União.

Ao dispor sobre as carreiras de Advogado da União e de Procurador da Fazenda Nacional, a Lei Complementar nº 73, de 1993, não traçou as atribuições específicas dessas carreiras. Assim, a matéria passou a ser regida por leis ordinárias, de forma integrativa. Eis porque, posteriormente, foi publicada a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, conferindo a seguinte redação ao art. 21 da Lei nº 9.028, de 1995:

Art. 21. Aos titulares dos cargos de Advogado da União, de Procurador da Fazenda Nacional e de Assistente Jurídico das respectivas carreiras da Advocacia-Geral da União incumbe representá-la judicial e extrajudicialmente, bem como executar as atividades de assessoramento jurídico do Poder Executivo, conforme dispuser ato normativo do Advogado-Geral da União.

Pela leitura desse preceito legal, vê-se que as carreiras de Advogado da União e de Procurador da Fazenda Nacional possuem suas atribuições uniformemente tratadas.

Já no que tange à carreira de Procurador Federal, suas competências vêm dispostas no art. 37, *caput*, da Medida Provisória nº 2.229-43, de 2001:

Art. 37. São atribuições dos titulares do cargo de Procurador Federal:

I - a representação judicial e extrajudicial da União, quanto às suas atividades descentralizadas a cargo de autarquias e fundações públicas, bem como a representação judicial e extrajudicial dessas entidades;

II - as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos à União, em suas referidas atividades descentralizadas, assim como às autarquias e às fundações federais;

III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial; e

IV - a atividade de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados.

É certo que as atuais competências dos Procuradores Federais são voltadas às “autarquias e fundações públicas”. Contudo, de forma precípua, esses profissionais exercem as atividades de “representação judicial e extrajudicial da União” bem como “consultoria e assessoramento jurídicos à União”, conforme expressa disposição legal.

Por oportuno, observe-se o disposto no art. 16, § 3º, inciso II, da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007:

§ 3º Compete à Procuradoria-Geral Federal representar judicial e extrajudicialmente:

[...]

II - a União, nos processos da Justiça do Trabalho relacionados com a cobrança de contribuições previdenciárias, de imposto de renda retido na fonte e de multas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações do trabalho, mediante delegação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. (grifo nosso)

Assim, é plenamente justificável o art. 12, inciso III, da Lei nº 10.480, de 2002, que incumbe ao Advogado-Geral da União “determinar o exercício provisório de Procurador Federal em órgãos da Advocacia-Geral da União”. Destarte, o § 3º do referido artigo estabelece que “os dirigentes dos órgãos jurídicos da Procuradoria-Geral Federal serão nomeados por indicação do Advogado-Geral da União”.

Por outro lado, a Medida Provisória nº 2.229-43, de 2001, manteve a carreira de Procurador do Banco Central do Brasil com atribuições mais específicas, conferindo a seguinte redação ao art. 4º da Lei nº 9.650, de 1998:

Art. 4º São atribuições dos titulares do cargo de Procurador do Banco Central do Brasil:

I - a representação judicial e extrajudicial do Banco Central do Brasil;

II - as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Banco Central do Brasil;

III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial; e

IV - assistir aos administradores do Banco Central do Brasil no controle interno da legalidade dos atos a serem por eles praticados ou já efetivados.

Contudo, não obstante mantenha a carreira de Procurador do Banco Central do Brasil com maior nível de especificidade, a Medida Provisória nº 2.229-43, de 2001, incluiu o seguinte dispositivo na Lei nº 9.650, de 1998:

Art. 17- Além das proibições previstas no art. 17, ao Procurador do Banco Central do Brasil também é proibido:

[...]

II - contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica, adotadas pelo Procurador-Geral do Banco Central do Brasil ou pelo Advogado-Geral da União; (grifo nosso)

Esta disposição é compatível com o art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 1993, segundo o qual:

Art. 4º São atribuições do Advogado-Geral da União:

[...]

X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;

XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal;

XII - editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais;

XIII - exercer orientação normativa e supervisão técnica quanto aos órgãos jurídicos das entidades a que alude o Capítulo IX do Título II desta Lei Complementar;

De toda forma, é inegável que a vigente Medida Provisória nº 2.229-43, de 2001, trouxe uma nova configuração à divisão de carreiras da Advocacia Pública. Garantindo uniformidade na defesa do interesse público, tal diploma legal encara a representação das autarquias e fundações públicas federais como sendo a própria representação da União, embora concernente às suas “atividades descentralizadas”.

Desse modo, infere-se que as carreiras de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e Procurador do Banco Central do Brasil são, todas, voltadas às atividades de representação judicial e extrajudicial da União, além da consultoria e do assessoramento jurídicos à Administração Pública. O que varia entre essas carreiras é, tão somente, o nível de especificidade na atuação, que pode considerar tanto a **matéria jurídica** tratada como também a existência de **descentralização administrativa** para certas atividades do Poder Público.

Conforme ressaltado por César Kirsch, os membros das mencionadas carreiras “exercem advocacia federal de Estado”, sendo submetidos

[...] a regime de natureza estatutária (e não celetista), possuindo a mesma remuneração e completa identidade substancial entre os cargos de natureza jurídica que ocupam e que foram providos mediante concursos públicos [...].²⁸

Esses agentes, portanto, são todos Advogados Públicos, aqui entendidos na acepção empregada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A expressão advogado público, utilizada em oposição ao advogado que atua como empregado do setor privado ou

²⁸ KIRSCH, César. **OAB já se manifestou a favor da unificação de carreiras na AGU**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-19/cesar-kirsch-oab-manifestou-favor-unificacao-agu?pagina=2>>. Acesso em: 8 jan. 2016.

como profissional liberal, designa aqueles que, com vínculo de emprego estatutário, integram a Advocacia-Geral de União, a Procuradoria-Geral do Estado e a Procuradoria do Município (embora esta última não esteja referida na Constituição). E abrange também os advogados que representam as autarquias e fundações de direito público alcançados pelo regime jurídico único a que se refere o art. 39 da Constituição Federal.²⁹ (grifo nosso)

Todavia, contrapondo-se à ideia de unificação de carreiras da Advocacia Pública Federal³⁰, poder-se-ia invocar o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 602.381, com o seguinte teor:

Embora seja certo que a Procuradoria-Geral Federal integra a Advocacia Pública, não é possível concluir que ela integra a Advocacia-Geral da União. A lei usou terminologia própria e inconfundível, qual seja, a Procuradoria-Geral Federal é vinculada à AGU, e não um de seus órgãos.

5. Observa-se do histórico legislativo relativo à Procuradoria-Geral Federal ter-se estruturado ela segundo o que posto em leis ordinárias, mesmo e principalmente no período posterior à Constituição de 1988. Tanto tem a sua razão de ser.

O art. 131 da Constituição da República não tratou da Procuradoria-Geral Federal ou dos procuradores federais, ou seja, esse dispositivo constitucional não disciplinou a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas (Administração Indireta), mas apenas da União (Administração Direta).

O art. 131 da Constituição tratou da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, no seu § 3º, conforme se observa na sua transcrição:

[...]

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo**. São Paulo, p. 11, dez. 1996.

³⁰ Cf. MEJIA, Suzana; MIRANDA, Ronaldo Nascimento de. **E o Supremo? O que proferiu sobre a AGU, e suas carreiras?** Disponível em: <<http://jota.info/e-o-supremo-o-que-proferiu-sobre-a-agu-e-suas-carreiras>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

Portanto, à representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais não se aplica o art. 131 da Constituição da República, pelo que a Lei Complementar n. 73/1993 (Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União) limitou-se a dispor, em seu art. 17, que os “órgãos jurídicos” das autarquias e das fundações públicas são vinculados à Advocacia Geral da União.³¹ (grifo nosso)

Ocorre que, contrariamente ao aduzido no referido julgado, é evidente que o art. 131 da Constituição se aplica também à representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais. Isso porque tal dispositivo não deve ser interpretado de forma isolada, mas sim sistemática, em consonância com os demais preceitos constitucionais pertinentes.

Nesse cenário, leia-se o art. 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 29. Enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, o Ministério Público Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas continuarão a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições.

§ 1º O Presidente da República, no prazo de cento e vinte dias, encaminhará ao Congresso Nacional projeto de lei complementar dispondo sobre a organização e o funcionamento da Advocacia-Geral da União. (grifo nosso)

Como se observa, esse dispositivo prevê a existência de uma “lei complementar dispondo sobre a organização e o funcionamento da Advocacia-Geral da União”. Ora, é justamente nesse contexto que se devem incluir todos os órgãos citados no *caput* do art. 29, com a óbvia exceção do Ministério Público. Por

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 602.381. Rel: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 20 nov. 2014. DJE de 04.02.2015.

consequência, a citada lei complementar deve abarcar: “a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas” (grifo nosso).

Eis porque a Lei Complementar nº 73, de 1993, trata da representação judicial e extrajudicial bem como da consultoria e do assessoramento jurídicos das autarquias à fundações públicas federais, vinculando os respectivos órgãos à Advocacia-Geral da União (vide arts. 2º, § 3º, 17 e 18). Nem poderia ser diferente, na medida em que as entidades autárquicas executam “atividades típicas da Administração Pública”, nos termos do art. 5º, inciso I, do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Para corroborar esse argumento, leia-se o disposto no art. 109, § 2º, da Constituição Federal:

As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

Embora o transcrito dispositivo mencione somente a “União”, “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem decidido pela incidência do disposto no art. 109, § 2º, da Constituição às autarquias federais”.³² Consoante o voto proferido pelo Relator do Recurso Extraordinário nº 627.709/DF, Ministro Ricardo Lewandowski:

É importante frisar que, por ocasião do advento da Constituição vigente, ainda não havia sido estruturada a defesa judicial e extrajudicial das autarquias federais, as quais possuíam representação própria, consoante dispõe o art. 29 do ADCT. Entretanto, desde 2002, com a edição da Lei 10.480, a Procuradoria-Geral Federal, vinculada à

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **RE 627.709/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 ago. 2014. DJe de 30.10.2014.

Advocacia-Geral da União, composta por procuradores federais, é responsável pela representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais.

É dizer, a partir dessa inovação legislativa iniciou-se um processo de reestruturação do corpo jurídico responsável pela defesa da União federal.

De todo modo, o texto constitucional, a meu ver, não deixa dúvidas de que a norma abrigada no art. 109, § 2º, da Constituição, é aplicável às autarquias federais.

Por analogia, vejam-se as disposições normativas dos seguintes entes da federação, a título exemplificativo:

a) **Distrito Federal:** a Lei Orgânica dessa unidade federada atribui à Procuradoria-Geral “representar o Distrito Federal judicial e extrajudicialmente” (art. 111, inciso I). Ao efetivarem esse preceito constitucional, os arts. 28 e 43 da Lei Complementar nº 395, de 31 de julho de 2001, incumbem aos Procuradores do Distrito Federal a “representação judicial e a consultoria jurídica das autarquias e fundações” (grifo nosso)

b) **Pernambuco:** o art. 72 da Constituição Estadual determina que “a Procuradoria-Geral do Estado é a instituição que representa o Estado e suas autarquias, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e seu funcionamento, as atividades de consultoria jurídica do Poder Executivo” (grifo nosso);

c) **Rio Grande do Sul:** sua Constituição incumbe à Procuradoria-Geral do Estado “a representação judicial e a consultoria jurídica do Estado” (art. 115). Efetivando essa norma constitucional, o art. 2º, incisos I, II e § 1º da Lei Complementar nº 11.742, de 17 de janeiro de 2002, atribuem à Procuradoria-Geral do Estado “exercer a representação judicial do Estado, de suas autarquias e fundações de direito público” bem como “prestar consultoria jurídica à administração pública estadual direta e indireta” (grifo nosso).

Como se vê, as referidas normas conferem uma acepção mais ampla às expressões “Estado” e “Distrito Federal”, incluindo as autarquias e fundações públicas no rol de atribuições das Procuradorias-Gerais dessas unidades federadas. Essa amplitude conceitual também é observada em âmbito federal, especialmente na Medida Provisória nº 2.229-43, de 2001, que considera a representação das autarquias e fundações públicas como sendo a própria representação da “União, quanto às suas atividades descentralizadas” (art. 37, inciso I).

Do mesmo modo, observe-se o art. 182 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que dispõe sobre o Novo Código de Processo Civil:

Art. 182. 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. (grifo nosso)

Segundo esse dispositivo, “defender e promover os interesses públicos da União” implica representar judicialmente as “pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta”. Trata-se de mais um preceito legal que emprega o termo “União” em sentido lato (para abranger também as entidades da Administração Indireta).

Traçadas essas considerações, outra alegação contrária à unificação de carreiras da Advocacia Pública Federal seria o fato de o art. 131, § 2º, da Constituição falar em “carreiras” (no plural). Para alguns, isso demonstraria que o constituinte originário determinou a existência de diversas carreiras na Advocacia-Geral da União.

Ocorre que, conforme esclarecido por Lênio Mercês Sampaio:

[...] a expressão “carreiras” apenas denotou a organização da advocacia pública federal ao tempo da promulgação da Carta Política de 1988, de forma alguma impediu a organização dos membros da advocacia pública federal conforme melhor atendesse ao interesse público. Vale notar, ademais, que o texto constitucional não especificou nenhuma carreira, portanto o legislador constituinte

originário não parece ter querido “engessar”, via quórum qualificado para emendas constitucionais, a existência de nenhuma específica carreira da advocacia pública.³³

Assim, não parece adequado invocar o texto constitucional para defender o atual modelo de divisão de carreiras da Advocacia Pública Federal. Isso porque o art. 131, § 2º, da Constituição não pode ter uma interpretação estritamente gramatical, partindo da suposta intenção do constituinte originário de determinar a pluralidade de carreiras na Advocacia-Geral da União.

Mesmo que o escopo do constituinte originário fosse prever um modelo com diversas carreiras, isso não vincularia a atual exegese da Constituição Federal. Haja vista que a Advocacia-Geral da União foi concebida, de forma inédita, pelo texto constitucional, é evidente essa instituição passaria por uma evolução nos anos subsequentes. Isso repercute na própria hermenêutica constitucional, demandando uma interpretação evolutiva do art. 131 da Carta Magna. Como aduz Luís Roberto Barroso:

A interpretação evolutiva é um processo informal de reforma do texto da Constituição. Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes.³⁴

Frise-se, igualmente, que a existência de uma única carreira na Advocacia-Geral da União poderá conviver com a atual pluralidade de órgãos nessa instituição. Consoante aduz Joana d’Arc Alves Barbosa Vaz de Mello:

Como paralelo, destaca-se o Poder Judiciário, cujo ingresso na magistratura não se faz por especialização, e essa somente ocorre após a sua titularização. No âmbito da Justiça Federal, onde os advogados públicos atuam, o

³³ SAMPAIO, Lênio Mercês. **Desmistificando a unificação das carreiras da advocacia pública federal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35361/desmistificando-a-unificacao-das-carreiras-da-advocacia-publica-federal>>. Acesso em: 8 jan. 2016.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 146.

ingresso no cargo de juiz federal não faz nenhuma referência à especialização, mas isso não significa que o Poder não tenha órgãos especializados. Se assim não fosse, estariam aqueles magistrados impedidos de optarem pela remoção de uma vara ou turma para outra. Nesse diapasão, a AGU poderia conviver, internamente, com procuradorias particularizadas, a exemplo da PGFN, PGBACEN, PGE, mas todas integradas por uma única carreira.³⁵

Ressalte-se também que, com a unificação de carreiras da Advocacia Pública Federal, as autarquias e fundações públicas não ficariam com sua defesa jurídica mitigada. Isso porque a Advocacia-Geral da União já possui competência para dirimir os conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, não havendo óbice a que isso ocorra mediante a atuação de uma única carreira jurídica. Leia-se, por oportuno, o art. 36 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015:

Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 1º Na hipótese do *caput*, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta.

§ 2º Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

³⁵ MELLO, Joana d'Arc Alves Barbosa Vaz de. **Unificação de carreiras na AGU contempla princípio da eficiência**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-30/joana-mello-unificacao-carreiras-agu-contempra-principio-eficiencia>>. Acesso em: 8 jan. 2016.

§ 3º A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Com efeito, é certo que todas as carreiras da Advocacia-Geral da União integram o mesmo gênero “Advocacia Pública Federal”, objetivando maior uniformidade na defesa do interesse público estatal. Eis porque devem observar as súmulas, pareceres e orientações normativas aprovados pelo Advogado-Geral da União.

Nesse sentido, o art. 131 da Constituição Federal dispõe que a Advocacia-Geral da União é uma “instituição”. A esse respeito, esclareça-se que:

Segundo Hauriou (1927, p. 83-84), “instituição” é todo elemento da sociedade cuja duração não depende da vontade subjetiva de indivíduos determinados, de modo que, por mais que o legislador ou qualquer outra pessoa tente destruí-la, tal esforço restará infrutífero. Aplicando-se tal doutrina à Advocacia-Geral da União, nítido se mostra que tal instituição é dotada de perenidade, sendo sua existência algo que independe de toda e qualquer vontade que não a do Constituinte originário.

À concepção de Hauriou se deve comungar a visão orgânica de Cretella Júnior (1992, v. 6, p. 3337), para quem o termo “instituição” designa o “organismo” ou “conjunto de órgãos sobre o qual ocorre incidência normativa. Trata-se de unidade de fato [...] cuja formação tem como causa a necessidade da consecução de objetivos bem definidos, em lei especial”.³⁶ (grifo nosso)

³⁶ MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LT, 2008. p. 44.

Dessa forma, à luz das doutrinas de Maurice Hauriou³⁷ e de Cretella Júnior³⁸, a Advocacia-Geral da União deve ser encarada como instituição *una* (ou seja, como um todo organizacional). Embora seja composta por diversos órgãos, eles possuem um mesmo objetivo principal, qual seja: a defesa jurídica do interesse público estatal. Assim, para reforçar a unidade entre os membros da instituição, sedimentando a função de Advocacia Pública por eles exercida, é recomendável que todos pertençam a uma mesma carreira jurídica.

Por consequência, é evidente a possibilidade de unificação das carreiras de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e Procurador do Banco Central do Brasil. Além da identidade substancial de atribuições, outros dois fatores contribuem para tal conclusão: o mesmo tratamento remuneratório e os semelhantes requisitos para ingresso nos respectivos cargos.

3.3. DO TRATAMENTO REMUNERATÓRIO

Atualmente, as carreiras de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e Procurador do Banco Central do Brasil são remuneradas mediante subsídio. Os cargos dessas carreiras são divididos em três categorias, cuja remuneração vem prevista no Anexo I da Lei nº 11.358, de 19 de outubro de 2006, com suas posteriores alterações.

Em suma, verifica-se exatamente o mesmo tratamento remuneratório entre as referidas “carreiras da área jurídica”, por força de expressa disposição legal.

3.4. DOS REQUISITOS PARA INGRESSO NAS CARREIRAS

De acordo com o art. 21 da Lei Complementar nº 73, de 1993, aplicável aos Advogados da União e Procuradores da Fazenda Nacional:

Art. 21. O ingresso nas carreiras da Advocacia-Geral da União ocorre nas categorias iniciais, mediante nomeação, em caráter efetivo, de candidatos habilitados em concursos públicos, de provas e títulos, obedecida a ordem de classificação.

³⁷ HAURIUO, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. 2. ed. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1927. p. 83-84.

³⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 6. p. 3337.

§ 1º Os concursos públicos devem ser realizados na hipótese em que o número de vagas da carreira exceda a dez por cento dos respectivos cargos, ou, com menor número, observado o interesse da Administração e a critério do Advogado-Geral da União.

§ 2º O candidato, no momento da inscrição, há de comprovar um mínimo de dois anos de prática forense.

§ 3º Considera-se título, para o fim previsto neste artigo, além de outros regularmente admitidos em direito, o exercício profissional de consultoria, assessoria e diretoria, bem como o desempenho de cargo, emprego ou função de nível superior, com atividades eminentemente jurídicas.

§ 4º A Ordem dos Advogados do Brasil é representada na banca examinadora dos concursos de ingresso nas carreiras da Advocacia-Geral da União.

Já no que concerne às carreiras de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central do Brasil, a Lei nº 12.269, de 21 de junho de 2010, preconiza que:

Art. 31. O ingresso na carreira de Procurador Federal ocorre na categoria inicial, mediante nomeação, em caráter efetivo, de candidatos habilitados em concurso público, de provas e títulos, obedecida a ordem de classificação, exigindo-se diploma de Bacharel em Direito.

§ 1º Os concursos serão disciplinados pelo Advogado-Geral da União, presente, nas bancas examinadoras respectivas, a Ordem dos Advogados do Brasil.

§ 2º O candidato, no momento da inscrição, há de comprovar um mínimo de dois anos de prática forense.

§ 3º Considera-se título, para o fim previsto neste artigo, além de outros regularmente admitidos em direito, o exercício profissional de consultoria, assessoria e diretoria, bem como o desempenho de cargo, emprego ou função de nível superior, com atividades eminentemente jurídicas.

§ 4º Aplica-se o disposto neste artigo à Carreira de Procurador do Banco Central do Brasil.

Como se observa, a legislação prevê “concurso público de provas e títulos” para acesso às quatro carreiras da Advocacia Pública Federal. Para ingresso nos respectivos cargos, exige-se “um mínimo de dois anos de prática forense”, devendo a Ordem dos Advogados do Brasil estar representada nas bancas examinadoras.

Por tudo isso, considerando as disposições normativas pertinentes, há plena viabilidade na unificação das carreiras de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e Procurador do Banco Central do Brasil. Essa medida atenderia às seguintes premissas traçadas pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.713/DF: a) “identidade de atribuições” entre os cargos que estão sendo objeto de transformação; b) o “aspecto remuneratório”; c) “os requisitos exigidos, em concurso, [...] são compatíveis”.³⁹

4. VANTAGENS DA UNIFICAÇÃO DE CARREIRAS

4.1. ASPECTOS GERENCIAIS

Além de todas as considerações já externadas, frise-se que a unificação de carreiras da Advocacia Pública Federal também implicaria sensível redução de custos para a União. Nesse sentido, Carlos André Studart Pereira e Ricardo Marques de Almeida ressaltam as seguintes consequências dessa medida:

- a) corte imediato de gastos;
- b) otimização e racionalização do trabalho em diversas localidades;
- c) a presença da União em todas as localidades onde não existam as quatro carreiras da AGU, mas apenas uma ou duas delas;
- d) a redução do volume de trabalho dos procuradores diante de uma distribuição mais racional de todo o contencioso e consultivo da União, suas autarquias e fundações de direito público;

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 2.713/DF. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF 18 dez. 2002. DJ de 07.03.2003.

e) e efetivação do princípio da celeridade, diminuindo trâmites processuais desnecessários e centrando a defesa da União como um todo em uma única manifestação, a exemplo do que já fazem as Procuradorias-Gerais dos Estados;

f) uma melhor identidade da Advocacia-Geral da União perante a sociedade.⁴⁰

Como óbice gerencial à unificação, poder-se-ia argumentar que essa medida afetaria a especialização existente em cada uma das quatro carreiras da Advocacia Pública Federal. Ocorre que esse argumento da especialização não encontra respaldo na realidade fático-jurídica, pelas razões que seguem.

Primeiramente, cabe ressaltar que todas as carreiras da Advocacia Pública Federal tratam de uma enorme gama de matérias. A título de exemplo, os Advogados da União atuam em processos judiciais e extrajudiciais bastante variados, prestando ainda consultoria e assessoramento jurídicos a diversos órgãos, com toda uma pluralidade de competências temáticas.

Ademais, saliente-se que atualmente a carreira de Advogado da União exerce a representação judicial e extrajudicial da própria União, já englobando todos os Poderes da República. Estes são dotados não de uma simples autonomia administrativo-financeira (como é o caso das autarquias e fundações públicas)⁴¹, mas sim de verdadeira *independência*⁴² em sentido mais amplo, assegurada pelo art. 2º da Constituição Federal de 1988.⁴³ Ora, se até mesmo Poderes distintos

⁴⁰ PEREIRA, Carlos André Studart; ALMEIDA, Ricardo Marques de. **Unificação das carreiras da AGU ajudaria governo no ajuste fiscal**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-11/unificacao-carreiras-agu-ajudaria-governo-ajuste-fiscal>>. Acesso em: 4 jan. 2016.

⁴¹ O art. 26, inciso IV, do Decreto-Lei nº 200, de 1967, prevê a "autonomia administrativa, operacional e financeira" das entidades da Administração Indireta.

⁴² De acordo com James Madison: "a grande garantia contra uma concentração gradual dos vários poderes no mesmo braço [...] consiste em dar aos que administram cada poder os meios constitucionais necessários e os motivos pessoais para resistir aos abusos dos outros" (MADISON, James. O federalista LI. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Os artigos federalistas**: 1787-1788. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993b. p. 350).

⁴³ Segundo José Afonso da Silva: "A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; [...]" (SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 110).

podem ser representados por uma única carreira, por que razão as autarquias e fundações públicas também não poderiam sê-lo?

Desse modo, considerando uma visão uniforme da Advocacia Pública, a carreira de Procurador Federal representa todas as entidades autárquicas federais, com exceção do Banco Central do Brasil. Ou seja, tal carreira lida com um amplo espectro de assuntos, em áreas como Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Agrário, Direito Previdenciário, Direito Trabalhista, Direito Sanitário etc.⁴⁴

Embora haja uma maior delimitação material por parte dos Procuradores da Fazenda Nacional e dos Procuradores do Banco Central do Brasil, esses agentes não atuam somente nas temáticas estritamente finalísticas do Ministério da Fazenda e do Banco Central do Brasil. Com efeito, tanto o aludido órgão como a referida autarquia necessitam de assessoramento nas áreas de competência comum a toda a Administração Pública Federal, a exemplo de licitações, contratos, legislação de pessoal, dentre outras. Essas matérias são, em grande parte, regidas por uma legislação uniforme para os vários órgãos e entidades federais, a exemplo da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990⁴⁵, e da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.⁴⁶

Como afirma Manuel de Medeiros Dantas:

É bom que se diga que eventual necessidade de especialização deve se dar por órgão, e não por carreira. [...] Nada impede que as competências dos diversos órgãos jurídicos sejam exercidas por membros de uma mesma carreira jurídica, assim como ocorre, por exemplo, nas Procuradorias dos estados.⁴⁷

⁴⁴ “A defesa da pluralidade de carreiras como modo de realizar de modo eficiente a especialidade no exercício das funções ignora o modelo exitoso da PGF, em que tem sido possível conciliar a proteção do interesse público confiado a cada ente ou órgão da Administração, mediante atuação harmônica dos advogados públicos, tanto na consultoria como na representação judicial e extrajudicial” (CASTRO, Aldemario Araujo et. al. **Manifesto em defesa da unificação das carreiras da advocacia pública**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-20/manifesto-defesa-unificacao-carreiras-advocacia-publica>>. Acesso em: 27 jan. 2016).

⁴⁵ Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

⁴⁶ Institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

⁴⁷ DANTAS, Manuel de Medeiros. **Sociedade deve cobrar unificação de carreiras jurídicas da União**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-out-11/segmentacao_carreiras_juridicas_provoca_alguns_absurdos>. Acesso em: 8 jan. 2016.

Outro aspecto a ser sopesado é a “judicialização da política”, que se vem acentuando no Brasil desde o advento da Constituição de 1988.⁴⁸ Isso porque o texto constitucional, ao tratar do controle de constitucionalidade, incumbe-o ao Poder Judiciário, tanto na forma difusa como na concentrada, havendo expressivo rol de legitimados para esta última modalidade.

Nesse contexto, há uma enorme judicialização das políticas públicas desenvolvidas pela União, seja de forma centralizada, seja descentralizada (por meio das autarquias e fundações públicas). Para fazer frente a esse desafio, a Advocacia-Geral da União deve estar preparada para lidar com uma enorme gama de processos.

Esse cenário demanda uma visão gerencial que não esteja limitada por eventuais divisões entre carreiras, a qual implica sensível engessamento na administração de pessoal. Com efeito, a depender do período, pode ser necessário alocar maior quantidade de membros para determinadas demandas, mediante a criação de forças-tarefas ou grupos de trabalho de caráter temporário.⁴⁹ Assim, a divisão de carreiras pode impor sensíveis dificuldades à existência de um modelo gerencial pautado na flexibilidade e num célere atendimento da carga de trabalho.

Esse posicionamento é reforçado pela contínua implantação do Sistema AGU de Inteligência Jurídica (SAPIENS), o qual foi instituído pela Portaria nº 125, de 30 de abril de 2014, expedida pelo Advogado-Geral da União. Trata-se do “sistema oficial de informações, documentos e processos eletrônicos no âmbito da Advocacia-Geral da União” (art. 1º), sendo “instrumento de utilização obrigatória na gestão documental e controle de fluxos de trabalho pelos Membros e Servidores da Advocacia-Geral da União, nos órgãos em que implantado” (art. 2º).

Dessa forma, gradativamente, os Advogados Públicos Federais passam a utilizar um mesmo ambiente virtual de trabalho, compartilhando sua produção

⁴⁸ Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 206-207. CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004. CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 17-42.

⁴⁹ Obviamente, deve-se respeitar o princípio da inamovibilidade dos membros da Advocacia Pública, como prerrogativa indispensável ao independente exercício de suas atribuições. Contudo, essa garantia funcional não afasta a possibilidade de criação de grupos de trabalho ou forças-tarefas, congregando membros de órgãos distintos, visando ao temporário atendimento de determinadas demandas da Advocacia-Geral da União. Certamente, a existência de uma única carreira jurídica facilitaria a realização desses trabalhos, permitindo uma mais fácil designação de profissionais para atuar nas mais diversas temáticas.

jurídica e permitindo um melhor diagnóstico da atuação dos vários órgãos da Advocacia-Geral da União. Essa é mais uma demonstração prática da importância de se dotar a instituição de critérios mais uniformes de atuação, tanto no que concerne à gestão documental (via sistemas informatizados) como também na gestão de recursos humanos (mediante a unificação das carreiras jurídicas).

Conforme ressalta Maria Jovita Wolney Valente:

O ideal a ser atingido - e todas as ações realizadas caminharam nessa direção - é o de ter a AGU carreira jurídica única e a ser a única a fazer a representação judicial e extrajudicial da União e a prestar consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, racionalmente organizada, de modo que a estrutura do órgão central esteja refletida em todas as unidades da instituição, em busca da excelência dos trabalhos que realiza.⁵⁰

Por fim, ressalte-se que não é objetivo deste artigo minudenciar o teor de um eventual instrumento legal, destinado à unificação de carreiras da Advocacia Pública Federal. De todo modo, seriam indispensáveis algumas normas de transição, que preservassem os direitos dos atuais titulares dos cargos, em matérias como remoção entre órgãos e promoções na carreira. Trata-se, portanto, de um modelo cuja efetivação deve ocorrer num contexto verdadeiramente democrático, que garanta a harmonização entre o interesse público e os direitos subjetivos envolvidos.

4.2. UNIFICAÇÃO DE CARREIRAS: INSTRUMENTO DE GESTÃO DEMOCRÁTICA E PARTICIPATIVA

Em âmbito federal, a Advocacia-Geral da União é a única dentre as Funções Essenciais à Justiça que ainda não pratica um modelo de eleição para o chefe da instituição. Trata-se de um instrumento da maior relevância, compatível com as noções de consenso e de legitimidade abordadas no tópico 2.3 deste artigo, numa concepção democrática e participativa de gestão pública.

⁵⁰ VALENTE, Maria Jovita Wolney. **Histórico e evolução da Advocacia-Geral da União**. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 376.

Relativamente à Defensoria Pública da União, a Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, prevê que:

Art. 6º A Defensoria Pública da União tem por chefe o Defensor Público-Geral Federal, nomeado pelo Presidente da República, dentre membros estáveis da Carreira e maiores de 35 (trinta e cinco) anos, escolhidos em lista tríplice formada pelo voto direto, secreto, plurinominal e obrigatório de seus membros, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de 2 (dois) anos, permitida uma recondução, precedida de nova aprovação do Senado Federal. (grifo nosso)

Já no que toca ao Ministério Público da União, embora a eleição do Procurador-Geral da República não esteja prevista na Constituição Federal e na Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, trata-se de uma praxe que vem sendo praticada pela Associação Nacional dos Procuradores da República desde o ano de 2001, sendo acolhida pela Presidência da República desde 2003. Por meio desse processo, tal entidade de classe apresenta uma lista tríplice ao Presidente da República, a fim de que escolha um dos nomes eleitos pela carreira para chefiar o Ministério Público da União.⁵¹

Esse modelo replica a sistemática adotada pelos Ministérios Públicos dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, para os quais a Constituição já prevê:

Art. 128. [...]

§ 3º Os Ministérios Públicos dos Estados e o do Distrito Federal e Territórios formarão lista tríplice dentre integrantes da carreira, na forma da lei respectiva, para escolha de seu Procurador-Geral, que será nomeado pelo Chefe do Poder Executivo, para mandato de dois anos, permitida uma recondução.

De acordo com o art. 128, inciso I, da Constituição Federal, o Ministério Público da União abrange: o Ministério Público Federal, o Ministério Público

⁵¹ Para maiores informações, veja-se o sítio eletrônico: <<http://anpr.org.br/lista-triplice>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Segundo o art. 25 da Lei Complementar nº 75, de 1993, “o Procurador-Geral da República é o chefe do Ministério Público da União, nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira”.

Ocorre que, além de chefiar o Ministério Público da União, o Procurador-Geral da República é simultaneamente titular de um dos ramos dessa instituição, qual seja: o Ministério Público Federal (vide art. 45 da Lei Complementar nº 75, de 1993). Eis porque o Procurador-Geral da República é sempre escolhido dentre os membros do Ministério Público Federal, os quais integram uma única carreira “constituída pelos cargos de Subprocurador-Geral da República, Procurador Regional da República e Procurador da República” (art. 44 da Lei Complementar nº 75, de 1993).

Por sua vez, na Advocacia-Geral da União, não há qualquer determinação constitucional ou legal para que seu chefe pertença a um ramo específico da instituição. Isso porque a Constituição Federal prevê somente que o Advogado-Geral da União é “de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada” (art. 131, § 1º).

De fato, o ideal seria emendar a Constituição Federal, determinando a eleição do Advogado-Geral da União dentre os membros da instituição. Contudo, mesmo que essa emenda constitucional fosse aprovada, a atual divisão entre carreiras importaria sensíveis dificuldades para operacionalizar a formação e o encaminhamento de lista tríplice para o Presidente da República. Isso porque, conforme já esclarecido, a Advocacia Pública Federal é composta por quatro carreiras, com quantidades distintas de membros, quais sejam: Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e Procurador do Banco Central do Brasil.⁵²

⁵² Seguem os quantitativos de cargos em cada carreira da Advocacia Pública Federal, de acordo com as disposições legais aplicáveis e os dados constantes no Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (SIAPE), em 26 de janeiro de 2016: a) Advogado da União: 2.373 (dois mil, trezentos e setenta e três) cargos; b) Procurador da Fazenda Nacional: 2.400 (dois mil e quatrocentos) cargos; c) Procurador Federal: 4.312 (quatro mil, trezentos e doze) cargos; d) Procurador do Banco Central do Brasil: 300 (trezentos) cargos. No que concerne às carreiras de Advogado da União e de Procurador Federal, os aludidos quantitativos podem sofrer variação em face do disposto no art. 4º da Lei nº 10.907, de 15 de julho de 2004: Art. 4º Quando vagarem, os cargos da Administração Pública Federal direta, integrantes do quadro suplementar a que se refere o art. 46 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, serão transformados em cargos de Advogado da União e os das autarquias e fundações em cargos de Procurador Federal, sempre na categoria inicial da respectiva carreira. Parágrafo único. Os cargos mencionados no *caput* deste artigo serão considerados automaticamente transformados na data da publicação dos atos de vacância.

Desse modo, a fim de garantir um maior consenso no âmbito da Advocacia-Geral da União, seria da maior relevância a unificação das respectivas carreiras jurídicas. Isso permitiria que seus membros integrassem uma única categoria funcional, podendo legitimamente formular uma só lista tríplice para escolha do Advogado-Geral da União. Certamente, tal medida facilitaria a formação de consensos e garantiria maior legitimidade àquele que dirige a instituição, em âmbito nacional.

Por fim, o modelo de eleição poderia ser adotado para as chefias dos demais órgãos da Advocacia-Geral da União. Com efeito, num cenário de unificação de carreiras, seria possível efetivar critérios mais uniformes de legitimação democrática, nas unidades consultivas e contenciosas dessa instituição.

5. CONCLUSÃO

Em mais de vinte anos de existência, a Advocacia-Geral da União vem desenvolvendo uma importante defesa do interesse público, seja na representação judicial e extrajudicial da União, seja na consultoria e no assessoramento jurídicos ao Poder Executivo Federal. Ocorre que, conforme demonstrado neste artigo, a referida instituição ainda necessita de um tratamento legal de acordo com a Constituição de 1988.

Dentre os avanços institucionais necessários, certamente desponta a unificação das carreiras da Advocacia Pública Federal. Num contexto histórico marcado por profundas transformações, observa-se a emersão de novos mecanismos de exercício do poder. Nesse cenário, é fundamental que a Advocacia-Geral da União tenha suas atribuições desempenhadas consoante o princípio da eficiência, adotando-se instrumentos de gestão democrática e participativa.

Além de juridicamente viável, a unificação de carreiras da Advocacia Pública Federal permitiria uma melhor uniformização de entendimentos jurídicos, além de implicar sensíveis ganhos de ordem gerencial. Trata-se de uma medida que também facilitaria a formação de consensos e legitimaria a ocupação das funções diretivas, ao viabilizar os processos eleitorais para escolha do Advogado-Geral da União e dos dirigentes dos órgãos consultivos e contenciosos da instituição, mediante critérios uniformes.

Considerando os aspectos jurídicos e gerenciais envolvidos, conclui-se que a unificação de carreiras é uma medida da maior relevância, na consolidação da Advocacia-Geral da União como Função Essencial à Justiça.

6. REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. **Harvard Law Review**, Cambridge, Massachussets, v. 113, n. 3, p. 634-729, jan. 2000.

BABILÔNIA, Paulo Álvares. **AGU: unificar as carreiras para avançar institucionalmente**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-08/paulo-babilonia-uniao-carreiras-agu-fica-numa-encruzilhada>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004,

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

____. **Teoria constitucional da democracia participativa**: (por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma Nova Hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade). São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 23, p. 115-126, nov. 2004.

CASTRO, Aldemario Araujo. Os contornos da independência técnica do advogado público. In: ACCIOLY, Leonardo (Org.). **Prerrogativas do Advogado**. Brasília: OAB, 2015.

CASTRO, Aldemario Araujo et. al. **Manifesto em defesa da unificação das carreiras da advocacia pública**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-20/manifesto-defesa-unificacao-carreiras-advocacia-publica>>. Acesso em: 27 jan. 2016.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A democracia e os três Poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 6.

DANTAS, Manuel de Medeiros. **Sociedade deve cobrar unificação de carreiras jurídicas da União**. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2004-out-11/segmentacao_carreiras_juridicas_provoca_alguns_absurdos>. Acesso em: 8 jan. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo**. São Paulo, p. 11, dez. 1996.

FARIA, José Eduardo Machado de. **O Direito da economia globalizada**. 1. ed. 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Regime Jurídico da Advocacia Pública**. São Paulo: Método, 2010. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

FURTADO, Celso. **O capitalismo global**. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2001.

HAURIOU, Maurice. **Principios de Derecho Público y Constitucional**. 2. ed. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Instituto Editorial Réus, 1927.

KIRSCH, César. **OAB já se manifestou a favor da unificação de carreiras na AGU**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-nov-19/cesar-kirsch-oab-manifestou-favor-unificacao-agu?pagina=2>>. Acesso em: 8 jan. 2016.

LIMA, Abili Lázaro Castro de. **Globalização econômica, política e direito - Análise das mazelas causadas no plano político-jurídico**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1970.

MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008.

____. Atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de

(Coord.). **Advocacia de Estado**: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 465-483.

MADISON, James. O federalista LI. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **Os artigos federalistas**: 1787-1788. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993b. p. 349-353.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEJIA, Suzana; MIRANDA, Ronaldo Nascimento de. **E o Supremo? O que proferiu sobre a AGU, e suas carreiras?** Disponível em: <<http://jota.info/e-o-supremo-o-que-proferiu-sobre-a-agu-e-suas-carreiras>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

MELLO, Joana d'Arc Alves Barbosa Vaz de. **Unificação de carreiras na AGU contempla princípio da eficiência**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-30/joana-mello-unificacao-carreiras-agu-contempla-principio-eficiencia>>. Acesso em: 8 jan. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 45, p. 41-57, 1992.

____. **Poder, Direito e Estado**: o Direito Administrativo em tempos de globalização. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

NAÍM, Moisés. **O fim do poder**: nas salas da diretoria ou nos campos de batalha, em Igrejas ou Estados, por que estar no poder não é mais o que costumava ser? São Paulo: Leya, 2013.

PEREIRA, Carlos André Studart; ALMEIDA, Ricardo Marques de. **Unificação das carreiras da AGU ajudaria governo no ajuste fiscal**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-11/unificacao-carreiras-agu-ajudaria-governo-ajuste-fiscal>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

SAMPAIO, Lênio Mercês. **Desmistificando a unificação das carreiras da advocacia pública federal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35361/desmistificando-a-unificacao-das-carreiras-da-advocacia-publica-federal>>. Acesso em: 8 jan. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. ADI 881 MC/ES - Espírito Santo. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 02 ago. 1993. DJ de 25.04.1997a, p. 15.197.

____. Tribunal Pleno. ADI 2.713/DF. Relatora: Min. Ellen Gracie. Brasília, DF 18 dez. 2002. DJ de 07.03.2003.

____. Tribunal Pleno. RE 602.381. Rel: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, 20 nov. 2014. DJe de 04.02.2015.

____. Tribunal Pleno. RE 627.709/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 20 ago. 2014. DJe de 30.10.2014.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. Histórico e evolução da Advocacia-Geral da União. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado**: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 363-394.

WEBER, Max. **Economia y sociedad**: esbozo de sociologia comprensiva. 2. ed. México: FCE, 1964.

PROPOSTA PARA UM NOVO MODELO ORGANIZACIONAL NA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: AFASTANDO CRISES E CONSTRUINDO CONSENSOS

DOUGLAS HENRIQUE MARIN DOS SANTOS¹

THIRZZIA GUIMARÃES DE CARVALHO²

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Breve histórico e estado da arte. 2.1. Organizações mecânicas e orgânicas. Teorias X e Y. 2.2. As propostas do modelo gerencial para a Administração Pública. 3. A administração pública federal brasileira e o sistema organizacional linear/burocrático da AGU. 4. Os problemas começam a surgir: A AGU, função essencial à justiça, essencialmente técnica, submete-se à estrutura organizacional linear e tem suas unidades hierarquizadas por intermédio de cargos em comissão (fidúcia versus mérito). 5. Incompatibilidade sistêmica entre os cargos comissionados, a natureza constitucional da AGU e a independência técnica do advogado. 6. Pensando na Advocacia-Geral da União sem cargos em comissão: instrumento de eficiência institucional e sistema organizacional orgânico. 7. Conclusões e proposições. 8. Referências.

*De tudo, ficam três coisas:
A certeza de que estamos sempre começando,
A certeza de que é preciso continuar,
A certeza de que seremos interrompidos antes de terminar.*

*Portanto, devemos:
Fazer da interrupção um caminho novo,
Da queda, um passo de dança,
Do medo, uma escada,
Do sonho, uma ponte,
Da procura, um encontro.*

Poema atribuído a Fernando Sabino.

¹ Procurador Federal, Professor Universitário, Doutor pela Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), Mestre pela Universidade do Porto (UP) e Graduado pela Universidade de São Paulo (USP).

² Procuradora Federal, Especialista em Direito Público pela Universidade Católica de Goiás, Especialista em Direito Constitucional e em Direito Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp e Graduada pela Universidade Federal de Goiás.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta o atual contexto de gestão pública, as práticas atuais e o modelo organizacional da Advocacia-Geral da União. Avalia os modelos clássicos de gestão e os compara com os movimentos classificados como modernos. Considera os fatores divisão do trabalho, especialização, padronização, centralização, processo decisório e identidade organizacional.

Mais adiante, o trabalho define o papel dos cargos comissionados e seu desajustamento ao status técnico e constitucional da instituição. Em face da sua inaptidão, propõe a revisão do modelo extremamente hierarquizado e coisificado em vigor, dando espaço a novos arranjos que, em vez de subutilizar, prestigie o potencial de desenvolvimento e capacidade das pessoas que integram os quadros da instituição para assumir responsabilidades, sobretudo por se tratar de um corpo de advogados especializados na defesa e assessoramento jurídico do ente público. O objetivo do estudo é encorajar a consagração de um estilo de administração aberto, dinâmico e participativo na Advocacia-Geral da União.

A proposta de revisão do sistema organizacional da AGU (mecânico, burocrático e linear) é, ao final, delineada, por intermédio de ações relacionadas à valorização da comunicação, da integração dos membros ao todo institucional, do reconhecimento pleno da independência técnica e da ampliação do modelo decisório colegiado.

2. BREVE HISTÓRICO E ESTADO DA ARTE

A gênese da administração pública brasileira, considerando-se como seu marco inicial a chegada da Corte de D. João ao Brasil, longe de ter dado seus primeiros passos como um espaço público democrático, eficiente e impessoal, consagrou o sistema de privilégios, reproduzindo *in totum* os hábitos (maus) lusitanos. É o que descreve Raymundo Faoro (1984, p. 249-52 e 256):

Tudo se concentrou, no primeiro golpe, em situar no mundo político e administrativo os fugitivos desempregados, colocando-lhes na boca uma teta do Tesouro. Os fidalgos de alta linhagem, os que dispunham de meios próprios

de vida, não acompanharam, senão excepcionalmente, o regente. [...] Vinham a seguir a chusma de satélites; monsenhores, desembargadores, legistas, médicos, empregados da casa real, os homens do serviço privado e protegidos de D. João. Eram os vadios e parasitas que continuariam no Rio de Janeiro o ofício exercido em Lisboa: ‘comer à custa do Estado e nada fazer para o bem da nação’. Organizar o império, para o ministério, seria reproduzir a estrutura administrativa portuguesa no Brasil e colocar os desempregados. O eixo da política era o mesmo, secularmente fundido: o reino deveria servir à camada dominante, ao seu desfrute e gozo. Os fidalgos ganharam pensões, acesso aos postos superiores os oficiais da Armada e do Exército, empregos e benefícios os civis e eclesiásticos. [...] A nobreza burocrática defronta-se aos proprietários territoriais, até então confinados às câmaras, em busca destes de títulos e das graças aristocráticas. A corte está diante de sua maior tarefa, dentro da fluída realidade americana: criar um Estado.

Vieram novas Constituições, veio a República e as ditaduras de Vargas e dos militares. O país foi redemocratizado, emergiu a **nova república** e foi promulgada a Constituição de 1988. A administração pública, no entanto, permanecia tecnocrática, o que exigia o resgate – ou a inauguração – de sua capacidade de formular e implantar políticas sociais e direcionar o Estado à democracia. Esse período pós-militar, voltado à redemocratização, fez com que o patrimonialismo tecno-burocrático desse lugar ao patrimonialismo político-corporativo (Medeiros et al., 2011).

Desde então, repetem-se alianças político-partidárias em busca de recursos e de influências sobre a administração pública. O serviço público é marcado pela politização, sendo concedidos privilégios incompatíveis com a racionalidade burocrática. Ao testemunharmos a história da administração pública, resta evidente que o *ethos* patrimonialista continua presente, tanto na administração racional e técnica, quanto na administração politizada (Medeiros et al., 2011).

Os matizes e perfis do Estado brasileiro, tão recentemente redemocratizado, naturalmente impactam na ausência de **personalidade** da administração pública brasileira. É inquestionável que a sociedade repercuta sentimentos de desesperança e descrédito pelo setor público, que acolhe alguns e repele outros,

sem qualquer pudor. Com efeito, enquanto alguns discutem estratégias de inovação gerencial, a verdade é que persistem as influências patrimonialistas da administração pública (Medeiros et al., 2011).

2.1. ORGANIZAÇÕES MECÂNICAS E ORGÂNICAS. TEORIAS X E Y

Mas quais seriam as alternativas para aproximar a administração pública do cidadão, tornando-a mais eficiente, integradora e democrática?

Primeiramente, é preciso recordar que a maior parte de nossas instituições públicas vincula-se à tradição burocrática pensada por Max Weber (1864-1920). A teoria da burocracia na administração pública desenvolveu-se nos anos 40 e tem como principal fundamento a premissa de que os servidores públicos são remunerados para agir de uma maneira pré-determinada e mecânica, bastando que suas tarefas sejam explicitadas de forma minuciosa e estejam alheias a qualquer tipo de emoções. O modelo burocrático enfatiza o controle, a administração das atividades, os processos, normas e procedimentos. Surgiu como resposta e mecanismo de mitigação do clientelismo e patrimonialismo, fortemente associados com o nepotismo, o subjetivismo e a corrupção (Medeiros et al., 2011).

É, portanto, um modelo essencialmente mecânico, alicerçado na repetição de tarefas, que limita ou elimina qualquer exercício criativo pelo agente público. Sua estrutura hierárquica é, como regra, linear e vertical.

Como resposta ao modelo burocrático weberiano de gestão pública, Burns e Stalker (1960) propuseram que as organizações – públicas ou privadas – poderiam organizar-se em sistemas de comunicação e de fluxo que permitissem a integração do todo, como em um organismo vivo. Os sistemas orgânicos, portanto, contemplam uma gestão organizacional **gerencial** e **holográfica** da instituição, com estruturas descentralizadas, comunicação ágil e integração de cada um dos agentes no todo institucional.

Logo, nos **sistemas mecanicistas/burocráticos** as tarefas são bem definidas e atribuídas, as decisões concentram-se na cúpula dirigente, as comunicações e interações são verticais, as relações pessoais estão calcadas na lealdade e obediência aos superiores e há clara hierarquia e coordenação. De outro lado, nos **sistemas orgânicos de gestão** as decisões são descentralizadas, as tarefas são redefinidas conforme as demandas institucionais, o conhecimento é valorizado, as comunicações se dão em todos os níveis, conforme a necessidade do processo,

há envolvimento e compromisso com a instituição e o sistema é estratificado de acordo com o nível de conhecimento dos respectivos agentes (Burns & Stalker, 1960). Isto é, enquanto nos sistemas mecânicos prevalece a hierarquia, nos sistemas orgânicos prevalece a integração com foco no problema.

Para Chiavenato (2008, p. 52-53) **o estilo de administração de uma organização depende das convicções que os administradores têm a respeito do comportamento humano e da sua importância para o desempenho da missão organizacional**. Essas convicções vão moldar todo o seu funcionamento e planejamento.

McGregor (1971, p. 45-60, *apud* Chiavenato, 2008, p. 53), ao tratar das diferentes teorias sobre Administração, reuniu várias delas em dois grandes grupos, antagônicos entre si, segundo a ênfase conferida ao estilo de administrar. De um lado, um estilo tradicional, mecanicista e pragmático, influenciado pelo modelo burocrático de Weber, a que denominou *Teoria X*; de outro lado, um estilo baseado nas concepções modernas sobre o comportamento humano, surgidas a partir de 1950, denominado *Teoria Y*.

Segundo Chiavenato (2008, p. 53-54), enquanto no estilo representado pela Teoria X as pessoas são inseridas dentro de esquemas padronizados e visualizadas como meros recursos ou meios de produção de um sistema de trabalho rígido e autocrático, que as pressupõem, erroneamente, como indolentes por natureza, sem ambição, resistentes às mudanças e incapazes de autocontrole e autodisciplina, o estilo de administrar representado pela Teoria Y as reconhece com base em concepções atuais e sem preconceitos a respeito da natureza humana. Consideram que as pessoas não têm desprazer inerente em trabalhar, que não são, por sua condição intrínseca, passivas ou resistentes às necessidades da organização, reconhecem nelas motivação, potencial de desenvolvimento e capacidade para assumir responsabilidades e construir soluções criativas, o que permite a concretização de um estilo de administração aberto, dinâmico e participativo, por meio do qual “administrar torna-se um processo de criar oportunidades, liberar potenciais, remover obstáculos, encorajar o crescimento individual e proporcionar orientação quanto a objetivos” (op cit, p. 54).

Durante o longo período de predomínio da Teoria X, as pessoas se acostumaram a ser dirigidas, controladas e manipuladas pelas organizações (Chiavenato, 2008, p. 55), tornando essa relação extremamente mecanizada e desprovida de iniciativas, prejudicando os resultados almejados. Isso se deu em razão de vários

fatores como o apego exagerado aos regulamentos, o excesso de formalismo, resistência às mudanças, despersonalização do relacionamento, rígida hierarquia, categorização como base do processo decisório, grande conformidade às rotinas, dificuldade no atendimento a clientes e conflitos com o público.

Merton (*apud* Chiavenato, 2008, p. 41-42) trata das consequências imprevistas desse sistema mecanicista, a que denominou “disfunções da burocracia”, afirmando que elas decorrem da desconsideração do valor humano, do descuido das questões internas que repercutem no seu funcionamento. Ou seja, o modelo mecanicista, em vez que proporcionar a eficiência almejada por meio de procedimentos padronizados, acabou por coisificar pessoas e o trato interno da organização, comprometendo o resultado final a ser entregue ao público destinatário da missão organizacional.

Somente através da mudança de paradigma e da superação dessa relação mecanicista dos processos organizacionais é que se torna possível a adoção de um estilo de administração baseada em medidas inovadoras e humanistas, que se aproximem da concepção da Teoria Y e de uma visão sistêmica da administração, com foco no resultado.

2.2. AS PROPOSTAS DO MODELO GERENCIAL E ORGÂNICO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O modelo organizacional dito gerencial tem origem no setor privado e busca, como regra, a eficiência econômica. Surge na Europa na década de 1970 para atender às exigências da nova ordem mundial e a expansão das funções econômicas e sociais do Estado. Surge em resposta às ineficiências burocráticas, ainda que conserve alguns princípios fundamentais da burocracia, como admissão segundo rígidos critérios de mérito, existência formal de controle, estruturas formais de definição da remuneração, carreira e avaliação de desempenho. Distingue-se do modelo burocrático, no entanto, quando desloca a ênfase dos processos para o **resultado** (Paludo, 2013, p. 64).

No âmbito da Administração Pública, as novas ideias de gestão contemporânea ganharam espaço, aliadas às ideias de gestão empreendedora, fundamentadas principalmente nos princípios da **confiança** e da **descentralização das decisões**. O significado do interesse público passou a se relacionar com o interesse da coletividade e não mais com o aparato do Estado.

Como bem observa Maria Inês Gonçalves Medeiros et al. (2011):

[o] modelo gerencial vê o cidadão como cliente dos serviços prestados pelas organizações públicas. Para os processos serem considerados bons, precisam atender às necessidades do cidadão. Privilegia a horizontalização das estruturas, descentralizações das funções, incentiva a criatividade, prima pela definição clara de objetivos, o controle é baseado em resultados. As características são: definição de responsabilidades; definição de objetivos; incorporação da consciência de custos; orientação para clientes e resultados; flexibilidade; descentralização; estruturas horizontalizadas.

Todas essas premissas constituem um avanço para o funcionamento da Administração Pública no Brasil e base para um passo adiante: a adoção de um modelo de gestão moderna, coordenada e descentralizada, aberta à participação e ao trabalho em equipe, à iniciativa e à proatividade, perfeitamente aplicável à realidade da Advocacia-Geral da União, consoante se verá.

3. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL BRASILEIRA E O SISTEMA ORGANIZACIONAL LINEAR/BUROCRÁTICO DA AGU

Não é preciso muito esforço argumentativo para que se conclua: a administração organizacional da Advocacia-geral da União funda-se no modelo burocrático weberiano e mecanicista. As tarefas e atribuições são bem definidas - e engessadas - entre os membros da instituição, as decisões gerenciais estão centralizadas na cúpula da instituição (*v.g.* o caráter coadjuvante do Conselho Superior da AGU), as comunicações e interações são sempre verticais, mediadas por ocupantes de cargos comissionado e a hierarquia é um constante obstáculo a qualquer processo criativo (com alguma exceção nos processos judiciais).

De fato, nada obstante tratar-se de uma instituição essencialmente técnica, o grande número de cargos comissionados implica intensa verticalização dos processos decisórios, de forma que a opinião jurídica de um advogado público em matéria consultiva exija aprovação de duas, três ou quatro “autoridades superiores” para que seja aperfeiçoado como ato jurídico.

Algumas iniciativas isoladas, no entanto, aproximaram a Advocacia-Geral da União do modelo orgânico, entre as quais se destacam as Câmaras Temáticas

de Licitações e Contratos e Convênios, a Divisão de Assuntos Disciplinares, a Fábricas de Ideias e o Comitê de Gestão, todas da Procuradoria-Geral Federal.

A ausência de cargos comissionados na administração das Câmaras Temáticas da PGF e a intensa relação comunicativa dessas unidades com demais os membros da AGU, seja por intermédio da participação ativa nos debates, seja em razão dos pedidos de uniformização de temas controversos, revelou a viabilidade de um subsistema orgânico em um ambiente antes marcado pela burocracia puramente mecânica.

De modo semelhante, no âmbito da Divisão de Assuntos Disciplinares da PGF não existem cargos comissionados ou chefia hierárquica. A administração procedimental da unidade – e tão somente ela – é feita por chefia voluntária e temporária. As manifestações técnico-jurídicas da unidade são sempre colegiadas (tanto a análise de admissibilidade como o julgamento de mérito), assegurando que a dialética esteja presente durante todo o processo. Os resultados, assim como nas Câmaras Temáticas de Licitações e Contratos e Convênios, têm sido profícuos.

Outra experiência recentemente inaugurada no âmbito da Procuradoria-Geral Federal e que pode inspirar a mudança da cultura organizacional da AGU é o Comitê de Gestão, criado pela Portaria PGF nº 847, de 14 de outubro de 2014. Trata-se de um órgão colegiado de natureza consultiva, cuja missão é discutir e deliberar sobre assuntos relacionados à gestão da PGF. Segundo consta no sítio eletrônico da AGU, o objetivo dessa atuação colegiada é “detectar problemas gerenciais, identificar novas soluções, fomentar debates, criar pautas propositivas, incentivar a cultura da participação e, principalmente, buscar, em conjunto, o aprimoramento institucional da PGF”³. O órgão apresenta uma constituição mista, abrangendo ocupantes de cargos comissionados e membros atuantes na linha de frente das unidades, estes escolhidos mediante avaliação curricular, dentre aqueles que não exercem função de chefia. A despeito do caráter de vanguarda desse colegiado, suas deliberações, no entanto, não vinculam a Procuradoria-Geral Federal, por se tratar de órgão meramente consultivo.

Já a Fábrica de Ideias é um canal de comunicação direto com a Procuradoria-Geral Federal e que tem como objetivo propiciar que membros e servidores

³ Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas.aspx?idConteudo=310567&idSite=1106&aberto=&fechado=>> Acesso em: 16 mar. 2016.

encaminhem ideias e projetos que possam contribuir para o aprimoramento da instituição⁴.

Nada obstante, tais experiências inovadoras de gestão não revelam as verdadeiras feições da AGU. Conforme já realçado, a instituição – ainda que técnica – vincula-se ao Poder Executivo e a seus métodos gerenciais e organizacionais clássicos (e ultrapassados).

É o que se extrai, por exemplo, da pífia atuação a cargo do Conselho Superior da AGU, órgão colegiado de direção superior, cujas competências originárias previstas no art. 7º da Lei Complementar nº 73/93 relacionam-se, tão somente, aos concursos de ingresso nas carreiras de Advogado da União e Procurador da Fazenda Nacional, e à remoção, promoção e confirmação nesses cargos.

Muito embora as competências do Conselho tenham sido ampliadas pela Portaria AGU nº 1.643/2009, que passou a tratá-lo como órgão consultivo do Advogado-Geral da União, para assuntos de alta relevância relacionados à gestão, ao planejamento estratégico e à atuação jurídica da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados, mediante extensão da sua composição para abranger as carreiras de Procurador Federal e Procurador do Banco Central, além dos seus respectivos órgãos de cúpula, o que se vê em funcionamento é um órgão colegiado, majoritariamente marcado pela hierarquia instalada na instituição, fadado a legitimar decisões de cúpula (cf. artigo 1º da Portaria 1.643/2009 e artigo 4º do Regimento Interno do CSAGU).

De fato, a composição majoritária do Conselho por ocupantes de cargos de direção superior, para o exercício de ambas as competências (originária e consultiva), revela a inexpressiva parcela de influência conferida aos representantes eleitos pelas carreiras para a construção das deliberações do órgão. A experiência e os normativos em vigor, a exemplo da regra que atribui exclusivamente ao Presidente do Conselho – o Advogado-Geral da União – a competência para convocar as sessões e estabelecer a pauta (artigo 6º, IV e VI c/c artigo 15 do Regimento Interno do CSAGU), revelam a baixíssima influência dos membros no processo decisório da instituição⁵.

A comunicação promovida pela AGU, por sua vez, padece do mesmo mal. A definição dos responsáveis pela área, o formato, os meios utilizados e,

⁴ Cf. Disponível em: <<http://institutoforma.wix.com/fabricadeideias>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

⁵ Cf. <<http://www.agu.gov.br/unidade/CSAGU>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

principalmente, o conteúdo e as estratégias a serem adotadas para as diferentes ações de divulgação institucional e *marketing* não contam com qualquer interferência ou participação formal dos membros nesse setor tão importante do órgão. A comunicação que a AGU promove, tanto para dentro da instituição, quanto para o público externo, tem seus contornos exclusivamente definidos pelo Advogado-Geral da União e seus órgãos de cúpula.

A AGU tampouco conta com um canal ou cultura instalada para obter um *feedback* dos membros quanto às ações em curso nas suas mais diversas searas ou projetos. Não integra a rotina do órgão algo que é muito comum e funcional nas organizações privadas, que são as pesquisas de opinião para a definição do seu planejamento estratégico e planos de ação.

A propósito, a única pesquisa realizada nesses moldes digna de nota ocorreu em junho de 2014 e abrangeu apenas a Procuradoria-Geral Federal. Dentre outras variáveis pesquisadas, chama atenção o resultado apurado quanto à autoestima dos seus membros: 96% dos que responderam à consulta declaram que “deixou de existir” ou “regrediu”, a revelar um diagnóstico problemático na relação motivacional existente hoje entre membros e instituição, e a respeito do qual nenhuma ação institucional foi formalizada e divulgada com vistas à superação desse dado negativo⁶.

Com baldrame na premissa de que a AGU preserva a adoção de métodos gerenciais e organizacionais clássicos e mecanicistas, e por força do que estabelecem as normas internas de estruturação organizacional, é possível sustentar que o modelo burocrático da AGU ajusta-se em uma estrutura essencialmente linear e hierárquica (figuras 1, 2 e 3 abaixo), com algumas feições de *staff-line*.

Tal modelo fundamenta-se no princípio da unidade de comando, de modo que as opiniões e as opções do todo nunca se aperfeiçoam caso não aprovadas ou recomendadas pela unidade hierárquica superior. Há centralização das decisões e cada unidade de trabalho executa tarefas específicas e bem definidas (Costa, Souza & Fell, 2012). Tal modelo mitiga o poder de controle técnico, prejudicando o espírito de cooperação e equipe. Conforme destaca Scott (1992), os modelos organizacionais lineares, mecanicistas ou burocráticos valorizam excessivamente as restrições externas (as normas rígidas de estruturação funcional), a ponto de ignorarem a capacidade de escolha dos atores organizacionais.

⁶ Cf. Resultado da pesquisa de opinião - Planejamento Estratégico da PGF. Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas.aspx?idConteudo=287539&idSite=1106&caberto=9774&fechado=>>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

Morgan (1996) e Mintzberg (1994, 1996) críticos ferozes do modelo burocrático, sugerem que regras, regulamentos, hierarquias rígidas e centralização não respondem à necessidade de um ambiente ágil e eficiente, que responda de forma adequada à velocidade com que as mudanças ocorrem em um ambiente de “multicausalidade”.

No modelo de gestão burocrático, todo planejamento envolve a designação de regras e atribuições detalhadas que, alfm, contribuem para a ineficiência do modelo, que reagirá lentamente às demandas institucionais. A instituição tem uma falsa sensação de controle e seus membros, de forma pueril, sentem-se “protegidos” pela infinita regulamentação.

O desenvolvimento de um modelo “pós-burocrático” de realizar o planejamento e a organização institucional na administração pública passa pela necessidade de construção de consensos e compromissos recíprocos.

A missão institucional, definida em lei ou na Constituição, passa a ser compartilhada como valor (Mintzberg, 1996; Keinert, 2007).

Figura 1. Estrutura organizacional da PGFN:

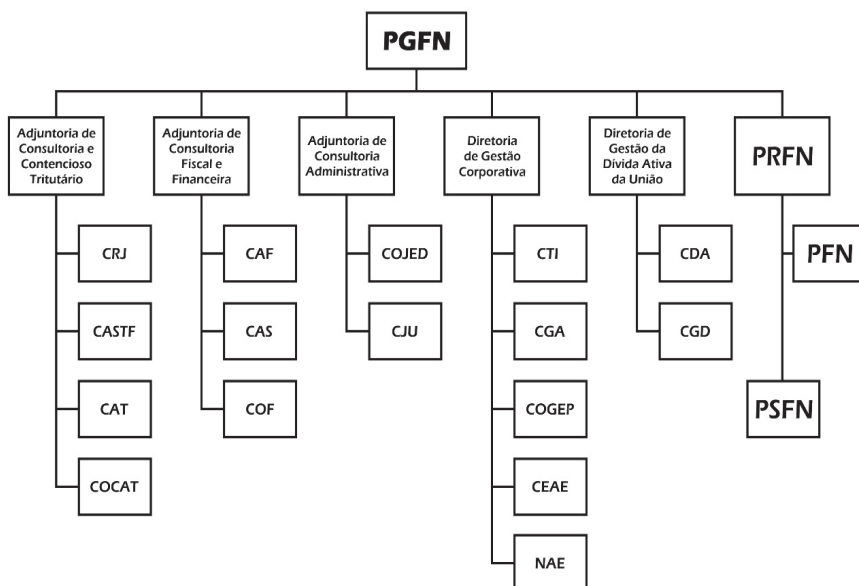


Figura 2. Estrutura organizacional da PFE-INSS:

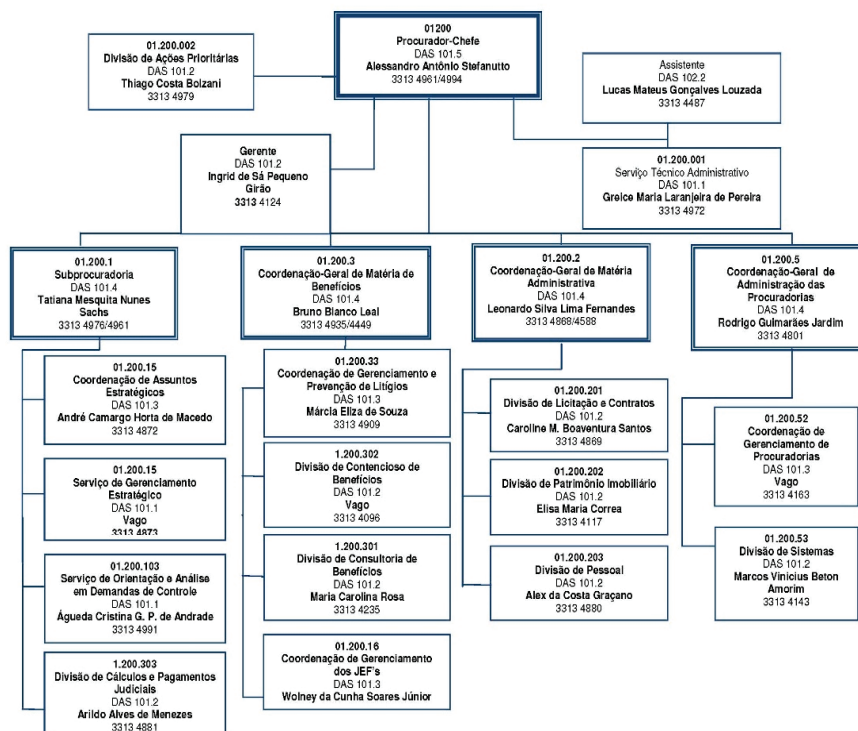
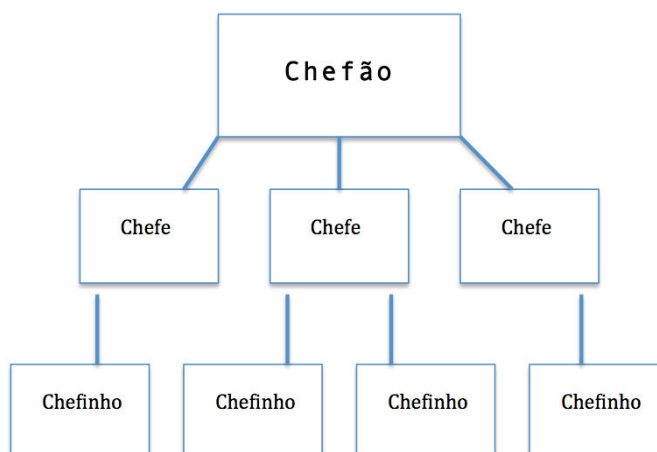


Figura 3. Modelo caricato - mas realista - de estrutura organizacional linear:



4. OS PROBLEMAS COMEÇAM A SURTIR: A AGU, FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA, ESSENCIALMENTE TÉCNICA, SUBMETE-SE À ESTRUTURA ORGANIZACIONAL LINEAR E TEM SUAS UNIDADES HIERARQUIZADAS POR INTERMÉDIO DE CARGOS EM COMISSÃO (*FIDÚCIA VERSUS MÉRITO*)

A direção da administração pública federal brasileira se dá exclusivamente por intermédio de cargos de livre provimento (DASs). É deles que emerge a hierarquia no serviço público, conforme define o Parecer-AGU nº GQ-35.

Para o parecer (vinculante), não há relação de hierarquia entre servidores ocupantes apenas de cargos de provimento efetivo. Tal realidade permite entender a direção como ação eminentemente política, cristalizada na organização da administração pública. O modo como é feita a nomeação para tais cargos, no contexto da dominação burocrática, é garantia de obediência do quadro administrativo e permanência do modo de organização, sem perspectiva de mudanças. (Camara, 2009).

De fato,

(a)sentando-se a Administração Pública brasileira no modelo Weberiano, as críticas (que se estendem até hoje) se fundamentavam na inobservância do critério meritocrático para a ocupação desses cargos, subvertendo um dos pilares do paradigma burocrático. O sistema de DASs eram (e são) entendidos como parte de uma lógica de dominação que se baseia na troca de favores e no apadrinhamento, portanto um resquício pernicioso do modelo patrimonialista (Silva, 2015).

Os problemas, com efeito, são notórios. Souza (2006), ao associar o cargo público à configuração do sistema político brasileiro, aponta que “pouco tem sido feito a respeito de uma área (...) onde as forças regionais exercem grande poder: a política de nomeação de altos diretores no aparelho administrativo no Brasil”.

Além dos impactos negativos dos cargos em comissão no funcionamento e organização do Estado brasileiro, é digno de nota o notório excesso de cargos em comissão no serviço público federal, em comparação com outros países. Segundo dados de 2013, há 22.682 cargos de livre nomeação no serviço público

federal brasileiro. Em comparação, nos Estados Unidos são 8.000, na França e na Alemanha são 500 e, no Reino Unido, 300. A diferença é abissal (Corolato & Imércio, 2014).

Quão esse modelo burocrático, fundado em chefias atribuídas a cargos de provimento em comissão, afeta a Advocacia-Geral da União, sua eficiência e capacidade de gestão?

Pouco se sabe. Justamente por se tratar de um modelo burocrático, com pouca ou nenhuma cultura de identidade institucional, alicerçado em chefias administrativas associadas, direta ou indiretamente, com o governante do momento, são **nulas as investigações oficiais destinadas à remodelação organizacional da AGU**.

Como dito no tópico anterior, não há uma cultura instalada para a aferição de dados por meio de pesquisas de opinião, cujos resultados poderiam repercutir na definição do planejamento estratégico e planos de ação da instituição, tampouco para a avaliação de chefias ou estatísticas rigorosas sobre os resultados alcançados pela AGU em todas as suas áreas de atuação.

O mínimo satisfatório, sob a perspectiva dos resultados, já agrada àqueles que comandam e comandaram a instituição. Não há visão de futuro, tampouco preocupação com a satisfação dos membros e servidores. A intensa evasão dos quadros é vista com um problema solucionável mediante novos concursos. Se os resultados institucionais têm sido parcialmente satisfatórios, muito se deve à qualificação do pessoal concursado e pouco, ou nada, à estrutura organizacional da AGU.

A atual crise institucional da AGU era prevista há muito tempo. Bersch, Praça & Taylor (2103), em investigação empírica que avaliou a autonomia e a capacidade de gestão dos órgãos públicos federais, identificaram que a Advocacia-Geral da União detém uma baixa autonomia e pouca capacidade de gestão. A AGU possui menos autonomia administrativa que o Banco Central, que o Instituto Nacional do Seguro Nacional, que a Controladoria-Geral da União, que a Agência Nacional de Telecomunicações, que o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, entre outros órgãos. No que toca à capacidade de gestão, a AGU possui desempenho inferior ao Departamento de Polícia Federal, à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, à Controladoria-Geral da União, ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica e à Escola Nacional de Administração Pública.

Tais conclusões são incompatíveis com o status constitucional atribuído à AGU pelo constituinte originário.

Recorde-se que, por força da norma constitucional, do ponto de vista material, não deveria a AGU integrar a estrutura do Poder Executivo, uma vez que constitui o capítulo constitucional das funções essenciais à justiça. Essa malsinada submissão decorre das regras insculpidas em sua lei orgânica: a Lei Complementar 73, de 1993.

Destarte, é impossível não relacionar a estrutura organizacional e os cargos em comissão fartamente distribuídos aos intermináveis degraus hierárquicos da AGU ao atual estágio de deterioração institucional e distanciamento das demais funções essenciais à Justiça.

Ao contrário dos ocupantes de cargos em comissão, os demais membros da AGU têm sua independência técnica, ínsita a todos os advogados, regularmente burlada pelo sistema organizacional da AGU. Veja-se, por exemplo, o art. 7º, da Portaria AGU 1.399/09, que dispõe e determina que qualquer manifestação técnica de membro da instituição somente adquire o *status* de manifestação jurídica quanto aprovada por chefe ocupante de cargo em comissão (Silva, 2015).

Conforme bem esclarece Vânia da Silva (2015), em longo arrazoado que merece reprodução *in totum*, os vícios institucionais da AGU associam-se fartamente ao modelo de chefias baseadas em cargos em comissão, *verbis*:

A lógica é bem simples: para permanecer desfrutando de seu status quo, o esforço único dos detentores de DASs consiste em continuar “merecendo” a confiança do responsável por sua indicação. Desse modo é que se garante, por meio desse sistema, uma verdadeira cooptação das decisões por quem ocupa os mais estratégicos cargos de chefia e assessoramento do Poder Executivo, as quais ficam inteiramente subordinadas aos interesses daqueles que detêm o poder da indicação. O sistema tem o poder de, a um só tempo, aniquilar as possibilidades de questionamento e de apontamento de eventuais desvios de conduta pelos únicos que poderiam interferir sobre eventual desvio na condução das políticas públicas e neutralizar a atuação dos não ocupantes de DASs, por meio da redução de suas atribuições ao mero cumprimento de tarefas de execução, sem nenhum conteúdo decisório.

Despiciendo dizer que jamais serão galgados a postos estratégicos aqueles predispostos a se contrapor a ordens potencialmente violadoras do interesse público. Uma conduta de oposição certamente implicará na inexistência dessa “relação de confiança” e determinará que o detentor de DAS se junte à grande massa de comandados anônimos e sem privilégios.

A lealdade política entre os DASs e aqueles que lhes colocaram no cargo, importam, outrossim, no visível distanciamento entre os chefes e os demais membros da carreira. Os chefes são seres cooptados para serem “superiores”, merecedores de um status diferenciado, e, por isso, deixam de ver como iguais aqueles a quem comanda. É, portanto, sob a égide desse sistema perverso que a AGU não se consolidou como função essencial à Justiça e nem mesmo foi capaz de se aparelhar estruturalmente, em termos materiais e humanos. (...) Comparando a Advocacia-Geral da União, ao Ministério Público da União, Instituição da qual foi originada, verifica-se a disparidade em relação à estruturação e ao respeito social e político conquistados no mesmo período de 20 anos. Esse patamar efetivo de função essencial à Justiça não foi conquistado pelo Ministério Público da União apenas em virtude de sua independência técnica, financeira e administrativa, mas sim devido aos critérios objetivos de escolha do chefe da instituição e fundamentos democráticos e meritórios em que se assenta essa escolha. A indicação do chefe do Ministério Público da União por seus membros garante aos eleitores a participação efetiva destes nos rumos da Instituição, bem como a identificação entre o chefe escolhido e seus pares. Sim, aqueles que elegem o Procurador-Geral da República são reconhecidos como iguais. Além disso, a sabatina pelo Senado em sessão pública garante que a indicação pelo Presidente da República não recaia sobre pessoa que não tenha se desenvolvido acadêmica e profissionalmente, fazendo valer o critério de aferição do notório saber jurídico. Por fim, o mandato pré-definido para o Procurador-Geral da República não o permite esquecer de que retornará ao seu cargo efetivo, ou seja, para junto de seus iguais.

O sistema democrático participativo e o critério temporal apresentam inúmeros outros benefícios, vez que, a cada renovação, toda a Instituição é convocada, ainda que implicitamente, a uma reflexão sobre os erros e acertos da gestão que se encerra. Todos os membros renovam suas esperanças diante de uma nova escolha. Ficam para trás os desgastes sofridos pelo chefe anterior, merecendo registro os erros da gestão substituída para que não sejam novamente cometidos. (...) A horizontalização da gestão e critérios participativos que considerem todos os sujeitos envolvidos, não apenas no conteúdo das decisões, mas nos próprios processos decisórios são o fundamento do Paradigma Social de Administração Pública. Trata-se de um modelo desenvolvido pelos cientistas da Administração com fundamento na teoria da Gestão Social, cujo expoente é o Professor da Fundação Getúlio Vargas, Fernando Tenório (Gestão social: uma perspectiva conceitual. **Revista de Administração Pública**, v. 32, n. 5, p. 7-23, 1998). Esse novo paradigma parte do conceito da ação comunicativa de Habermas para desenvolver uma teoria que tem como essência a efetivação do princípio democrático, consagrado pela Constituição de 1988. Para a Gestão Social, o cidadão é o sujeito privilegiado de vocalização naquilo que interessa ao Estado, sendo a participação nos processos decisórios a condição que lhe confere esse status. As decisões devem se voltar à conciliação dos interesses de todos e se voltam à construção do entendimento já que os protagonistas são também os destinatários das deliberações. Os cidadãos brasileiros estão sendo diretamente afetados pelo aparelhamento da Advocacia-Geral da União. A condução política da Instituição, permeada por critérios obscuros e clientelistas, não atende ao interesse público. Uma gestão participativa e transparente, fundada em critérios objetivos de escolhas, garante à sociedade políticas públicas de qualidade, definidas e defendidas de maneira imparcial. A busca dessa imparcialidade perpassa pelo reconhecimento da importância e da independência de cada um dos membros que compõem a AGU, que não devem ser meros reprodutores de ordens e teses gestadas por uma casta constituída por pessoas indicadas mediante critérios subjetivos e exclusivamente

políticos e premiadas com privilégios, com o fim de orquestrarem os interesses daqueles que lhes indicou. O fortalecimento da AGU é o pressuposto para o extermínio de um modelo que atende a interesses muitas vezes não republicanos daqueles que estão ocasionalmente no poder.

É fato. O modelo organizacional da AGU, lastreado em chefias ocupadas por cargos comissionados, verticalizado e burocrático, representa tudo aquilo que a Constituição cidadã repudia. A lentidão, a ineficiência, a centralização e a valorização de privilégios em detrimento do mérito.

Não se trata de uma opinião ou um grito coletivo corporativista. A moderna doutrina em Administração Pública, conforme vem se demonstrando ao longo deste trabalho, repudia o modelo burocrático-weberiano vigente no Executivo brasileiro. E o trabalho empírico de Bersch, Praça & Taylor (2013) demonstra o que se supunha: a AGU é ineficiente, pouco autônoma e com baixa capacidade de gestão.

5. INCOMPATIBILIDADE SISTÊMICA ENTRE OS CARGOS COMISSIONADOS, A NATUREZA CONSTITUCIONAL DA AGU E A INDEPENDÊNCIA TÉCNICA DO ADVOGADO

Já restou demonstrado que o modelo de gestão da AGU ajusta-se ao sistema linear-burocrático, com algumas linhas de assessoria técnica (*staff-line*). Os advogados públicos federais, portanto, submetem-se a um modelo de gestão hierarquizado, vertical e burocrático, em que as chefias são ocupadas por ocupantes de cargos comissionados muitas vezes estranhos à carreira.

Trata-se do exato mesmo modelo adotado no âmbito do Poder Executivo, que desconsidera as peculiaridades da Advocacia-Geral da União, sua natureza constitucional de função essencial à justiça e a independência técnica de seus membros.

Dito isso, pergunta-se: por que, mais do que em qualquer outro órgão público, o modelo burocrático, hierarquizado, linear e vertical viola a essência constitucional da AGU?

Primeiramente porque, conforme se infere dos organogramas funcionais da instituição, qualquer manifestação jurídica, de natureza consultiva, elaborada

por advogado público federal, exige **aprovação** de seus superiores hierárquicos – ou seja, comissionados – para que alcance o *status* de manifestação jurídica (art. 7º, da Portaria AGU 1.399/09). Note-se que não se trata de decisão sujeita a revisão hierárquica, mas opinião técnico-jurídica que será aproveitada ou não pela autoridade/gestor consulente.

Houve, e talvez ainda existam, unidades de execução da AGU em que os pareceres não aprovados eram, simplesmente, suprimidos dos autos, em um atentado ao livre exercício da profissão, ao dever de transparência da Administração Pública, ao direito do consulente em conhecer a dialética ínsita ao caso consultado e à própria Constituição Federal, que atribuiu à AGU – e não a nomeados para cargos comissionados – o dever de assessorar e controlar a legalidade dos atos administrativos.

Note-se que, a despeito das imensas críticas feitas ao modelo adotado pela Administração pública brasileira e já relatados, é certo que, legítimo ou não, as unidades ou órgãos de natureza meramente administrativa compatibilizam-se com estruturas mais ou menos hierarquizadas. Não é o caso da AGU, no entanto.

Como bem delimita Aldemario Castro (2010), para o advogado público federal existe independência técnica na construção e conclusão do raciocínio técnico-jurídico. Segundo o autor:

A independência técnica do profissional do direito não parece ser substancialmente distinta (ontologicamente distinta) da independência técnica de outros profissionais (engenheiros, médicos, contadores, etc) quando esses resolvem a questão técnica em suas áreas de atuação. (...) A independência técnica do advogado público federal está expressamente consagrada: a) no Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (quando assinalada para todos os advogados); b) no Provimento OAB n. 114, de 2006; c) no Parecer vinculante GQ-24; d) em manifestações do Advogado-Geral da União e e) em inúmeros pronunciamentos da Corregedoria-Geral da Advocacia da União. Desse conjunto de manifestações, somente as da Corregedoria avançam da pura e simples afirmação da existência da independência técnica do advogado público federal para adentrar, ainda que parcialmente, na definição de seus contornos, limites ou formas de exercício.

De fato, não há hierarquia na técnica. Àqueles que ocupam cargos em comissão no âmbito das unidades de execução da Advocacia-Geral da União não assiste o direito de reprovação dos fundamentos e das opções técnicas de qualquer advogado público federal. É uma opinião técnica que não depende de qualquer requisito ou restrição, não é ato complexo ou composto e, por isso, deve produzir efeitos desde sua produção.

É o que confirma a redação do artigo 6º do Estatuto da OAB, que reconhece a inexistência de hierarquia ou subordinação entre advogados – *interna corporis* –, magistrados e membros do Ministério Público. A primeira das consequências da independência técnica do advogado é a ampla liberdade de formação de sua opinião.

Dito de outra forma: cada advogado (público ou privado) pode – e deve – construir sua opinião técnica com fundamento no melhor direito, o que contempla a jurisprudência dos tribunais superiores, a doutrina, os precedentes administrativos e as peculiaridades do caso concreto.

Não é legítimo, portanto, que à sua manifestação técnica (pareceres, notas, informações, peças judiciais, etc.) sejam impostas restrições, limitações ou impedimentos contrários à convicção previamente formada.

Como bem recorda Castro (2010),

(...) a independência técnico-profissional do advogado (inclusive, do público) não se caracteriza como um fim em si mesmo. Trata-se de um instrumento ou meio para se obter a melhor, a mais consistente, a mais criativa ou a mais adequada manifestação jurídica possível no contexto de uma dada atuação.

É possível afirmar, com efeito, que a natureza técnica da manifestação jurídica impede a sua desconstituição por outro advogado. É possível agregar opiniões, nunca suprimi-las. O Estado brasileiro, eficiente e transparente, exige dialética, não retórica⁷.

Os comissionados, portanto, não se encontram em posição técnica ou hierárquica privilegiada, mas em função exclusivamente administrativa ou

⁷ É, justamente, o que estabelece o artigo 31, § 1º do EOAB, *verbis*: “§ 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância”.

gerencial. A hierarquia, portanto, é considerada legítima tão somente para os atos administrativos e de gestão.

Muito importante ressaltar que a independência dos membros da Advocacia-Geral da União não impede a existência de instâncias voltadas à uniformização dos entendimentos a serem adotados. Afinal, a defesa dos interesses da União deve ser feita de modo harmônico, garantindo que o administrador público conte com orientações jurídicas uniformes (Macedo, 2008).

Com efeito, um dos principais argumentos daqueles que defendem a manutenção dos cargos em comissão no âmbito da Advocacia-Geral da União é a padronização, a uniformização e o necessário controle de qualidade feito por essas chefias. Conforme se infere da manifestação da advogada pública Vânia da Silva (2015), antes colacionada, tal argumentação é falaciosa.

Antes de tudo, não há que se falar em controle de qualidade. Os membros da Advocacia-Geral da União detêm a fidúcia do Estado por força da aprovação em concurso público. Por força da lei e da Constituição, apresentam a União e seus entes em juízo de forma solitária e efetiva, a despeito de qualquer ato de aperfeiçoamento. Atuam como órgão.

Por outro lado, ainda que seja pacífica – e compulsória – a demanda por uniformização de entendimentos, como dito, os ocupantes de cargos em comissão, encastelados em órgãos e entes da União, produzem manifestações que, muitas vezes, não correspondem ao entendimento que melhor atenderia ao interesse público e, por consequência, do próprio ente. Os chefes, ocupantes de cargos comissionados, atuam de forma fragmentada, muitas vezes mais preocupados com a manutenção de sua posição e respectivo incremento salarial. Não há, portanto, qualquer uniformização ou controle que seja compatível com os deveres constitucionais atribuídos a AGU.

O ideal de uniformização, que atenda à natureza constitucional da AGU e à independência técnica do advogado, somente será alcançado mediante implementação de câmaras temáticas, colegiadas e deliberativas, aptas a enfrentar, abstratamente, questões controversas ou urgentes, mediante provocação de qualquer membro da instituição, conforme experiências já implantadas em alguns setores de atuação da AGU, anteriormente citadas.

Trata-se de um modelo capaz de transmitir maior segurança ao gestor e, principalmente, apto a revelar posições e entendimentos construídos em um ambiente dialético e técnico. É o que veremos a seguir.

6. PENSANDO NA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO SEM CARGOS EM COMISSÃO: INSTRUMENTO DE EFICIÊNCIA INSTITUCIONAL E SISTEMA ORGANIZACIONAL ORGÂNICO

A Constituição Federal, ao instituir a eficiência como um dos princípios expressos da administração pública, indiretamente reclama por modelos de gestão flexíveis e formatos organizacionais ágeis. Modelos capazes de auto-organização, criativos e aptos à aprendizagem.

Logo, as demandas modernas de eficiência exigem que a AGU seja submetida a uma gestão que favoreça a integração de seus membros ao todo institucional, superando a fragmentação hierarquizada e inflexível do modelo linear-burocrático.

Como bem destaca Keinert (2007), a flexibilização da gestão pública virá com negociação, renegociação, definição conjunta de prioridades e a construção de acordos e coalizões que garantam um projeto duradouro, apto a promover o ajustamento mútuo e a incentivar a inovação e a solução de problemas sob uma óptica essencialmente técnica.

Essa flexibilização passa pelo abandono da intensa verticalização sistêmica, com declínio da chefia singular em favor de instâncias decisórias plurais. A pluralidade de membros (redes comunicativas) preserva a unidade de direção, no sentido de que prevalece a vontade da maioria. As opções são dialéticas e impessoais.

Como bem deslindam Ranson, Hinings & Greenwood (1980), nos modelos de gestão mais recentes, a estrutura é compreendida como sendo uma propriedade emergente da ação continuada. Nos novos modelos, há um essencial compartilhamento de autoridade e responsabilidade em cada estrutura modular, que refletem o todo organizacional. De fato, emerge o equilíbrio decorrente do poder dinâmico, construído no próprio processo de decisão; a organização torna-se um conjunto de pequenas organizações (Motta, 1999, p. 122).

Os novos modelos de gestão, perfeitamente compatíveis com a independência técnica e com a demanda por escolhas uniformes, possui interconexões com pouca ou nenhuma autoridade formal. Não há hierarquia interferente ou centro emissor de ordens, mas interação na persecução dos objetivos institucionais (Oliveira & Cândido, 2006, p. 5).

Castro (2015), ao tratar da necessidade de superação da “cadeia de comando e obediência” instalada na AGU, destaca o crescente posicionamento dos membros da instituição pela abolição dos diversos cargos comissionados existentes ou a sua redução drástica⁸. O autor faz um contraponto com medidas parciais cogitadas, concluindo que “a eliminação dos cargos comissionados de chefia e assessoramento (DASs) parece mais adequada para a superação radical (pela raiz) dos males antes mencionados”⁹.

Em Carta-Compromisso assinada pelos integrantes da lista sêxtupla constituída numa primeira etapa de votação entre os membros para a indicação de nomes aptos a ocupar o cargo de Advogado-Geral da União, os princípios de gestão participativa e transparente foram enfaticamente destacados como um viés indispensável à concretização de um novo modelo de gestão na AGU. A necessidade de racionalização das funções de direção jurídica a patamares indispensáveis à coordenação eficiente dos trabalhos afetos à advocacia pública federal e a instituição de instâncias de decisão colegiada em todos os âmbitos (federal, estadual e municipal), em especial, para o desempenho das atividades relacionadas à uniformização de entendimentos, foram compromissos expressamente assumidos pelos seis advogados públicos federais signatários do documento divulgado às carreiras em fevereiro de 2016¹⁰.

Diante de todo o exposto, a proposta que se faz é de substituição de um modelo extremamente hierarquizado e coisificado para abrir espaço a novos arranjos que, em vez de subutilizar, prestigie o potencial de desenvolvimento e capacidade das pessoas que integram os quadros da instituição para assumir responsabilidades, sobretudo por se tratar de um corpo de advogados, tecnicamente independentes e especializados na defesa e assessoramento jurídico do ente público.

⁸ O resultado de enquête promovida pela União dos Advogados Públicos Federais (UNAFE) deu conta que 85,49% dos que a responderam são a favor da extinção/redução drástica de DAS na AGU. Disponível em: <<http://unafe.org.br/index.php/retrospectiva-enquete-8549-dos-advogados-publicos-federais-sao-a-favor-da-extincao-diminuicao-drastica-de-das-na-agu/>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

⁹ Cf. <<http://www.aldemario.adv.br/cadeiaetica.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

¹⁰ BEZERRA, Silton Batista Lima, COUTINHO, Carlos Marden Cabral, DIAS FILHO, Galdino José, ROCHA, Lademir Gomes da, SILVA, Ronaldo Campos e, VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. Carta-Compromisso dos Integrantes da Lista Sêxtupla para o cargo de Advogado-Geral da União. Não publicado. 2016.

7. CONCLUSÕES E PROPOSIÇÕES

As premissas que constituíram o baldrame doutrinário do presente trabalho apontam para uma mudança de paradigma na administração pública. Reclamam a horizontalidade, decisões colegiadas, aprimoramento da comunicação, a integração do indivíduo ao todo e a prevalência da técnica sobre a política. No âmbito da Advocacia-Geral da União e sua pouco eficiente gestão organizacional, tais antecedentes ajustam-se com exatidão às seguintes proposições:

1. **Eliminação dos cargos em comissão do âmbito institucional.** Os cargos comissionados são incompatíveis com os deveres constitucionais atribuídos pela Constituição de 1988 à AGU. A existência racional de coordenações administrativas é indispensável, no entanto. A retribuição por essas funções pode ter natureza financeira, em um percentual aplicável ao subsídio, de acordo com o nível hierárquico ocupado, ou vantagens funcionais diversas, atribuídas por lei e que corresponda a não mais de 10% do valor do subsídio. A eliminação dos DASs e FGs no âmbito na Advocacia-Geral da União não significa a extinção daqueles já existentes. O Poder Executivo poderá dar-lhes finalidade distinta, em órgãos estranhos à AGU. A premissa essencial, com efeito, é que nas unidades de execução da advocacia pública federal não haverá ocupação de cargos comissionados, por expressa vedação legal.
2. **Redução drástica dos níveis hierárquicos/administrativos no âmbito institucional.** A eliminação dos intermináveis degraus hierárquicos hoje existentes na AGU e suas unidades favorece a liberdade criativa e a comunicação entre os níveis institucionais. Cada membro integrar-se-á ao todo. Recomenda-se, no máximo, quatro degraus administrativos (Advogado-Geral da União, Procurador-Geral, Procurador-Regional e chefe da unidade de execução).
3. **CrITÉRIOS objetivos para ocupação das chefias administrativas.** Todas as chefias administrativas da AGU - com exceção do Advogado-geral da União e do(s) Procurador(es)-gerais, Corregedor e Consultor-geral - seriam definidas de acordo com critérios objetivos e prazos de exercício. Antiguidade na unidade, antiguidade na carreira e prazo máximo de dois anos seriam opções salutares. A chefia superior da carreira (ou das carreiras), o Corregedor e o Consultor seriam nomeados pelo

Advogado-Geral e submetidos à deliberação do Conselho Superior da AGU, que poderia obstar a nomeação mediante o voto unânime dos respectivos representantes das carreiras.

4. Implementação de órgãos colegiados nas unidades de execução. A pluralidade colegiada antecede qualquer função de chefia ou coordenação. No modelo colegiado, todos desempenham várias tarefas e funções, há espaço para criatividade, para a dialética, para o pensamento dinâmico e para a integração ao todo. Os colegiados nas unidades de execução da AGU não seriam chamados a solucionar todos os casos concretos, mas naqueles em que emergirem divergência de opiniões entre o chefe da unidade – que irá despachar com o gestor – e o autor do parecer, ou em casos de grande repercussão, como nas orientações expedidas à toda carreira e uniformização de entendimentos. Nas pequenas unidades, em que seja impossível criar órgãos colegiados - até dois advogados públicos federais -, a divergência se resolve pela avocação do caso pela chefia, com a elaboração de nova manifestação e apresentação dos respectivos entendimentos ao gestor, que decidirá conforme a dialética ali construída.

5. Criação de câmaras temáticas no órgão central. Parte das críticas direcionadas às propostas de extinção dos cargos em comissão dirige-se ao impacto dessa medida na uniformização de entendimentos jurídicos. Haveria uma infinidade de posicionamentos distintos, prejudicando a atuação da AGU. Trata-se, no entanto, de argumento falacioso. A uniformização, por intermédio da aprovação de pareceres por ocupantes de cargos comissionados, é fragmentada e influenciada pela autoridade que nomeou a respectiva chefia. A criação de Câmaras Temáticas deliberativas solucionaria o problema. Tais unidades colegiadas enfrentariam temas controversos ou inéditos de forma abstrata, emitindo orientações de atuação uniformes, mediante provocação dos membros. Seriam compostas por membros das carreiras da AGU com experiência anterior na área de atuação e corresponderiam a unidades de lotação, ao contrário das embrionárias Câmaras de Licitações e Convênios da PGF. Com o passar do tempo, as Câmaras teriam produzido um imenso arcabouço de precedentes nas mais diversas áreas de atuação (Licitações e convênios, Servidores Públicos, Infraestrutura, Regulação, Direitos Sociais, Previdenciário, Tributário e Cobrança,

etc.) e tornariam a AGU, indiscutivelmente, a maior instituição de produção de inteligência jurídica do Brasil. Naturalmente, eventuais exceções não previstas na decisão abstrata poderiam ser resolvidas no âmbito local, com posterior provocação da respectiva Câmara para tornar abstrata a excepcionalidade.

6. **Criação de canais de comunicação e de pesquisas de satisfação periódicas.** A AGU desconhece a opinião de seus colaboradores. Vez ou outra conduz pesquisas, pouco ou nada científicas, que retratam momentos e não a história institucional. Considerando as ferramentas eletrônicas disponíveis (Sapiens, redes sociais, etc.), propõe-se que a instituição ouça e compreenda seus membros, promova a avaliação das chefias administrativas, de forma que a opinião e os sentimentos sejam motrizes constantes da autocritica e da mudança.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Câmara Permanente – “Convênios”**. Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas.aspx?idConteudo=238681&idSite=1106&aberto=129527,9661&fechado=>>> Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas.aspx?idConteudo=238680&idSite=1106&aberto=129527,9661&fechado=>>> Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Comitê de Gestão da PGF**. Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas.aspx?idConteudo=310567&idSite=1106&aberto=&fechado=>>> Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Conselho Superior da Advocacia-Geral da União**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/unidade/CSAGU>> Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **O que é a DAD**. Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas.aspx?idConteudo=307382&idSite=1106&aberto=129527,9661&fechado=>>> Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Fábrica de Ideias**. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/281942> Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Fábrica de Ideias – Página Interativa**. Disponível em: < <http://institutoforma.wix.com/fabricadeideias>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Resultado da pesquisa de opinião - Planejamento Estratégico da PGF**. Disponível em: < <https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas.aspx?idConteudo=287539&idSite=1106&aberto=9774&fecha-do=>> Acesso em: 16 mar. 2016.

CAMARA, Leonor Moreira. O cargo público de livre provimento na organização da administração pública federal brasileira: uma introdução ao estudo da organização da direção pública na perspectiva de estudos organizacionais. **Rev. Adm. Pública [online]**. 2009, vol.43, n.3 [cited 2015-09-15], pp. 635-659

CASTRO, Aldemario Araujo. **A “cadeia de comando e obediência” da Advocacia Pública Federal e seu código de ética**. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/cadeiaetica.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

CASTRO, Aldemario Araujo. **Os contornos da independência técnica do Advogado Público Federal**. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/observa/indcontornos.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

CHIAVENATO, Idalberto. **Administração Geral e Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CORONATO, Marcos & IMÉRCIO, Aline. **Brasil gasta demais com funcionários públicos: Um levantamento inédito sobre o tamanho do funcionalismo revela por que o Estado brasileiro funciona mal. Só cargos de confiança, há 600 mil**. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2014/10/brasil-gasta-demais-com-bfuncionarios-publicosb.html>> Acesso em: 16 mar. 2016.

COSTA, Maria Clara Fraga da; Souza, Bruno Silvestre Silva de & Fell, André Felipe de Albuquerque. **Um estudo da estrutura organizacional e as mudanças organizacionais: proposta de um novo modelo**. Navus - Revista de Gestão e Tecnologia. Florianópolis, SC, v. 2, n. 1, p. 57 - 74, jan./jun. 2012

BEZERRA, Silton Batista Lima, COUTINHO, Carlos Marden Cabral, DIAS FILHO, Galdino José, ROCHA, Lademir Gomes da, SILVA, Ronaldo Campos e, VEDANA, Vilson Marcelo Malchow. **Carta-Compromisso dos Integrantes da Lista Sêxtupla para o cargo de Advogado-Geral da União**. Não publicado. 2016.

CURY, A. **Organização e métodos: uma visão holística**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2005.

DA SILVA, Vânia Mendes Ramos. **Propostas para o CSAGU**. Trabalho não publicado. 2015.

FAORO, Raymundo. **Os Donos do Poder: formação do patronato político brasileiro**. Rio de Janeiro: Globo, 1984.

KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo. **Administração Pública no Brasil: crises e mudanças de paradigmas**. São Paulo: Annablume e Fapesp, 2007.

MACEDO, Rommel. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 475.

McGREGOR, Douglas M. “O lado Humano da Empresa”. In: **O Comportamento Humano na Empresa – Uma Antologia**. Yolanda Ferreira Balcão e Laerte Leite Cordeiro (Orgs.). Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Serviço de Publicações, 1971. p. 45-60.

MEDEIROS, Maria Inês Gonçalves; Terra, Liliana Gonçalves; Dos Santos, Elaine Garcia; Pinto, Rodrigo Serpa & Dos Santos, Gustavo Santos. Estrutura organizacional e modelo de gestão: uma análise no Instituto Federal Sul Rio-grandense – IFSUL. **XI Colóquio internacional sobre gestão universitária na América do Sul**. 2011.

MERTON, Robert K, A. P. Gray B. Hockey & H Selvin. **Readers in Bureaucracy**, Gleoncoe, The Free Press, 1952; Social Theory and Social Structure,

Glencoe, The Free Press, 1957, *apud* CHIAVENATO, Idalberto. Administração Geral e Pública. 2ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MINTZBERG, H. **The Rise and Fall of Strategic Planning**. Nova Iorque: Free Press, 2013.

OLIVEIRA, Verônica Macário de; CÂNDIDO, Gesinaldo Ataíde. As formas de organizações em redes e a atuação dos brokers. In: **Encontro Nacional de Engenharia de Produção**, 26, Fortaleza, 2006. Anais eletrônico. Disponível em: http://www.Abepro.org.br/biblioteca/ENEGERP2006_TR530358_7011.pdf

PALUDO, Augustinho. **Administração Pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SCHWARTZAN, S. A abertura Política e a Dignificação da Função Pública. In: **FUNCEP, o Estado e a Administração Pública**. Brasília: FUNCEP, 1987

SCOTT, W.R. **Organizations: rational, natural and open systems**. London: Prentice-Hall International, 1992.

SOUZA, Maria do Carmo Campello de. Federalismo no Brasil: aspectos político-institucionais (1930-1964). **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 21, n. 61, p. 7-40, jun. 2006.

UNIÃO Nacional dos Advogados Públicos Federais. **Retrospectiva**: Enquete: 85,49% dos Advogados Públicos Federais são a favor da extinção/diminuição drástica de DAS na AGU. Disponível em: <http://unafe.org.br/index.php/retrospectiva-enquete-8549-dos-advogados-publicos-federais-sao-a-favor-da-extincao-diminuicao-drastica-de-das-na-agu/>. Acesso em: 16 mar. 2016.

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DA VINCULAÇÃO HIERÁRQUICA DOS MEMBROS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO A MINISTÉRIOS, AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS PELA VIA DA OCUPAÇÃO DE CARGOS COMISSIONADOS

VANESSA AFFONSO ROCHA¹

SUMÁRIO. 1. Feição constitucional e legal da Advocacia-Geral da União e sua relação de horizontalidade em relação ao Poder Executivo Federal. 1.1. Vinculação administrativa de órgãos de execução da AGU a órgãos e entidades do Poder Executivo Federal – interpretação restritiva e conforme a Constituição. 1.2. A inconstitucionalidade da atribuição de status de Ministro de Estado ao Advogado-Geral da União – *capiti diminutio* institucional. 2. Dados da realidade dos cargos comissionados e funções comissionadas e gratificadas no âmbito da AGU. 2.1. Membros da AGU – exclusividade no exercício das funções típicas da Advocacia Pública a partir da interpretação constitucional da LC 73/93. 3. Necessária revisão nos cargos comissionados e funções de confiança e gratificadas ocupadas por membros da AGU – ilegalidade, inconstitucionalidade e realidade gravosa a ser alterada. 3.1. Pessoalidade e eternização na ocupação de cargos comissionados de representação/gestão/direção jurídica – violação do princípio republicano e dos preceitos da Administração Pública Democrática. 4. Conclusões e propostas de solução. 5. Referências.

Ligado de perto a esse fracasso estava o conspícuo desamparo que os juízes experimentaram quando se viram confrontados com a tarefa de que menos podiam escapar, a tarefa de entender o criminoso que tinham vindo julgar. [...] Eles sabiam, é claro, que teria sido realmente muito reconfortante acreditar que Eichmann era um monstro; [...]. O problema com Eichmann era exatamente que muitos

¹ Advogada da União; Graduada pela Universidade de Brasília (2005); Pós-Graduada em Direito Público pelo Instituto Praetorium, em parceria com a Universidade Isabela Hendrix (2006); Coordenadora-Geral da Consultoria Jurídica da União no Estado do Tocantins (2010-2011); e Consultora Jurídica Substituta da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde (2014-2015).

eram como ele, e muitos não eram nem pervertidos, nem sádicos, mas eram e ainda são terrível e assustadoramente normais. Do ponto de vista de nossas instituições e de nossos padrões morais de julgamento, essa normalidade era muito mais apavorante do que todas as atrocidades juntas.²

1. FEIÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E SUA RELAÇÃO DE HORIZONTALIDADE EM RELAÇÃO AO PODER EXECUTIVO FEDERAL

A Advocacia Pública é Instituição prevista e delimitada na Seção II do Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal, capítulo destinado às Funções Essenciais à Justiça inserido em título que trata Da Organização dos Poderes. Esse Título da Constituição Federal traz os Poderes Legislativo (Capítulo I), Executivo (Capítulo II) e Judiciário (Capítulo III), e, ainda, as chamadas Funções Essenciais à Justiça, formadas por Advocacia Pública, Advocacia, Ministério Público e Defensoria Pública, todos eles inseridos no mesmo Capítulo IV, o que já deixa clara, de plano, a sua desvinculação de qualquer dos demais Poderes, ou Funções, da tripartição clássica do Estado. E nem poderia ser diferente, sabendo-se que para a Advocacia Pública a autonomia institucional é essencial pela própria função constitucional que desempenha, ao orientar a Administração Pública sobre os caminhos jurídicos possíveis, ou não, para a consecução de ideias de gestão – ou seja, pretensas políticas públicas –, bem como ao representar judicialmente todos os Poderes, ou Funções, de cada ente político. E nesse quadrante é que se insere a Advocacia-Geral da União, ou simplesmente AGU, cuja feição constitucional a desvincula de todos os Poderes no âmbito da União.

A feição constitucional da Advocacia Pública como um todo, e da AGU em específico, e sua relação orgânico-funcional com o Poder Executivo já foi objeto de estudo amplo pelo advogado da União Rommel Macedo, cuja obra trata como sinônimos os termos advocacia de Estado e advocacia pública, paralelo que serve de síntese para a necessária independência do advogado público em relação e o gestor eleito ou por ele indicado. Transcrevam-se algumas palavras do i. advogado público, com vistas a demonstrar a vigência de ordem constitucional que

² ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato social sobre a banalidade do mal. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 299.

prestigia a advocacia de Estado, alçada à condição de instituição e desvinculada dos Poderes que representa ou assessora, com consequente atuação transversal:

Segundo Hauriou (1927, p. 83-84), ‘instituição’ é todo elemento da sociedade cuja duração não depende da vontade subjetiva de indivíduos determinados, de modo que, por mais que o legislador ou qualquer outra pessoa tente destruí-la, tal esforço restará infrutífero. Aplicando-se tal doutrina à Advocacia-Geral da União, nítido se mostra que tal instituição é dotada de perenidade, sendo sua existência algo que independe de toda e qualquer vontade que não a do Constituinte originário.

Entendido o sentido do termo ‘instituição’, adotado pelo *caput* do art. 131 da Constituição, resta compreender o significado da palavra ‘União’, empregada no mesmo dispositivo. Neste sentido, explana Meirelles (2004, p. 66) que União é a entidade estatal que integra a estrutura constitucional do Estado e tem poderes políticos e administrativos. (...)

Vê-se, pois, que a Constituição de 1988, ao conferir à Advocacia-Geral da União a representação judicial e extra-judicial da União, está, em verdade, querendo dizer que não apenas o Poder Executivo está sujeito a tal representação, como também os demais Poderes da União e as instituições que exercem as funções essenciais à justiça.(...)³

1.1. VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA DE ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO DA AGU A ÓRGÃOS E ENTIDADES DO PODER EXECUTIVO FEDERAL — INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA E CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Seguindo a conformação constitucional já descrita, o art. 11 da Lei Complementar n. 73/93 prevê as Consultorias Jurídicas junto a Ministérios, bem como Secretarias da Presidência da República e Secretarias com *status* de Ministério, como órgãos de execução da AGU, colocando-as como “órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares das Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior

³ MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. P. 44-46.

das Forças Armadas”⁴. E tal sistemática aplica-se aos órgãos vinculados à AGU que sejam responsáveis pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos às autarquias e fundações públicas, nos termos do art. 18 da já referida Lei de regência⁵. Portanto, fica claro que a Lei Complementar n. 73/93 previu órgãos da AGU em funcionamento descentralizado para fins de consultoria e assessoramento jurídico aos órgãos do Poder Executivo e entidades da Administração Indireta no âmbito federal, atribuindo-lhes vinculação administrativa aos Ministérios ou Autarquias/Fundações junto às quais funcionem.

Certamente cabe à AGU a atividade de consultoria e assessoramento jurídicos destinados ao Poder Executivo Federal, inclusive às entidades da Administração Indireta a ele vinculadas, pois assim prevê expressamente o art. 131 da Constituição Federal, combinado com o art. 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou apenas ADCT. Mas isso em nada se confunde com subordinação dos órgãos da AGU, e especialmente dos membros da(s) carreira(s) da AGU, ao Ministro de Estado ou gestor máximo de entidades da Administração Indireta, na medida em que qualquer subordinação dessa natureza geraria um potencial comprometimento da isenção necessária à Advocacia Pública, que é responsável pela análise prévia dos atos da Administração Pública, para fins de aferição de legalidade ou juridicidade, num conceito mais amplo e moderno. Assim, o máximo que se pode admitir é uma interpretação da Lei que conclua por uma vinculação meramente administrativa, para fins de responsabilidade pela manutenção de espaços físicos e insumos de apoio ao trabalho dos membros da AGU, ou seja, o máximo que se pode admitir é que a lei tenha previsto uma vinculação administrativa que obriga o Ministro de Estado ou dirigente máximo da autarquia/fundação pública a providenciar espaço físico, material de trabalho e apoio administrativo adequados ao trabalho da AGU naquele Ministério ou autarquia/fundação pública. Em outras palavras, a vinculação administrativa prevista pelo art. 11 da Lei Complementar n. 73 só pode significar uma obrigação dirigida aos Ministros de Estado e dirigentes máximos de Autarquias/Fundações Públicas, que ficam obrigados a garantir os órgãos de execução da AGU que lhe prestem serviços de consultoria e assessoramento jurídicos.

⁴ Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

(...)

⁵ Art. 18. No desempenho das atividades de consultoria e assessoramento aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas aplica-se, no que couber, o disposto no art. 11 desta lei complementar.

E mesmo esse viés de vinculação meramente administrativa tem constitucionalidade absolutamente duvidosa, já estando inclusive submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal na ADI 4297, proposta pela União Nacional dos Advogados Públicos Federais – UNAFE⁶ e que conta com parecer do ilustrado jurista Celso Antônio Bandeira de Mello. No parecer, o renomado administrativista afirma categoricamente que

não tenho menor dúvida ou hesitação em dizer que as disposições da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que preveem subordinação administrativa das Consultorias Jurídicas a Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, com estabelecimento notadamente no art. 11 ou quanto à subordinação do Procurador Geral da Fazenda Nacional ao titular do Ministério da Fazenda no art. 12, ofendem à força aberta a Constituição, agridem à generala o art.131 da Lei Maior.⁷

Ou seja, mesmo a vinculação administrativa de órgãos da AGU a Ministérios e Autarquias/Fundações é questionável do ponto de vista constitucional, questionamento esse que vem de doutrinador nacionalmente reconhecido e já está submetido ao Supremo Tribunal Federal. Portanto, é absolutamente inequívoco que não há, e nem poderia haver, qualquer subordinação hierárquica entre membros das carreiras da AGU e Ministros de Estado ou dirigentes de entidades da Administração Indireta. Os membros da AGU que atuam nas Consultorias Jurídicas junto a Ministérios, e órgãos equiparados, e nos órgãos jurídicos de Autarquias e Fundações Públicas são, por óbvio, membros da AGU, e ali atuam necessariamente nessa condição, com vinculação exclusiva ao Advogado-Geral da União e aos demais órgãos de direção jurídica da AGU. E vale salientar que as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos dirigidos a Ministérios e Autarquias/Fundações Públicas são exclusivas dos membros das carreiras da

⁶ A partir de março de 2016, a União Nacional dos Advogados Públicos Federais – UNAFE passou a ser Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais – ANAFE, entidade representativa de todas as carreiras que integram a AGU e seus órgãos vinculados, o que se deu por fusão com a Associação Nacional dos Procuradores Federais – ANPAF, outra entidade que representava membros da AGU.

⁷ Parecer disponível em: <http://unafe.org.br/index.php/unafe-leva-ao-stf-parecer-de-celso-antonio-bandeira-de-mello-contr-a-dupla-subordinacao/>.

AGU⁸. Nesse ponto, vale transcrever mais um excerto do parecer do jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, já referido em linhas anteriores:

Prestar consultoria e assessoramento jurídico significa dizer aquilo que o Executivo pode e o que não pode fazer, ao lume do Direito. Implica, portanto, elucidar o Executivo sobre possibilidades e sobre limites que não podem ser transpostos. É da mais solar evidência que a pronúncia de tal responsabilidade, apta, de direito, a coartar conduta contraposta (mesmo que apenas pelo risco das consequências implicadas em seu desatendimento) não pode ser exarada de maneira livre e espontânea pelo subordinado ao seu subordinante, pelo subalterno ao seu hierarca, com a liberdade, independência e a força que teria de ter para bom e fiel cumprimento de tal missão. O que se vem afirmar traz consigo a inferência de que se ocorrer dita subordinação estará ‘ipso facto’ fraudada a finalidade que o Texto Constitucional houve por bem assinalar à Advocacia-Geral da União, pois ser-lhe-ão retiradas as condições básicas elementares para o fiel cumprimento do encargo que ali lhe foi irrogado.

Nada importaria o dizer-se que a subordinação não é técnica, mas tão-só administrativa, porquanto o peso psicológico seria o mesmo, se não até maior. De fato, embora fundada em razões técnicas, a manifestação consultiva que aponte óbices a uma dada possível medida de um órgão do Executivo significa concretamente opor obstáculos a uma conduta administrativa. É, pois, a final, um transtorno, ou poderá sê-lo, para uma pretendida ação suscetível de ser empreendida pelo seu hierarca. Contrariar o superior, propor-lhe peias, objurgatórias e contraditas, nunca é tarefa fácil e muito menos agradável.⁹

E faz-se oportuno registrar que a própria Lei Complementar n. 73, de 1993, (LC 73) evidencia essa interpretação ao prever, no § 2º do art. 2º, que “As

⁸ O tema já está pacificado pelo Poder Judiciário, havendo inclusive Proposta de Súmula Vinculante proposto pela União dos Advogados Públicos do Brasil, a PSV nº 18, pendente de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal.

⁹ Disponível em: <http://unafe.org.br/index.php/unafe-leva-ao-stf-parecer-de-celso-antonio-bandeira-de-mello-contra-a-dupla-subordinacao/>.

Procuradorias Seccionais subordinadas às Procuradorias da União e da Fazenda Nacional nos Estados e no Distrito Federal serão criadas no interesse do serviço, por proposta do Advogado-Geral da União”. Ora, se a PGFN fosse órgão do Ministério da Fazenda, como exigir que o Ministério da Fazenda suporte unidades administrativas criadas por autoridade que lhe seja estranha, no caso o Advogado-Geral da União? E veja-se que a simples subordinação técnica e jurídica não autoriza a criação de responsabilidade administrativa, de modo que esse § 2º deixa clara a insegurança jurídica sobre o tema, ao ponto de se encontrar inconsistências internas na própria LC 73.

Portanto, conclui-se que a única interpretação possível, do ponto de vista da constitucionalidade, para o art. 11 da LC 73 vai no sentido de se tratar de uma obrigação dirigida ao Ministro de Estado ou dirigente máximo de Autarquia/Fundação Pública, que estará legalmente obrigado a providenciar e garantir espaço físico, insumos e apoio administrativo para o regular desenvolvimento do trabalho dos membros da AGU nas atividades de consultoria e assessoramento jurídico que lhes sejam prestados, e que, repita-se, sempre o serão em caráter de exclusividade, por expressa previsão constitucional. Nunca é demais registrar que o inciso II do art. 1º da Lei n. 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e é integralmente aplicável aos advogados públicos, dispõe expressamente que “são atividades privativas de advocacia as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas”. Portanto, tratando-se de consultoria e assessoramento jurídico direcionado a órgãos do Poder Executivo federal e entidades de direito público a ele vinculadas, essas atividades serão privativas da advocacia pública, ante a previsão precisa do art. 131 da Constituição Federal, combinado com o art. 29 do ADCT.

1.2. A INCONSTITUCIONALIDADE DA ATRIBUIÇÃO DE STATUS DE MINISTRO DE ESTADO AO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO — *CAPITI DIMINUTIO INSTITUCIONAL*

Por todo o exposto, faz-se oportuno salientar a flagrante inconstitucionalidade da previsão legal que coloca o Advogado-Geral da União como integrante da Presidência da República e, como se não bastasse, atribui a ele um *status* de Ministro de Estado, tudo nos termos da Lei n. 10.683/2003. Ora, o Advogado-Geral da União nem pode integrar a Presidência da República e nem muito menos pode ostentar a qualidade de Ministro de Estado, simplesmente porque se trata de autoridade expressamente prevista pela Constituição Federal como chefe

máximo da Advocacia-Geral da União, Função Essencial à Justiça, com requisitos e sistemática próprios e que não se confundem com a sistemática aplicável aos Ministérios. Basta dizer que um Ministério pode ser criado ou extinto por Lei ordinária ou mesmo medida provisória, o que por óbvio não se aplica à Advocacia-Geral da União, que, repita-se, está expressamente prevista na Constituição Federal, em Capítulo separado dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e tem sua organização e seu funcionamento regidos necessariamente por Lei Complementar¹⁰. E cumpre registrar, ainda, que a Constituição Federal exige do Advogado-Geral da União o mínimo de 35 anos e notável saber jurídico e reputação ilibada, requisitos esses que não se repetem para os Ministros de Estado, para os quais basta a idade de 21 anos e o exercício dos direitos políticos¹¹.

Dessa feita, a referida previsão legal, longe de representar um *status* diferenciado, representa verdadeira e inconstitucional *capiti diminutio* institucional, configurando-se a redução de uma Instituição com atribuições próprias e constitucionalmente previstas ao nível de um Ministério, órgão que caracteriza tão-somente uma *longa manus* do Presidente da República.

2. DADOS DA REALIDADE DOS CARGOS COMISSIONADOS E FUNÇÕES COMISSIONADAS E GRATIFICADAS NO ÂMBITO DA AGU

No entanto, a realidade mostra uma profunda inversão da legalidade e da constitucionalidade no tema, com uma profusão de cargos de Direção e Assessor-

¹⁰ Constituição Federal, Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

¹¹ Constituição Federal, Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

III - apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;

IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República.

Art. 88. A lei disporá sobre a criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública.

ramento Superior (DAS) e de outras naturezas, bem como funções de confiança/gratificadas, alocados nos órgãos de Consultoria Jurídica junto a Ministérios e Secretarias com status de Ministério e em Procuradorias Federais especializadas e fisicamente localizadas em Autarquias, inclusive aquelas em regime especial, e Fundações Públicas, o que representa hoje um desvio diagnosticado no seio da AGU. E veja-se que a alocação dos cargos comissionados e funções de confiança/gratificadas ocorre em regra nos Decretos de estrutura regimental, direcionando-se exatamente que cargos comissionados e/ou funções de confiança ou gratificadas estarão alocadas no órgão de consultoria e assessoramento jurídicos. No entanto, o caso das agências reguladoras ganha ares de informalidade, na medida em que as leis que alocam cargos e funções comissionadas diretamente não preveem o direcionamento necessário aos órgãos de execução da AGU que ali funcionem. Ou seja, não se tem sequer a destinação dos cargos/funções exatas que são direcionados aos órgãos de execução da AGU. Senão vejamos.

Os cargos em comissão e as funções comissionadas/gratificadas são criados por lei e posteriormente alocados via Decretos de estrutura regimental. Então, regra geral esses Decretos preveem expressamente os cargos em comissão e funções gratificadas e de confiança que são destinados ao órgão de execução da AGU respectivo, caso em que se encontram diversas Autarquias e Fundações Públicas¹². Após, as Portarias que dispõem sobre o Regimento Interno de cada órgão definem as atribuições de cada cargo. No Decreto, a definição dos cargos não deixa necessariamente clara a sua destinação, não se podendo inclusive precisar a contento se o cargo seria ou não destinado exclusivamente a membros da AGU, na lógica da exclusividade das atribuições de consultoria e assessoramento jurídicos.

¹² Confirmam-se os seguintes Decretos de estrutura regimental, ilustrativos de todos os demais:

- 1) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8578.htm#art13 (Ministério do Planejamento).
- 2) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/d7482.htm (Ministério da Fazenda).
- 3) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8065.htm (Ministério da Saúde).
- 4) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7690.htm (Ministério da Educação).
- 5) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8668.htm#art10 (Ministério da Justiça).
- 6) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7974.htm (Ministério da Defesa).
- 7) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7556.htm (Instituto Nacional do Seguro Social – INSS).
- 8) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6099.htm (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA).
- 9) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D6812.htm (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA).
- 10) http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7335.htm (Fundação Nacional de Saúde – FUNASA).

Portanto, a viabilidade ou não de ocupação do cargo por servidores públicos de outra natureza ou mesmo por quadros estranhos à Administração Pública (no caso do percentual de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração) dependerá da análise das funções atribuídas ao cargo em comissão, atribuições essas que somente são discriminadas nos regimentos internos, ou seja, em nível infralegal e a cargo do Ministro de Estado ou dirigente autárquico competente.

Mas a questão ganha contornos ainda mais perigosos nos inúmeros casos em que órgãos e entidades da Administração Pública Federal alocam informalmente em órgãos de execução da AGU cargos comissionados e funções comissionadas/gratificadas, nomeando para seu exercício membros da AGU. Veja-se que não se trata, aqui, de membros da AGU cedidos para a ocupação de cargo comissionado de gestão, conforme faculta o art. 93, I, da Lei n. 8.112/90 – ressaltando-se que também é questionável a sua aplicação à AGU, pela feição institucional já descrita. Trata-se de nomeação de membros da AGU que permanecem exercendo as funções regulares de membro da AGU, mas passam a ocupar cargo comissionado ou função comissionada/gratificada de Ministérios e entidades autárquicas que não estão alocados formalmente no órgão de execução da AGU que funcione naquele Ministério ou entidade autárquica. Ou seja, cuida-se, aqui, de nada mais do que abrir à discricionariedade do gestor de ocasião – Ministro de Estado e Presidente ou Diretor de entidades autárquicas – alocar cargos e funções comissionadas/gratificadas para agradar ou não os membros da AGU em exercício no órgão de execução respectivo. Nunca é demais lembrar que os órgãos de execução da AGU presentes em Ministérios e entidades autárquicas são responsáveis pelo controle prévio de legalidade, ou juridicidade, afigurando-se imperioso reconhecer que a possibilidade de contemplação discricionária de membros da AGU com mais ou menos cargos e funções comissionadas/gratificadas é fator que abre espaço para o comprometimento da isenção profissional no exercício de tão relevante função.

E os casos não são poucos, e ocorrem em diversos Ministérios e entidades autárquicas. Por todos, registra-se o caso da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, cujo Decreto de estrutura regimental prevê apenas um cargo em comissão formalmente alocado na Procuradoria Federal Especializada que lá funciona¹³. Todavia, é de conhecimento público no âmbito da AGU que existem hoje pelo menos mais 10 (dez) cargos ou funções comissionadas discriciona-

¹³ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3029.htm.

riamente alocados naquela Procuradoria e ocupados por membros da AGU, caracterizando-se o pernicioso quadro acima descrito.

2.1. MEMBROS DA AGU – EXCLUSIVIDADE NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES TÍPICAS DA ADVOCACIA PÚBLICA A PARTIR DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DA LC 73/93

Passando-se ao nível dos postos máximos em cada órgão de execução da AGU em atuação descentralizada, tem-se que o cargo máximo na Consultoria Jurídica de Ministérios é o de Consultor Jurídico, ou chefe da Assessoria Jurídica, no caso das secretarias com status de Ministério. No mesmo sentido, o cargo máximo nas Procuradorias Federais Especializadas é o de Procurador-Geral, assim como há o Procurador-Geral da Fazenda Nacional e o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil, ambos cargos máximos da estrutura da respectiva Procuradoria-Geral. Esses cargos são de nível DAS 101.5 ou 101.4, ou equivalentes, ressalvados os casos do Procurador-Geral da Fazenda Nacional e do Procurador-Geral do Banco Central do Brasil, ambos cargos de Natureza Especial. Ocorre que esses cargos são considerados de livre nomeação e exoneração, ou seja, entende-se, na prática diárias dos órgãos de consultoria e assessoramento jurídico vinculados a Ministérios e entidades autárquicas, que o cargo máximo não está reservado aos membros da AGU.

Os demais cargos em comissão com funções de consultoria e assessoramento jurídicos de Ministérios, e órgãos equiparados, e de autarquias/fundações públicas somente são entendidos como de ocupação exclusiva em razão de Orientação Normativa editada pela Advocacia-Geral da União, qual seja a Orientação Normativa n. 28, de 9 de abril de 2009¹⁴, que, todavia, estranhamente não se entende aplicável aos cargos de chefia dos órgãos de consultoria e assessoramento jurídicos de Ministérios e entidades da Administração Indireta, embora não haja qualquer ressalva em seu conteúdo. Ou seja, até poucos anos ainda se observava

¹⁴ ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 28, DE 9 DE ABRIL DE 2009

O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO INTERINO, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I, X, XI e XIII do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, considerando o que consta do Processo nº 00400.012110/2008-77, resolve expedir a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos enumerados nos arts. 2º e 17 da Lei Complementar nº 73, de 1993. A COMPETÊNCIA PARA REPRESENTAR JUDICIAL E EXTRAJUDICIALMENTE A UNIÃO, SUAS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚBLICAS, BEM COMO PARA EXERCER AS ATIVIDADES DE CONSULTORIA E ASSESSORAMENTO JURÍDICO DO PODER EXECUTIVO FEDERAL, É EXCLUSIVA DOS MEMBROS DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E DE SEUS ÓRGÃOS VINCULADOS.

Orientações Normativas disponíveis em: <http://www.agu.gov.br/orientacao/pagina/4>.

a ocupação generalizada de quaisquer cargos em comissão alocados em órgãos de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo Federal por profissionais estranhos aos cargos da AGU.

Em palavras mais claras, até poucos anos ainda se via com naturalidade a nomeação de pessoas estranhas aos quadros da AGU para o exercício de funções típicas e exclusivas da AGU e de seus membros, apesar da existência de norma constitucional originária, expressa, clara e inequívoca prevendo a exclusividade de tais atribuições. Tudo fruto da insegurança jurídica causada por normas confusas e discrepantes do modelo que o constituinte previu para a Advocacia Pública. E lembre-se, ainda, que a alocação discricionária de cargos e funções comissionadas/gratificadas que nem sequer estejam formalmente alocados no órgão de execução da AGU torna esse quadro ainda pior e ainda mais inseguro e precário. A partir de 2009, com a edição da ON/AGU 28, não mais se verifica, pelo menos como regra¹⁵, a nomeação de pessoas estranhas aos quadros da AGU para cargos em comissão de “baixo escalão” nas Consultorias e Assessorias Jurídicas e nas Procuradorias Federais Especializadas, mantendo-se, todavia, o entendimento inconstitucional de livre nomeação para os cargos máximos de cada um desses órgãos de execução.

E aqui se faz necessário destacar mais uma incongruência interna presente na Lei Complementar n. 73/93, mais precisamente no § 5º do art. 2º, que prevê como membros da AGU o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da União (PGU), o Procurador-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), o Consultor-Geral da União (CGU), o Corregedor-Geral da Advocacia da União (CGAU), os Secretários-Gerais de Contencioso (SGCT) e de Consultoria (SCG), os Procuradores Regionais, os Consultores da União, os Corregedores-Auxiliares, os Procuradores-Chefes, os Consultores Jurídicos e os Procuradores Seccionais. E o art. 55 prevê requisitos expressos de privativos de bacharel em Direito, elevado saber jurídico e reconhecida idoneidade, dez anos de prática forense e idade superior a 35 (trinta e cinco) anos para os casos de Procurador-Geral da União, Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Consultor-Geral da União, Corregedor-Geral da Advocacia da União e Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria. Ocorre que a mesma Lei, em seu Título III, também prevê

¹⁵ Apesar da regra, são frequentes as investidas políticas no sentido de se nomear quadros estranhos às carreiras da AGU para ocupação de cargos comissionados em órgãos de execução da AGU, o que revela que a ON/AGU 28/2009 não é firme e nem suficiente para a necessária segurança na execução das atividades institucionais previstas pela Constituição Federal como exclusiva de membros da AGU admitidos por concurso de provas e títulos.

como membros efetivos da AGU aos integrantes das carreiras previstas na mesma Lei, sujeitos a concurso público de provas e títulos, devendo-se registrar que a carreira de Assistente Jurídico foi extinta porque incorporada à carreira de advogado da União.

É exatamente essa discrepância aparente, de se prever membros e membros efetivos, com requisitos aparentemente divergentes, que sustenta a interpretação acima delineada, de se considerar de livre nomeação, não restrito a membros da AGU, os cargos máximos de órgãos de execução localizados em Ministérios e entidades autárquicas, que se enquadrariam na categoria de Consultores Jurídicos, entendida como uma categoria de membros da AGU diversa da categoria dos membros efetivos.

Ocorre que tal interpretação não pode prosperar, na medida em que não se pode admitir que a Lei Complementar, editada em obediência a expresse comando constitucional, divirja do conteúdo da Constituição, cujo art. 131 é claro ao prever apenas duas formas de ingresso na AGU: o concurso público de provas e títulos e a nomeação para o cargo de Advogado-Geral da União, essa sim vinculada apenas aos requisitos constitucionais de idade superior a 35 anos, notável saber jurídico e reputação ilibada. E tal entendimento vem sendo resguardado pela jurisprudência majoritária, inclusive e especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, havendo por isso Proposta de Súmula Vinculante de n. 18 (PSV 18), apresentada pela UNAFE, atualmente sucedida pela ANAFE – Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais, com verbete originário proposto nos seguintes termos:

O exercício das funções da Advocacia Pública, na União, nos Estados e nos Municípios, nestes onde houver, constitui atividade exclusiva dos advogados públicos efetivos a teor dos artigos 131 e 132 da Constituição Federal de 1988.

O verbete originário da PSV 18 foi publicado no Edital n. 71, de 23 de março de 2009, tendo sido divulgado em 17 de abril de 2009, e conta com manifestação de vários interessados e também com pareceres da Procuradoria-Geral Federal, órgão da AGU, e do Ministério Público Federal, sem insurgências com relação ao mérito da proposição. Todavia, uma vez que sua apreciação foi finalmente pautada, para a sessão do dia 9 de março de 2016, eis que o Presidente do Senado Federal apresentou pedido de adiamento para apresentação de

informações, pedido esse acolhido sem resistência pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, com adiamento *sine die*, tudo conforme andamento público disponível no sítio eletrônico do STF. Assim, atualmente a Advocacia Pública permanece no aguardo da apreciação de pedido que já dormita nos escaninhos do STF há 7 (sete) anos, com consequências danosas para o andamento regular dos trabalhos da Advocacia Pública sem interferências indevidas, uma vez que a pendência dessa apreciação abre espaço para nomeações nada republicanas para a ocupação de cargos comissionados de relevo no âmbito da AGU.

3. NECESSÁRIA REVISÃO NOS CARGOS COMISSIONADOS E FUNÇÕES DE CONFIANÇA E GRATIFICADAS OCUPADAS POR MEMBROS DA AGU — ILEGALIDADE, INCONSTITUCIONALIDADE E REALIDADE GRAVOSA A SER ALTERADA

Percebe-se, pois, como é gravosa a questão da ocupação de cargos comissionados de Ministérios e entidades da Administração Indireta por membros da AGU, uma vez que a nomeação por ato exclusivo do respectivo Ministro de Estado ou dirigente autárquico/fundacional ocasiona flagrante possibilidade de conflito de interesses decorrente de uma vinculação hierárquica absolutamente impossível ante o desenho constitucional da Advocacia Pública. E aqui cabe salientar que tal situação era vista com naturalidade até pouco tempo, até que se deu o despertar dos membros da AGU, em Movimento espontâneo de questionamento institucional iniciado no ano de 2015 e que certamente não mais se encerrará. Esse despertar, que se convencionou chamar de “Nova AGU”, configura-se como mais uma manifestação de nova face da Advocacia Pública, cuja transformação tem como um dos marcos a alteração substancial de posicionamento da atuação do Advogado-Geral da União no tocante à defesa da constitucionalidade das leis questionadas por Ação Direta de Inconstitucionalidade. Nesse ponto, cumpre-nos transcrever lição do procurador da Fazenda Nacional Igor Aragão Brilhante, em seu “AntiManual do Advogado Público”, *in verbis*:

Nova face da Advocacia Pública: o AGU como metonímia da sua carreira

O segundo ponto a ser destacado na mudança de contextos de que se está falando refere-se à Advocacia Pública como

um todo, funcionando o exemplo do Advogado-Geral da União como espécie de metonímia de sua carreira (parte pelo todo). Explica-se.

(...)

A esta altura, já fica mais palpável o anunciado liame entre a atuação do AGU nas ADIs e a dos advogados públicos na defesa cotidiana do interesse público – são obsolescências irmãs: para o AGU, a exigência fria de sempre defender a constitucionalidade da norma, sem atenção alguma ao seu conteúdo e à real viabilidade dessa atuação; para a atuação dos advogados públicos em geral, a defesa indistinta e irrefletida em todos os processos.¹⁶

Também há uma obsolescência irmã no tocante à constatação da absoluta ilegalidade na ocupação de cargos comissionados de Ministérios e entidades da Administração Indireta por membros da AGU, por violação aos seguintes dispositivos normativos: 1) artigos 11 e 18 da Lei Complementar n. 73/93, que enunciam expressamente que a vinculação que existe é apenas do órgão (consultoria jurídica ou procuradoria federal especializada) e se trata apenas de uma vinculação administrativa, e não funcional ou hierárquica. No entanto, a ocupação de cargos comissionados e funções de confiança necessariamente ocasiona uma subordinação hierárquica perante o Ministro de Estado ou dirigente da entidade autárquica, que é responsável pela nomeação e exoneração dos referidos cargos; e 2) artigo 1º, II, da Lei n. 8.906/94, o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, que prevê expressamente como função da advocacia a direção jurídica, de modo que é ilegal se vincular o exercício de atribuições de direção jurídica à existência de cargos comissionados dos Ministérios e entidades assessorados.¹⁷

¹⁶ BRILHANTE, Igor Aragão. **Antimanual do advogado público**. Recife: Nossa Livraria, 2015. p. 84-85.

¹⁷ Nessa toada, também é possível questionar a legalidade da Portaria n. 1.399/AGU, de 2009, em especial no ponto em que condiciona a própria existência da manifestação jurídica ao “aprovo” da “chefia imediata”. E vale salientar que a abertura conferida por essa Portaria para vulneração da condição de advogado público de cada membro da AGU acabou por dar ensejo a outra norma ainda mais questionável, a Portaria N 641/PGFN, de 2011, que compreendeu as manifestações jurídicas (pareceres e notas jurídicas) como atos complexos, tomando a manifestação dos procuradores da Fazenda Nacional como simples minutas a aprovação até o último grau “hierárquico”. Tal Portaria foi tão gravosa no seio da Advocacia Pública Federal que ensejou Moção de Repúdio pelo Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda Nacional – SINPROFAZ, cujos termos cabe transcrever para melhor compreensão do nível de risco envolvido no tema ora em apreço: “Com efeito, breve leitura da Portaria em tela, aliada ao conhecimento de suas implicações práticas, permite a fácil percepção da possibilidade de ocorrência cotidiana de situações ofensivas à dignidade profissional dos Procuradores da Fazenda Nacional, a exemplo das seguintes:

1. (...)

Não bastasse a ilegalidade, há ainda a inconstitucionalidade flagrante no entendimento que permite a ocupação de alguns postos de direção jurídica no âmbito da AGU por pessoas estranhas aos quadros das carreiras da AGU.

E a ilegalidade referente ao art. 1º, II, do Estatuto da OAB também leva à conclusão necessária da inviabilidade jurídica da própria existência de desses cargos comissionados e funções de confiança na estrutura de Ministérios e autarquias/fundações destinada ao respectivo órgão jurídico, bem como a inviabilidade jurídica da existência de cargos comissionados para direção jurídica no âmbito da própria AGU. Isso porque as funções de consultoria e assessoramento jurídico da União e de suas entidades vinculadas é exclusiva da Advocacia-Geral da União, por imperativo constitucional, mais precisamente o art. 131 da Constituição Federal, e as funções de direção jurídica são próprias dos advogados públicos membros das carreiras da AGU, cuja profissão de advogado engloba serviços de direção jurídica, não se sustentando juridicamente a necessidade de cargos em comissão para esse fim. As únicas exceções possíveis seriam os cargos de representação e/ou direção jurídica expressamente nominados no art. 2º da Lei Complementar n. 73/93, que poderiam continuar a existir como cargos em comissão, sendo, todavia, de ocupação exclusiva por membros das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União.

Afinal, não se pode admitir a existência de cargos em comissão e funções de confiança/gratificadas na própria estrutura regimental da AGU como requisito

2. Compreensão de manifestações jurídicas como Pareceres e Notas como atos complexos, que, até sua aprovação, consistiriam em meras “minutas” (art. 22 da Portaria PGFN Nº 641/2011), não sendo sequer numeradas ou juntadas aos autos, confundindo-se as atribuições e prerrogativas do Procurador/Advogado, ainda que não ocupante de cargo em comissão, com as atividades típicas de estagiários e servidores de apoio, bem como o ciclo de formação do ato com a questão de sua subsequente adoção ou não como posição institucional (conforme demonstram as orientações do Anexo da Portaria PGFN Nº 641/2011, a despeito do esclarecimento do § 2º de seu art. 22). Tal prática acaba por violar os princípios que regem a Administração e a Advocacia Públicas, por abrir margem a interferências indevidas no processo técnico de elaboração de manifestações jurídicas e até mesmo a “engavetamentos” daquilo que, embora manifestação perfeita e acabada, seria um nada jurídico, lógica esta absolutamente incompatível com a Portaria AGU Nº 1399/09 e com o Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU, à qual é tecnicamente subordinada a PGFN.

Ainda por tais razões, a ASSEMBLEIA GERAL DO SINDICATO NACIONAL DOS PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL resolveu orientar os Procuradores da Fazenda Nacional que exercem atividades consultivas, enquanto não alterada, revogada ou suspensa a Portaria PGFN Nº 641/2011, nos seguintes termos, considerando que a Portaria em tela não impõe quaisquer óbices expressos nesse sentido (e nem poderia): (i) não redigir qualquer documento ou trecho de manifestação que não vá assinar, exceto quando se tratar de imposição legal; (ii) não assinar nenhuma manifestação (notadamente Pareceres e Notas) que não esteja previamente numerada, garantindo-se que não se tratará de mera minuta; (iii) somente exarar manifestações jurídicas de modo formal e em expedientes devidamente autuados e com folhas numeradas, solicitando a sua imediata juntada.”

para o exercício de direção jurídica por membros da AGU, uma vez que, conforme já delineado, a direção jurídica é atribuição própria da advocacia. Novamente, as únicas exceções possíveis são os cargos de direção jurídica expressamente nominados no art. 2º da Lei Complementar n. 73/93, bem como seus paralelos para as Procuradorias-Gerais Federal (PGF) e do Banco Central do Brasil (PGBC), que poderiam continuar a existir como cargos em comissão, sendo, todavia, de ocupação exclusiva por membros das carreiras jurídicas da Advocacia-Geral da União.

Outrossim, também é necessário consignar o quão exagerado é o número de cargos em comissão e funções de confiança/gratificadas tanto no âmbito da estrutura regimental da AGU quanto, especialmente, no âmbito de consultorias jurídicas de Ministérios e autarquias/fundações públicas. Nos termos do Decreto n. 7.392/2002, é digno de nota perceber que a AGU conta com o quase inacreditável número de 5 cargos de Natureza Especial (NE), sabendo-se que mesmo os Ministérios dispõem, em regra quase sem exceção, de apenas um cargo dessa natureza, exatamente o de Secretário-Executivo. E também se faz oportuno resumir que, em suma e conforme o mesmo Decreto referido, há 578 (quinhentos e setenta e oito) cargos em comissão na estrutura da PGU/SGC/SGCT/CGU/CGAU, destinados a uma carreira de 1,6 mil membros ativos (advogados da União), enquanto que a Procuradoria-Geral Federal (PGF), também órgão da AGU e que reúne rigorosamente as mesmas competências institucionais do conjunto antes delineado (PGU+SGC+SGCT+CGU+CGAU), dispõe de 57 cargos comissionados para uma carreira com 4 mil membros ativos (procuradores federais). Em outras palavras, órgãos pertencentes à mesma AGU e com atribuições absolutamente equivalentes apresentam uma distorção que descamba para que o maior deles tenha 10% do número de cargos comissionados do menor deles. Certamente, salva aos olhos que há flagrante e inarredável distorção nessa conta.¹⁸

¹⁸ Não bastasse o já flagrante exagero dos cargos em comissão constantes da estrutura regimental da própria AGU, a análise dos Decretos de estrutura regimental dos Ministérios e Secretarias equiparadas evidencia que há quase 500 cargos em comissão e/ou funções de confiança e gratificadas ocupados ou ocupáveis por membros da AGU no âmbito daqueles órgãos. E certamente esse número mais do que dobra se consideradas as entidades da Administração Indireta, que também destinam, formal ou informalmente, cargos em comissão e equivalentes aos membros da AGU em atuação nos órgãos de consultoria e assessoramento jurídicos descentralizados. Portanto, é possível sustentar que há mais de mil, repita-se, MIL cargos comissionados ou funções de confiança do Poder Executivo Federal ocupados ou ocupáveis por membros da AGU, cuja devolução geraria economia anual imediata de mais de 100 milhões ao ano, e ainda com o resguardo da legalidade estrita que rege a Administração Pública e sem qualquer prejuízo ao andamento dos serviços jurídicos prestados à união e suas entidades vinculadas, que, pelo contrário, seriam certamente aprimorados com a proposta.

Como já demonstram os números, é possível afirmar que esses cargos comissionados em profusão representam de duas uma: i) criação de níveis burocráticos desnecessários; ou ii) acréscimo salarial indevido, não apenas porque ilegal, conforme já delineado, mas porque não há acréscimo real de funções que justifiquem a ocupação do cargo comissionado.

3.1. PESSOALIDADE E ETERNIZAÇÃO NA OCUPAÇÃO DE CARGOS COMISSIONADOS DE REPRESENTAÇÃO/GESTÃO/DIREÇÃO JURÍDICA — VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO REPUBLICANO E DOS PRECEITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA

E não bastasse toda a problemática já exposta, é necessário ainda tecer considerações acerca do caráter temporário do exercício das funções de representação e direção jurídica, pois urge evitar a perpetuação na ocupação de cargos comissionados no âmbito da AGU, como atualmente ocorre. Hoje, verifica-se na AGU uma completa ausência de aplicação do princípio republicano no tocante aos postos de representação e coordenação do serviço jurídico na AGU, que são muitas vezes ocupados por anos a fio ou até mesmo década(s) pela mesma pessoa, frustrando-se qualquer expectativa de legítima e necessária alternância de poder¹⁹. Tal situação é mais um fator de conflito com os postulados mais modernos aplicáveis à Administração Pública como um todo, com destaque para o conceito de Administração Pública Democrática, cujo viés engloba mecanismos de participação e democratização decisória tanto internamente, nos mecanismos próprios da Administração Pública, quanto externamente, buscando-se sempre garantir os influxos do cidadão ao qual se dirige o aparato estatal.

Ora, se o viés mais moderno da Administração Pública exige influxos inclusive externos, é evidente que não se pode admitir que uma Instituição de Estado, como é a AGU, seja paralisada ou mesmo cooptada pela eternização de pessoas em cargos comissionados de representação, gestão e direção do serviço jurídico, em especial quando ausentes inclusive requisitos mínimos e objetivos para ocupação desses mesmos cargos comissionados. Ou seja, a eternização de pessoas em cargos de representação/gestão/coordenação no âmbito da AGU é um dado da realidade que conflita diretamente com o que José Joaquim Gomes

¹⁹ Por todos os vários casos observados atualmente na AGU, citem-se os exemplos 1) da Secretaria Geral de Contencioso, que é ocupada pela mesma advogada pública desde 2003, conforme nomeação contida no Decreto de 9 de junho de 2003, publicado na página 1 da Seção II do Diário Oficial da União do dia seguinte; e 2) da Secretaria Geral de Consultoria, ocupada pelo mesmo advogado público desde 2009, conforme nomeação contida no Decreto de 27 de novembro de 2009, publicado na página 1 da Seção II do Diário Oficial da União do dia seguinte.

denomina democratização da administração, explicada por Gustavo Justino de Oliveira a partir de cinco eixos:

É o que José Joaquim Gomes Canotilho denomina democratização da administração, a qual pode manifestar-se:

- a) Na substituição das estruturas hierárquico-autoritárias por formas de deliberação colegial;
- b) Na introdução do voto na seleção das pessoas a quem foram confiados cargos de direção individual;
- c) Na participação paritária de todos os elementos que exercem a sua atividade em determinados setores da Administração;
- d) Na transparência ou publicidade do processo administrativo; e
- e) Na gestão participativa, que consiste na participação dos cidadãos por meio de organizações populares de base e de outras formas de representação na gestão da Administração Pública.²⁰

E o autor suscita ainda a democracia participativa como “a formação da vontade política de ‘baixo pra cima’, num processo de estrutura de decisões com a participação de todos os cidadãos. E traz também o decréscimo da discricionariedade, a atenuação da unilateralidade na formação dos atos administrativos e a busca por práticas baseadas no consenso, tudo como premissa de participação administrativa.

Toda essa estruturação teórica aplica-se com perfeição como remédio para a já diagnosticada doença institucional que acomete a Advocacia-Geral da União, acometida por uma evidente paralisia decorrente de apego a estruturas e práticas que, se nunca foram aplicáveis ao conceito de Função Essencial à Justiça, já se mostram absolutamente ultrapassadas até mesmo no âmbito da Poder Executivo. Cabe, pois, aos membros da AGU repensar a Instituição, amoldando-a aos conceitos da Administração Pública moderna.

²⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo-democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 163.

4. CONCLUSÕES E PROPOSTAS DE SOLUÇÃO

Assim, ante todo o exposto e tendo em vista a necessidade de se apresentar alternativas para superação do quadro pernicioso ora delineado, conclui-se que a solução do tema dos cargos comissionados no âmbito da AGU passa por três frentes, a seguir delineadas.

Inicialmente, sugere-se a elaboração de parecer da própria Advocacia-Geral da União que firme a ilegalidade de ocupação de cargos comissionados e funções gratificadas de Ministérios, Secretarias com status de Ministério e autarquias/fundações públicas por membros da AGU, salvo os cargos de Consultor Jurídico, Chefe de Assessoria e Procurador-Chefe de Procuradoria Federal Especializada, sendo esses cargos de ocupação restrita a membros da AGU²¹. Vale ressaltar que esse parecer teria eficácia vinculante imediata para os membros da AGU e também pode vincular a Administração Pública Federal como um todo, bastando a sua aprovação pela Presidente da República, tudo nos termos do art. 39 da Lei Complementar n. 73/93.

Em consequências necessária, sugere-se a extinção dos cargos em comissão e funções comissionadas/gratificadas de Ministérios, Secretarias com status de Ministério e autarquias/fundações que digam respeito a atividades jurídicas, que são privativas e exclusivas da Advocacia-Geral da União e de seus membros, nos termos do art. 131 da Constituição Federal. No tocante aos cargos de Consultor Jurídico, Chefe de Assessoria e Procurador-Chefe de Procuradoria Federal Especializada, tais postos devem constar da estrutura regimental da AGU, e não de cada órgão assessorado, podendo-se quando muito admitir e firmar ato complexo do Advogado-Geral e do respectivo Ministro de Estado/dirigente autárquico no ato de nomeação de membros da AGU para o seu exercício.

Por fim, urge a revisão integral dos cargos em comissão e funções comissionadas/gratificadas da estrutura regimental da AGU, que devem ser transformadas

²¹ Também seria necessário ressaltar os casos de cessão de membros para integrar a própria Administração, ou seja, quando o membro da AGU é cedido pela AGU para um Ministério ou autarquia/fundação, deixando temporariamente o exercício das funções jurídicas típicas e exclusivas da Advocacia-Geral da União, sabendo-se, todavia, que esses casos ensejam outra análise aprofundada, considerando-se a aparente incompatibilidade entre essas cessões e as funções institucionais da AGU, a exemplo do que decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADPF 388, julgada em 9 de março de 2016, firmando-se em definitivo que membros do Ministério Público não podem assumir cargos públicos fora do âmbito do próprio Ministério Público. Embora o julgado tenha se dirigido ao Ministério Público, entende-se que várias das premissas ali consideradas tornam a conclusão aplicável aos membros da AGU. Todavia, a análise demanda um estudo próprio e que foge dos limites do presente trabalho.

em retribuições típicas e temporárias para o exercício temporário de funções de representação e direção jurídica por membros da AGU, e apenas nos casos estritamente necessários, em especial aqueles enumerados e referidos pela Lei Complementar 73/93.

5. REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato social sobre a banalidade do mal**. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

BRILHANTE, Igor Aragão. **Antimanual do advogado público**. Recife: Nossa Livraria, 2015.

MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo-democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ADVOCACIA PÚBLICA PARTICIPATIVA: ASPECTOS DA REVOLUÇÃO REPUBLICANA EM CURSO NA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

VILSON MARCELO MALCHOW VEDANA¹

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A crise do atual modelo gerencial da AGU. 3. Oportunidades para uma Advocacia Pública Participativa. 4. A necessária harmonização com princípios republicanos. 5. O exemplo da Divisão de Assuntos Disciplinares da Procuradoria-Geral Federal da AGU. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Advocacia-Geral da União vivenciou durante o ano de 2015 a maior mobilização de seus Membros desde a criação da instituição pela Lei Complementar nº 73/1993. Inicialmente centrada em questões remuneratórias e estruturais, sobretudo pelo sucateamento institucional e pelo grande fosso aberto em relação às demais carreiras de Estado integrantes do capítulo das Funções Essenciais à Justiça na Constituição, a referida mobilização evoluiu para incluir aspectos institucionais mais profundos, dentre os quais destaca-se a superação crise do atual modelo de gestão adotado no âmbito da Advocacia Pública Federal.

A ampliação dos objetivos iniciais da mobilização de 2015 ocorreu de forma espontânea e decorreu de um conjunto de fatores. Primeiramente, a deterioração das condições políticas e econômicas do país durante o referido ano levou à consequente diminuição da sensibilidade de agentes políticos a questões remuneratórias. Em segundo lugar, a utilização da estratégia entrega de cargos e funções comissionadas como instrumento de pressão e resistência pacífica evidenciou a excessiva hierarquização estrutural da instituição e a ausência de qualquer racionalidade minimamente republicana a orientar a ocupação de tais cargos. Em terceiro lugar, a contínua interação com o Poder Legislativo pela

¹ Advogado e Procurador Federal da Advocacia-Geral da União desde 2006. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Gama Filho, do Rio de Janeiro, e especialista em Estratégia, Segurança Internacional e Defesa pela *Royal College of Defence Studies* de Londres, Reino Unido. Foi professor de Direito Processual Civil no Centro Universitário IESB, em Brasília, no ano de 2007.

atuação coordenada dos Advogados Públicos junto ao Congresso Nacional promoveu uma crescente conscientização coletiva acerca da importância do papel constitucional da Advocacia Pública. Em quarto e último lugar, a utilização de ferramentas rápidas de comunicação, como as redes sociais e os aplicativos de trocas de mensagens pelo celular, possibilitou a criação de uma rede integrada de troca de informações entre os Advogados Públicos que permitiu a rápida formação de consensos pelo debate e aperfeiçoamento de ideias, potencializando a ação de organizações associativas e representativas da categoria.

Ao presente artigo interessa menos o estudo individualizado de cada um destes fatores e mais a exploração de seus efeitos, especialmente a formação de um consenso em torno da conclusão de que o atual modelo de gestão adotado no âmbito da Advocacia-Geral da União encontra-se em profundo estado de crise. Se por um lado esse estado de crise afeta negativamente os Membros da instituição e os resultados de sua atuação em favor do Estado e da sociedade, por outro cria oportunidades para que sejam exploradas novas experiências e práticas gerenciais com vistas à consagração de práticas que sejam mais compatíveis com o projeto institucional de Advocacia Pública consagrado na Constituição e com o exercício da relevante função que lhe foi confiada.

A superação do atual paradigma aponta para a sua completa negação, abandonando-se o atual modelo gerencial hierarquizado, subjetivista, individualista e míope em favor de uma gestão mais horizontal, participativa, colaborativa e sustentável. Aponta também para a adoção de premissas republicanas, como a alternância, a transparência e a independência harmônica entre as diferentes funções estatais, que assegurem a primazia do interesse público sobre os interesses individuais e corporativos. Sustenta-se que um modelo de gestão fundado em tais características possui melhores condições de realizar inteiramente o potencial contributivo de cada um dos Membros da instituição e de produzir resultados ainda mais expressivos em favor do Estado e da sociedade.

2. A CRISE DO ATUAL MODELO GERENCIAL DA AGU

Thomas Kuhn, em seu “*The structure of scientific revolutions*” (2012), demonstra que a evolução das ciências não se dá de forma linear, por mera acumulação do conhecimento, mas sim por ciclos de construção, crise e ruptura de paradigmas. Nesse processo, tem-se uma fase inicial em que o paradigma

anteriormente construído é considerado razoavelmente satisfatório por ajudar explicar a maioria dos fenômenos a partir dele analisados, seguida de uma outra em que o recurso a tal paradigma gera um excessivo número de anomalias, levando-o a um estado de crise.

Esse estado crítico, embora traga muita insegurança, também estimula a experimentação livre e descompromissada com as condicionantes do paradigma anterior, ampliando as possibilidades criativas do processo de busca por um novo paradigma. As novas propostas apresentadas nessa fase são recebidas sempre com muita desconfiança, assim como seus autores, até que uma das proposições se fortalece progressivamente por explicar melhor os fenômenos que a cercam, até se firmar como o novo paradigma. O novo paradigma passa a ser tão incontestável que o paradigma anterior e seus defensores acabam se tornando irrelevantes para o sistema, caindo no ostracismo e servindo apenas como referências históricas.

Embora a teoria de Thomas Kuhn tenha sido concebida como uma explicação para o ciclo evolutivo das ciências naturais, a teoria é de grande utilidade na análise evolutiva de outros ramos do conhecimento e do comportamento humano. Com efeito, o processo de convulsão social vivenciado atualmente no país e nas suas principais instituições parece revelar um período de crise e de consequente liberação em relação aos paradigmas anteriores, em prol de novas propostas que possam melhor explicar os aspectos político, econômico, social, tecnológico, jurídico e ambiental da existência humana. Tal afirmação não parece ser menos verdadeira na realidade internacional.

A Advocacia-Geral da União, em seu microcosmo, também sofre os efeitos dessa revolução silenciosa e invisível, porém radical. Tal revolução ultrapassa a crítica ao sistema de normas e incentivos atualmente existente na instituição e atinge o que é talvez o aspecto mais importante de uma instituição: a sua cultura institucional.

Acerca da cultura institucional, o psicólogo estadunidense Barry Schwartz, em sua obra “*Why we work?*” (2015), explora como um modelo gerencial composto por incentivos financeiros e de outras ordens e por normas que estabeleçam rotinas burocráticas e punições – a consagrada fórmula “*carrots and sticks*” – deve ser complementado por instrumentos que abordem a dimensão humana da instituição. Schwartz revela que, em muitos casos, mais incentivos ou mais punições não geram mais eficiência, mas apenas condicionam o comportamento dos indivíduos, premiando aqueles que se comportam de forma a buscar

incentivos, cumprir burocracias e evitar punições mesmo quando agem de forma oportunista, desagregadora, improdutiva e, em alguns casos, até mesmo abusiva e ilícita. Esse processo, por sua vez, gera ainda mais custos com a adoção de ainda mais incentivos e normas burocráticas com o objetivo de enquadrar ou coibir tais comportamentos calculistas. Para o autor, um sistema gerencial que dependa exclusivamente de incentivos e normas/punições influencia negativamente a dimensão cultural da existência humana, que envolve o conjunto de ideias, valores e convicções compartilhado pelos indivíduos.²

A conclusão de Schwartz é a de que um modelo organizacional lastreado exclusivamente em uma estrutura de incentivos financeiros (diretos e indiretos) para estimular condutas desejáveis e de normas burocráticas e punições para enquadrar comportamentos ou punir condutas indesejáveis ignora qualquer compromisso de ordem ética ou moral com a adequação dos meios, com a qualidade dos resultados, com a celeridade dos processos, com confiança recíproca, com a dimensão colaborativa, com a integração organizacional ou com valores como integridade e retidão. Enfim, um modelo que se funda exclusivamente em incentivos e punições não apenas condiciona a natureza humana. Ele a altera. E para pior.

Infelizmente, a mobilização dos Membros da AGU em 2015 revelou um modelo organizacional lastreado em um sistema de incentivos e punições dessa natureza, o qual diminui e empobrece a dimensão humana da instituição, cria uma casta diferenciada de Advogados Públicos, desconsidera prerrogativas inerentes à profissão da Advocacia, empobrece a qualidade do debate e da argumentação jurídica e ameaça até mesmo alguns dos princípios constitucionais que regem a atuação do Estado, com efeitos nefastos para a instituição e para o interesse público a ela confiado.

² Schwartz dá o exemplo de uma pesquisa realizada sobre referendo nacional realizado no início da década de 1990 acerca do local onde deveria ser instalado o depósito de lixo nuclear do país. Ao serem perguntados sobre a sua disposição de receberem voluntariamente um depósito de lixo nuclear na sua cidade, e a despeito de considerarem tal instalação um potencial risco à saúde humana e à valorização imobiliária do local, 50% dos cidadãos responderam que estariam dispostos a recebê-los em sua cidade. A justificativa era a de que os depósitos teriam que ir para algum lugar, e de que assim estariam cumprindo a sua obrigação como cidadãos.

Após a resposta inicial, os pesquisadores repetiam a pergunta, acrescentando que, caso aceitassem receber o depósito em sua cidade, o governo lhes pagaria o equivalente a seis semanas do salário médio no país. Acrescido esse incentivo adicional, o percentual de cidadãos que concordaram com a proposta caiu para impressionantes 25%. O acréscimo de um estímulo financeiro fez com que os cidadãos pesquisados desconsiderassem a dimensão social e cívica da proposta inicial, passando a operar apenas com base em um raciocínio financeiro, fazendo perguntas do tipo: será que esse valor paga a desvalorização do meu imóvel ou seria suficiente para dar tratamento de adequado à minha família em caso de contaminação? (SCHWARTZ, 2015, p. 58).

No cerne do atual modelo de gestão da AGU está a ocupação dos cargos e funções comissionadas – conhecidos na Administração federal como DAS (cargos de Direção e Assessoramento Superior) – os quais são de livre nomeação por parte das autoridades que lhes são hierarquicamente superiores. Uma vez nomeado o Advogado-Geral, escolhido livremente pela Presidência da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos e que possuam, a seu exclusivo critério, notável saber jurídico e reputação ilibada, nos termos do art. 131, § 1º, da Constituição Federal, está ele autorizado a escolher ou influenciar no processo de escolha de praticamente todas as demais funções com relevante poder decisório dentro da instituição. Em alguns casos, tal escolha não está sequer vinculada à prévia aprovação em concurso público para as carreiras da Advocacia Pública Federal, podendo recair sobre qualquer pessoa com formação jurídica.³ E mesmo quando a escolha recai sobre um Advogado Público de carreira, via de regra ela não está atrelada a qualquer critério minimamente objetivo, como a sua progressão funcional ou a avaliação dos resultados de sua atuação anterior. Via de regra, a escolha considera única e exclusivamente o critério da “confiança da chefia”, razão pela qual são os cargos e funções comissionadas também conhecidos como “cargos de confiança”.

Assim, tem-se que uma vez nomeado o Advogado-Geral pela Presidência da República, que escolhe ou indica os Procuradores-Gerais e Consultores-Gerais, que escolhem ou indicam os Procuradores-Regionais, Consultores de Ministério e Procuradores Chefes de Autarquias, que escolhem os Procuradores Estaduais, sendo que todos eles escolhem ou indicam seus Substitutos, Assessores, Coordenadores e, e assim por diante. Na base dessa estrutura organizacional estão todos os demais Membros da Advocacia-Geral União no exercício de suas atividades ordinárias, definidas pelo art. 131 da Constituição c/c o art. 29 do ADCT como sendo a representação judicial e extrajudicial da União e de suas Autarquias e Fundações, inclusive na execução de sua dívida ativa de natureza tributária, bem como o exercício das atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal. Estima-se que, para uma carreira que atualmente conta com aproximadamente 8000 (oito mil) Advogados Públicos Federais, existam cerca de 1500 cargos e funções comissionadas na AGU. O atual modelo cria uma estrutura piramidal que opera sob a lógica da “cadeia de comando” e privilegia a hierarquia,

³ É o caso, por exemplo, dos cargos dos Consultores Jurídicos dos Ministérios, os quais, por interpretação *a contrario sensu* do art. 49, § 1º, da Lei Complementar nº 73/1993, o qual preceitua: “§ 1º São escolhidos dentre os membros efetivos da Advocacia-Geral da União o Corregedor-Geral, os Corregedores-Auxiliares, os Procuradores Regionais e os Procuradores-Chefes.”

a subordinação e a obediência em detrimento da isonomia, da independência e da isenção técnica, consideradas inerentes ao exercício à Advocacia por força das disposições do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94).

Aos ocupantes de DAS, reserva-se não apenas o adicional remuneratório correspondente à função ocupada, que equivale em alguns casos a percentuais superiores a 50% do subsídio básico inicial da carreira, mas também a possibilidade de receber jetons (espécie de gratificação financeira) pela participação em Conselhos de Administração e Fiscais de Empresas Públicas e de ocupar de imóveis funcionais da União. Há ainda uma série de outras benesses, tais como celular funcional, motorista, viatura, vagas e elevadores privativos, equipe de apoio exclusiva, salas mais amplas, pontuação adicional para promoção por merecimento e movimentação para a localidade de exercício do cargo ou função comissionada em detrimento do regular processo de remoção. Entre salários diretos e indiretos, um Membro da AGU ocupante de DAS pode chegar a duplicar a sua remuneração mensal, sendo ainda beneficiado com lotação em localidades cobiçadas, independentemente de vaga, e com progressão funcional diferenciada.

Aos ocupantes de DAS na estrutura da AGU é reservada ainda a prerrogativa de decidir com exclusividade sobre as questões estratégicas da instituição e sobre as teses jurídicas a serem por ela defendidas. Aos Membros que estão na base sobram as deficiências estruturais, a carência de recursos materiais e humanos e a tarefa de lidar cotidianamente com um enorme volume de tarefas de caráter repetitivo sem qualquer coordenação por parte dos órgãos centrais e de direção superior a que estão vinculados. Tal reserva das funções de direção jurídica a aos ocupantes de “cargos de confiança” contraria o disposto no art. 1º, inc. II, do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/94) que denota serem privativas e inerentes à Advocacia “as atividades (...) de direção jurídica”.

Esse arranjo gera um sentimento de absoluto alijamento, desestímulo e desconexão nos Membros da base, com impactos negativos sobre a sua produtividade e qualidade de vida. Trata-se de um processo de degradação da condição humana descrito até mesmo por Adam Smith, no clássico “*The wealth of nations*” (2015, p. 493), uma das obras que mais influenciou a concepção do modelo hierarquizado de organização do trabalho humano:

O homem cuja vida inteira é gasta no desempenho de umas poucas operações simples, das quais os efeitos são talvez

sempre os mesmos, ou muito aproximadamente os mesmos, não tem oportunidade de exercer o seu entendimento ou de exercitar o seu poder inventivo na descoberta de expedientes para remover dificuldades que nunca ocorrem. Ele naturalmente perde, consequentemente, o hábito de tal esforço e torna-se geralmente tão estúpido e ignorante quanto é possível tornar-se uma criatura humana. [Traduzido livremente do original em inglês]

A mencionada crise do modelo gerencial da AGU é agravada pela ausência de mecanismos lastreados em postulados republicanos que assegurem alternância, transparência e independência à instituição. Exemplificativamente, não há qualquer norma que determine um período máximo de permanência no cargo ou assegure o retorno às funções ordinárias após o exercício do cargo de Advogado-Geral ou dos demais DAS da instituição. A ausência de alternância, aliada à hierarquização, estimula a perpetuação das mesmas no exercício contínuo ou sucessivo de posições de poder, em detrimento dos postulados republicanos consagrados constitucionalmente.

3. OPORTUNIDADES PARA UMA ADVOCACIA PÚBLICA PARTICIPATIVA

A crise do atual modelo abre espaço para a experimentação de novas práticas gerenciais que valorizem a dimensão humana e melhor aproveitem o seu potencial. Esse conjunto de práticas de gestão humanizada tem sido denominada de “gestão social” ou “gestão participativa” (DE PAULA, 2005), e parte da premissa de que a igualdade da condição humana e o caráter democrático e participativo que orienta a atuação do Estado como um todo devem informar também todos os aspectos gerencias de uma instituição estatal.

Uma das consequências da adoção de um modelo de gestão participativa em qualquer instituição é a busca por mais horizontalidade nas relações entre seus integrantes. Tal consequência é especialmente relevante no caso da Advocacia Pública, haja vista o disposto no art. 6º do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/96), segundo o qual “não há hierarquia nem subordinação entre advogados”. É possível ir além e afirmar que, mesmo a relação entre a área finalística de uma instituição e suas áreas meio deve primar horizontalidade e por interações baseadas na

consideração e respeito recíprocos. Eventual diferenciação entre Advogados Públicos e os servidores das carreiras de apoio deve decorrer apenas e exclusivamente da distinção entre as atribuições que exercem.

A horizontalidade, além de ter o efeito óbvio de reduzir a um mínimo a hierarquização de funções em uma instituição, também conduz à conclusão de que decisões gerenciais e finalísticas devam ser precedidas sempre que possível da participação direta de seus integrantes, especialmente as que forem estratégicas para o atingimento de suas finalidades institucionais. Uma das formas de estimular tal participação é pela da formação de colegiados, os quais servem tanto para nivelar conhecimentos e compartilhar experiências e trajetórias profissionais distintas quanto para elevar o nível dos debates e robustecer a fundamentação das decisões. Tal efeito é especialmente importante no caso das atividades-fim da Advocacia Pública, haja vista a necessidade de robustecer e qualificar os entendimentos jurídicos consultivos e contenciosos por ela defendidos, seja para garantir a correta e eficiente execução das políticas públicas, seja para elevar as chances de sucesso nas demandas judiciais envolvendo o Estado.

Destaca-se também a necessidade da participação direta dos integrantes da instituição na escolha dos ocupantes das funções de direção jurídica nos casos em que, por Lei ou por consenso entre seus Membros, tenha sido determinada a concentração de um conjunto de atribuições gerenciais em um determinado cargo ou função. E que há casos em que a colegialidade e a participação direta são impraticáveis ou mesmo desnecessárias, sendo mais consentânea com o atendimento do interesse público a concentração de atribuições gerenciais em uma única pessoa.

A participação dos Membros nesse processo é essencial não apenas para legitimar o exercício funções de direção da instituição, mas também para estimular neles uma postura colaborativa em relação à gestão do mandatário eventualmente escolhido. O compartilhamento das dificuldades e a decisão conjunta de concentrar atribuições em uma única pessoa transformam a relação de sujeição, típica das organizações hierárquicas, em uma relação de parceria. Estimula-se, por conseguinte, uma cultura em que designação de pessoas específicas para o exercício de funções de direção se dá pela lógica do apoio recíproco e dos ganhos compartilhados, e não pela suposta “confiança” decorrente de uma relação de comando e obediência. Tal parece ser a lógica que orienta a elaboração de “listas

tríplices” para a escolha dos dirigentes máximos de determinadas instituições de Estado.⁴

Tal opção certamente envolve o risco da chamada “politização da gestão”, em que os candidatos à ocupação da função de direção estão mais preocupados em “ganhar votos” do que em alcançar as finalidades da instituição. Não obstante, tal possibilidade pode ser mitigada pela modulação do nível de concentração do poder decisório em cargos e funções e das recompensas oferecidas aos seus ocupantes, reduzindo-os ao mínimo necessário para gerar algum estímulo à sua ocupação sem desconsiderar as premissas de horizontalidade, participação e gestão colaborativa. É importante ter em mente que a concentração de atribuições decisórias deve se dar por interesse dos integrantes da instituição e a serviço de suas finalidades, e não por vontade ou conveniência dos ocupantes das funções de direção. Daí a necessidade de que qualquer proposta de concentração de poder seja robusta e detalhadamente justificada, bem como legitimada pela participação dos integrantes da instituição.

Finalmente, há que se destacar o relevantíssimo papel das tecnologias da informação na potencialização dos benefícios de um modelo de gestão participativa que valorize a dimensão humana de uma instituição. As ferramentas de comunicação como as redes sociais e os aplicativos de trocas de mensagens, aliadas ao livre acesso a tecnologias móveis, reduziram drasticamente o custo de formação de grupos e associações. Em muitos casos, tais ferramentas praticamente eliminaram por completo a necessidade de gerenciamento, potencializando a capacidade dos indivíduos de compartilhar informações e de estabelecer relações de cooperação recíproca (SHIRKY, 2009).

Tais ferramentas permitem o compartilhamento contínuo, integrado, simultâneo e imediato da informação entre todos os setores e integrantes de uma instituição, elevando drasticamente o potencial participativo dos indivíduos no debate de ideias, na formação de consensos, na elaboração e propostas e na tomada de decisões.⁵ Francis Fukuyama, em sua obra *“Trust: the social virtues*

⁴ Registre-se que as associações representativas das carreiras da Advocacia-Geral da União, por duas vezes, elaboraram listas tríplices para a escolha do Advogado-Geral da União, sendo uma em 2014 quando do início do governo da Presidente Dilma Rousseff, e outra em 2016, quando do anúncio da saída do Sr. Luís Inácio Adams do cargo de Advogado-Geral da União. Em ambas as oportunidades a lista foi ignorada pela Presidência da República.

⁵ A mobilização dos Advogados Públicos Federais durante o ano de 2015 pode ser citada como um exemplo de sucesso na utilização das ferramentas de tecnologia da informação em prol de finalidades compartilhadas. Por meio de grupos em redes sociais e em aplicativos de trocas de mensagens foi possível integrar toda a Advocacia-Geral da União, uma instituição que conta atualmente com aproximadamente 12.000 (doze

and the creation of prosperity” (1992, pp. 23), destaca o potencial dessa revolução tecnológica na redução de todas as espécies de hierarquia em prol de modelos organizacionais mais descentralizados:

Esta revolução tecnológica significará o fim de todas espécies de hierarquia - política, econômica e social - (e seu resultado (...) será uma devolução do poder para a base, para as pessoas, com a consequente liberação das amarras impostas por parte das organizações centralizadas e tirânicas em que outrora trabalhavam. (...) Com comunicações potencializadas pela tecnologia, a boa informação tomará o lugar da má informação, o honesto e trabalhador suplantará o fraudulento e parasitário, e as pessoas se unirão voluntariamente em prol de finalidades que gerem benefícios comuns a todos.

Por outro lado, o autor também observa que os benefícios dessa quebra de hierarquia dependem fortemente de uma cultura subjacente que estimule a confiança recíproca e a observância de preceitos éticos (FUKUYAMA, 1992, p. 24). O sucesso de um modelo de gestão participativa depende, portanto, da formação de uma cultura organizacional que celebre a confiança recíproca entre os integrantes de uma instituição e, em consequência, estimule a adoção de posturas corretas, colaborativas e geradoras de benefícios coletivos.

4. A NECESSÁRIA HARMONIZAÇÃO COM PRINCÍPIOS REPUBLICANOS

No Brasil, não são muitos os exemplos de instituições de Estado que se propõem a abandonar a hierarquia em favor de modelos verdadeiramente participativos de gestão. As escusas utilizadas para tanto são diversas, e vão desde o recurso à tradição e à dificuldade em se alterar rotinas e práticas internas até a alegação de que tais modelos privilegiam interesses corporativos em detrimento do

mil) Membros, sendo aproximadamente 8.000 ativos e 4.000 inativos, divididos em 4 carreiras distintas (Advogados da União, Procuradores Federais, Procuradores da Fazenda e Procuradores do Banco Central). Tais ferramentas permitem ainda um contínuo e efetivo monitoramento de todas as decisões gerenciais e estratégicas da instituição em tempo real, conferindo a seus Membros a possibilidade de interferir no processo decisório apesar das deficiências do modelo gerencial hierarquizado atualmente em vigor.

interesse público. Conquanto tais argumentos possam conter alguma densidade, não parecem impeditivos ou intransponíveis à gestão colaborativa.

De fato, a alteração de qualquer arranjo de poder gera resistências. Não obstante, o país vive-se atualmente uma realidade em que a falência das estruturas tradicionais de funcionamento das Instituições do Estado, aliada a um momento de crise econômica, política e social, oportuniza e até mesmo exige a experimentação de novos modelos e arranjos gerenciais. Nesse panorama, surge a Advocacia-Geral da União como uma instituição jovem, ainda em construção e apta a servir como um verdadeiro laboratório para modelos gerenciais inovadores, a partir dos quais se possa propor e testar soluções para a evolução do serviço público e para a melhoria do atendimento aos interesses da coletividade.

Ademais, por mais válida que seja a preocupação com uma possível “captura corporativa” das Instituições de Estado, tem-se que a adoção de três conjuntos de regras derivadas do postulado republicano pode eliminar ou mitigar significativamente esse risco.

O primeiro de tais conjuntos de regras republicanas orienta no sentido da necessária alternância em qualquer posição de poder. Nesse particular, afigura-se premente a instituição de regra que estabeleça um mandato temporalmente limitado para o exercício do cargo de Advogado-Geral da União, bem como para as demais funções de direção no âmbito da instituição. A temporalidade do exercício de posições de poder assegura o efetivo cumprimento da impessoalidade em relação a tais funções, criando uma nítida distinção entre a função (permanente) e seu (transitório) ocupante. Ademais, o mandato estimula transições sem ruptura entre a gestão anterior e a seguinte, contribuindo decisivamente para a preservação da memória institucional e da continuidade de projetos de longo prazo.

Tal regra deve ser complementada por outra, que determine o cumprimento de quarentena posterior à ocupação de tais cargos, durante a qual o ocupante deverá retornar ao exercício de suas atribuições ordinárias. A quarentena possui um aspecto gerencial muito interessante, pois permite que a experiência acumulada pelo Advogado Público após o exercício de uma função de direção possa ser retransmitida aos demais Membros da instituição em situação de absoluta igualdade, reafirmando a horizontalidade do modelo de gestão participativa. Em outras palavras, o retorno às funções ordinárias representa verdadeiramente a negação do modelo hierarquizado, o qual tradicionalmente considera tal retorno um demérito a ser evitado a todo custo. Além disso, a quarentena oportuniza àquele

que deixa a função de direção a fruição de uma espécie de “período sabático”, durante o qual não lhe serão cobradas outras decisões além daquelas relativas às suas atribuições ordinárias, e serve ainda como uma espécie de “reciclagem profissional”, ao proporcionar a retomada do contato direto e cotidiano com a atividade fim da instituição.

O segundo conjunto de regras derivadas do postulado republicano é aquele que assegura a transparência de todos os atos e processos da instituição. A transparência, aliada ao livre acesso à informação, permite um controle social mais efetivo sobre as atividades da instituição e reforça o dever constitucional de fundamentar adequadamente todos os seus atos, coibindo abusos e desvios. A transparência, potencializada por ferramentas de tecnologia da informação, permite ainda a atuação integrada entre os diversos setores da instituição e entre ela e outras Instituições, promovendo a uniformidade de atuação e garantindo o atendimento célere e satisfatório do interesse público.

São também corolários instrumentais da transparência os mecanismos que permitem à sociedade controlar ou influenciar os processos de uma instituição. Um exemplo de tais mecanismos é a sabatina dos nomeados como autoridades máximas de algumas instituições pelo o Senado Federal. A sabatina garante maior transparência e possibilidade de participação e controle social no processo de nomeação, seja diretamente pela mobilização social e formação de grupos de pressão, seja por intermédio dos representantes eleitos no âmbito do Poder Legislativo. Outro mecanismo decorrente da transparência o que condiciona determinadas decisões institucionais que afetem direitos da coletividade à prévia realização de audiências públicas, tal como já ocorre em relação às Agências Reguladoras.

O terceiro e último conjunto de regras derivadas do postulado republicano é aquele que garante a independência harmônica entre as funções típicas do Estado, representadas pelos três Poderes da República e pelas Funções Essenciais à Justiça. As Funções Essenciais à Justiça são talvez a mais importante inovação da Carta de 1988 no que se refere à organização do Estado. Pela primeira vez, ao lado das três funções clássicas representadas pelos três Poderes da República (funções legislativa, executiva e judiciária), criou-se uma quarta função, dita Função Essencial à Justiça, integrada por quatro instituições: o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública e a Advocacia Privada. A estas instituições confiou-se a tarefa de velar pelo valor “justiça”, o que abrange a postulação judicial de direitos, mas a ela não se limita. Embora não sejam um

“quarto Poder”, tais instituições exercem, todas elas, uma “quarta função”, a qual possui um caráter transversal em relação aos três Poderes clássicos, não se subordinando a nenhum deles.

No caso da AGU, essa transversalidade pode ser muito bem demonstrada pelo fato de que a instituição possui mandato constitucional para representar judicial e extrajudicialmente qualquer dos três Poderes, para postular em favor de todos eles perante o Poder Judiciário, inclusive perante Cortes estrangeiras, para exercer a consultoria e o assessoramento jurídico do Poder Executivo, bem como para interagir e colaborar com qualquer das demais Funções Essenciais à Justiça. Recentemente, com a aprovação da Lei nº 13.140/2015, foi reconhecido também a primazia institucional da Advocacia Pública como um todo, e da Advocacia-Geral da União em especial, na resolução extrajudicial de conflitos que envolvam o Estado.

A Advocacia Pública é, ela própria, instrumental para a preservação da independência e harmonia constitucional entre os Poderes da República (art. 2º, *caput*, da Constituição). Daí a necessidade de que a Advocacia Pública deva ser preservada em sua própria independência, atuando de forma integrada, porém autônoma, em relação a qualquer dos três Poderes, assim como já ocorre nas demais Funções Essenciais à Justiça. A autonomia da AGU, portanto, não é apenas desejável, mas necessária para o pleno cumprimento da relevante função social que lhe foi confiada e para a sua afirmação como uma instituição que exerce a Advocacia do Estado, relacionando-se diretamente com os governos democraticamente eleitos de forma perene, isenta e independente.

5. O EXEMPLO DA DIVISÃO DE ASSUNTOS DISCIPLINARES DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL DA AGU

Um dos exemplos bem sucedidos de aplicação do modelo de gestão participativa na Advocacia Pública, embora em pequena escala, é aquele adotado pela Divisão de Assuntos Disciplinares da Procuradoria-Geral Federal da AGU (DAD), unidade atual de exercício do autor deste artigo. Reestruturada em meio à mobilização da Advocacia Pública Federal de 2015, a unidade é responsável pelo assessoramento do Procurador-Geral na apuração e no julgamento das infrações disciplinares cometidas por membros da carreira de Procurador Federal, nos

termos dos arts. 11, § 2º, inc. VI, da Lei nº 10.480/2002⁶ e do art. 2º da Portaria PGF nº 793/2015.⁷ Atualmente, a unidade funciona sem nenhum DAS em sua estrutura finalística, sendo as atividades de direção atribuídas consensualmente a um dos Procuradores Federais em exercício na unidade.

A análise da matéria finalística é realizada por meio de dois Colegiados. O primeiro deles é competente para a análise e apuração da admissibilidade das representações e denúncias por infrações disciplinares cometidas por Procuradores Federais. Já o segundo é competente para a análise prévia do resultado da atuação das Comissões de Processo Administrativo Disciplinar eventualmente instauradas, bem como para responder consultas em matéria disciplinar. A colegialidade da atuação de tais órgãos favorece a uniformização de entendimentos em uma área especialmente sensível e estratégica e cria condições para a qualificação da argumentação jurídica por meio da realização de debates prévios à elaboração da análise e conclusão de seus pareceres. As decisões colegiadas são tomadas sempre por consenso, assegurada a abstenção dos Membros que não se sintam confortáveis para apoiar o entendimento adotado pela maioria.

A concentração das atribuições gerenciais na função de direção exercida voluntariamente e sem qualquer contrapartida por um dos Procuradores em exercício na unidade favorece práticas de gestão compartilhada e participativa, estimulando posturas colaborativas entre os Advogados Públicos e entre estes o setor de apoio administrativo. A alteração de rotinas administrativas ou a implantação de novos projetos é previamente discutida com todos os integrantes da unidade e adotada por consenso, o que gera em todos um sentimento de compromisso e de responsabilidade pelo sucesso de tais projetos.

Em recente exemplo, a implantação do sistema informatizado de gestão eletrônica e arquivística de documentos da Advocacia-Geral da União (SAPIENS) exigiu dos integrantes da unidade que alterassem temporária ou permanentemente

⁶ **Lei nº 10.480/2002:**

“Art. 11. [omissis]

§ 2º Compete ao Procurador-Geral Federal:

VI – instaurar sindicâncias e processos administrativos disciplinares contra membros da Carreira de Procurador Federal, julgar os respectivos processos e aplicar as correspondentes penalidades;”

⁷ **Portaria PGF nº 793/2015:**

“Art. 2º Compete à DAD prestar assessoramento ao Procurador-Geral Federal no exercício da competência prevista no art. 11, § 2º, VI da Lei n.º 10.480, de 02 de julho de 2002.

Parágrafo único. No exercício da competência prevista no caput, cabe à DAD proferir manifestação jurídica em processos de natureza disciplinar, seja em fase de admissibilidade, instrução ou julgamento, ou ainda, em resposta a consultas ou pedidos de orientações sobre o tema.”

seus horários, jornadas, rotinas e processos de trabalho. Trata-se de uma medida bastante impopular e que, em outro contexto, provavelmente teria gerado enorme resistência em relação ao projeto. Todavia, a metodologia participativa adotada para a sua implantação contribuiu decisivamente para a compreensão coletiva dos objetivos do projeto e para o engajamento voluntário de todos na sua execução, resultando na rápida transposição das dificuldades encontradas.

A colegialidade da gestão atenua também as eventuais insatisfações relativas aos processos e à distribuição do trabalho, pois permite a rápida identificação de distorções e a sua correção imediata, seja por meio de posturas colaborativas de caráter voluntário, seja por decisões gerenciais adotadas consensual e coletivamente. Tal metodologia também robustece as decisões gerenciais e torna mais horizontal a relação entre a unidade e os órgãos de direção superior da instituição, na medida em que reduz a possibilidade de falhas e questionamentos em torno da decisão adotada consensual e coletivamente.

O relato acima busca demonstrar que a adoção de processos e práticas de gestão compartilhadas em órgãos de Advocacia Pública é não apenas possível, mas também desejável, haja vista o potencial de tal modelo gerencial para gerar melhores resultados tanto sob o aspecto individual da atuação de seus Membros quanto sob o aspecto finalístico da instituição.

6. CONCLUSÃO

A análise da crise gerencial evidenciada pela Mobilização dos Advogados Públicos Federais durante o ano de 2015 demonstra que o atual modelo de gestão utilizado na Advocacia-Geral da União desconsidera e deteriora a dimensão humana da instituição, é absolutamente incompatível com a Função Essencial à Justiça por ela exercida e viola as prerrogativas de isonomia, independência e isenção técnica inerentes à profissão da Advocacia, desprezando o enorme capital institucional da Advocacia-Geral da União em prejuízo da defesa do Estado e do interesse público.

A adoção de um modelo de gestão participativa traz inúmeras vantagens em relação ao atual modelo de gestão adotado na Advocacia-Geral da União, estimulando uma cultura de engajamento e colaboração. Uma Advocacia Pública horizontal, participativa, colaborativa, sustentável e que seja compromissada com

a efetivação do interesse público deve admitir a internalização de mecanismos republicanos que garantam a alternância, a transparência e, sobretudo, a independência de sua atuação em relação às demais instituições e funções do Estado.

A reestruturação da Advocacia-Geral da União nos moldes acima propostos é não apenas possível, mas também oportuna e desejável. Trata-se de uma verdadeira revolução republicana no âmbito da Advocacia Pública cujo potencial multiplicador pode contribuir em muito para a superação da atual crise institucional vivenciada pelo país, transformando a Advocacia-Geral da União em um modelo de instituição do qual todos possamos nos orgulhar.

7. REFERÊNCIAS

FUKUYAMA, Francis. **Trust: social virtues and the creation of prosperity**. Nova Iorque: Free Press Paperbacks, 1995. [ebook].

KUHN, Thomas. **The structure of scientific revolutions**. 4. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2012. [ebook].

PAULA, A. P. P. de. Administração pública brasileira entre o gerencialismo e a gestão social. In: **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo: FGV, 2005, vol.45, n.1, pp. 36-49. Disponível em: <<http://rae.fgv.br/rae/vol45-num1-2005/administracao-publica-brasileira-entre-gerencialismo-gestao-social>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

SCHWARTZ, Barry. **Why we work?** Nova Iorque: Simon & Schuster, 2015. [ebook].

SHIRKY, Clay. **Here comes everybody: the power of organizing without organizations**. Nova Iorque. Penguin Books, 2009. [ebook].

SMITH, Adam. **The wealth of nations**. Nova Iorque: Skyros, 2015. [ebook].