

**UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO**  
**MESTRADO EM DIREITO**

**DANIEL ALVES DIAS CAETANO DE LIMA**

**DISSERTAÇÃO**

**ADVOCACIA DE ESTADO: AUTONOMIA INSTITUCIONAL E A  
CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

São Paulo

2019

DANIEL ALVES DIAS CAETANO DE LIMA

**ADVOCACIA DE ESTADO: AUTONOMIA INSTITUCIONAL E A  
CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação de Mestrado em Direito da Universidade  
Nove de Julho.

Linha de Pesquisa 1: Justiça e o Paradigma da  
Eficiência

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Samantha Ribeiro Meyer -  
Pflug

São Paulo

2019

AUTORIZO A REPRODUÇÃO TOTAL OU PARCIAL DESTE TRABALHO, POR QUALQUER MEIO CONVENCIONAL OU ELETRÔNICO, PARA FINS DE ESTUDO E PESQUISA, DESDE QUE CITADA A FONTE.

Assinatura: \_\_\_\_\_ Data \_\_/\_\_/\_\_

LIMA, Daniel Alves Dias Caetano de

Advocacia De Estado: Autonomia Institucional E A Consolidação Do Estado Democrático De Direito. São Paulo, 2009.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho.

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dra. Samantha Ribeiro Meyer - Pflug

## **DEDICATÓRIA**

Aos meus pais que eu tanto amo e a quem dedico todas as minhas vitórias. Sou muito grato por tudo o que sempre fizeram, e continuam fazendo, por mim. Espero um dia poder recompensá-los.

À minha esposa, Daphne, o grande amor da minha vida, minha dupla. Muito obrigado por estar ao meu lado em todos os momentos. Te amo para sempre.

Ao Arthur, meu filho que está a caminho e que eu já amo imensamente. Você é a motivação para cada dia eu querer ser melhor.

## **AGRADECIMENTOS**

À orientadora e amiga, Prof<sup>a</sup> Dra<sup>a</sup> Samantha Ribeiro Meyer – Pflug, pela competência e respeito. Agradeço pelos valiosos ensinamentos e pela compreensão nesse período. Tenho grande admiração pela profissional e pela pessoa que é. Muito obrigado por tudo.

## RESUMO

Somente a partir da Constituição Federal de 1988 a Advocacia Pública passou a ser expressamente prevista em âmbito constitucional, sendo assim, não se pode imaginar que uma instituição tão recente já possua todos os seus contornos desenhados e efetivados. Por isso, enfrenta-se aqui o controvertido tema da autonomia da Advocacia Pública e de seus membros, analisando a compatibilidade entre a estrutura e as funções atribuídas a essa Instituição. Para tanto, realiza-se um relato histórico a partir de sua previsão constitucional, descrevendo o seu papel constitucional e as principais atividades desenvolvidas como sendo função essencial à Justiça. Em seguida aborda-se a situação que, atualmente, se constata na esfera dos órgãos da Advocacia Pública, nos âmbitos federal, estadual e municipal, referente, principalmente, à sua autonomia institucional, buscando demonstrar que a situação existente nos dias atuais não se mostra adequada para o desempenho de sua importante função constitucional, bem como as consequências disso. Finalmente, analisa-se o Advogado Público como Advogado de Estado e não advogado de Governo, que, para tanto, necessita do reconhecimento de direitos e deveres para que suas atribuições sejam realizadas de forma condizente com os objetivos das instituições a que pertencem e, especialmente, do Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Advocacia Pública; Advocacia de Estado; Autonomia Institucional.

## **ABSTRACT**

Only after the Federal Constitution of 1988 the Public Attorney was expressly envisaged at the constitutional level, thus, it can not be expected that such a recent institution already has all its contours designed. Therefore, it is proposed to face the controversial question of the autonomy of Public Attorney and its members, analyzing the compatibility between the structure and the functions assigned to that institution. To do so, we will make a brief history beginning with its constitutional forecast, describing its constitutional role and its main activities as an essential function of Justice. Next, we will deal the situation that, currently, arises in the sphere of the organs of the Public Attorney, at federal, state and municipal levels, mainly related to their institutional autonomy, trying to demonstrate that the situation that exists today is not adequate for the performance of its important constitutional function, as well as the consequences thereof. Finally, we will analyze the Public Attorney as a State Attorney and not a Government Lawyer, who, for this, needs the recognition of rights and duties so that their attributions are carried out in a way that is in keeping with the objectives of the institutions to which they belong and, especially, of the Democratic State based on the rule of law.

**Keywords:** Public Attorney; State Attorney; Institutional Autonomy.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	9
1. A ADVOCACIA PÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	10
1.1 Função essencial à Justiça .....	10
1.2 A crise de Identidade da Advocacia de Estado .....	16
1.3 A Advocacia de Estado nos Municípios.....	21
2. ADVOCACIA PÚBLICA E O DIREITO ESTRANGEIRO .....	27
2.1. Argentina .....	28
2.2. Espanha .....	30
2.4. Sistemas jurídicos da <i>common law</i> .....	36
3. ADVOCACIA DE ESTADO E A NECESSÁRIA AUTONOMIA INSTITUCIONAL ..	42
3.2 A Autonomia Institucional .....	56
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS.....	66



## INTRODUÇÃO

A Advocacia Pública, prevista como função essencial à Justiça na Constituição Federal, possui atribuições essenciais para garantir o Estado Democrático de Direito, uma vez que zela, no desempenho de seus respectivos cometimentos fundamentais, a representação judicial e a consultoria, por suas mais importantes instituições – Estado e Direito – em todas e em cada uma das múltiplas relações da Administração.

Dessa maneira, deve ser garantida uma estrutura compatível com a missão que se espera de uma Advocacia de Estado comprometida, em atuação harmônica com os três poderes e as demais Funções Essenciais à Justiça.

Assim, cabe aos Advogados de Estado, com independência, garantir a obediência por parte da Administração Pública aos princípios constitucionais e ao ordenamento jurídico, sempre com o objetivo de atender ao interesse público.

Todavia, os Advogados Públicos acabam por estar subordinados, em aspectos administrativos, funcionais e financeiros aos governantes, ficando em situação de vulnerabilidade, sofrendo pressões ilegais, não podendo exercer plenamente seu importante múnus constitucional.

Por isso, aborda-se a necessidade de se atribuir maior autonomia institucional à referida entidade, entendida como aquela que abrange a autonomia administrativa, financeira e funcional de seus membros, garantindo-lhe, desta forma, estrutura, instrumentos e prerrogativas essenciais para o exercício de suas funções constitucionais e a busca de uma sociedade mais justa.

## **1. A ADVOCACIA PÚBLICA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

### **1.1 Função essencial à Justiça**

A Constituição Federal de 1988 dividiu seu título IV, que versa sobre “A Organização dos Poderes”, em quatro capítulos. O primeiro deles trata do Poder Legislativo, o segundo se encarrega do Poder Judiciário, sendo abordado pelo terceiro o Poder Executivo.

O quarto capítulo, que também se encontra inserido no mesmo título, contudo, apartado dos três primeiros, foi intitulado de “Das Funções Essenciais à Justiça”, e foi dividido em três seções, nomeadas, respectivamente, “Do Ministério Público”, “Da Advocacia Pública” e, a última delas, “Da Advocacia e Da Defensoria Pública”.

Dessa forma, a Constituição Cidadã trouxe importante inovação ao desmembrar a Procuradoria Pública do Estado, repartindo-a em três órgãos distintos e independentes.

Manteve-se, assim, e por óbvio, na Constituição, a básica distinção entre Advocacia Privada e Pública, seguindo clivagem entre interesses privados e interesses públicos.

Institui-se, porém, na Advocacia Pública – tomada neste momento em seu pleno e lato sentido de cura e de representação de interesse de terceiros – uma divisão em três ramos: o Ministério Público, a Advocacia de Estado e a Defensoria Pública (MOREIRA NETO, 2009, p. 24), cada qual com suas funções típicas estabelecidas pela Lei Maior e reguladas por leis infraconstitucionais.

O deslocamento realizado pelo Constituinte de 1988, que apartou as já aludidas funções essenciais à Justiça do ambiente interno da estrutura do Poder Executivo, não decorreu de mero acaso. A Constituição Federal buscou prestigiar

funções essenciais para o equilíbrio e para a harmonia dos Poderes estatais, e é sob esse aspecto que deve ser percebida a atuação do Ministério Público, da Advocacia de Estado e da Defensoria Pública. (TORRES, 2001, p. 142).

O Constituinte ao estabelecer o aludido deslocamento das funções essenciais à Justiça para um capítulo próprio, inserido no título sobre organização dos poderes, que discorre sobre os três Poderes clássicos, demonstrou total sintonia com as mudanças que refletiam no Estado Moderno e que tornaram inadequada ou insuficiente a teoria da separação dos poderes, em sua compleição original (FIGUEIREDO, 2001, p.20).

Nesse contexto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto diferencia, dentro de uma leitura realizada no texto da Constituição de 1988, as três concepções de Procuraturas Constitucionais (Advocacia Pública em sentido amplo):

- a) *a advocacia da sociedade*, viabilizada pelo Ministério Público, relacionada com a defesa de interesses sociais com várias dimensões subjetivas, da ordem jurídica e do regime democrático;
- b) *a advocacia dos necessitados*, operacionalizada pela Defensoria Pública, voltada para a defesa dos interesses daqueles caracterizados pela insuficiência de recursos;
- c) *a advocacia do Estado* (ou Advocacia Pública em sentido estrito), instrumentalizada pela Advocacia-Geral da União e pelas Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, vocacionada para a defesa dos interesses públicos primários e secundários (com a clara prevalência dos primeiros em relação aos últimos, em caso de conflito, em homenagem à construção responsável do Estado Democrático de Direito). (MOREIRA NETO, 2009, p.25)

Dessa forma, fica nítido o papel delimitado a cada uma das Procuraturas Públicas, cada qual investida de sua independência funcional para exercer seu respectivo múnus em prol da sociedade.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que:

Ao incluir essas carreiras nesse capítulo, a Constituição quis realçar a importância de todas na busca pela Justiça, entendida no duplo sentido: a) Justiça como instituição, como sinônimo de Poder Judiciário, já que este não tem legitimidade para dar início às ações judiciais, decidindo os conflitos que são postos e nos limites postos pelo, advogado, pelo promotor de Justiça, pelo advogado público, pelo defensor público; sem esses profissionais, a justiça não é acionada; ela não existe; b) Justiça como valor, incluída no preâmbulo da Constituição entre os valores supremos de uma sociedade fraterna pluralista e sem preconceitos, e que consiste na 'vontade constante de dar a cada um o que é seu' (*justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*) (DI PIETRO, 2016).

Assim, essa disposição constitucional se relaciona com a evolução do Estado, já que o sistema de participação política e o sistema de funções essenciais à Justiça se caracterizam como conquistas do Direito político contemporâneo, que visam, principalmente, à legalidade, e se apresentam como sistema formal de controle, de funções específicas que atuam através de órgãos técnicos, exercentes de uma parcela estatal, mas destacados dos Poderes de Estado. (MOREIRA NETO, 1992 p.41-57)

José Afonso da Silva, ao interpretar o art. 132 da Constituição Federal, que trata da Advocacia Pública do Estado e do Distrito Federal, afirma que:

A carreira de procurador do Estado e do Distrito Federal foi institucionalizada em nível de Constituição Federal. Isso significa a institucionalização dos órgãos estaduais de representação e de consultoria dos Estados, uma vez que os procuradores, a que se incumbe essa função no art. 132 da Carta Magna, não de ser organizados em carreira dentro de uma estrutura administrativa unitária em que sejam todos congregados. (SILVA, 2006, p. 152)

Dessa forma, somente a partir de 1988 que a Advocacia Pública começou a ser tratada com maior relevância, considerando-se que a Constituição expressamente a previu e determinou suas funções primordiais, mesmo que de maneira mais tímida se comparada ao Ministério Público e à Magistratura.

Todavia, importa adiantar que, mesmo com a previsão constitucional, a carreira ainda não tem o destaque e a autonomia que merece, tendo em vista a sua essencialidade para a garantia do Estado Democrático de Direito.

Isso porque, de maneira inconcebível, a nossa Constituição não garantiu à Advocacia Pública a autonomia prevista para as outras instituições públicas que são essenciais à Justiça, quais sejam, o Ministério Público, que tem sua autonomia prevista no artigo 127, § 2º, e a Defensoria Pública, que após a Emenda Constitucional 45/2004 teve sua autonomia expressamente garantida em relação às Defensorias Públicas Estaduais (que inexplicavelmente não foi estendida para a Defensoria Pública da União).

A par do clássico sistema da separação de poderes paradigmático das revoluções constitucionalistas ocidentais, podemos afirmar que a Advocacia Pública

se insere dentre as relevantes funções de controle, que vão além da costumeira distribuição de forças das tradicionais funções de executar, legislar e julgar.

Moreira Neto expõe uma justificativa política-jurídica buscando ultrapassar os limites da conformação institucional da nossa organização política, trazendo uma visão moderna da Advocacia Pública, na qual a instituição realiza uma atribuição constitucional de maneira simultânea às outras funções/poderes clássicos do regime da separação de poderes.

Tudo isso tem como base doutrinária o reconhecimento constitucional da atribuição dos membros das carreiras dos Advogados Públicos como função essencial à Justiça, que, numa concepção atual de organização de poderes, privilegia as funções constitucionais e não somente a repartição de poderes (MOREIRA NETO, 1992, p. 85).

Os últimos avanços da teoria constitucional enfatizaram, finalmente, a importância da chamada função de controle, para o exercício do qual concorrem todos os Poderes e a própria sociedade. [...] De um lado os três Poderes tradicionais, principalmente o Poder Judiciário, têm a seu cargo a correção, e de outro, as funções essenciais à justiça e a sociedade cuidam da fiscalização e da provocação. Trata-se de um novo esquema de distribuição de poderes, que, embora mantenha nos Poderes orgânicos o seu mais importante centro de decisão sobre juridicidade, descentraliza, nas funções essenciais à justiça, nos indivíduos, nas empresas, nas associações e nas instituições privadas, em geral, inúmeras funções de fiscalização e provocação [...]. (MOREIRA NETO, 1992, p.85).

A Advocacia Pública, seja no âmbito Federal, Estadual, Distrital ou Municipal, além de sua atuação em processos judiciais, tem a importante função de assessoramento dos agentes públicos, ou seja, possui atribuições de dar orientação a governantes e gestores públicos acerca da elaboração, monitoramento e execução de políticas públicas e atos administrativos, para que estejam em conformidade com o ordenamento jurídico, e, em especial, respeitem os princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da publicidade, atendendo, assim, ao interesse público primário.

Conseqüentemente, evita-se, dessa forma, a má aplicação de recursos arrecadados com os tributos dos cidadãos, além de evitar prejuízos ao erário.

Isso posto, como mencionado em nossa introdução, é de grande relevância perceber que a Advocacia Pública, assim como qualquer outro ramo das Funções essenciais à Justiça, está a serviço da sociedade, pois no cumprimento de suas atribuições de representação judicial e a consultoria, zela por suas mais importantes instituições (Estado e Direito), em todas as suas relações com a Administração Pública.

Assim, as funções exercidas pela Advocacia de Estado têm relevância ímpar para que seja atendido interesse público e para que se mantenha a lisura e a legalidade nas atividades da Administração Pública e de seus gestores.

Falando sobre a função dos Advogados de Estado, José Afonso da Silva diz:

A Advocacia é uma profissão, mas não é apenas uma profissão, é também um *munus*. (...). É, especialmente, um dos elementos da administração democrática da Justiça. É a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos poderes do Estado: o Poder Judiciário. Pois bem, a Advocacia Pública é tudo isso e mais alguma coisa, porque, na medida mesma que se ampliam as atividades estatais, mais ela se torna um elemento essencial ao funcionamento do Estado Democrático de Direito. Toda atividade do Estado se desenvolve nos quadros do direito. Assim é mesmo quando os preceitos positivos não vinculam a Administração e essa exercita faculdades discricionárias, tende a atuação do justo, suprema e constante aspiração desse organismo essencialmente jurídico que é o Estado. Pois, o arbítrio é inconcebível na atividade do estado, regida sempre por um escopo ético e opor valorização de interesse público. esse sentido ético-jurídico da atividade estatal requer avaliação especializada que pondere e controle o seu exercício, ao mesmo tempo em que defende a posição jurídica do Estado em face dos particulares. (...). Esse relevo, a essencialidade e indispensabilidade da Advocacia Pública, desde sempre, revela ser ela ínsita à estrutura do Estado. Quando este era Estado mínimo, a presença da Advocacia Pública também era mais modesta, mas nem por isso ausente, como prova o nosso sistema constitucional. Assim, no Império, era o Ministério Público que cumpria essa função. (...). Era o Ministério Público exercendo a dupla função de promoção da ação penal e de defesa dos interesses do estado. Igual sistema perdurou no regime da Constituição de 1891, segundo a qual o Presidente da República designaria, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador Geral da República, cujas atribuições se definiriam em lei, e esta conferia à Procuradoria Geral da República aquela dupla função. Foi a Constituição de 1934 que institucionalizou a Advocacia Pública da União, embora com a denominação de Ministério Público, como um dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais. E aí também já se acenava para a instituição no âmbito dos Estados. Essa institucionalização perdurou nas Constituições de 1946, num título autônomo, e perdurou nas Constituições de 1967 e 1969, naquela no título do Poder Judiciário e nesta do poder Executivo, e nelas com referência explícita ao Ministério Público dos Estados, que nestes tomou um sentido diferente do Ministério Público Federal. (SILVA, 2002, p. 281)

Nesse mesmo sentido, Diogo de Figueiredo Mendonça Neto, menciona a essencialidade da Advocacia de Estado e os princípios a ela intrínsecos:

A essencialidade está afirmada na própria designação constitucional das funções. Elas não podem deixar de existir, com as características e roupagem orgânica que lhes são próprias, e nem tolhidas ou prejudicadas no seu exercício. Sua essencialidade, em última análise, diz respeito à manutenção do próprio Estado Democrático de Direito e à construção do Estado de Justiça.

A institucionalidade também resulta evidente da própria criação constitucional; explícita, no caso do Ministério Público (art. 127), da Advocacia Geral da União (art. 131) e da Defensoria Pública, e implícita, quanto aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal (art. 132).

A igualdade decorre da inexistência de hierarquia entre os interesses cometidos a cada uma das funções essenciais à Justiça; a igual importância das funções determina a igualdade constitucional das procuraturas que as desempenham.

A unidade, que consiste na inadmissibilidade de existirem instituições concorrentes, com a mesma base política e com chefias distintas, para o exercício das funções cometidas a cada procuratura, está explícita no art. 127, § 1º, ao tratar do Ministério Público, e no art. 127, § 1º, quando faz menção à Advocacia Geral da União; implícita, para os Procuradores de Estado e do Distrito Federal e para a Defensoria Pública, conforme revelação dos arts. 132 a 134.

A organicidade unipessoal decorre da fundamental e genérica condição de advogado, estabelecida no artigo 133 da Constituição. Cada agente das procuraturas constitucionais é um órgão individual, para empregar nomenclatura de Marcello Caetano, com sua natureza institucional. Isso está explícito para os Procuradores dos Estados e Distrito Federal (art. 132), mas fica implícito para os demais membros das procuraturas constitucionais.

A independência funcional diz respeito à insujeição das procuraturas constitucionais a qualquer outro Poder do Estado em tudo o que tange ao exercício das funções essenciais à justiça. A inviolabilidade é um consectário da independência funcional no que respeita às pessoas dos agentes públicos das procuraturas constitucionais. Assim como nenhum dos Poderes pode interferir no desempenho das funções essenciais à justiça, nenhum deles pode constranger, por qualquer modo, até mesmo pela manipulação de remuneração ou de qualquer outro direito, o agente nelas investido. O princípio ficou explícito genericamente, no artigo 135 da CF, para todas as funções essenciais à justiça, mas há garantias específicas de vitaliciedade e de inamovibilidade que privilegiam os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública. Ainda assim, a mobilidade dos membros da Advocacia Geral da União e das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal não poderá ser arbitrária, mas, ao contrário, sempre com motivação transparente, para que não encubra os mascarados atentados à independência funcional e à inviolabilidade de seus agentes.

A autonomia administrativa consiste na outorga, às procuraturas constitucionais, da gestão daqueles meios administrativos necessários para garantir-se-lhes a independência para atuar, mesmo contra os interesses de qualquer dos Poderes, notadamente do Poder Executivo, de cuja estrutura administrativa se vale. Trata-se, portanto, de uma condição constitucional para que prevaleçam, na prática, todos os demais princípios, tal como a Carta Política de 1988 veio a reconhecer também como imprescindível a expandir a auto-administração do Poder Judiciário (art. 96, I, II e III, e 99). Da mesma forma, para o Ministério Público, o alcance dessa autonomia está definido explicitamente no artigo 127, § 2º, deixando-se implícito, o princípio, no tocante às demais procuraturas, para ser

considerado nas respectivas Constituições e leis orgânicas, conforme o caso.

A autonomia de impulso, por fim, é o princípio fundamental da atuação das procuraturas constitucionais. Ele preside e orienta o poder-dever desses órgãos de tomar todas as iniciativas que lhes são abertas pela Constituição Federal, pelas Constituições Estaduais e pelas leis, para o velamento e a defesa dos interesses que lhes forem confiados. Em termos gerais, cabe-lhes zelar pela juridicidade, desenvolvendo seu controle institucional de provedoria através de atividades consultivas, de fiscalização, esta de ofício, e de atividades postulatórias, tudo conforme os âmbitos de competência funcional e territorial próprios a cada uma delas. (MENDOÇA NETO, 1991, p. 22)

Por isso, é necessária a análise do importante mister exercido pela Advocacia de Estado e a relevância de se buscar uma maior autonomia institucional afim de garantirmos a efetividade dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, especialmente, com vistas à consolidação do Estado Democrático de Direito.

## **1.2 A crise de Identidade da Advocacia de Estado**

A Advocacia de Estado, nas últimas décadas, vem buscando encontrar uma identidade própria, diferenciada das outras carreiras jurídicas. Até porque, até pouco tempo a carreira da Advocacia-Geral da União nem existia. O que existia no âmbito federal eram várias carreiras dispersas, sem unidade e sem identidade.

Assim, antes do advento da Constituição de 1988 parte substancial das atribuições atuais da Advocacia Pública da União eram afetas ao Ministério Público. Assim, somente após a positivação da Advocacia de Estado na Constituição Federal – o que relembra-se, somente foi ocorrer na história do Brasil em 1988 – começou-se a delimitar-se as competências entre as funções exercidas pelas duas instituições.

Para se ter uma ideia, antes da Constituição Cidadã, o Ministério Público já estava previsto em um capítulo próprio nos textos das Constituições do país desde 1934, apenas não gozando de tal *status* na Constituição Polaca de 1937. A Constituição de 1946, no parágrafo único de seu artigo 126, era taxativa ao conferir a representação judicial da União ao Ministério Público (RODRIGUES, 2016, p. 30):



Art. 126, parágrafo único – a União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.

Como se nota, o artigo abrangia, ainda, o exercício das atividades de advogados da União nas comarcas do interior aos Promotores de Justiças dos Estados.

O mesmo dispositivo foi replicado no artigo 138, §2º, da Constituição de 1967, tendo ocorrido uma pequena alteração com a Emenda Constitucional nº 1/1969 que passou a prever o seguinte texto em seu artigo 95, §2º: “nas comarcas do interior, a União poderá ser representada pelo Ministério Público estadual”.

Portanto, nota-se que havia um grande conflito de identidade tanto da Advocacia de Estado quanto do Ministério Público, antes da Constituição de 1988.

Tanto é assim, que, buscando resolver essa crise de identidade vivida entre ambas as carreiras, o artigo 29 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) determinou que o Ministério Público e os demais órgãos das Procuradorias Federais existentes, até que fosse efetivamente criada a Advocacia-Geral da União, continuariam a exercer suas atribuições:

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, 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.

O §2º deste dispositivo, em razão da grande indefinição, garantiu a opção irretratável aos Procuradores da República para escolherem se iriam integrar a nova carreira da Advocacia-Geral da União ou se continuariam a fazer parte do Ministério Público.

Assim, a Advocacia-Geral da União somente foi criada juridicamente com a Lei Complementar nº 73/1993, com competência própria de representação da União, judicial e extrajudicialmente (art. 1º), retirando esse múnus do Ministério Público da

União, que pode se organizar com sua própria identidade nos termos constitucionais por meio da Lei Complementar nº 75/1993.

Sendo assim, não se pode imaginar que uma instituição tão recente já possua todos os seus contornos desenhados. Por isso, é natural que a Advocacia de Estado ainda seja uma carreira em construção e em constante evolução, que deve caminhar *pari passu* com as modificações do próprio Estado a que protege e se vincula umbilicalmente. (RODRIGUES, 2016, p. 30).

A crise de identidade não se restringia apenas à Advocacia-Geral da União, atingindo os diversos entes federativos, em especial, as Procuradorias dos Municípios que sequer foram tratadas na Constituição Federal (tema que será tratado em capítulo próprio).

A Procuradoria do Estado de São Paulo (PGE-SP), por exemplo, teve origem com o Departamento Jurídico do Estado (DASP), criado por Miguel Reale, quando Secretário da Justiça e Negócios do Interno, em 1947. O DASP foi concebido com vistas a agrupar a advocacia pública sob o guarda chuva de uma única instituição (São Paulo, 2008, p. 86).

Sobre este fato Miguel Reale rememora:

Com a experiência do Conselho Administrativo, aproveitei-me da vigência deste órgão, até enquanto não elaborada a Carta Paulista, para proceder a outras reformas essenciais. Uma delas foi a criação do Departamento Jurídico do Estado, depois transformado em Procuradoria do Estado. As condições dos advogados, nomeados para cargos isolados em cada Secretaria, era a mais caótica possível, não faltando bacharéis prestando serviços jurídicos na condição de escriturários. Impunha-se a criação de uma carreira única, distribuindo os advogados em diversos setores, de conformidade com as especificações requeridas pelas novas e crescentes competências da Administração Pública (REALE, 1987, p. 172).

Todavia, a PGE-SP, apesar de contar com mais de setenta anos foi prevista constitucionalmente, no âmbito estadual, apenas com a Constituição Estadual de 1967, sendo que até 1993 ela era um Departamento criado dentro da Secretaria da Justiça.

Assim, a PGE-SP somente deixou de estar subordinada à Secretaria da Justiça com a edição da lei Estadual nº 8.282/1993, passando a estar vinculada diretamente ao Governador do Estado, com “status” de Ministério.

Comprovando ainda mais a crise de identidade sofrida pelas Advocacias de Estado, até 2006, abrangia competência da PGE-SP a defesa das pessoas hipossuficientes, inclusive, contra o próprio Estado. A Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ), extinto órgão que compunha a PGE-SP, se incumbia de exercer esta função.

Apesar de os Procuradores do Estado alocados na PAJ exercerem esta função de maneira exímia, fato é que essa competência dentro de uma mesma instituição gerava uma dupla personalidade por assim dizer. Não era incomum a mesma instituição ajuizar uma ação na qual ela mesma iria apresentar a defesa. Basta lembrar que várias ações de medicamentos eram propostas pelos Procuradores da PAJ e a defesa ficava a cargo também dos Procuradores do Estado. Nítido o tumulto de atribuições (RODRIGUES, 2016, p. 31).

Sendo assim, um grande passo foi dado para a PGE-SP com o a edição da Lei Complementar Estadual nº 988/2006 que criou e organizou a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, apartando-a daquela.

O ADCT da Constituição do Estado de São Paulo, levando em conta que a Defensoria Pública ainda era uma carreira em criação, previu em seu o artigo 10º que, num período de vinte e quatro meses, os servidores da PGE-SP que exercessem suas atribuições na antiga PAJ passariam a exercer funções temporárias na Defensoria Pública. Dessa forma, até meados de 2008, Procuradores do estado de São Paulo exerceram funções que não lhes eram típicas.

Além disso, tendo em vista a confusão criada entre as carreiras, foi disposto no artigo 11 do ADCT que, no prazo de sessenta dias da promulgação da Lei Orgânica da Defensoria Pública, seria facultada opção, de forma irretratável, pela permanência no quadro da Procuradoria Geral do Estado, ou no quadro de carreira de Defensor Público, garantidas as vantagens, níveis e proibições, em semelhança

ao que foi previsto na Constituição Federal em relação aos membros do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União.

Portanto, não parece crível que pouco mais de dez anos de um exercício exclusivo em suas funções típicas seja suficiente para que uma entidade tenha uma identidade plena e definitivamente delimitada.

Como não poderia deixar de ser, a busca de uma definição de identidade da Advocacia Pública passa, primeiro, pelo conhecimento do próprio Estado em que se vive. Somente com uma junção de uma Procuradoria plenamente consciente do ente público que defende poderá extrapolar seu mero aspecto formal de existência, para atingir o âmago do interesse público presente e assim fazer parte do espírito vivificador do Estado que a pertence (RODRIGUES, 2016, p. 32)

Como expôs Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Mas, sobretudo, tenha-se em conta que as perspectivas de realização plena das missões constitucionais dessas carreiras de Estado, em curto, médio e longo prazo, tão auspiciosa e amplamente abertas às vésperas da alvorada deste novo século e milênio, dependerão fundamentalmente da compreensão que tenham seus próprios membros sobre o pleno sentido da alta missão essencial à justiça que lhes afeta, no qual necessariamente se inclui a essencialidade à realização da democracia, bem como dependerão da coragem cívica e profissional, permanentemente demonstrada, para desempenhá-la, aperfeiçoá-la e sustentar suas prerrogativas funcionais, notadamente e de independência técnico-funcional, de matriz constitucional, em toda sua plenitude, sempre com absoluta e imarcescível certeza de que só assim se dará a essencial contribuição que a elas toca na efetiva realização do Estado Democrático de Direito em nosso país. (MOREIRA NETO, 2009, p. 51)

A aurora de uma nova Advocacia de Estado, afeta unicamente às suas funções constitucionais, ainda se mostra em construção e em busca de seu real significado e identidade, mostrando-se essencial o enfrentamento do tema acerca da busca de uma instituição mais fortalecida.

Nesta conjuntura, impõe-se uma nova compreensão da Advocacia de Estado, do mesmo modo que das instituições co-irmãs – Ministério Público e da Defensoria

Pública – como um instrumento da sociedade, constitucionalmente inserido na estrutura Estado, destinado ao controle dos valores e dos princípios jurídicos que dela resultam e a refletem, conforme os respectivos objetivos da Constituição.

Isto posto, é necessário que se aperfeiçoem e atualizem constantemente essas instituições de zeladoria pública, para ocupar os crescentes espaços de controle de juridicidade pública, que, pelos motivos expostos, incessantemente se vão abrindo na vida da sociedade contemporânea. (MOREIRA NETO, 2009, p. 48/49)

### **1.3 A Advocacia de Estado nos Municípios**

O Município, na estrutura federativa, necessita de um tratamento mais adequado, capaz de dar eficácia à sua posição de ente federado, rompendo-se, definitivamente, com os ranços centralizadores, que vigoraram até recentemente e descaracterizaram a autonomia do poder local, herança dos períodos colonial, imperial e das fases de exceção (Estado Novo e Ditadura Militar) verificadas no período republicano.

Essa concentração exacerbada de poder atendeu, obviamente, aos interesses dominantes, que ao longo da história se manifestaram de formas variadas, refletindo-se nos diversos textos constitucionais, na vigência dos quais se vê desde o controle dos Municípios pelos Presidentes das Províncias (Constituição de 1824) e depois através da manipulação de eleições municipais pelo coronelismo (Constituição de 1891), as restrições do Estado Novo (Constituição de 1937), até a excessiva centralização da Ditadura Militar (Constituição de 1967 e Carta Outorgada de 1969) (ALVES CORDARO, 2009, p. 232).

A vacilação, constatada ao longo das diversas Constituições, na verdade, expressa a correlação das forças sociais existentes no contexto histórico dos respectivos trabalhos constituintes.

Todavia, Hely Lopes Meirelles sempre reivindicou a inclusão desse ente como elemento da estrutura federativa, sustentando que “o Município brasileiro é entidade estatal integrante da Federação”, para assinalar, em seguida, que essa posição do

Município brasileiro é peculiar, não encontrada em nenhum outro Estado Soberano (MEIRELLES, 2013, p. 125).

José Afonso da Silva, ao questionar se o Município é entidade federativa, afirma que o nosso sistema constitucional o coloca como entidade autônoma (organização e governo próprios e competência exclusiva), porém registra que, em nenhum momento, o texto constitucional afirma expressamente que os Municípios são unidade federadas, pois nas onze ocorrências onde são encontradas as expressões “unidade federadas” e “unidade da Federação”, há referências somente aos Estados e ao Distrito Federal (SILVA, 2012, p.640).

A despeito dessas incongruências, a Constituição de 1988 promoveu um importante avanço, passando a considerar o Município como componente da estrutura federativa, ainda que não o afirme como unidade federada. Ao lado da sua autonomia política, administrativa e financeira, previu a possibilidade de auto-organização, que era, nos termos da Constituição de 1946, prerrogativa do Estado-membro.

Assim, na sua configuração atual, o Município está inserido na estrutura federativa, embora não seja referido como unidade federativa, revelando uma incoerência que se expressa na organização desse ente político, podendo ser destacada, naquilo que diz respeito ao nosso tema, a ausência de previsão constitucional expressa, para a organização de seus serviços jurídicos. (ALVES CORDARO, 2009, p. 232).

A aludida anomalia gera consequências graves na realização do princípio do Estado Democrático de Direito, que tem como pressuposto básico a total submissão das unidades federadas aos princípios da legalidade, da moralidade e do respeito à dignidade da pessoa humana (Constituição, arts. 1º, 5º e 37) (SILVA, 2012, p. 616).

Até porque, sem a possibilidade de ter seus serviços de orientação e aconselhamento e de representação judicial revestidos de certas garantias, ficando sob influência dos interesses partidários e/ou pessoais, não estará assegurada a submissão da ação administrativa aos princípios do Estado Democrático de Direito, que tem como fundamento a soberania popular, pois impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure na simples formação de instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do

Estado Democrático, mas não seu completo desenvolvimento (SILVA , 2012, p. 117).

Por isso, para que atinjamos a desejada efetivação do Estado Democrático de Direito no Brasil é necessário o fortalecimento do poder local que passa, necessariamente, pela outorga ao Município de todos os elementos garantidores da participação popular na formação da vontade estatal, assim como pela estrita observância dos princípios constitucionais mencionados, cujo pressuposto é a consolidação de suas instituições, dentre as quais se destacam, por serem objeto deste trabalho, os seus serviços de consultoria e assessoramento jurídicos e de sua representação judicial (ALVES CORDARO, 2009, p. 233).

Ademais, conforme falado anteriormente, a Advocacia de Estado, até então prevista unicamente na legislação infraconstitucional, somente foi expressamente prevista constitucionalmente a partir de 1988. Inserida no contexto das funções essenciais à Justiça, está ela, como tal, incluída nos arts. 131º (Advocacia Geral da União) e 132º (Procuradoria dos Estados e do Distrito Federal) da Constituição. (p. 233)

Contudo, ao tratar o Município, o legislador constituinte não inclui a Advocacia Pública dos Municípios no rol do art. 132.

Esse tratamento diferenciado representa verdadeira equívoco, que precisa, o quanto antes, ser sanado do texto constitucional, por representar grave afronta ao princípio da isonomia, ao estabelecer distinções entre os entes federados, que, na verdade, ensejam a inobservância de princípios preconizados pela própria Constituição (CORDADO, 2009, p. 234).

Tal diferenciação feita pela Constituição não é razoável, uma vez que a função da Advocacia Pública do Município, sem sombra de dúvida, assim como as da União, do Estado-membro e do Distrito Federal, é a defesa do ente público, *lato sensu*, seja em juízo, através da atividade contenciosa, seja fora dele, nas tarefas de consultoria, assessoramento e, enfim, aconselhamento jurídico da Administração.

Portanto, parece óbvio que por realizarem a mesma função e serem portadores das mesmas atribuições, os Advogados Públicos do Município devem contar com uma carreira institucionalizada, devidamente estruturada e organizada,

acessível mediante concurso público, de provas e títulos, revestida das garantias institucionais necessárias à eficácia de função de representação judicial, assessoramento e, notadamente, de controle prévio da legalidade dos atos da Administração.

Além disso, existem outras razões que demonstram a mencionada a desigualdade de tratamento dada à Advocacia Pública do Município, pelo legislador constituinte.

Repousam elas na circunstância de que, em razão de outros fatores relevantes, sejam de ordem demográfica, sejam de ordem econômica, fica evidenciado o inaceitável traço de desigualdade.

Já se referiu que é injustificável esse tratamento diferenciado, notadamente porque muitos Municípios superam alguns Estados-membros, não só em número de habitantes, como, também, em atividade econômica, conforme poderá verificar dos dados apresentados a seguir. (CORDARO, 1996)

Em número de habitantes, as cinco maiores cidades brasileiras (São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador, Fortaleza e Belo Horizonte), com população superior a 2 milhões de habitantes, são maiores que os seis menores Estados da Federação (Sergipe, Rondônia, Tocantins, Acre, Amapá e Roraima).

Se for considerada a atividade econômica, destaca-se o Município de São Paulo, que tem o 3º maior PIB da Federação, só superado pelo da União e do próprio Estado de São Paulo. O PIB das dez maiores cidades (São Paulo, Rio de Janeiro, Curitiba, porto alegre, Manaus, Barueri, Salvador, Guarulhos e Campinas) é superior ao dos dezesseis menores Estados-membros (Ceará, Goiás, Pará, Maranhão, Rio Grande do Norte, mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Alagoas, Piauí, Paraíba, Sergipe, Rondônia, Acre, Amapá, Roraima, Tocantins) (CORDARO, 2009, p. 238).

Esses dados, por si só, são suficientes para demonstrar o verdadeiro absurdo, decorrente do tratamento que o legislador constituinte deu ao Município, ao permitir que aqueles com maior expressão demográfica e/ou econômica tenham um tratamento inferiorizado, se cotejados com os diversos Estados, que, menores em número de habitante e/ou atividade econômica, detenham prerrogativas de



organização de sua estrutura administrativa, mais aperfeiçoadas, como é o caso dos serviços jurídicos, organizados em carreira.

Aqueles que são contrários à institucionalização da Advocacia Pública do Município invocam como argumento que a grande maioria dos Municípios brasileiros é carente de recursos e não apresentam condições, ou mesmo não têm necessidade, de serviços públicos mais estruturados. Esse argumento é falacioso e não resiste a uma análise mais séria. Ele nivela os Municípios, tendo como referência os menores e mais pobres, deixando de considerar os maiores, onde estão reunidos milhares de habitantes. Superestima a minoria, em detrimento da maioria, o que é, no mínimo, antidemocrático. Além disso, a partir desse critério, impede o aperfeiçoamento das instituições, contribuindo para que fiquem à margem da institucionalização os serviços jurídicos dos grandes Municípios, que, como apontamos acima, superam, em população e em atividade econômica, diversos Estados da Federação.

Houvesse vontade política e efetivo compromisso com a realização do estado Democrático de Direito, buscar-se-ia uma alternativa, para a qual já foi apresentada solução. Com vistas a não onerar os pequenos Municípios, a regra constitucional fixaria a obrigatoriedade e organização dos serviços jurídicos em carreira, somente a partir de determinado número de habitantes. (CORDARO,1996)

Portanto, a Constituição vigente convive há trinta anos com a anomalia aqui demonstrada.

Porém, somente em momento mais recente, surgiram algumas iniciativas com vistas à correção do texto constitucional. Parte dessas iniciativas ocorreu por ocasião dos debates em torno da Reforma do Judiciário, no sentido da institucionalização das carreiras da Advocacia Pública dos Municípios. Tais iniciativas não lograram êxito, remanescendo, delas, a Proposta de Emenda Constitucional da autoria do Deputado Maurício Rands, a PEC nº 153/2003, que dá a seguinte redação ao art. 132 da Constituição:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados, Municípios e 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 3 (três) anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

A propositura, embora seja de fundamental importância, na medida em que retira do texto constitucional, o equívoco aqui mencionado e fortalece a Advocacia Pública dos Municípios, não cuidou de estabelecer a limitação, em razão do número de habitantes, de modo a afastar a resistência dos já aludidos argumentos falaciosos. Isso, talvez, tenha dificultado sua aprovação.

Desta forma, não foi dada a devida importância à referida proposta de emenda constitucional pelos Parlamentares, uma vez que foi apresentada em 03/09/2003, tendo sido aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça, sendo arquivada por força do art. 105 do Regimento Interno da Câmara:

Art. 105 – Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles.

Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio que se encontrava

Em 31/01/2007 a PEC foi desarquivada e, desde então, aguarda a criação de Comissão Especial para analisá-la.

Sendo assim, mostra-se de extrema relevância a atuação mais efetiva das entidades representativas da Advocacia de Estado, com vistas à institucionalização dos serviços jurídicos do Município, através da organização de Comissão que se dedique exclusivamente a esse propósito, buscando, de forma sistematizada e organizada, desenvolver um trabalho de convencimento dos Parlamentares e da própria opinião pública sobre a importância da medida.

Os esforços devem se voltar para avaliar a real viabilidade de aprovação da PEC nº 153/2003 ou para a construção de uma alternativa que, vencendo as resistências apontadas, possibilite a alteração do texto constitucional, nos moldes aqui debatidos. (CORDARO, 2009, p. 240)

## **2. ADVOCACIA PÚBLICA E O DIREITO ESTRANGEIRO**

A advocacia, apresentando-se como função essencial nas sociedades civilizadas, que se havia estruturado com o próprio Direito ocidental a partir das matrizes do Direito Romano pretoriano, levou mais de dois milênios para desdobrar-se historicamente até a instituição da Advocacia Pública atual (MOREIRA NETO, 2014, p. 16).

Esse desenvolvimento contemporâneo da Advocacia de Pública, já como função essencial à justiça, com o estabelecimento de suas divisões especializadas na transição para a pós-modernidade e com suas diversas denominações procedeu-se, contudo, de modo diverso, conforme os padrões das Constituições adotadas pelos países.

Dessa forma, a Advocacia Pública, no sentido estrito de proteção e representação dos interesses públicos empreendidos pelos entes estatais, assim como dos interesses gerais dos hipossuficientes, tal como se encontra no modelo constitucional brasileiro, apresenta variações institucionalizadas em outros países da mesma origem cultural romano-germânicas, cujas características devem ser analisadas.

Assim, trataremos, de maneira sucinta e a partir de um breve histórico, o funcionamento básico e algumas peculiaridades das Advocacias de Estado em outros países.

## **2.1. Argentina**

Primeiramente, trataremos da Advocacia Pública na Argentina, país latino-americano, vizinho do Brasil.

A Argentina é um país organizado sob um sistema federal de governo, segundo o disposto na Constituição de 1853 – modificada em 1866, 1898, 1957 e 1994.

Com início na redemocratização em 1983, as províncias argentinas encararam quase que em sua totalidade movimentos de profunda reforma e atualização de suas contribuições provinciais, o que acabou se caracterizando em um direito público provincial de poder.

Neste processo, mobilizando fundamentalmente pela consagração da possibilidade da reeleição imediata dos governadores em seus cargos, houve um fortalecimento das autonomias municipais, a incorporação de mecanismos de democracia semidireta, o reconhecimento de direitos sociais e de terceira geração e a criação de Conselhos da Magistratura para a seleção e nomeação de juízes e membros do Ministério Público Fiscal. Ainda se anteviu novos meios de participação dos cidadãos e novos instrumentos de controle e fiscalização (MONTBRUN; VALENZUELA, 2014, p.40).

Assim, a figura do Defensor do Povo foi criada em muitas províncias – Cidade de Buenos Aires, Chaco, Córdoba, Corrientes, Formosa, La Rioja, Neuquén, Rio Negro, Salta, San Juan, San Luis, Santiago del Estero, Tucumán – sendo que em outras destacou-se figuras como as Auditorias ou Controladorias Gerais, como pôde ser notado nas cidades de Buenos Aires e Salta (MONTBRUN; VALENZUELA, 2014, p.40).

Quando tratamos da matéria de Advocacia de Estado, a figura tradicional do “Fiscal” de Estado permaneceu sem alterações significativas, apesar de algumas

províncias também terem sido incorporadas à figura do Ministério Público de Investigações Administrativas, como Corrientes, Formosa, La Pampa e Rio Negro.

Nas palavras de Alberto Montbrun e Edgardo Valenzuela:

No Direito Público Provincial argentino, a figura da “Fiscalía” de Estado é sempre ligada à Advocacia de Estado e à representação judicial da Fazenda Pública, embora seja possível notar que confluem neste órgão duas funções não exatamente iguais, tais como controle da legalidade administrativa e a defesa dos interesses gerais ou da Administração. (MONTBRUN; VALENZUELA, 2014, p.41)

Dentre os profissionais do governo local ameríndio que deram origem à instituição da *Fiscalía* de Estado encontra-se o Procurador-Geral.

De acordo com o art. 3º da Lei 12.954, atualmente, o Corpo de Advogados do Estado é composto de uma Direção Geral e de delegações em cada um dos Ministérios, Secretarias de Estado e repartições da administração de jurisdição nacional que tenham assessorias jurídicas ou possam ter.

O Procurador do Tesouro da Nação é o diretor do Corpo de Advogados do Estado (art. 2º, Lei 12.954) e a Procuradoria do Tesouro é sua Direção Geral.

Todos os advogados do quadro permanente da Procuradoria do Tesouro da Nação são advogados do Estado (art. 20, inc. “a”, Decreto 34.952/1947) e também os são os delegados do Corpo de Advogados do Estado no interior da República, que, segundo o art. 66 da Lei 24.946, dependem da Procuradoria do Tesouro.

O Presidente do Tesouro na Nação depende diretamente do Presidente da Nação, tendo hierarquia equivalente a dos Ministros do Poder Executivo Nacional, contudo suas competências são exercidas com independência técnica (art. 1º, Lei 24.667, Boletim Oficial: 25.07.1996).

Dentre as principais funções do Corpo de Advogados do Estado estão: o assessoramento jurídico, a representação judicial do Estado, a atuação nos processos administrativos, o registro, controle e fiscalização dos processos judiciais e a emissão de instruções gerais e particulares aos integrantes do Corpo, determinando as exigências referidas ao treinamento e capacitação para o desempenho das tarefas próprias da função.

## 2.2. Espanha

Na Espanha a defesa e representação do Estado não é um fato recente, embora o seja a atribuição de tal missão ao Corpo de Advogados do Estado. Em um primeiro momento, esta tarefa correspondeu ao Ministério Fiscal. No entanto, a falta de conexão organizacional entre a Fazenda Pública e este Ministério Público propiciou uma importante reforma em 1849, na qual se criou a Direção de Contencioso, à qual se atribuiu a função de emissão de pareceres nos negócios cuja resolução pudesse produzir ações ante os Tribunais de Justiça ou administrativos e a promover e facilitar a defesa dos interesses de toda espécie em relação com a Fazenda Pública (CASTILLO, 2014, p.123).

De maneira concreta, o art. 5.2 do Real Decreto de 28.12.1849 estabelecia que órgão haveria de emitir pareceres antes da interposição de ações em nome do Estado ou contra o mesmo. Contudo, a trajetória desta instituição não foi nada sossegada.

Após cinco anos foi abolido tal organismo e substituído pela Assessoria Geral do Ministério da Fazenda, voltando a se criar com o mesmo nome e atribuições mediante o Real Decreto de 10 de março de 1881.

Mária Jesús Gallardo Castillo explica que:

Desde a sua criação, este órgão passou a contar com três “letrados”, a um competindo o cargo de Diretor e aos outros os de Subdiretores. O requisito era que fossem conhecedores da Ciência da Administração e tivessem prática nos diversos ramos de interesse da Fazenda Pública. No entanto, logo se evidenciou serem insuficientes estes recursos humanos, sobretudo pela necessidade de contar com pessoal especializado e conhecedor das normas jurídicas, o que propiciou que àqueles fossem acrescentados o que pode considerar o antecedente do Corpo de Advogados do Estado. Eram os chamados “Oficiais Letrados”, que haveriam de ser o pessoal de apoio deste organismo e que haveriam de ser Licenciados em Direito e ingressar mediante concurso. Ainda assim a defesa da Fazenda Pública seguiu em mãos dos Fiscais e foi necessário esperar até a aprovação do Real Decreto de 10 de março de 1881 para que, ante a necessidade de defender os interesses da maltratada Fazenda Pública, fosse criado o Corpo de Advogados do Estado, obviamente integrado na Direção de Contencioso. Suas competências eram similares às que tem na atualidade: a direção de todos os assuntos contenciosos do Estado que se apresentassem perante os Tribunais e a emissão do correspondente parecer em todos os assuntos sobre os quais haja de exercitar-se alguma ação ante os Tribunais de Justiça ou administrativos em nome ou por conta do Estado. Em definitivo, naquele tempo, aos Advogados do Estado, correspondiam as funções de

assessoramento, mas não as de defesa, que continuavam nas mãos do Ministério Fiscal. (CASTILLO, 2014, p. 124)

Ainda, em conformidade com referida autora, essa diversificação de funções tão estreitamente relacionadas e a sua localização em dois Corpos tão diferentes provocava não poucos tensões e disfunções que em nada beneficiavam os interesses do Estado. O processo de atribuição de funções foi concluído em 1886, quando, mediante o Real Decreto de 16 de março, foi-lhes transferido a função de defesa do Estado perante os Tribunais.

Juntamente com essa fusão de funções, essa norma também regulava aspectos essenciais como a forma de ingresso, o sistema de acesso e sua inamovibilidade. Os requisitos para ingressar eram: ser maior de 23 (vinte e três) anos, ser formado em Direito Civil e Canônico, ter boa conduta moral e política, três anos de experiência, realizar a cobrança de um imposto sobre direitos reais, ou um parecer em um expediente governamental, e, por último, prestar exposição oral relativa a questões de jurisdição ordinária, civil, criminal ou de contencioso administrativo.

O art. 29 previa que o Corpo de Advogados do Estado constituía uma carreira especial, dependente do Ministério da Fazenda e do Diretor de Contencioso, enquanto o art. 30 previa que se ingressava por concurso. As promoções ocorriam da seguinte forma: de cada três vagas, as duas primeiras seriam por antiguidade, e a terceira por escolha dentre os indivíduos da classe imediatamente inferior que reunissem as condições regulamentares.

Consoante esses preceitos, estabeleceu-se o Regulamento Provisório Orgânico da Direção de Contencioso e do Corpo de Advogados do Estado no ano de 1900. Mas apenas em 21 de Janeiro de 1925 estabeleceu-se o Estatuto Orgânico do Corpo de Advogados do Estado mediante Real Decreto Lei. Seu art. 2º definia o Corpo de Advogados do Estado como uma carreira especial, na qual só podia ingressar por concurso.

Nele se determinava que ficavam submetidos à autoridade da Direção de Contencioso, com total independência do destino que tivessem, e o que ainda é mais importante: reconhecia-se expressamente que este Corpo de Advogados do Estado deveria possuir garantias para desempenhar suas funções e vantagens de

uma carreira de uma promoção rigorosa, protegidos por uma estabilidade regulamentada, a fim de que tivessem, sob uma ótica única, esclarecida, perseverante e enérgica, todas as condições que reclama o importante serviço a que se destina (CASTILLO, 2014, p. 125).

Posteriormente, foi criado o atual Serviço Jurídico do Estado e Instituições Públicas, regulado atualmente pela Lei 52/97, de 27 de novembro, e pelo Regulamento do Serviço Jurídico do Estado, aprovado pelo Real Decreto 997/2003, de 24 de julho.

Como deixa clara a Exposição de Motivos, a proclamação constitucional, nos arts. 103 a 106, dos princípios de submissão plena da Administração Pública à Lei e ao Decreto e da universalidade do controle jurisdicional da atividade administrativa, junto com um crescente grau de consciência cidadã acerca dos meios previstos pelo ordenamento jurídico para a tutela dos direitos e liberdades, tem propiciado nos últimos anos um importantíssimo crescimento do sempre enorme volume de processos judiciais em que são partes as diversas Administrações Públicas, configurando-se, no que se refere ao Estado, em um panorama litigioso de volume e intensidade desconhecidos em épocas anteriores.

Concomitantemente e, por sua vez, igualmente a ele, os requisitos de uma Administração Pública, ao mesmo tempo em que necessariamente observadora do direito, eficaz em todos os âmbitos de sua atuação, importa a necessidade de munir aquela de meios adequados e suficientes no momento de fazer valer seus direitos e interesses ante os Tribunais de Justiça.

Dito de outra forma, a configuração dos instrumentos normativos institucionais e pessoais suscetíveis de garantir que a sujeição da atuação estatal ao Direito esteja em correspondência com uma eficaz tutela de seus interesses quando tal atuação é questionada ante os Tribunais, converte-se em requisito indispensável para o correto funcionamento de toda a Administração Pública que pretenda responder às exigências jurídicas e sociais de nossa época (CASTILLO, 2014, p. 127).

Desde o final do século XIX, um dos instrumentos que se utiliza para tentar proteger a específica situação do Estado quando é parte de um processo é a regulação das chamadas prerrogativas processuais do Estado. A relevância



constitucional e a importância dos fins e interesses a que serve a Administração Pública, a complexidade organizacional e estrutural que, em função de tais fins, assume o estado em nossos dias, assim como as estritas pautas de atuação que o ordenamento impõe às Administrações Públicas como forma de garantir a correta satisfação dos interesses gerais, determinam um peculiar *status* funcional e organizacional do Estado de cuja natureza não participam as pessoas e organizações de índole privada.

Dessa forma, aduz, se tal situação resulta a existência de um fundamento objetivo que razoavelmente justifica a consagração de determinadas peculiaridades do Direito processual comum quando o Estado é parte de um processo diante os órgãos jurisdicionais, não se pode deixar de ter presente em nenhum momento as exigências, derivadas dos princípios constitucionais de igualdade e tutela judicial efetiva (arts. 14 e 24 da Constituição espanhola), de tal sorte que as mencionadas peculiaridades processuais do Estado em nenhum caso resultem em atentados aos mencionados princípios, nem suponham desvantagens desproporcionais ou desarrazoadas para a parte contrária ao Estado no processo (Cf. CASTILLO, 2014, p. 126).

As diversas regras que desde há mais de cem anos constituíam a normativa atinente ao desenvolvimento do Estado nos diferentes tipos de processos, demonstram um conjunto normativo confuso, desconexo, assistemático, carente em muitos casos de delimitação precisa e, em muitas ocasiões, de conteúdo obsoleto, por se encontrar apoiado em padrões pertencentes há tempos passados (CASTILLO, 2014, p. 128).

Estas circunstâncias demandavam uma resposta eficaz a essa necessidade de instrumentalizar o Estado com uma assistência jurídica de acordo com os postulados de uma Administração moderna, austera, eficaz e consoante com os mencionados postulados constitucionais, especialmente o princípio da legalidade. Para isso, a atual normativa estabelece um mínimo de normas organizativas do Serviço Jurídico do Estado, instrumento que prestará esta assistência jurídica, conferindo uma regulamentação moderna e plenamente adaptada à Constituição e às prerrogativas processuais do Estado.

Nela se vem a estabelecer que a função do Corpo de Advogados do Estado consiste, conforme o art. 1.1, em assessorar, representar e defender o Estado e seus Organismos Autônomos, assim como representar e defender os Órgãos Constitucionais, salvo nos casos em que suas normas internas estabeleçam um regime especial próprio.

O centro superior de direção do Serviço do Estado é a Advocacia-Geral do Estado – Diretor do Serviço Jurídico do Estado e do centro superior diretivo do Serviço Jurídico do Estado, que tem *status* de Subsecretário e é nomeado pelo Conselho de Ministros mediante Decreto Real proposto pelo Ministro da Justiça, sendo eleito dentro os Advogados do Estado. A ele corresponde a superior direção do Serviço Jurídico do Estado e sua relação com toda espécie de organismos, entidades, e centros nacionais ou estrangeiros, assim como a direção, coordenação e fiscalização dos serviços que sejam requeridos aos diferentes Advogados do Estado.

Em consequência, é possível afirmar que a Advocacia-Geral do Estado – Direção do Serviço Jurídico do Estado constitui, de uma parte, o centro superior consultivo da Administração do Estado, de seus organismos autônomos e das entidades públicas dependentes, e, de outra, é o centro diretivo dos assuntos contenciosos em que seja parte o Estado, seus organismos autônomos, entidades públicas empresariais ou órgãos constitucionais.

A Direção do Serviço Jurídico do Estado centraliza o apoio e assistência aos Serviços Jurídicos do Estado e, dessa forma, permite garantir a unidade de critérios em sua atuação para evitar a ocorrência de decisões discrepantes dentro da própria Administração (Cf. CASTILLO, 2014, p. 128).

O Corpo de Advogados do Estado se incumbe de prestar assistência jurídica ao Estado e a seus organismos autônomos e órgãos constitucionais, o que consiste em assessoramento, representação e defesa em juízo.

Assim, os Advogados do Estado poderão representar, defender e assessorar as Comunidades Autônomas nos termos em que, caso a caso, se estabeleça regularmente e através de oportunos convênios de colaboração celebrados entre o Governo e as Comunidades Autônomas a partir de partir de proposta do Ministro da

Justiça, previamente informado à Advocacia-Geral do Estado – Direção do Serviço Jurídico do Estado.

Em tais convênios se determinará a compensação econômica que a sociedade ou fundação prestará contraprestação pelos serviços de assistência jurídica. Dessa forma, os Advogados do Estado poderão representar, defender e assessorar as Corporações locais nos termos em que seja regularmente estabelecido e através dos oportunos convênios de colaboração celebrados entre a Administração Geral do Estado e as Corporações ou as Federações das mesmas. O convênio de assistência jurídica deverá celebrar-se entre o Ministro da Justiça e as Corporações Locais interessadas ou Federações que as integram mediante proposta ou prévia audiência da Advocacia-Geral do Estado – Direção do Serviço Jurídico do Estado.

Ademais, os Advogados do Estado poderão assumir a representação e a defesa em juízo de autoridades, funcionários e empregados do Estado, seus organismos públicos e órgãos constitucionais, quando os procedimentos decorram de atos ou omissões relacionadas com o cargo.

Os Serviços Jurídicos do Estado possuem atribuição de assessoramento jurídico da Administração e de defesa em juízo da própria Administração. Essa dupla função encontra-se prevista na Lei 52, de 27 de novembro de 1997, e no Regulamento dos Serviços Jurídicos do Estado, aprovado pelo Real Decreto 997, de 25 de julho de 2003 (CASTILLO, 2014, p. 129).

Desta feita, os profissionais integrantes destes serviços jurídicos são os Advogados do Estado, que exercem a defesa e acompanhamento da Estado em todo tipo de processo, assim como a consultoria e o assessoramento jurídico a todas as Administrações Públicas, seja qual for o regime jurídico a que esteja submetida a atividade em conflito.

Os Advogados do Estado são agentes de carreira especializados que ingressam por concurso que cumpre os princípios constitucionais de igualdade, mérito e capacidade.

## 2.4. Sistemas jurídicos da *common law*

Analisaremos, ainda, os países que adotam a *common law* para entendermos como o papel da advocacia de estado em países com um modelo tão diferente do nosso.

A *common law* tem origem na Inglaterra e é profundamente marcada pela história desse país. René David adverte que o direito inglês está limitado à Inglaterra e ao País de Gales. Não é o Direito do Reino Unido, nem mesmo da Grã-Bretanha, embora os tenha por demais influenciado, ao se expandir geograficamente. Algumas vezes, por engano, chamado de consuetudinário, é, na verdade, jurisprudencial, porque elaborado pelos Tribunais Reais de Wesminster (*common law*) e pelo Tribunal da Chancelaria (*equility*).

Historicamente, não é atribuição do legislador estabelecer o Direito, tarefa incumbido ao Judiciário, alçado, assim, mais do que em qualquer outro lugar, à condição de verdadeiro Poder. A lei, chamada em inglês *statue*, desempenha função secundária e só pode ser aplicada pelo juiz se houver um precedente das cortes superiores que a tenha, interpretado.

Construídas pelos juízes, as normas jurídicas, na *common law*, são menos abstratas que nos direitos romano-germânicos, porque visam dar solução a um processo e não à formulação de uma norma geral de conduta para o futuro. Sua preocupação imediata é a de restabelecer a ordem perturbada, e não a de lançar as bases da sociedade (GRANDE JÚNIOR, 2009, p. 74).

No direito inglês, Tradicionalmente não é feita, a dicotomia entre direito público e direito privado, uma vez que se visualiza, no primeiro, uma forma de o Estado e sua Administração não se submeterem ao Direito. Segundo René David, a distinção fundamental ensinada ao estudante de Direito é a que distingue a *common* da *equility*.

Por muito tempo não se admitiu a existência de um direito administrativo. Acreditava-se que esse ramo seria uma forma de livrar os Estado das normas de direito comum e do controle jurisdicional do Poder Judiciário. *Common law* também

guarda o significado de existência de um regime comum ou único para o Poder Público e os particulares, sujeitando-os às mesmas normas e os mesmos juízes, embora contemple algumas imunidades ao poder político, como a famosa irresponsabilidade civil do Estado – *the king can do no wrong* – só suplantada na metade do século XX (DAVID, 2002, p. 353).

Entretanto, a complexidade do mundo contemporâneo possibilitou a superação dos preconceitos. A vastidão de regulamentos administrativos e a infinidade de litígios opondo Administração Pública e cidadãos levaram à constituição de tribunais administrativos, embora, diferentemente da França, sujeitos à revisão judicial. A tais organismos, denominados *Boards*, *Comissions* ou *Tribunals*, é reconhecida uma competência “quase-judiciária” (GRANDE JÚNIOR, 2009, p. 74).

Nesse caso, não se vislumbra a existência de um Ministério Público, sendo suas atribuições exercidas por juristas comuns (*lawyers*) empregados pela Coroa.

Sobre o tema, elucida René David:

A presença de um agente representante do Poder Executivo parece aos ingleses inconciliável com a autonomia e com a dignidade do Poder Judiciário. O estatuto reconhecido ao Ministério Público parece-lhes, por outro lado, que destrói a igualdade que é necessário assegurar, em matéria penal, entre a acusação e o acusado. Do mesmo modo, não se encontrará, na Inglaterra, um Ministério da Justiça, embora espíritos brilhantes preconizem a instituição de tal ministério. (DAVID, 2002, p. 427)

O *Law Officers of the Crown* são os conselheiros jurídicos da Coroa e representam os governos do Reino Unido e dos Estados integrantes da *Commonwealth*. São chefiados pelos *Attorneys General*, em certos lugares chamado de *Advocate General*, como na Escócia, desde 1999. Restrito à Inglaterra e ao País de Gales, o *Her Majesty’s Attorney General for England and Wales* assessora e aconselha juridicamente a Coroa e o Gabinete, representa-os perante os tribunais, supervisiona a persecução penal a cabo dos *prosecutors* e atua em processos judiciais de interesse público. Com efeito, os *Attorneys Genral’s Officers* absorvem atribuições que, no Brasil, são divididas entre Ministério Público e Advocacia Pública (GRANDE JÚNIOR, 2002, p. 75).

Em razão da colonização e ao fenômeno da recepção, a *common law* fortaleceu-se geograficamente. No total são 53 países, nos dias de hoje, que

compõem a *Commonwealth*, na sua grande maioria formada por ex-colônias britânicas, das quais se destacam África do Sul, Austrália, Canadá, Índia, Jamaica e Nova Zelândia. Contudo, adverte René David (2002, p. 447), a *common law* sofreu alterações necessárias para sua adaptação às condições particulares de cada país no qual esse sistema foi admitido.

Todavia, importa destacar que a *common law* na Europa e fora dela, onde foi recebida em maior ou menor extensão, conforme as especificidades apresentadas por cada país. O mencionado rigor com a paridade de armas, que não admite nem mesmo existência de Ministério Público ou Ministério da Justiça, sofreu mitigação noutras nações que seguem o sistema da *common law*, mesmo as parlamentaristas, e muita mais nas presidencialistas, cujo melhor exemplo são os Estados Unidos da América do Norte.

#### Nas palavras de Grande Júnior:

A *common law* foi aplicada com ressalvas nas treze colônias norte-americanas, até porque não apresentava respostas satisfatórias aos problemas novos com que se deparavam os colonos, tanto que estes viam com mais simpatia a edição de leis e códigos do que os habitantes da metrópole. Com a independência, surgiu algo completamente novo: uma Constituição escrita. As boas relações com a França tornaram afável a via da codificação para a consolidação da autonomia do direito estadunidense perante o inglês. Até meados do século XIX hesitou-se entre a codificação e a *common law*. Em razão da hegemonia do idioma inglês e do maior nível de escolaridade dos descendentes britânicos, a *common law* triunfou, salvo no Estado na Louisiana. Mas a vitória não foi completa, pois certas peculiaridades do sistema estadunidense decorrem da influência da matriz romano-germânica. Como na Inglaterra, as normas legais só integram o ordenamento jurídico quando seu alcance é determinado por decisões judiciais e são vistas como peças secundárias do sistema, que trazem certos aditivos ou retificações de pontos particulares a serem interpretados restritivamente. Tal sentir não se aplica à Constituição dos Estados Unidos, porque ela não é uma Lei “como as outras”, mas a viga de sustentação do sistema, que merece interpretação por métodos mais avançados. De tal modo, o direito constitucional e o *administrative law* constituem ramos profundamente diferentes na Inglaterra e nos Estados Unidos. Nestes, o que se pode chamar de direito constitucional e o *administrative law* constituem ramos profundamente diferentes na Inglaterra e nos Estados Unidos. Nestes, o que se pode chamar de direito administrativo implica essencialmente no estudo das normas sobre funcionários públicos (*officials*) e sobre organização e funcionamento de grandes comissões federais e estaduais (*administrative agencies*) sem equivalente na Inglaterra. Um “poder administrativo” se desenvolveu ao lado dos três Poderes tradicionais: Legislativo, Executivo e Judiciário. (GRANDE JÚNIOR, 2009, p. 76)

Fala-se que surgiu um quarto na sociedade – *administrative power* – que se difere dos demais tradicionais poderes, em conformidade com a doutrina moderna.

Como o Poder Executivo, este poder foi confiado ao Presidente dos Estados Unidos. Mas, diferentemente do Poder Executivo, é exercido em colaboração e sob o controle de um certo número de grandes comissões instituídas pelo Congresso.

Nota-se o distanciamento dos moldes básicos da *common law*, porque suas fontes normativas também se centram no direito legislado, nas regras das agências públicas (*agency rules*) e nas decisões administrativas (*decisions*) (GRANDE JÚNIOR, 2009, p. 76).

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2004, p.123) explica que as agências públicas podem ser reguladoras, orientando-se para a regulamentação da vida pública (transporte, comunicações, alimentos, remédios, relações trabalhistas, seguros, mercado financeiro, comércio interestadual e outros) ou de assistência social, ocupando-se com veteranos, idosos e deficientes. Elas podem formular normas, aplica-las e resolver disputas.

Noutras palavras, exercem os três poderes da clássica taxinomia de Montesquieu. Mas tão amplos poderes estão sujeitos a um controle. O poder normativo, por ser delegado pelo Poder Legislativo, pode ser por este retomado. E os julgamentos alternativos estão suspeitos à revisão judicial. Contudo, as ações judiciais contra as agências públicas são limitadas pela doutrina da imunidade da Administração, que não permite ao Poder Público responder ações que tenham por fundamento jurídico inexecução de contratos e responsabilidade civil.

A situação vem mudando desde a promulgação do *Federal Tort Claims Act*, em 1946, que autoriza o ajuizamento de ações em face da Administração Pública federal, ou de maneira direta, em face dos seus agentes, juridicamente fundamentada na culpa destes. Há quem diga que um sistema de direito administrativo que não possibilita ao cidadão agir em juízo para recuperar perdas e danos é um sistema com os dias contados. Até hoje, porém, “os remédios contra a administração pública são menos dirigidos à compensação financeira e mais orientados a ordens específicas para comportamentos de fazer ou não fazer (*injunctive relief*)”.

De outro modo, a Inglaterra conta com verdadeiros Ministérios Públicos, integrantes dos Poderes Executivos (*Executive Branchs*), tanto federal como

estaduais. Suas numerosas funções mudam de uma unidade federada para outra, contudo pode-se identificar um núcleo em comum. Ele representa o Estado e juízo nas causas judiciais de todas as naturezas, desde as de persecução penal, passando pelas tributárias, até as cíveis nas quais o Estado é demandado. Também assessora e presta consultoria jurídica aos órgãos e agências estatais, tanto que certos gastos públicos dependem da sua prévia aprovação.

Noutro plano, é defensor da Constituição, das leis e dos interesses difusos e coletivos, especialmente em sede de direito sanitário, educacional, econômico, consumerista, das crianças, dos adolescentes, dos idosos e das vítimas de crimes. A Procuradoria-Geral, chamada de *Attorney General Office*, é chefiada pelo Procurador-Geral (*Attorney General*), que comanda não um Ministério Público, mas um desmesurado Ministério da Justiça (GRANDE JÚNIOR, 2009, p. 78).

O *attorney general* dos Estados Unidos é na realidade um ministro da justiça e só tem em comum o nome com o *attorney general* inglês, que é um jurista empregado pelo governo. Ele está à frente de um verdadeiro ministério público; cada tribunal federal possui um *U.S. attorney* que intervém sobretudo como *amicus curiae* em todos os processos em que se discute a constitucionalidade de uma Lei federal (DAVID, 2002, p.476).

Assim, como pôde se notar pelas informações trazidas, as atribuições dos *U.S. Attorneys* podem ser comparadas aos dos Procuradores da República brasileiros antes da promulgação da Constituição de 1988, ou seja, abrange tanto funções de advocacia da sociedade como de advocacia do Estado. Os *U.S. Attorneys* têm mandato de quatro anos e são nomeados pelo Presidente da República, dependendo de confirmação do Senado (VERGOTTINI, 2002, p. 284).

A composição dos profissionais eleitos espelha a clássica divisão entre os democratas e os republicanos, entre os liberais e os conservadores (GODOY, 2004, p.30).

As funções do *Attorney General* são tamanhas, que ganha destaque a figura de um de seus auxiliares, o *Solicitor General*, encarregado de coordenar as atividades de representação judicial perante a Suprema Corte e demais tribunais.



Os promotores estaduais também não escapam do grande carga política citada acima, podendo se utilizar da atuação no cargo para projeção política. De acordo com informação do *National Association of Attorneys General*, os Procuradores-Gerais são eleitos em 43 unidades federais, indicados pelo Governador em cinco (Alaska, Hawaii, New Hampshire, New Jersey e Wyoming), enquanto, no Maine, é eleito pelo Poder Legislativo e, no Tennessee, pela Suprema Corte Estadual. No Distrito de Columbia, o *Corporation Counsel*, cujas atribuições são semelhantes às dos *Attorneys General*, é indicado pelo Prefeito<sup>1</sup>.

Os países da *common law* pendulam entre o modelo inglês e o estadunidense de advocacia pública. Cada Estado, porém, guarda suas peculiaridades. Destaca-se aqui a Índia, onde se conciliaram costumes jurídicos milenares com as técnicas da *common law*, introduzidas durante a colonização britânica. À semelhança dos Estados Unidos, é uma federação e a Constituição escrita, de 1950, está no ápice do ordenamento jurídico. Recorre-se bastante ao direito legislado e à codificação, mas a própria Constituição (art. 141) obriga as jurisdições inferiores a seguirem os precedentes do Supremo Tribunal Federal.

O *Attorney-General for Índia* está previsto no art. 76 da Constituição, Precisa ser uma pessoa com qualificação suficiente para ser indicada a Juiz da Suprema Corte. Bem menos político do que os Procuradores-Gerais dos Estados Unidos, são em teoria advogados do Estado, não do governo, e não ostentam atribuições de Ministro da Justiça. Assim, a estruturação da advocacia pública segue mais de perto o modelo inglês (GRANDE JÚNIOR, 2009, p. 78).

Portanto, fica claro que a *common law* apresenta estrutura totalmente diferente dos direitos romano-germânicos, todavia o papel das normas legisladas vem crescendo exponencialmente aproximando os métodos usados nos dois sistemas. Alguns estados estruturam seus direitos sobre elementos dos dois formatos. “Entre estes direitos mistos podem citar-se os direitos da Escócia, de Israel, da União Sul-Africana, da província do Quebec e das Filipinas” (DAVID, 2002, p.26). No Brasil é irrefutável a influência do modelo norte-americano de advocacia

---

<sup>1</sup> Cf. NATIONAL ASSOCIATION OF ATTORNEYS GENERAL. Disponível em: <[http://www.naag.org/how\\_does\\_oude\\_become\\_an\\_attorney\\_general.php](http://www.naag.org/how_does_oude_become_an_attorney_general.php)> Acesso em 02 dezembro 2017.

pública quando da proclamação da República, mas, a partir daí, esse modelo vem perdendo espaço para outras construções jurídicas.

### **3. ADVOCACIA DE ESTADO E A NECESSÁRIA AUTONOMIA INSTITUCIONAL**

#### **3.1 Advocacia de Estado X Advocacia de Governo**

Dentro da ideia de autonomia institucional, entendida como a que abrange a autonomia administrativa, financeira, bem como a autonomia funcional de seus membros, é fundamental que façamos a distinção entre o conceito de Estado e de governo, que não se confundem. Por isso, ao tratarmos da Advocacia Pública, deveremos delinear a essência da Advocacia de Estado e separá-la da advocacia de Governo (ou dos governantes).

Assim, é fundamental entender que os Estados não se confundem com os seus Governos e, muito menos, com seus governantes e, em decorrência, os

Advogados de Estado não podem ser advogados de governos ou, pior ainda, advogados de governantes.

Por isso, como qualquer outra carreira incluída pela Constituição entre as Funções Essenciais à Justiça, a Advocacia de Estado serve à sociedade, pois, no desempenho de suas atribuições, é responsável pela a representação judicial e a consultoria em todas e em cada uma das múltiplas relações da Administração, zelando por suas mais importantes instituições, quais sejam: Estado e Direito.

Assim, enquanto governos e governantes são transitórios e refletem segmentos de maiorias, Estados e Advocacia de Estado são projeções institucionais permanentes de toda a sociedade, o que se reflete nas condições de suficiência e na própria natureza das respectivas investiduras constitucionais. (MOREIRA NETO, 2009,p. 24)

Como elucida Eros Grau, “o Estado é uma instituição, abstrata. Embora haja como ator no embate das forças políticas, no exercício do poder estatal, o Estado é, concomitantemente, o troféu da política, disputado por essas forças, interessados na conquista desse mesmo poder, o poder estatal” (GRAU, p. 257, 2005).

Por isso, o poder é do Estado e não do governo, que apenas se vale de parte desse poder enquanto gerir o Estado. O Estado é mais amplo do que o próprio governo, pois carrega consigo um corpo transitório (governo) e um corpo fixo, consubstanciado nos espaços, serviços, servidores e obras públicas, que extrapolam os limites temporais de um governo (RODRIGUES, 2016, p. 53).

Conseqüentemente, perceberemos que até mesmo a própria instituição onde o governo – Poder Executivo e Poder Legislativo – se instala faz parte do corpo fixo do Estado, permanecendo entre um governo e outro. O governo exerce parcela do poder e do espaço do Estado, porém nunca esgota toda a sua complexidade.

Nesse sentido, em um primeiro momento, uma tarefa de suma importância, envolve a identidade do advogado público, que seria a delimitação e consciência do papel desempenhado, notadamente nas relações com os gestores ou governantes.

Dessa forma, deve-se, primeiramente, identificar de forma precisa o seu “cliente” para que possa se construir a identidade do advogado público. “São duas

as possibilidades básicas: a) o 'cliente' é o Governo ou b) o 'cliente' é o Estado. Ademais, como fator adicional de dificuldade, ouvem-se vozes no sentido de que não existe uma diferença efetiva entre os dois conceitos" (CASTRO, 2010).

É mister perceber que o advogado público pauta o exercício de sua profissão, 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 calcados em leis e estarem sempre 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 (CASTRO, 2010).

Todavia, importa ressaltar que os artigos 131 e 132 da Constituição mantiveram explicitada a dupla missão fundamental desse sub-ramo estatal da advocacia pública (em sentido amplo), que é a Advocacia de Estado, ou seja: fundamentalmente, a representação judicial e a consultoria jurídica da União, dos Estados, do Distrito Federal e, por compreensão, já que não houve menção expressa, no que couber, a dos Municípios, entes políticos, que também são, em nossa federação de três graus.

Apesar disso, nada obsta que a esses órgãos possam ser atribuídas, ainda, outras funções afins, como, por exemplo, a assessoria jurídica (tal como prevista constitucionalmente para a Advocacia Geral da União), a direção jurídica de empresas (também prevista no Estatuto da OAB) e, até mesmo, atribuições meramente burocráticas (como podem ser previstas nas Constituições dos Estados

e Leis Orgânicas setoriais ou locais), mas, e aqui é preciso toda a atenção: tais atribuições só são válidas desde que não conflitantes com as duas missões fundamentais da advocacia dos interesses públicos estatais que lhes são constitucionalmente cometidos e são a razão de sua própria existência (MOREIRA NETO, 2009, p. 26).

Contudo, surpreende como até os dias atuais a prática do instituto, passados trinta anos da Constituição Cidadã, ainda se mostra tão distante do que se pretendia por meio dela realizar e com seu alcance real ainda tão longe de toda a elaboração teórica, embora escassa, produzida nesse período que se sucederam à introdução do conceito constitucional de funções essenciais à justiça e, espantosamente, não obstante ser o mais importante – restou desatendida em seu objetivo prévio - o de controle de juridicidade da Administração Pública – que, em última análise, é a vivência diária e a finalidade sínteses da Advocacia de Estado, no desempenho do inestimável serviço que deve prestar à sociedade.

Revela-se, assim, que, se, por um lado, no plano do ideal, já se disponha de princípios orientadores do aperfeiçoamento da atuação da Advocacia de Estado, o que inclui a incumbência, mormente dirigida ao legislador, de explicitar as condições institucionais necessárias para torná-la cada vez mais eficiente em sua missão constitucional, com vistas a que a ação administrativa dos entes estatais, nos três níveis federativos, seja cada vez mais obediente à ordem jurídica, por outro lado, no plano do real, a árdua luta, ainda por vencer, continua a se ater ao escopo, bem mais modesto, que ainda é alcançar um mínimo satisfatório de eficácia de um correto entendimento sobre sua missão por parte dos próprios legisladores, notadamente sobre a sua importância para a realização do Estado Democrático de Direito.

É claro que, para isso, faz-se mister superar não apenas a desinformação, como, infelizmente, a ignorância, o descaso e até o preconceito que ainda cercam a instituição da Advocacia de Estado, o que pode ser inconfessadamente alimentado pelos que recebem uma atuação mais efetiva dos instrumentos democráticos de controle da Administração.

Tais questões mostram-se de extrema importância, já que não se pode ignorar que o combate à corrupção ainda é tema prioritário em nosso País, e que,

para ser extirpada necessita de instituições de controle de juridicidade, sempre mais fortes e prestigiadas.

Mas é, sobretudo, a descabida, mas arraigada, percepção, infelizmente tão comum na classe política e tantas vezes repetida com espantosa naturalidade de que a Advocacia de Estado deve limitar-se a ser uma “advocacia de governos”, ou, ainda mais amesquinhadamente, uma “advocacia dos governantes”. (MOREIRA NETO, 2009, P.29)

Incongruentemente, os chefes de Poder Executivo, que não são os únicos, mas que, sem dúvida, contam-se entre os direitos beneficiários das funções de zeladoria a cargo da Advocacia de Estado, eles próprios ainda não perceberam essa diferença (sempre com as honrosas exceções), e, com isso, não são poucos os que têm constantemente minimizado, desconhecido, quando não estorvado o seu papel de controle de legalidade, ou, melhor dito, de juridicidade, por referir-se à lei e ao Direito, como na dicção precisa encontrada na Constituição espanhola.

Os que assumem essa lamentável atitude – o que é uma observação que vale para uma cópia de altos agentes políticos em todos os planos federativos – o fazem ou ignorando ou desconsiderando o status constitucional das Procuradorias no conjunto da distribuição constitucional de parcelas do poder estatal, insistindo em tratá-las como se fossem órgãos da administração ativa e próprios à estrutura do Poder Executivo, ou, até mesmo, como meros “escritórios de advocacia” instituídos à sua disposição e, como tal, sujeitos a comandos interferentes sobre suas funções, em ambos os casos, com solene desprezo à circunstância ímpar de serem constitucionalmente independentes (MOREIRA NETO, 2009, p. 30).

A respeito do tema MOREIRA NETO aduz:

Essa perversa captação política da Advocacia de Estado, com o inconfessável propósito de exercer domínio sobre os seus membros e, com isso, poder, mais comodamente, impor-lhes exigências indevidas, vem, por isso, acompanhada de constantes e falsos acenos a melhorias, que, obviamente, são procrastinadas, sempre como eficiente expediente para manter esta execrável pressão psicológica.

Não é preciso insistir que essas práticas condenáveis, mas infelizmente ainda encontradas, conduzem a enormes distorções, sendo a mais grave delas o estorvar (quando não impedir) a Advocacia de Estado de exercer, com a dignidade e a eficiência que a Carta Magna delas exige, a plenitude de seus deveres funcionais, notadamente o controle de juridicidade, seja por via judicial ou extrajudicial, dos superiores interesses da ordem jurídica do Estado, postos à sua cura. (MOREIRA NETO, 2009, p. 31)

Assim sendo, a Advocacia Pública, caso se encontre em situação onde haja divergência entre Estado e governo, deverá sempre defender os interesses do Estado, mesmo que com essa posição traga prejuízos diretos ao governante, direcionando as consequências danosas à pessoa do administrador e excluindo o Estado da causa, ou seja, se houver choque entre o interesse público primário e o interesse público secundário, que tem relação com o aparelhamento administrativo do Estado, deve prevalecer o primeiro, afinal a Advocacia de Estado não atua em defesa do aparelhamento estatal ou dos órgãos governamentais, mas em defesa do Estado, que prioriza sempre a garantia do interesse público primário, da moralidade e da eticidade.

Logo, o interesse público nem sempre é coincidente com o interesse do aparelhamento administrativo do Estado, pois aquele deve ser entendido como o interesse da coletividade, sendo certo que a Administração Pública não é sua titular, mas somente sua guardiã, conseqüentemente, não podendo dela dispor.

Assim, deve-se sempre se ater ao princípio da supremacia do interesse público que tem por conteúdo a ideia de que este se sobrepõe aos interesses particulares, na medida em que tem como pressuposto a realização do bem comum. Para Celso Antonio Bandeira de Mello, a posição da supremacia:

Significa que o Poder Público se encontra em situação de autoridade, de comando, relativamente aos particulares, como indispensável condição para gerir os interesses públicos postos em confronto. Compreende em face de sua desigualdade, a possibilidade, em favor da Administração, de construir os privados em obrigações por meio de ato unilateral daquela. Implica, outrossim, muitas vezes, o direito de modificar, também unilateralmente, relações já estabelecidas. (BANDEIRA DE MELLO, 1994, p. 20)

Quando tratamos da indisponibilidade do interesse público, um dos princípios basilares do Direito Administrativo e que tem por finalidade de que os interesses públicos, na qualidade de interesses pertencentes à coletividade, não se encontram ao livre dispor de quem quer que seja, uma vez que são impropriáveis.

Assim, o administrador não pode deles dispor, estando, ao contrário, obrigado a geri-los de acordo com suas finalidades e de acordo com aquilo que dispõe a lei.

Em suma, o necessário - parece-nos- é encarecer que na administração os bens e interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do

administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela (BANDEIRA DE MELLO, 1994, p. 23 )

A indisponibilidade do interesse público tem como pressuposto o interesse público primário, conceito criado na doutrina italiana, para diferenciar o interesse público da coletividade (o primário) do interesse público da Administração (o secundário).

Luciano José Trindade, Caterine Vasconcelos de Castro e Francisca Rosileide de Oliveira Araújo – anotam que:

O interesse público primário é o interesse da coletividade, identificado como o bem geral e comum a todos, que no Estado Democrático de Direito se materializa na observância da ordem jurídica. É um conceito substantivo, definido a partir das necessidades, das aspirações, dos valores, dos anseios, das tendências e das opções geradas e manifestadas numa sociedade, tendo a ver com a finalidade do Estado.

Já o interesse secundário é aquele interesse apenas da Administração, isto é, o modo pelo qual administradores, individual e pessoalmente, vêm o interesse público. É um conceito adjetivo, definido ou inferido a partir das necessidades organizativas e funcionais do estado, tendo a ver com os instrumentos utilizados para o atingimento da finalidade do Estado. (TRINDADE, CASTRO; ARAÚJO , 2005)

Para esclarecimento do tema, Renato Alessi faz a diferenciação entre interesses públicos primários e secundários:

Estes interesses públicos, coletivos, cuja satisfação está a cargo da Administração, não são simplesmente o interesse da Administração entendida como 'aparato organizativo', mas o que se chamou de interesse coletivo primário, formado pelo conjunto de interesses individuais preponderantes em uma determinada organização da coletividade, enquanto o interesse do aparelhamento (se é que se pode conceber um interesse do aparelhamento unitariamente considerado) seria simplesmente um dos interesses secundários que se fazem sentir na coletividade, e que podem ser realizados somente em caso de coincidência com o interesse coletivo primário e dentro dos limites de dita coincidência. A peculiaridade da posição da Administração Pública reside precisamente nisto, em que sua função consiste na realização do interesse coletivo público, primário. (ALESSI, 1960, p. 197).

Norberto Bobbio afirma que o primado público, se funda sobre a contraposição do interesse coletivo ao interesse individual e sobre a necessária subordinação, até a eventual supressão, do segundo sobre o primeiro, bem como sobre a irreduzibilidade do bem comum à soma dos bens individuais. Para ele é



comum a ideia à todas as teorias acerca do primado do público o seguinte princípio: “o todo vem antes das partes”.

Sendo que essa não é uma teoria recente, como explica Norberto Bobbio:

Trata-se de uma ideia aristotélica e mais tarde, séculos depois, hegeliana (de um Hegel que nesta circunstância cita expressamente Aristóteles); segundo ela, a totalidade tem fins não reduzíveis à soma dos fins dos membros singulares que a compõem e o bem da totalidade, uma vez alcançado transforma-se no bem das suas partes, ou, com outras palavras, o máximo bem dos sujeitos é o efeito não da perseguição, através do esforço pessoal e do antagonismo do próprio bem por parte de cada um, mas da contribuição que cada um juntamente com os demais dá solidariamente ao bem comum segundo as regras que a comunidade toda, ou o grupo dirigente que a representa (por simulação ou na realidade), se impôs através de seus órgãos autocráticos ou órgãos democráticos. (BOBBIO, p.24, 2007).

Os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público são princípios implícitos no ordenamento, porquanto não têm previsão expressa na norma constitucional. Eles decorrem do regime jurídico administrativo, concorrente à função estatal e deles os demais princípios relacionados à atividade administrativa: a) da legalidade; b) da continuidade do serviço público; c) do controle administrativo ou tutela; d) da isonomia; e) da publicidade; f) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; e g) do controle jurisdicional dos atos administrativos BANDEIRA DE MELLO, 1994, p.24).

Dentre os demais princípios decorrentes daqueles já expostos, merece, ainda, referência o princípio da legalidade, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, que tem por escopo submeter da atividade administrativa à lei. Hely Lopes Meirelles sustenta que “A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.” (MEIRELLES, 2001, p. 69)

Por estar obrigada a atuar dentro da lei, a Administração Pública não pode dela se desviar, colocando-se além daquilo que ela estabelece, ou ficando aquém do que ela permite.

O destaque a esses três princípios não significa ter-se olvidado dos demais, que devem orientar a atividade administrativa com o mesmo rigor e precisão. Todavia, a eles, deixamos de fazer outras referências, porque os três indicados são suficientes para a finalidade do trabalho.

Frente a tais princípios, demarcadores dos limites da via onde de desenvolver a atividade administrativa, cabe aos órgãos da Advocacia Pública a incumbência de atuar firmemente na defesa do interesse público, seja em juízo ou fora dele, como já afirmado.

Essa atuação pressupõe a necessária independência técnica, de modo a que os integrantes da Advocacia Pública tenham a liberdade de expor, sem qualquer constrangimento, seu posicionamento técnico, sua livre convicção, não podendo, por isso, ficar à mercê de pressões ou ameaças, ante o receio de vir a desagradar esta ou aquela corrente público-partidária, este ou aquele governante (CORDARO, 2009, 240).

Assim, por atuarem na defesa do interesse público, a Advocacia de Estado encontra-se em condição especial, como órgãos do Poder Público, com a tarefa privativa de manifestar uma decisão técnico-jurídica.

A atividade de consultoria jurídica atribuída aos Advogados Públicos representa nítido caráter preventivo de controle integrado da legalidade, sendo, naturalmente, um instrumento para coibir a ação dos agentes públicos que possa, desrespeitar direitos fundamentais ou lesar o erário e que, no mais da vezes, só chegam a ser responsabilizados através do recurso a medidas judiciais repressivas que têm se revelado insuficientes para a reparação do patrimônio público, reforçando a sensação de impunidade. (TRINDADE, CASTRO; e ARAÚJO, 2005, p.70)

Destarte, os integrantes da Advocacia de Estado, em geral, só se devem admitir a defesa do *interesse público primário*, jamais a do interesse pessoal do governante ou da autoridade. O *interesse público secundário*, compreendido,

conforme já afirmado, como o interesse da Administração, ou seja, “o modo pelo qual os administradores, individual e pessoalmente, vêem o interesse público”, só poderá ser atendido se estiver em consonância com o *interesse público primário*.

Também na tarefa de representação judicial, ao Advogado de Estado deve ser preservada sua autonomia técnica, através da disposição do art. 132 da Constituição, ainda que, como Advogado Público em geral, esteja subordinado ao posicionamento da instituição que integra (Procuradoria Geral), porém jamais aos caprichos do governante. (CORDARO, 2006)

À vista disso, um grande obstáculo para que os procuradores possam garantir o interesse do Estado em detrimento do interesse do governo, que nem sempre andam juntos, para que se buque a concretização da defesa do interesse público primário, encontra-se na organização da Administração Pública, baseada em uma hierarquia, em que existe uma relação de coordenação e subordinação entre os vários órgãos, sendo que a Advocacia Pública, em todas as entidades federativas, está inserida dentro dessa organização hierárquica, estando subordinada ao chefe da instituição, escolhido livremente pelo Chefe do Executivo, que é a autoridade máxima nessa hierarquia, sendo que nem sempre essa nomeação não está vinculada a uma pessoa que integre a carreira, como, por exemplo, na AGU.

Por isso, por diversas vezes, o advogado público acaba sofrendo pressão para que haja de maneira a favorecer a vontade do administrador público, indo contra a vontade do Estado, que pode, em alguns casos, inclusive, querer dar aparência de legalidade a atos ilegais. Essa situação pode comprometer o exercício da importante função constitucional de seus membros, mostrando a necessidade do fortalecimento da autonomia funcional e institucional da Advocacia Pública.

A previsão de maiores garantias e prerrogativas para que a Advocacia Pública possa exercer suas atribuições constitucionais não pode ser visto, de forma alguma, como privilégios desarrazoados, principalmente quando notamos que sua nobre missão é de garantir um Estado Democrático de Direito, sempre tendo por finalidade buscar e defender os interesses públicos primários.

Afinal, a possibilidade efetiva de contrariar os mais diversos interesses, desde aqueles dos governantes do momento até poderosas manifestações econômicas

privadas, reclama a existência de proteções institucionais ao desempenho retilíneo das atribuições da Advocacia Pública. (CASTRO, 2007)

Luciane Moessa de Souza, elucida que:

[...] se cabe aos advogados públicos o controle da juridicidade dos atos do Poder Público, se nesse mister lhe cumpre proferir pareceres avalizando ou não juridicamente as ações e omissões estatais, se, como vimos, o Poder Executivo controla hoje a nomeação dos dirigentes dos órgãos da Advocacia Pública, se, por outra parte, os membros da Advocacia Pública têm sua avaliação funcional e sua conduta disciplinar aferidas por órgãos que não guardam a necessária independência, é evidente que tais dirigentes podem direcionar os feitos (sejam pareceres, sejam contenciosos) para os advogados públicos que lhes pareçam mais dispostos a ceder às suas pressões e/ou às do Poder Executivo. Daí a imprescindibilidade de não se admitir a avocação imotivada de processos administrativos ou judiciais já distribuídos, bem como de se preverem critérios prévios de distribuição, a fim de evitar direcionamentos arbitrários. Tal prerrogativa deve necessariamente ser complementada por outra que lhe antecede sob o ponto de vista lógico: a lotação segundo critérios objetivos e garantindo-se a objeção de consciência. Esta garantia, ademais, liga-se ao princípio da eficiência administrativa, pois garante que os membros da Advocacia Pública tenham sua lotação definida conforme sua qualificação profissional e não consoante a sua disponibilidade (ou não) para interferências indevidas no exercício das funções. (SOUZA, 2008)

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro:

O papel do advogado público que exerce função de consultoria não é o de representante de parte. O consultor, da mesma forma que o juiz, tem de interpretar a lei para apontar a solução correta; ele tem de ser imparcial, porque protege a legalidade e a moralidade do ato administrativo; ele atua na defesa do interesse público primário, de que é titular a coletividade, e não na defesa do interesse público secundário, de que é titular a autoridade administrativa. Por isso mesmo, a atividade de consultoria tem de estar fora da hierarquia administrativa para fins funcionais, ou seja, para desempenhar com independência as suas atribuições constitucionais. Tratando-se de competência absolutamente exclusiva, a atividade de consultoria afasta qualquer possibilidade de controle por órgãos superiores, ficando o órgão praticamente fora da hierarquia da Administração Pública, no que diz respeito à sua função. Ainda que os órgãos consultivos funcionem junto a ministérios e secretarias estaduais e municipais — já que integram o Poder Executivo —, eles estão fora da hierarquia, não recebem ordens, instruções, para emitir o parecer neste ou naquele sentido. Não se submetem a decisões políticas de governo que sejam emanadas ao arrepio do direito. Quem emite um parecer, tem absoluta liberdade de apreciar a lei e de dar a sua interpretação. Isto é inerente à própria função que o órgão exerce. Ou ele é independente ou não precisa existir. (DI PIETRO, 2016)

Em face do exposto, só se pode falar em Advocacia Pública como função essencial da Justiça, se esta estiver caracterizada como uma Advocacia de Estado e não uma Advocacia de Governo, não podendo estar alheia a qualquer inequidade contra o interesse público, devendo ser uma combatente ferrenha de toda a forma

de imoralidade, improbidade e ilegalidade, sob pena de se tornarem cada vez mais reais as palavras de Rui Barbosa no sentido de que “de tanto ver triunfar as nulidades; de tanto agigantarem-se os poderes nas mãos dos maus, o homem chega a desanimar-se da virtude, e rir-se da honra e a ter vergonha de ser honesto”. (BARBOSA, 1914, p.86)

Portanto, o compromisso assumido pelo Advogado de Estado é com a Constituição Federal e com a lei com ela compatível, não com o Governante, de maneira que sua atuação não pode ser limitada em razão da hierarquia a impor-lhe alteração de convencimento pautado em sua análise jurídica. Sendo assim, a decorrência lógica da independência funcional evidencia a imparcialidade de atuação das Procuradorias de Estado frente aos atos do Administrador. O único vínculo hierárquico a ligá-las ao Poder Executivo é o de natureza administrativa. (ARAÚJO, 2004,p. 217)

Dessa forma, uma maior autonomia funcional, relativa a uma independência técnica do Procurador, sempre pautado nos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, não havendo subordinação do trabalho jurídico em relação ao Chefe do Executivo ou qualquer outro superior, se distancia da figura da Advocacia de governo, em que há pressões em prol da garantia de interesses imediatos dos governantes e gestores.

Até porque existem aqueles agentes políticos que, a pretexto de se passarem como gestores “eficientes” da coisa pública, relegam a plano secundário a juridicidade de suas decisões, como se fossem antagônicos esses valores. Para eles, os Advogados de Estado não fazem mais que atrapalhá-los e molestá-los, com cuidados que entendem ser “exagerados”, ou, na melhor das hipóteses, fruto de “uma excessiva prudência”, ou, ainda, como reação a censuras e desaprovações, tantas vezes inevitáveis, preferem ridicularizar o zelo público como uma desarrazoada “preocupação formal” por parte de advogados, que mais “atrapalham” que “colaboram” no atendimento do “interesse público”. Como se o respeito ao Direito não fosse do mais lúdimo interesse público primário. (MOREIRA NETO, 2009, p. 32)

A defesa de atos de autoridades públicas não pode ser efetivada de forma acrítica, em todos os casos e em quaisquer circunstâncias. Afinal, existem inúmeras situações onde impera a ilegalidade, a imoralidade, a improbidade, a má-fé e o dolo. Esse olhar criterioso está em harmonia com a advocacia de Estado. A tal advocacia de Governo não consegue trabalhar bem a transgressão jurídica (pontual ou “patológica”) do gestor” (CASTRO, 2010)

Nesse sentido, a Portaria AGU n. 408, de 2009, editada pelo então Advogado-Geral da União José Antônio Dias Toffoli, bem demonstra o processo de construção de uma advocacia de Estado.

O aludido ato, entre outras hipóteses, não viabiliza a defesa judicial de autoridades quando: a) não tenham sido os atos praticados no estrito exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares; b) não tenha havido a prévia análise do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, nas situações em que a legislação assim o exige; c) tenha sido o ato impugnado praticado em dissonância com a orientação, se existente, do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, que tenha apontado expressamente a inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato, salvo se possuir outro fundamento jurídico razoável e legítimo; d) ocorra incompatibilidade com o interesse público no caso concreto; e) identificada conduta com abuso ou desvio de poder, ilegalidade, improbidade ou imoralidade administrativa, especialmente se comprovados e reconhecidos administrativamente por órgão de auditoria ou correição.

Aldemiro Castro adiciona que:

Na advocacia de Governo (ou dos governantes), o advogado público federal é chamado para, diante de uma decisão pronta e acabada (não há participação na “construção” da solução, frise-se), necessariamente atestar a constitucionalidade e a legalidade da pretensão. Invariavelmente, não existe um chamamento direto nesse sentido. Não é dada uma “ordem” para a elaboração de uma manifestação “interessada”. Os “caminhos” são mais sutis, incluindo uma “cuidadosa” seleção de advogados, inclusive públicos, “sensíveis” aos reclamos mais “mesquinhos” do poder. (CASTRO, 2010)

Acrescenta, ainda, que:

A advocacia de Governo é tão indesejável e repulsiva que chega a se caracterizar como ilícita, justamente por afrontar a independência técnica (relativa) do advogado público, consagrada, pelo menos, na Constituição, no Estatuto da OAB e em pareceres vinculantes da AGU. Ademais, o padrão de comportamento ínsito à advocacia de Governo não se coaduna com a construção de um Estado Democrático de Direito informado pelo princípio da supremacia do interesse público (primário) (CASTRO, 2010).

Adriano Martins de Paiva (2015), em sua dissertação de mestrado sobre a AGU, afirma que:

Rommel Macedo (2008) destaca o advogado público como agente político. Tal consideração encontra-se embasada no seu entendimento de que o advogado público exerce uma função indispensável à realização da justiça, atribuição com assento constitucional, sendo essencial para a realização o reconhecimento da independência funcional do advogado público para a realização dessa missão: A partir da concepção de que o membro da Advocacia-Geral da União é advogado do Estado e não advogado do Governo, desempenhando importante papel na garantia do Estado Democrático de Direito, emerge a necessidade de reconhecimento de uma certa independência do referido agente no exercício de suas atribuições. Tal independência encontra respaldo, outrossim, no próprio art. 133 da Constituição de 1988, 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. '[...] Este trabalho traça a inviolabilidade que é ínsita ao próprio exercício da advocacia, garantindo aos advogados dignidade profissional, tanto na esfera privada como pública.

Destaca ainda a nota de imparcialidade e independência da burocracia diante da política partidária. Pois, ainda citando Max Weber, os funcionários públicos não devem fazer política, devem conduzir sua atividade de modo imparcial. Assim como cita também SCHUMPETER (1961), o qual ressalta a noção de "espírito de corpo", ou seja, que a burocracia qualificada deve constituir um poder por direito próprio, infensa às interferências políticas no cumprimento da sua missão. Com base na divisão do Estado em governo e administração, com esteio na concepção de burocracia, Rommel Macedo (2008) situa a Advocacia-Geral da União, dada a sua função essencial à justiça, dentro da concepção orgânica-funcional da separação de poderes brasileira.

Para tanto, aponta o reconhecimento dessa posição em decisão do Supremo Tribunal Federal - STF, que, durante julgamento, abordando questão preliminar ao próprio mérito da ação judicial em discussão, considerou que o sistema de separação de poderes não pode ser dissociado do presidencialismo, no qual o Presidente da República concentra as funções de Chefe de Estado, Governo e Administração. De outro tanto, teria dito ainda a Corte Suprema, que não se pode olvidar que outras instituições exercem essas funções e comungam com a divisão de poderes, tanto a Advocacia-Geral da União como as outras funções do Ministério Público e da Defensoria Pública, os quais, respectivamente, teriam, na interpretação do autor, independência funcional e autonomia administrativa. Prossequindo com as considerações de Rommel Macedo (2008), podemos inferir que o autor, partilhando de uma visão predominante nos demais estudos sobre o tema, a Advocacia Pública é responsável por uma função que não se submete organicamente aos demais poderes e, assim como eles, atua institucionalmente e de forma independente. Seria assim uma "função transversal", expressão atribuída ao jurista e constitucionalista alemão Friedrich Müller. Ou mesmo considerada como uma instituição responsável pelo exercício da "accountability horizontal" propagada por Guilherme O'donnel (1999)". (PAIVA, 2015, p. 56).

Destarte, se vislumbra a importância de uma Advocacia de Estado e não de Governo, com maior autonomia e garantia de prerrogativas a seus membros, de forma que não haja interferência de nenhum dos "poderes" do Governo no exercício das atribuições institucionais do Advogado Público. Sendo que em muitas vertentes da atuação dos procuradores públicos apenas atingirão uma adequada excelência qualitativa e um padrão de harmonização com a edificação de um Estado

Democrático de Direito em um meio de efetiva prática e realização de uma Advocacia de Estado.

### **3.2 A Autonomia Institucional**

Por tudo o que fora explanado acima, mostra-se necessário que a Advocacia de Estado tenha reconhecida uma maior independência. Somente se pode falar em independência real fornecendo-se uma autonomia administrativa e financeira (BRAGA, 2016).

A autonomia orçamentária significa que determinado órgão, com ou sem personalidade jurídica própria, foi contemplado pela lei orçamentária anual com dotação própria, fixando o montante das despesas autorizadas, no caso do Ministério Público e Defensoria Pública por propostas suas.

Por seu turno, a autonomia administrativa consiste na outorga da gestão daqueles meios administrativos necessários para se lhes garantir a independência para atuar, mesmo contra os interesses de qualquer dos Poderes, notadamente do Poder Executivo (MOREIRA NETO, 2001, p.50).

Há que se ter presente, no entanto, a diferenciação existente entre independência e a autonomia funcional. A autonomia funcional consiste na liberdade de exercer o ofício em face de outros órgãos e instituições do Estado, enquanto que a independência funcional é a liberdade com que estes exercem o seu ofício agora em face de outros órgãos da própria instituição. (ARAÚJO, Francisca Rosileide de Oliveira; CASTRO, Caterine Vasconcelos de; TRINDADE, Luciano José., 2004, p. 217).

Desse modo, a autonomia funcional dos membros das funções essenciais à Justiça protege sua atuação contra a interferência de pessoas ou órgãos de fora da instituição, enquanto a independência funcional consiste na liberdade no exercício da atuação do membro, sem intervenção de outros órgãos ou membros da própria instituição.



O Supremo Tribunal Federal (STF), inclusive, já se manifestou sobre esta questão na ADIN 881, quando o Relator, Min. CELSO DE MELLO, fundamentando seu voto e afirmou:

O conteúdo normativo do art. 132 da Constituição da República revela os limites materiais em cujo âmbito processar-se-á a atuação funcional dos integrantes da Procuradoria-Geral do Estado e do Distrito Federal. Nele contém-se norma que, revestida de eficácia vinculante e cogente para as unidades federadas locais, não permite conferir a terceiros — senão aos próprios Procuradores do Estado e do Distrito Federal, selecionados em concurso público de provas e títulos — o exercício intransferível e indisponível das funções de representação estatal e de consultoria jurídica do Poder Executivo. (...) A exclusividade dessa função de consultoria remanesce, agora, na esfera institucional da Advocacia Pública, exercida, no plano dos Estados-membros, por suas respectivas Procuradorias-Gerais e pelos membros que as compõem. 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”. O Min. NÉRI DA SILVEIRA se expressou da seguinte forma: “Penso que o art. 132 da Constituição quis, relativamente à Advocacia de Estado, no âmbito dos Estados-membros e do Distrito Federal, conferir às Procuradorias não só a representatividade judicial, mas, também, o exame da legalidade dos atos, e o fez com a preocupação de atribuir essa função a servidores concursados e detentores do predicamento da efetividade. O grande objetivo foi o exame da legalidade dos atos do Governo, da Administração Estadual, a ser feito por um órgão cujos ocupantes, concursados, detenham as garantias funcionais. Isso conduz à independência funcional, para o bom controle da legalidade interna, da orientação da administração quanto a seus atos, em ordem a que esses não se pratiquem tão-só de acordo com a vontade do administrador, mas também conforme a lei. Não quis a Constituição que o exame da legalidade dos atos da Administração Estadual se fizesse por servidores não efetivos. Daí o sentido de conferir aos Procuradores dos Estados — que devem se compor em carreira a ser todos concursados — não só a defesa judicial, a representação judicial do Estado, mas também a consultoria, a assistência jurídica. De tal maneira, um Procurador pode afirmar que um ato de Secretário, do Governador não está correspondendo à lei, sem nenhum temor de poder vir a ser exonerado, como admissível suceder se ocupasse um cargo em comissão”. Não obstante a clareza do art. 132 da CF quanto à obrigatoriedade do exercício das funções de representação estatal e de consultoria jurídica pelos Procuradores de Estado, entendemos que essa exigência não foi suficiente o bastante para assegurar a necessária independência desses órgãos na defesa do interesse público.

A maioria das Procuradorias atualmente, devido principalmente à falta de autonomia financeira e administrativa, ou seja, dependendo da vontade, muitas vezes política, de seus governantes, estão absolutamente desestruturadas, sem condições de administrar seus quadros, não possuindo carreira de servidores administrativos e contando com um número de procuradores muito inferior ao necessário.

Além disso, ao contrário da Magistratura e do Ministério público, que contam com referida autonomia, abrindo concursos para ingresso em seus quadros com grande frequência, a Advocacia Pública não pode contratar novos servidores sem a autorização do Chefe do Executivo, ficando, frequentemente, por muitos anos sem abrir um único concurso, o que afeta gravemente o exercício de suas atribuições essenciais, sobrecarregando seus procuradores e diminuindo a qualidade de seu trabalho. Tudo isso, traz um prejuízo importante para a defesa do interesse público e para efetivação da Justiça.

Por essa razão, tantas vezes, muitos procuradores, sem verem alternativas acabam por abandonar sua vocação, utilizando a Advocacia de Estado como carreira “trampolim”, já que sentem-se na contingência de migrar para carreiras jurídicas públicas mais bem estruturada e remuneradas, o que, aos poucos, vai degradando a defesa judicial e a consultoria das unidades políticas e administrativas que abandonam. (MOREIRA NETO, 2009, p. 31)

Devemos destacar, ainda, as importantes palavras trazidas por Gustavo Calmon Holliday, Procurador do Estado do Espírito Santo, em artigo intitulado “A IMPORTÂNCIA DAS PROCURADORIAS E SUA FUNÇÃO”, (<<http://www.apes.org.br>> Acesso em 10/02/2018), que se pronunciou acerca do assunto fazendo as afirmações que passam a ser transcritas:

De certa forma, os Procuradores de Estado são advogados de todos os cidadãos, uma vez que têm como objetivo-fim A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO.

Nesse sentido concluiu José Roberto de Moraes, no artigo AS PRERROGATIVAS E O INTERESSE DA FAZENDA PÚBLICA: No momento em que a Fazenda pública é condenada, sofre um revés, contesta uma ação ou recorre de uma decisão, o que se estará protegendo, em última análise, é o erário. É exatamente essa massa de recurso que foi arrecadada e que evidentemente supera, aí sim, o interesse particular. Na realidade, a autoridade pública é mera administradora.

Diante de tal premissa, ou seja, de que os procuradores defendem o patrimônio da coletividade, inclusive promovendo a cobrança dos créditos da Fazenda Pública, não se pode conceber que o ‘Escritório de Advocacia dos cidadãos’ tenha um contingente insuficiente e que os seus profissionais sejam mal-remunerados, pois, inevitavelmente, o prejuízo será do próprio erário que arcará com as conseqüências deletérias de tal situação.

É óbvio que, com um número insuficiente de procuradores, a qualidade técnica do trabalho desenvolvido é comprometida, refletindo-se diretamente na reputação pessoal desses profissionais, cujo trabalho não pode ser realizado com a dedicação devida e tampouco poderão desculpar-se futuramente sob a alegação de excesso de serviço.

É preciso adotar mecanismos, em nível constitucional, que impossibilitem aos administradores desvirtuar as finalidades dos órgãos públicos.

Conforme ensinamento de Hely Lopes Meirelles, ‘toda atividade do administrador público deve ser orientada para o bem comum da coletividade. Se dele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não institui a Administração senão como meio de atingir o bem-estar social. Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade’.

Todavia, e lamentavelmente, na prática a realidade é muito diferente. Na maior parte desses Órgãos, o quadro é deficiente, a remuneração é baixa e a estrutura é inadequada. Possivelmente esse quadro pode ser explicado pela inexperiência administrativa. A QUEM PODERIA INTERESSAR UMA ASSESSORIA JURÍDICA DEFICIENTE?

Mesmo orgulhosos por desempenharem atividade de especial relevância, a baixa remuneração, a deficiência estrutural e o alto volume de processos a que os procuradores de todas as Unidades Federadas estão submetidos, tem acarretado a evasão para outros cargos menos atribulados.

Tradicionalmente, os Procuradores de Estado são profissionais respeitados no meio jurídico e, inafastavelmente, devem ser aprovados em concursos públicos de provas e títulos altamente concorridos. Juristas de expressão nacional como Sérgio Ferraz, Carlos Ary Sundfeld, Michel Temer, Maria Sylvia Di Pietro, Carmem Lúcia Antunes Rocha, Luís Roberto Barroso são Procuradores de Estado.

Em seguida, traz o importante tema da autonomia administrativa, financeira e funcional, fundamental a instituição alcançar o fortalecimento que necessita. Afirmando:

Para se evitar os desvios de finalidade e o conseqüente enfraquecimento das instituições, é preciso promover as modificações necessárias nas Constituições, de maneira que o administrador fique impossibilitado de alterar toda uma estrutura para atender interesses menores. Conforme ressaltou Seabra Fagundes, ‘O que importa principalmente em uma Constituição não é se resume ela em texto breve. O que se deve aspirar é que ela atenda, no seu bojo, às várias relações ou situações que, segundo as condições político-sociais do país, mereçam ser disciplinadas com exatidão e de modo a perdurarem no tempo, para que os poderes do Estado não as possam desconhecer, ferir ou deturpar’. Em 1998, por meio da Emenda nº 19/98, a Constituição Federal teve o título da Seção II, do Capítulo IV, do Título IV, alterado para ADVOCACIA PÚBLICA, em substituição a Advocacia-Geral da União, elevando-se as Procuradorias ao status constitucional. Maurício Antonio Ribeiro Lopes, na obra Comentários à reforma administrativa, Editora RT, escreveu: ‘A Emenda Constitucional nº 19/98 determinou a correção da rubrica relativa a Seção II do Capítulo IV do Título IV da Constituição Federal, substituindo a expressão Advocacia-Geral da União por Advocacia Pública. Tal modificação elegeu definitivamente as Procuradorias Gerais dos Estados, inclusive, em órgãos de nível constitucional, no que procedeu com acerto em vista do papel de especial relevância que desempenham aqueles profissionais’. Dando continuidade à necessidade de evolução e aprimoramento das relações jurídicas e das instituições, está tramitando no Congresso Nacional uma nova PEC, Proposta de Emenda Constitucional que dá às Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal autonomia funcional e administrativa. Essa proposta inclui o §2º no art. 132 da CF, que está redigido da seguinte forma: Às Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal 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. Trata-se de um avanço sem precedentes. Finalmente, as Procuradorias passariam a gerir seus próprios recursos, podendo realizar, por conta própria, os concursos públicos para

preenchimento das vagas existentes e aparelhar os órgãos. Somente com a almejada independência as Procuradorias ficariam livres das vicissitudes ideológicas dos administradores que se sucedem de quatro em quatro anos, podendo, enfim, reestruturar esses Órgãos de forma a cumprirem plenamente sua atribuição constitucional que é, em última análise, a preservação do interesse e do patrimônio público.

Além disso, há posicionamento expresso a favor da autonomia da Advocacia de Estado, exposto pela Associação Nacional dos Procuradores do Estado – ANAPE, em ofício dirigido ao Congresso Nacional, por ocasião da Reforma do Poder Judiciário, que se transcreve na íntegra:

O texto constitucional vigente, promulgado em 1988, organizou as carreiras Jurídicas estatais e, marcadamente, definiu o papel do Ministério Público, da Advocacia Pública e da Defensoria Pública – arts. 127 a 130, 131 a 132 e 133.

A Constituição Federal, ao definir essas instituições como funções essenciais à Justiça, atribuiu ao Ministério Público a defesa da ordem Jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; à Advocacia Pública – exercida no nível federal pela Advocacia da União e, no plano estadual, pelas Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal –, a representação Judicial e a consultoria Jurídica das respectivas unidades federadas; e a Defensoria Pública a defesa dos menos favorecidos, ou seja, pobres na forma da lei.

Os órgãos da Advocacia Pública tiveram reforçado, desse modo, a sua missão Institucional tradicional de representar os entes federativos, garantindo sempre a legalidade da sua atuação administrativa. Nessa perspectiva, a função constitucional das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal engloba a defesa do patrimônio público, inclusive contra os eventuais abusos de poder promovidos pelos governantes, no exercício do seu mandato.

Também ao exercer a representação judicial da unidade federada, cumpre ao Procurador de Estado responder isentamente às ações propostas contra a Fazenda Pública e promover, quando necessário, as medidas judiciais cabíveis para a defesa do interesse do ente federativo, não na perspectiva dos detentores do poder, mas na salvaguarda do interesse e do patrimônio públicos.

Nessa perspectiva, a autonomia das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal é fator preponderante para que se garanta uma representação Judicial pautada pela técnica e respeito à lei.

Também no exercício de sua função consultiva, as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal funcionam como órgão de balizamento e orientação jurídica para todos os órgãos da Administração Pública, constitucionalmente vinculada aos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Sendo, pois, a primeira instância de controle de legalidade dos atos da Administração Pública, as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal atuam de forma preventiva, realizando o controle interno da legalidade das práticas administrativas, promovendo um exame prévio da legitimidade dos atos a serem praticados, conferindo-lhes a necessária legitimidade e coibindo as práticas perniciosas.

Mesmo com a existência desse controle, que não exclui aqueles exercidos pelo Judiciário, Ministério Público e Tribunal de Contas, constatam-se ainda assim abusos por parte dos detentores do poder, com graves e sérios prejuízos à coletividade, com repercussão no erário. Daí a necessidade do aprimoramento da atuação das Procuradorias dos Estados e do Distrito

Federal, condicionada à autonomia perseguida na denominada Reforma do Poder Judiciário.

A inserção das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal no texto constitucional foi festejada pelos mais ilustres juristas pátrios, como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, José Afonso da Silva, Celso Antônio Bandeira de Mello, dentre outros.

Dentro desse contexto, a autonomia funcional, administrativa e financeira das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal representa fator indispensável para que a sua função institucional seja alcançada e preservada de eventuais interferências políticas promovidas pelos titulares do poder, no exercício dos seus mandatos.

O caráter fundamental dessa atuação das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal não exclui nem minimiza a presença e efetividade da atuação do Ministério Público que, enquanto fiscal da aplicação da lei, certamente não detém essa prerrogativa de maneira exclusiva, tornando-se mais complexo e efetivo o controle de legalidade quando, paralelamente exercido pelos órgãos da Advocacia Pública, que detêm igualmente essa função institucional.

O bom desempenho das funções constitucionais pelo Ministério Público – hoje senso comum – não afasta a atuação das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, igualmente comprometidas com o controle da legalidade dos atos administrativos, que necessitam, para exercer de forma eficaz o seu múnus público, da necessária autonomia administrativa, funcional e financeira.

A experiência histórica demonstra que, apenas a partir de sua efetiva independência orçamentária e financeira, tornou-se possível ao Poder Judiciário e ao próprio Ministério Público exercerem, com efetividade, a sua função constitucional.

Em busca desse desiderato, o Congresso Nacional tem buscado aperfeiçoar as carreiras essenciais à justiça. Tome-se, por exemplo, o tratamento isonômico concedido quanto ao subteto previsto na Emenda Constitucional nº 41/2004, que distingue as carreiras essenciais à justiça das demais carreiras de Estado.

Outro, é o tratamento isonômico previsto na Emenda Constitucional nº 68/2003, que trata da idade mínima para exercício das carreiras previstas nas funções essenciais à justiça.

Por essa mesma razão, não pode prevalecer o entendimento de se retirar à autonomia conquistada pelas Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal no texto original da denominada Reforma do Poder Judiciário, resultante de um acordo de liderança na Câmara, visando tão-somente o aprimoramento da administração pública, que configuraria um inadmissível retrocesso ao bom desempenho da função institucional da Advocacia Pública, consoante advertiu o eminente Senador Bernardo Cabral, Relator do Projeto de Emenda Constitucional, quando de sua apreciação:

‘Estou convencido de que o atrelamento orçamentário das Procuradorias ao Executivo, quase que às raias da dependência e da subserviência, transformam os advogados do Estado em advogados do detentor do poder no Estado, e não é essa a inspiração da razão de ser e de atuar das Procuradorias. A autonomia financeira a alforria das Procuradorias, que poderão dedicar-se à defesa administrativa e judicial da coisa pública, desvinculados das vontades e imposições do eventual detentor da chefia do Executivo, zelando pelo respeito à Constituição e às leis, e não viabilizando, com verniz jurídico, as determinações do detentor do mandato popular. É sempre bom lembrar que o bem público é indisponível, e assim também o é a sua defesa.

Em razão disso, é de todo improcedente pensar que atingiremos a maturidade institucional com instituições fracas e dependentes, subalternas aos mínimos interesses que não sejam aqueles previstos na Carta Magna. Com o fortalecimento das Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal, não se pretende enfraquecer nem retirar do governante qualquer de

seus poderes ou prerrogativas, almeja-se buscar um maior equilíbrio entre os ideais políticos e a legalidade, por vez tão esquecida.

As Procuradorias Estaduais e a do Distrito Federal já possuem as autonomias administrativa e funcional em suas Leis Orgânicas, e algumas também possuem a financeira (RJ, DF, MS, RN). Entretanto, esse dispositivo sendo elevado à categoria constitucional, sedimentaria, definitivamente, inclusive na doutrina e jurisprudência, a condição de agentes políticos que detêm os Procuradores de Estado e do Distrito Federal. Ademais, é típico dos regimes democráticos o fortalecimento das instituições que prestam atividades de Estado, sendo um contrasenso tal posição.

O medo ou receio dos governadores improcede por completo. A autonomia financeira – já que as outras duas existem infraconstitucionalmente – não vem acompanhada da temida independência – somente concedida ao órgão Ministério Público –, despregando as Procuradorias Gerais dos Estado e do Distrito Federal do Poder Executivo, muito menos contempla o poder de iniciativa legislativa para fixar seus próprios subsídios ou criar cargos, por exemplo.

A chamada autonomia financeira nada mais é do que a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei, sujeito ao crivo do Legislativo e do Executivo, além do repasse a cada dia 20 do mês, em duodécimos, dos recursos correspondentes às dotações orçamentárias. Isto quer dizer que as Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal deixarão apenas de mendigar recursos para manter-se, sem ter, por exemplo, seus telefones cortados, xerox quebrada, ausência absoluta de material de expediente, como acontece em alguns Estados da federação.

O Ministério Público é o defensor da sociedade, a Defensoria Pública dos pobres, na forma da lei, e as Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal defendem os Estados e o DF, além de integrarem o Capítulo IV. Das Funções Essenciais à Justiça. Portanto, indaga-se: Qual o motivo do tratamento diferenciado dentre as funções essenciais à justiça? Por que somente os procuradores dos Estados e do Distrito Federal não podem ter autonomia?

A Câmara dos Deputados teve essa sensibilidade, que pareceu faltou a CCJ do Senado, mas que, certamente, não será compactuada pelo Plenário, uma vez que a atividade do Procurador de Estado e do Distrito Federal é relevante ao estado e ao governo, além de ser um instrumento de fortalecimento para o Estado Democrático de Direito, em razão do controle Interno da legalidade e moralidade administrativa que exerce. Com essas considerações, a Associação Nacional dos Procuradores de Estado – ANAPE espera contar com o apoio de Vossa Excelência para que seja mantida a autonomia das Procuradorias Gerais dos Estados e do Distrito Federal (§ 2º do art. 132 e art. 168 do texto da PEC nº 29/00), aprovada pela Câmara Federal, por proposta do PMDB, para continuarmos lutando em busca de um Brasil mais justo, democrático e fraterno. Brasília, 13 de maio de 2004. – Omar Coelho de Mello, Presidente’.

Esta questão envolvendo a autonomia da Advocacia Pública, atualmente bastante discutida e controvertida no meio jurídico, é tema, inclusive, da Proposta de Emenda Constitucional (PEC) de nº 82/2007, também conhecida como “PEC da Probidade”, que tramita perante a Câmara dos Deputados, visando atribuir autonomia funcional, administrativa e financeira à carreira, estabelecendo prerrogativa aos seus membros, tal como a inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e independência funcional.

Não deixa de ser salutar a criação de um espaço institucional para desenvolver o ‘diálogo final’ entre gestores e advogados públicos em torno do racional encerramento da litigiosidade em relação a certos temas recorrentes” (CASTRO, 2010).

A referida PEC conta com o apoio de toda a Procuradoria de Estado, em todas as suas esferas, pois fortalece a ideia de uma Advocacia de Estado, e não de governo.

Nas próprias palavras do autor de dessa PEC, o Deputado Federal Flávio Dino, ao justificar sua propositura:

A Advocacia-Geral da União é a instituição constitucional que, no âmbito da administração direta federal, exerce a advocacia de Estado, função essencial à justiça. No âmbito da administração indireta, a função é desempenhada pela Procuradoria-Geral federal e pelos procuradores autárquicos.

Assim, a aprovação da nova redação à Seção II do Capítulo das Funções essenciais à justiça mostra-se um avanço para o controle prévio de regularidade dos atos administrativos. Por outro lado, a atribuição de autonomia às entidades das esferas estaduais e municipais deriva do Princípio da Simetria.

Sabe-se que a sistemática da Constituição da República preza para o paralelismo entre as instituições públicas nele contidas. Com isso, o Ministério Público Federal possui as mesmas autonomias e prerrogativas que os Ministérios Públicos Estaduais (§2º do art. 127), o mesmo ocorre com a Defensoria Pública.

Dentre desse contexto, a autonomia funcional e as demais garantias previstas no texto da presente proposta de emenda à Constituição representam fator indispensável para que a função constitucional dos referidos órgãos seja alcançada pelos respectivos titulares.

Finalmente, ressaltamos que as autonomias propostas são razoáveis e submetidas ao controle parlamentar, visando garantir melhores condições institucionais para que os membros da Advocacia de Estado exerçam suas funções em favor da sociedade, motivo pelo qual solicito o apoio dos nobres Pares.

Portanto, é notória a importância do tema objeto dessa PEC, que traria muitos benefícios à sociedade, dando força a mais uma Instituição para garantia da legalidade e da moralidade, especialmente no cenário atual de crise moral e política, considerando-se que a autonomia institucional da Advocacia Pública é fundamental para uma verdadeira Advocacia de Estado, a manutenção do Estado Democrático de Direito e para a construção de uma sociedade mais justa e moral.

## CONCLUSÃO

Pelo exposto, apenas com a Constituição Federal de 1988, ao instituir o Estado Democrático de Direito, houve a inédita previsão constitucional da Advocacia Pública, em especial a AGU que teve uma maior atenção, conseguindo, dessa forma, a conquista de um espaço antes ocupado pelo Ministério Público, que na Constituição de 1967 era o único previsto como responsável pelo assessoramento jurídico do Estado.

Contudo, apesar de um grande passo dado, a Advocacia Pública ainda não recebe toda a importância e garantias que deveria ter, haja vista ser uma das funções essenciais para a justiça prevista na Carta Magna, encontrando-se, infelizmente, bastante vulnerável a pressões política e de governantes por falta de prerrogativas que foram conquistadas por outras Instituições de igual importância, como MP, Defensoria e Magistratura, sendo apenas lhe sido garantida a estabilidade prevista para qualquer servidor público.

Para que o Advogado de Estado possa prestar suas atribuições de consultoria e assessoramento ao Poder Executivo é necessário que existam garantias e prerrogativas para que as políticas públicas estejam embasadas nos princípios que regem a Administração Pública, como a moralidade, a legalidade, a eficiência, a publicidade e a impessoalidade. Ou seja, é primordial que o Advogado esteja atuando em prol primeiramente do Estado, que nem sempre vai ao encontro com as vontades do governo. Portanto, deve ser um Advogado do Estado e não um Advogado do governo.

Desta feita devemos enfrentar o controvertido tema da necessidade da autonomia institucional da Advocacia Pública, visto a relevância e a essencialidade das funções exercidas pela entidade na busca de um Estado social e justo, bem como melhorar a situação atual de seus órgãos, em todos os entes federados, demonstrando que a estrutura existente é absolutamente inadequada para o seu múnus constitucional, assim como assegurar maiores prerrogativas aos seus



membros para que possam exercer, sem interferências da vontade do governo, garantindo, assim, a vontade do Estado, priorizando sempre o interesse público primário, a moralidade e a legalidade.

A Advocacia Pública conta com servidores de alto grau de capacidade técnica e, portanto, devem ter a autonomia necessária para exercer o seu mister com eficiência e independência. Somente com uma Advocacia de Estado mais independente e com capacidade financeira e técnica é que será possível defender o primado público e evitar desvios e danos ao erário, que tantos prejuízos causam à sociedade brasileira, bem como garantir uma Administração Pública pautada nos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

Assim, não importa se por ignorância, inércia, descaso ou malícia, o certo é que, no Brasil, em tema de Advocacia de Estado, há ainda um longo caminho a percorrer e substanciais atrasos a serem resgatados para o cumprimento cabal do que dispõe a Constituição sobre as funções essenciais à justiça, mas, particularmente, isto ainda é mais certo e preocupante no que toca à Advocacia de Estado.

Por isso, existe a necessidade de que coloque-se, efetivamente, em ação todos os instrumentos dirigidos à fiel observância da ordem jurídica, mas, sobretudo, de modo especial e sobremaneira urgente cumpre empregar efetivamente o relegado e desdenhado instrumento previsto constituinte para a realização do difícil, delicado e permanente controle interno de juridicidade da administração pública, que é o aparelhamento de uma eficiente Advocacia de estado, pois não foi com outra razão que a alçou a função constitucionalmente independente. (MOREIRA NETO, 2009, p. 32)

É neste ponto que se ingressa de pleno no campo da realização da cidadania – justamente aquele que, entre seus inúmeros acertos, a Constituição de 1988 quis elevar, prestigiar e instrumentar, ao institucionalizar as funções essenciais à justiça. Essa é uma peculiaridade que escapa à percepção de quem se satisfaz com um alígera leitura da Carta Política e que, por isso, cumpre ser sempre frisada à exaustão, que é o fato de que essas funções são instrumentos essenciais, por certo, à justiça, como explicitado, porém nela implícita, a sua essencialidade à própria

existência de um Estado Democrático de Direito, pois lograr justiça nada mais é que respeitar os direitos fundamentais das pessoas.

## REFERÊNCIAS

ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano*. 2ª ed. Milão: Giuffrè, 1960.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

BARROSO, LUÍS ROBERTO. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar: 2001.

BRAGA, Luziânia Carla Pinheiro; MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira. A Advocacia-Geral da União como função essencial à Justiça. *Revista Jus Navegandi*. Teresina, ano 9, n. 798, 9 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7262/a-advocacia-geral-da-uniao-como-funcao-essencial-a-justica/2>>. Acesso em: 16 de julho de 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 25ª ed., 2012.

CASTILLO. María Jesús Gallardo. A Advocacia do Estado na Espanha: Antecedentes, regulação e funções. In: PEDRA, Adriano Sant'Ana (coord.). *Advocacia pública de estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas*. Curitiba: Juruá, 2014.

CASTRO, Aldemario Araújo. *Advocacia de Estado versus Advocacia de Governo*. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/observa/advestadvgov.pdf>>. Acesso em: 20 de julho de 2017.

CASTRO, Aldemario Araújo. *A Advocacia Pública como instrumento do Estado Brasileiro no Controle da Juridicidade dos Atos da Administração Pública*. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.aldemario.adv.br/observa/controle.pdf>>. Acesso em: 20 de julho de 2017.

COMPARATO, FÁBIO KONDER. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva: 2001.

CORDARO, Cesar Antonio Alves. A Advocacia Pública dos Municípios: necessidade de tratamento constitucional. 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 Jpsé Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CORDARO, Cesar Antonio Alves. A Advocacia Pública e os Municípios. *Revista Trimestral de Advocacia Pública*, São Paulo, n. 6, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Advocacia Pública como função essencial à Justiça. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 18 de agosto de 2016. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/interesse-publico-advocacia-publica-funcao-essencial-justica>>. Acesso em: 28 de junho de 2017.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 28ª ed., 2015.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. *Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado*. In: GUEDES, Jefferson Caráus; 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 Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito nos Estados Unidos*. São Paulo: Manole, 2004.

FARIA, Fernando Luiz Albuquerque. A Procuradoria-Geral da União, os interesses primários e secundários do Estado e a atuação pró-ativa em defesa do Estado Democrático de Direito e da probidade administrativa. In: GUEDES, Jefferson Caráus; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudo em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FRANCO, Cynthia Pollyana de Faria. O Controle Consensual como Alternativa à Persecução Estatal. In: ROSSATO, Luciano Alves. *Advocacia Pública*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LACERDA, Leydslyne Israel. Solução Extrajudicial de Conflitos e Participação dos Órgãos Essenciais à Justiça. In: ROSSATO, Luciano Alves. *Advocacia Pública*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES, MAURÍCIO ANTÔNIO RIBEIRO. *Comentários à Reforma Administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 1998.

MEDAUAR, ODETE. *A motivação das Decisões Penais* – Antonio Magalhães Gomes filho, editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

MEIRELLES, HELY LOPES. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª edição, São Paulo: Editora Malheiros: 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 17. ed., 2013.

MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2. ed., 1986.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 7. ed., 2012.

MONTBRUN, Alberto; VALENZUELA, Edgardo. O perfil da “Fiscalía” de Estado no Direito Público Provincial Argentino. In: PEDRA, Adriano Sant’Ana (coord.). *Advocacia pública de estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas*. Curitiba: Juruá, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 28. ed., 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Caraús; 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 Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções Essenciais à Justiça e as Procuradorias Constitucionais. *Revista Informação Legislativa*, Brasília, v. 29, nº 116, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à Justiça e as procuraturas constitucionais. In: *Revista Jurídica APERGS: Advocacia do Estado*, a. 1, n. 1, Porto Alegre: Metrópole, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções Essenciais à Justiça e as Procuradorias Constitucionais. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Prefácio. In: PEDRA, Adriano Sant’Ana (coord.). *Advocacia pública de estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas*. Curitiba: Juruá, 2014.

NALASCO, Rita Dias; SANTOS, Luis Felipe Freind dos. Demandas Repetitivas e a Fazenda Pública. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; DA CUNHA, Leonardo Carneiro (Coord.). *Advocacia Pública*. Salvador: Juspodivm, 2015.

OBRAS Completas de Rui Brabosa. Senado Federal: Rio de Janeiro. v. 41, t. 3, 1914.

PAIVA, A. *Advocacia-Geral da União: Instituição de Estado ou de Governo? Estudo Comparativo Entre Governos FHC (1999-2002) e Lula (2007-2010)*. 2015. 147 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Políticas) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília. 2015.

PEDRA, Adriano Sant’Ana (coord.). *Advocacia pública de estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas*. Curitiba: Juruá, 2014.

QUEIROA, ORNALDO DE ROCHA. *Desjudicialização dos Litígios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

REALE, MIGUEL. *Memórias: Destinos cruzados*. São Paulo: Editora Saraiva, 1987.

RODRIGUES, Daniel C. Pagliusi. *Por uma procuradoria do Estado Social*. In: CHIQUEZI, Adler. et al. *Temas atuais da Advocacia Pública / organizador Luciano Alves Rossato – 2. ed. totalmente reformulada – Salvador. Juspodvim, 2016.*

SÃO PAULO (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Centro de Estudos. *Advocacia Pública: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo / Coordenação editoria e texto: Cássio Scubsky*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008

SILVA, José Afonso da. *A Advocacia Pública e Estado Democrático de Direito. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 35. ed., 2012.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. Editora Malheiros, 2. ed., 2006.

SOUZA, Luciane Moessa. *Autonomia Institucional da Advocacia Pública e Funcional de Seus Membros: Instrumento Necessário Para a Concretização do Estado Democrático de Direito*. Paraná, 2008. Disponível em <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/08\\_1141.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais/36/08_1141.pdf)>. Acesso em 20 de julho de 2017.

TORRES, RICARDO LOBO (organizador). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Derecho constitucional comparado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.