

---

# A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

---



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 8	n. 34	p. 1-254	out./dez. 2008
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

# A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

## IPDA

### Instituto Paranaense de Direito Administrativo

<b>Direção Geral:</b>	Romeu Felipe Bacellar Filho
<b>Direção Editorial:</b>	Paulo Roberto Ferreira Motta
<b>Direção Executiva:</b>	Emerson Gabardo
<b>Conselho de Redação:</b>	Edgar Chiuratto Guimarães Adriana da Costa Ricardo Schier Célio Heitor Guimarães

### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (Brasil)	Jorge Luís Salomoni - in memoriam (Argentina)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (Brasil)
Alice Gonzales Borges (Brasil)	José Carlos Abraão (Brasil)	Nelson Figueiredo (Brasil)
Antonello Tarzia (Itália)	José Eduardo Martins Cardoso (Brasil)	Odilon Borges Junior (Brasil)
Carlos Ari Sundfeld (Brasil)	José Luís Said (Argentina)	Pascual Caiella (Argentina)
Carlos Ayres Britto (Brasil)	José Mario Serrate Paz (Uruguai)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (Brasil)
Carlos Delpiazzi (Uruguai)	Juan Pablo Cajarville Peruffo (Uruguai)	Paulo Henrique Blasi (Brasil)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (Brasil)	Juarez Freitas (Brasil)	Paulo Neves de Carvalho - in memoriam (Brasil)
Celso Antônio Bandeira de Mello (Brasil)	Julio Rodolfo Comadira - in memoriam (Argentina)	Paulo Ricardo Schier (Brasil)
Clèmerson Merlin Clève (Brasil)	Luís Enrique Chase Plate (Paraguai)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (Brasil)
Clovis Beznos (Brasil)	Lúcia Valle Figueiredo (Brasil)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (Brasil)
Enrique Silva Cimma (Chile)	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho - in memoriam (Brasil)	Rogério Gesta Leal (Brasil)
Eros Roberto Grau (Brasil)	Marçal Justen Filho (Brasil)	Rolando Pantoja Bauzá (Chile)
Fabrcio Motta (Brasil)	Marcelo Figueiredo (Brasil)	Sérgio Ferraz (Brasil)
Guilhermo Andrés Muñoz - in memoriam (Argentina)	Márcio Cammarosano (Brasil)	Valmir Pontes Filho (Brasil)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Espanha)		Weida Zancaner (Brasil)
		Yara Stropa (Brasil)

A246 A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional.  
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,  
2003.

Trimestral

ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada  
pela Editora Juruá em Curitiba

ISSN 1516-3210

1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.  
I. Fórum.

CDD: 342

CDU: 33.342

© 2008 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda.  
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
Internet: www.editoraforum.com.br  
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira  
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa  
Revisora: Lourdes Nascimento  
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta  
Bibliotecária: Leila Aparecida Anastácio - CRB 2513 - 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.  
Impressa no Brasil / Printed in Brazil  
Distribuída em todo o Território Nacional

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com a seguinte publicação:

- Revista da Faculdade de Direito

# O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional

---

**Luciane Moessa de Souza**

Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Doutoranda em Direito na UFSC. Professora de Direito Constitucional e orientadora de Prática Processual Civil na Faculdade Internacional de Curitiba (FACINTER). Procuradora do Banco Central do Brasil.

**Resumo:** A hipótese que se buscará demonstrar aqui é de que cabe ao advogado público um papel essencial na realização das missões constitucionalmente atribuídas ao Poder Público no Brasil. Muito mais que defender o patrimônio público de investidas ilegítimas (note-se bem, apenas das ilegítimas), entendemos que cabe à advocacia pública, sobretudo, prevenir a prática de ilícitos por parte do Poder Público, seja por ação, seja por omissão. Cabe-lhe, ainda, quando falhar a atividade preventiva e a questão vier a se tornar um litígio judicial, orientar o ente praticante do ato ilícito para que reconheça a licitude do pleito, realizando transação assim que esta ficar evidente e adotando todas as providências necessárias para corrigir situações similares. Esta postura, além de ser a única consentânea com um Estado cumpridor de seus deveres jurídico-políticos, contribui para reduzir a morosidade do Judiciário, já que o Poder Público é o litigante mais freqüente, o que afeta o acesso à justiça e, assim, o desenvolvimento institucional.

**Palavras-chave:** Advocacia pública. Controle de legalidade. Acesso à justiça. Desenvolvimento institucional.

## 1 Objetivo do trabalho

Este trabalho visa abordar o controvertido tema do papel da advocacia pública em um Estado que se pretende Democrático e de Direito. Vale dizer, nosso objetivo é identificar como essa instituição e seus membros podem e devem contribuir para a realização das missões constitucionalmente atribuídas ao Estado brasileiro.

Embora exista alguma produção teórica a respeito do tema, basicamente consistente de artigos jurídicos — com destaque para a vultosa produção do emérito professor e advogado público aposentado Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que provavelmente foi quem refletiu com maior profundidade e mais escreveu sobre o assunto —, nota-se que a doutrina e os próprios advogados públicos estão longe de um consenso a respeito de dois aspectos absolutamente cruciais, que podem ser assim sintetizados: a) quais os interesses que devem ser defendidos

pela advocacia pública em cada uma de suas atividades; b) qual a extensão da liberdade garantida ao advogado público no exercício de suas funções.

A produção já existente sobre o tema foi devidamente identificada e será tomada em consideração por este trabalho. Serão ressaltados tanto os pontos altamente controvertidos quanto os “quase consensuais” nas posições daqueles que já se manifestaram sobre o tema, sempre externando nossa posição pessoal, na condição tanto de pesquisadora no âmbito do Direito Público, quanto de advogada pública.

Entretanto, buscamos, por um lado, acrescentar algumas premissas que não têm sido devidamente consideradas no debate em questão. De outra parte, buscamos extrair dos posicionamentos adotados (os quais se alinham a muito do que já escreveu sobre o assunto) algumas conseqüências no que se refere à conduta cotidiana dos exercentes desta relevante função pública, buscando detalhar alguns aspectos em grau que não logramos encontrar na produção que nos antecedeu.

## 2 Abrangência da atividade: contencioso judicial; consultoria jurídica; assessoria jurídica

Num primeiro momento, importa distinguir entre as diferentes atividades desempenhadas pelos advogados públicos, cumulativamente ou não.

### 2.1 A atuação contenciosa

Muito embora a primeira idéia que venha à mente ao pensar em advocacia pública seja a defesa *judicial* dos interesses do Estado, no pólo ativo ou passivo de litígios em trâmite perante o Poder Judiciário, esta atividade, o contencioso judicial, representa apenas uma parcela e, em nosso entendimento, não a mais relevante, da atividade funcional dos advogados públicos.<sup>1</sup>

Ao me posicionar no sentido de que não se trata da função mais relevante, certamente corro o risco de despertar reações adversas, já que a cultura jurídica predominante em nosso país é a cultura do litígio. O senso comum considera bom advogado aquele que “vence os litígios”, esquecendo-se do elementar fato de *que a realização do Direito se dá sobretudo com o cumprimento espontâneo das regras pelos seus destinatários*, ou seja, nas situações em que não chega a ocorrer um litígio.

<sup>1</sup> Não se trata de uma posição solitária, pois vários expoentes da advocacia pública assim já se manifestaram, como é o caso de Sérgio Luiz Barbosa Neves, ex-Procurador Geral do Estado do Rio de Janeiro: “Imaginar que o momento maior de uma Procuradoria demonstrar a sua atuação é o da demanda judicial é apequenar-se diante da efetiva tutela do interesse público e da preservação dos sobreditos valores aos quais o Executivo está jungido. A atuação de uma Procuradoria deve ter escopo diametralmente oposto: evitar demandas judiciais e viabilizar políticas públicas dentro dos parâmetros da legalidade.” A Procuradoria-Geral do Estado como órgão fiscalizador interno e soberano da Administração Pública. Disponível em: <<http://www.aperj.org.br/artigos/arquivos/orgaofiscal.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2007.

Se pensarmos nas relações jurídicas que envolvem o Poder Público, teremos como situações ideais, do ponto de vista jurídico, de um lado, aquelas em que este cumpre as suas funções sem violar direitos de particulares, não incorrendo em ilicitude seja por ação, seja por omissão; de outro, aquelas em que os particulares cumprem seus deveres em relação ao Poder Público, seja pagando tributos, seja observando eventuais limitações estabelecidas em torno de sua liberdade com o objetivo de preservar outros direitos fundamentais, ou seja, não violam a lei, seja por ação, seja por omissão.

Da mesma forma que ao particular, via de regra, não interessa ver-se envolvido em litígios judiciais, que lhe demandam recursos, tempo e energia que poderiam ser melhor empregados em atividades diretamente produtivas, ao Poder Público, *cuja existência somente se justifica para a realização dos interesses de seus cidadãos*, menos ainda interessa ter que ir a juízo exigir dos particulares que cumpram a lei (fato que, obviamente, depende da colaboração destes), ou se ver no pólo passivo de processos judiciais em que é acusado de uma ação ou omissão ilegal, ainda mais se considerarmos que *os custos de uma condenação são sempre superiores aos do cumprimento espontâneo das normas jurídicas*.

Se se considerar, porém, que, eventualmente, o Poder Público, sendo, de fato, culpado, possa vir a sagrar-se vencedor em juízo, é imperativo ressaltar, desde logo, que *qualquer Estado que não incorra no lamentável equívoco de tomar-se como fim, quando não passa de um meio para a realização dos interesses da coletividade, jamais deveria buscar a vitória em juízo quando sabe (ou deveria saber) que falhou no desempenho de sua função, vindo a violar direitos daqueles que o sustentam e que justificam a sua existência*. Em outras palavras, não lhe assiste o direito de defender seus erros em juízo, de modo que a única atitude jurídica e moralmente aceitável seria o reconhecimento e reparação imediata de cada situação ilícita tão logo ela seja descoberta.

Note-se que, embora tal colocação possa parecer de uma “obviedade ululante”, o pensamento dominante acerca da função da advocacia pública em tais situações de cometimento de ilícito pelo Poder Público é de que este não deve ser reconhecido, de modo que praticamente proíbe-se a conciliação e busca-se a todo custo evitar que o Estado seja condenado, ainda que merecesse sê-lo. Voltaremos a esse ponto.

Evidentemente, a importância do contencioso reside em outra seara, bem diferente da vergonhosa defesa das ações e omissões ilegais do Poder Público. Revela-se nas situações em que este é levado a juízo sem qualquer fundamento, isto é, nas ocasiões em que, mesmo tendo cumprido seus deveres dentro do que prescreve a ordem jurídica, o Estado venha a estar na situação de réu em juízo,

casos em que é legítimo e necessário que os advogados públicos o defendam até o fim, buscando a vitória. Revela-se, ainda, quando o Poder Público é obrigado a ir a juízo para fazer com que os particulares que resistam ao cumprimento de seus deveres legais sejam compelidos pelo Judiciário a fazê-lo. Nestes casos, sim, avulta a nobreza da missão conferida aos advogados públicos e o interesse público em que ela seja bem desempenhada.

É interessante mencionar que as atividades contenciosa e consultiva terminam por se entrelaçar, pois, como lembra Derly Barreto e Silva Filho,

... muito embora o advogado público, na atividade contenciosa, tenha o dever de defender a *tese estatal* — e não propriamente a sua convicção —, isto não implica dizer que ele não exerça uma forma de controle de legalidade dos atos administrativos. Isso se evidencia quando, deparando-se com um ato ilegal, ele procede a representações às instâncias competentes, sugerindo providências de correção, de anulação e, até mesmo, de responsabilização da autoridade pública, tudo visando a defender eficientemente o interesse público.<sup>2</sup>

Embora não concordemos, como se verá, com a tese de que a natureza dos interesses defendidos varia conforme se trate de consultoria ou atividade contenciosa (fica implícito na fala do autor o entendimento de que, na consultoria, o advogado público pode externar seu próprio posicionamento jurídico e, na atuação contenciosa, teria que, sempre e necessariamente, defender aquilo que o Estado praticou ou deixou de praticar), a lição que se extrai das suas colocações é que *os fatos que chegam ao conhecimento do advogado público por meio de um litígio judicial não poderão ser por este ignorados para os fins de sua atividade de consultoria*, mas sim nela utilizados.

Neste passo, adiantemos desde já a visão, que será defendida mais adiante, ora explicitada de forma exemplar por Aldemário Araújo Castro:

Destaque especial deve ser dado para o “olhar” de controle sobre o ato administrativo ilegal atacado em juízo. Existe, nessa seara, um imenso espaço para aperfeiçoar a ação da Advocacia Pública como instrumento de controle. Primeiro, é preciso superar as equivocadas visões arraigadas na linha da defesa “a todo custo” ou da defesa “contra tudo e contra todos”. Ademais, nesse campo, *a Advocacia Pública pode contribuir de forma decisiva para a redução dos níveis de litigiosidade que chegam ao Poder Judiciário.*<sup>3</sup>

<sup>2</sup> O controle da legalidade diante da remoção e da inamovibilidade dos advogados públicos. Disponível em: <<http://www.anape.org.br/conteudo.php?n=14>>. Acesso em: 28 dez. 2007.

<sup>3</sup> CASTRO, Aldemário Araújo. A advocacia pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1630, p. 2, 18 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10772>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

## 2.2 A consultoria jurídica

É aqui que reside, a nosso ver, a mais relevante das funções da advocacia pública. E a vislumbramos como mais relevante por uma razão muito simples, já mencionada linhas atrás: *a situação ideal de realização do Direito é o cumprimento espontâneo das normas*. Sabendo-se que ao Poder Público, em sociedades extremamente desiguais como a nossa, são acometidas constitucionalmente missões gigantescas, tanto do ponto de vista qualitativo como quantitativo, as quais serão detalhadas pelo Poder Legislativo e postas em prática pelo Poder Executivo, percebe-se que a orientação jurídica aos governantes e demais integrantes da Administração Pública sobre o correto cumprimento das normas jurídicas dirigidas ao Estado é tarefa das mais espinhosas e, ao mesmo tempo, necessárias, de molde a *evitar que, face ao gigantismo de suas funções, venha o Poder Público a se omitir quando não poderia fazê-lo ou venha a atropelar os direitos daqueles que ele deveria, ao contrário, proteger*.

Considerando que apenas um pequeno percentual das situações de aplicação das normas resulta num conflito jurídico e que apenas um pequeno percentual desses conflitos torna-se um litígio judicial (dados os obstáculos de diversas naturezas que se colocam para o acesso à justiça em nosso país, os quais atingem de forma mais intensa justamente a parte mais carente da população), constata-se quão necessária é a *prevenção de conflitos jurídicos envolvendo o Poder Público*. Esta função é a chamada consultoria jurídica aos órgãos públicos e é ela que deve (mas nem sempre consegue) evitar as situações de cometimento de ilícito pelo Poder Público, as quais podem resultar em litígios judiciais contra este e nos quais muitas vezes sobrevém (ou deveria sobrevir) uma condenação.

Como ensina Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a consultoria, que ele chama de “advocacia consultiva” e que encarna a “expressão preventiva” das funções do advogado público, assume duas formas: “uma forma de atuar passiva, na qual a função é provocada pelo interessado, e uma forma ativa, na qual é exercida sem provocação, em caráter fiscalizatório”,<sup>4</sup> ou seja, a prevenção de ilícitos através de orientações expedidas de ofício pelos advogados públicos não só pode como deve ocorrer,<sup>5</sup> não devendo o advogado quedar-se inerte à espera de que consultas lhe sejam formuladas pelos órgãos públicos interessados. Parece

<sup>4</sup> As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 116, p. 88, out./dez. 1992.

<sup>5</sup> Para este autor, é possível reconhecer um princípio que preside à função dos advogados públicos que ele denomina de “autonomia de impulso”, pelo qual se comete a estes 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 foram confiados. Em termos gerais, cabe-lhes zelar pela *juridicidade*, desenvolvendo seu controle institucional de provedoria através de atividades consultivas, inclusive *ex officio* pela fiscalização”. *Idem*, p. 94.

evidente que a ignorância, normalmente, não é de conhecimento de quem a detém...

César Kirsch lembra, com inteira razão, que a adoção de controle preventivo é também uma questão de obediência ao princípio constitucional da eficiência:

o governante não pode olvidar que a máquina estatal deve agir com o máximo de eficiência, conforme prevê o art. 37 da lei Maior, tornando-se, destarte, imperiosa a participação da AGU na elaboração do plano político, para conferir segurança e credibilidade jurídicas, evitar desperdício de tempo e danos aos administrados, assim como prevenir equívocos dos próprios governantes.<sup>6</sup>

De modo geral, cremos ser possível afirmar que a consultoria jurídica dos entes públicos, atualmente, é manifestamente insuficiente, em diversos planos. Como anota Sérgio Luiz Barbosa Neves, a título de exemplo, numa situação ideal, todo “contrato administrativo seria fiscalizado desde sua gênese até o fim de sua execução”.<sup>7</sup> Todavia, como descreve Aldemário Araújo Castro,

Existe uma (triste) tradição nos órgãos correicionais, com honrosas exceções, de agir basicamente mediante provocação (...) Exige-se, como fator decisivo de combate aos desvios administrativos, uma postura ativa dos órgãos correicionais da Advocacia Pública (o controle do controle). Invertendo substancialmente a lógica clássica de funcionamento passivo ou reativo, impõe-se o desenvolvimento de linhas de ação e fiscalização inteligentes e propositivas.<sup>8</sup>

### 2.3 O assessoramento jurídico

Função pouco lembrada, até porque desempenhada por número muito menor de integrantes dos quadros públicos, normalmente exercentes de cargos em comissão, o assessoramento jurídico se assemelha, por um lado, à consultoria jurídica, por envolver a aplicação ou mesmo o detalhamento de normas jurídicas

<sup>6</sup> Advocacia-Geral da União e Poder Executivo: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 81, 2006.

<sup>7</sup> NEVES, Sérgio Luiz Barbosa. A Procuradoria Geral do Estado como órgão fiscalizador interno e soberano da Administração Pública. Disponível em: <<http://www.aperj.org.br/artigos/arquivos/orgaofiscal.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2007.

<sup>8</sup> CASTRO, Aldemario Araújo. A Advocacia Pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1630, p. 3, 18 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10772>>. Acesso em: 20 jan. 2008. Neste sentido podem ser colhidas ainda as lições de Luiz Carlos de Castro Lugon, para quem “as entidades públicas necessitam de cotidiana assistência jurídica, que as oriente na prática dos atos administrativos, em atitude preventiva que evite o surgimento de conflitos desnecessários. A advocacia pública deve ser melhor aparelhada, incrementando-se as atividades de consultoria. Os procuradores dos órgãos públicos devem ser melhor prestigiados, respeitada sua autonomia técnica, outorgando-se maior peso aos pareceres como espeque às decisões as autoridades públicas. Ter-se-á, então, um aumento da liberdade interpretativa, tolhendo-se uma vinculação que proíbe o agente público de pensar.” Ética na concretização dos direitos fundamentais. *Revista do TRF da 4ª. Região*, Porto Alegre, ano 18, n. 65, 2007, p. 31-53. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao019/Luiz\\_Lugon.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao019/Luiz_Lugon.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2007.



por parte do Poder Público, de modo a evitar futuros questionamentos quanto à licitude de seus comportamentos, bem como a elaboração de projetos de lei. Por outro lado, distingue-se da consultoria por envolver uma orientação voltada não à realização dos valores permanentes do Estado, predefinidos pela ordem jurídica (razão pela qual a consultoria, via de regra, deve ser vinculante), mas sim direcionada à realização de objetivos transitórios, de governo,<sup>9</sup> em que a ordem jurídica revela-se apenas como *limite* e não como objetivo norteador, razão pela qual o assessoramento, em regra, não é vinculante.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto denomina os exercentes de tais funções de “assistentes jurídicos”, cujos “pronunciamentos ou encaminhamentos (...) não vinculam o Estado e nem mesmo o assistido”, ao contrário do que se passa com o consultor jurídico, que “emite uma vontade estatal, como órgão do Estado que é, vinculando-o de tal forma que, se a Administração não seguir o ditame, deverá motivar porque não o faz, sob pena de nulidade do ato”.<sup>10</sup>

### 3 Acesso à justiça: conceito e obstáculos

#### 3.1 Conceito de acesso à justiça

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer o conceito de acesso à justiça que nos propomos a adotar. Quando se pensa em acesso à justiça, muitas vezes, tem-se uma visão estreita do tema, limitando-se apenas ao seu aspecto formal, qual seja, o de ter a possibilidade de ingressar em juízo para defender um direito de que se é titular. Este aspecto, de inegável importância — pois, sem ingressar com a ação, é impossível obter a realização do direito ameaçado ou violado — corresponde ao conceito de acesso à justiça em sentido formal, mas não abarca o seu sentido material, qual seja, o acesso a um processo e a uma decisão justas. Há quem fale, ainda, como Kazuo Watanabe, em acesso a uma ordem jurídica justa,<sup>11</sup> numa visão mais ampla de efetividade do direito.

Como é sabido, todo o direito processual nada mais é do que um instrumental posto a serviço da realização do direito material, de modo que nada vale termos normas de natureza material extremamente avançadas, como são, por exemplo, no Brasil, de um modo geral, as normas previstas na Constituição Federal

<sup>9</sup> É de Valdemar Leite a observação: “assessoramento está mais ligado ao governo transitório, enquanto que consultoria é mais ligada às funções do Estado, de caráter estável”. *Advocacia-Geral da União: instituição constitucional independente ou órgão do Executivo?*. Monografia (Conclusão de curso de especialização em Direito Público) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2003. p. 64.

<sup>10</sup> As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 116, p. 88-89, out./dez. 1992. No mesmo sentido o ensinamento de Mário Bernardo Sesta: “o aconselhamento do interesse público, no caso da Advocacia de Estado, deve, obedecidas certas condições, ter caráter vinculativo.” *Advocacia de Estado: posição institucional. Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 30, n. 117, p. 197, jan./mar. 1993.

<sup>11</sup> Apud MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 25.

em matéria de proteção a direitos, ou a legislação ambiental em vigor ou, ainda, o Código de Defesa do Consumidor ou o Estatuto da Criança e do Adolescente. Todas estas normas jurídicas têm conteúdo bastante avançado, buscando a transformação da sociedade brasileira em uma sociedade mais justa e solidária. Entretanto, de nada adianta a existência dessas normas se não existirem mecanismos aptos a atuarem em caso de sua violação. É aí que entra o acesso à justiça, como instrumento que nos garanta que, em caso de violação ou simples ameaça de violação a nossos direitos, temos onde nos socorrer, exigindo o cumprimento forçado da norma violada ou a atuação da sanção pelo descumprimento. Nesse sentido a lição de Cappelletti e Garth: “o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”.<sup>12</sup>

É intuitivo, neste sentido, que não basta ter a mera possibilidade de reclamar pela violação de um direito, mas é necessário que a apreciação desta questão seja feita de forma ágil e justa, sem macular, contudo, a garantia do contraditório, isto é, dando-se oportunidade à outra parte no litígio de apresentar suas alegações e provas correspondentes. É daí que decorre a noção de acesso a um processo e a uma decisão justas. De nada adianta poder exercer o direito de ação se a solução reclamada vier tarde demais ou for uma decisão injusta, insatisfatória para resolver o litígio.

### 3.2 Os principais obstáculos para o acesso à justiça

Os estudiosos do tema, como Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sua obra clássica, e, no Brasil, entre outros, Luiz Guilherme Marinoni, apontam, basicamente, quatro ordens de obstáculos para o acesso à justiça: (a) obstáculos de natureza financeira, consistentes nos altos valores praticados para a cobrança de custas processuais e honorários advocatícios, bem como configurados pela economia de escala que os litigantes habituais têm se comparados aos litigantes eventuais; (b) obstáculos temporais, consubstanciados na grande morosidade característica do Poder Judiciário, seja por dificuldades institucionais, relacionadas à má administração, falta de modernização tecnológica e/ou insuficiência do número de magistrados e de servidores, seja em razão da complexidade do nosso sistema processual, que permite a interposição infundável de recursos; (c) obstáculos psicológicos e culturais, consistentes na extrema dificuldade para a maioria da população no sentido de até mesmo reconhecer a existência de um direito,

<sup>12</sup> *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 11-12.

especialmente se este for de natureza coletiva, na justificável desconfiança que a população em geral (e em especial a mais carente) nutre em relação aos advogados e ao sistema jurídico como um todo e, ainda, na também justificável intimidação que as pessoas em geral sentem diante do formalismo do Judiciário e dos próprios advogados; (d) obstáculos institucionais, referentes aos direitos de natureza coletiva, em que “a insignificância da lesão ao direito, frente ao custo e à morosidade do processo, pode levar o cidadão a desistir de exercer o seu direito por ser a causa antieconômica”.<sup>13</sup>

A primeira e a terceira ordem de obstáculos elencadas são as que impedem até mesmo o acesso formal ao Judiciário, ao passo que os obstáculos de natureza temporal impedem, certamente, que se obtenha um processo justo e geram, poderíamos acrescentar, a *descrença da população em relação ao aparato jurisdicional como um todo*. Esta decorre também — é preciso salientar — de problemas de conteúdo, qualidade ou justiça das decisões, seja por questões estruturais (falta de tempo e de recursos para se dedicar aos processos como seria necessário), seja por questões de falhas na formação dos magistrados, que não são treinados para buscar em primeiro plano a prestação de um serviço jurisdicional de qualidade à população, mas têm, quase sempre, uma bagagem jurídica eminentemente formalista e desvinculada dos aspectos éticos e sociais da função judicial, seja ainda por problemas de corrupção ou falta de independência do Judiciário, especialmente no que diz respeito aos processos envolvendo o Poder Público.<sup>14</sup>

É interessante mencionar dados específicos da realidade brasileira a este respeito, levantados por Castelar Pinheiro:

Pesquisa realizada pela Vox Populi em abril de 1999 mostrou que 58% dos entrevistados considerava a Justiça brasileira incompetente, contra 34% que a julgavam competente. Mais significativo ainda, 89% afirmaram ser a Justiça demorada, em contraste com 7% dos entrevistados que responderam ser a Justiça rápida. De fato, uma pesquisa publicada pelo IBGE em 1990 já mostrava que *dois em cada três brasileiros envolvidos em conflitos preferiam não recorrer à justiça*.

<sup>13</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 40.

<sup>14</sup> O Judiciário brasileiro, se comparado à maioria dos países da América Latina, goza de elevado grau de independência institucional, com a totalidade dos membros da primeira instância ingressando mediante concurso e 80% dos membros da segunda instância sendo oriundos da primeira instância, além de autonomia administrativa e orçamentária. Ademais, a remuneração alta dos magistrados, bem como sua vitaliciedade, os põe relativamente a salvo tanto de pressões políticas quanto de corrupção. (Ver DAKOLIAS, Maria. “Court performance around the world: a comparative perspective”: “*In contrast to other Latin American countries, however, corruption does not seem to be a major problem*”). Todavia, a população ainda se ressentida de um tratamento igualitário em juízo, existindo a percepção difusa de que existe uma tendência ao favorecimento do Poder Público tanto no que diz respeito ao mérito das decisões, quanto no que diz respeito à agilização do procedimento. Trata-se de interessantes hipóteses a serem pesquisadas na prática judiciária. Registre-se que, para ter acesso aos tribunais superiores, a participação do Poder Executivo é tanto mais determinante quanto mais alta a corte.

Numa outra pesquisa do Ibope em 1993, 87% dos entrevistados diziam que “o problema do Brasil não está nas leis, mas na justiça, que é lenta” e 80% achavam que “a justiça brasileira não trata os pobres e ricos do mesmo modo.”<sup>15</sup>

O mesmo autor enfatiza, ainda, os fatores culturais internos ao próprio meio jurídico que impedem a boa prestação dos serviços jurisdicionais:

no que se refere ao caso brasileiro, é consensual que as deficiências do Judiciário decorrem de causas profundamente arraigadas (...) os problemas decorrentes dessa matriz histórica são acentuados pela instabilidade do arcabouço jurídico do país, pelo arcaísmo e excessivo formalismo dos códigos de processo e pela má formação de boa parte da magistratura e de todos aqueles que, mais amplamente, se poderia designar como “operadores do direito” (...) a lentidão e o caráter pesadamente burocrático e formalista de seu funcionamento teriam hoje a permanência praticamente de um traço cultural, com baixa probabilidade de mudança com base somente em fatores endógenos. Uma conseqüência da aceitação quase fatalista desse alegado traço cultural pelos magistrados e operadores do direito seria o excessivo recurso a argumentos processuais, em detrimento de decisões substantivas sobre o mérito das questões — tendência esta que reforça a descrença de grande parte da sociedade quanto a resolver seus conflitos pela via judicial.<sup>16</sup>

Castelar Pinheiro conduziu interessante pesquisa com 741 magistrados brasileiros, das diversas instâncias do Judiciário, em 12 Unidades da Federação e a pesquisa demonstrou que, segundo os próprios magistrados, “a *morosidade é o principal problema do Judiciário*, com o alto custo de acesso (custas judiciais e outros custos) vindo em segundo, seguido pela falta de previsibilidade das decisões judiciais”. Os magistrados apontam, por outro lado, como principal aspecto positivo do Judiciário brasileiro, a imparcialidade.<sup>17</sup>

Quanto às causas da morosidade, os magistrados apontaram que ela “é freqüentemente agravada por indivíduos, firmas e grupos de interesse usarem a justiça não para pleitear direitos, mas para postergar o cumprimento de suas obrigações. *O Estado, em particular, é visto como fazendo um mau uso contumaz da justiça, utilizando-a como instrumento quase-fiscal*”. Além disso, eles apontam problemas infra-estruturais, nas regras processuais e na prática dos advogados, sendo os mais comuns:

o número insuficiente de juízes, as muitas possibilidades existentes para se protelar uma decisão e o grande número de recursos possíveis a instâncias superiores. Em um segundo grupo, em ordem descendente de importância,

<sup>15</sup> Op. cit., p. 4 – grifos nossos.

<sup>16</sup> Op. cit., p. 4-5.

<sup>17</sup> Op. cit., p. 39 – grifo nosso.

os juízes incluem a falta de equipamentos de informática, a preferência dos advogados por estender a duração dos litígios, a falta de treinamento dos advogados, a ênfase excessiva no formalismo processual e a precária situação das instalações judiciárias.<sup>18</sup>

No que diz respeito especificamente ao sistema recursal, entendem os magistrados que “o grande número de recursos possíveis a instâncias superiores também prejudica o Judiciário por reduzir a importância das decisões dos juízes de primeira instância e por vezes também de segunda instância, já que a grande maioria de suas decisões sofre apelação por uma das partes. Uma conseqüência negativa desse fenômeno é a desmotivação dos magistrados, que vêem diminuída a importância do seu trabalho”.<sup>19</sup> Eles apontam ainda que a dificuldade de alterar essa situação é causada, primeiramente, pelo “interesse dos advogados, que têm seu mercado de trabalho ampliado pela complexidade processual e as muitas oportunidades de recurso abertas pela legislação brasileira”; segundo, por uma “desconfiança da elite do Judiciário com relação à politização das decisões judiciais, mantendo-se a possibilidade de recurso aos Tribunais Superiores como uma forma de limitar o efeito final de decisões politizadas”. A questão fica ainda mais gritante quando se recorda o fato registrado por Maria Dakolias de que em 90% dos casos as cortes de segunda instância confirmam a decisão que foi proferida em primeira instância.<sup>20</sup>

Neste passo, é oportuno mencionar que a Emenda Constitucional n° 45/2004, que iniciou a implantação da Reforma do Judiciário, acrescentou ao rol de direitos fundamentais o direito à “razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da sua tramitação”,<sup>21</sup> demonstrando a relevância que o constituinte atribui à celeridade na tramitação processual e servindo de fundamento para uma série de reformas ainda não implementadas.

Já o estudo de Maria Dakolias assim resume os principais problemas do Judiciário brasileiro:

Além da *morosidade* e da falta de credibilidade, os problemas com o Judiciário brasileiro incluem falta de acesso à justiça, recrutamento e treinamento de juízes inadequados, legislação desatualizada e defeituosa e a ausência de um sistema de precedentes vinculantes.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> Op. cit., p. 39 – grifos nossos.

<sup>19</sup> Op. cit., p. 40.

<sup>20</sup> Court Performance around the World: a comparative perspective. Disponível para consulta e *download* em: <[http://www.bancomundial.org.br/index.php/content/view\\_folder/92.html](http://www.bancomundial.org.br/index.php/content/view_folder/92.html)>, §47.

<sup>21</sup> Inciso LXXVIII acrescentado ao art. 5º da Constituição Federal pela referida emenda.

<sup>22</sup> In: Court Performance around the World: a comparative perspective. Disponível para consulta e *download* em: <[http://www.bancomundial.org.br/index.php/content/view\\_folder/92.html](http://www.bancomundial.org.br/index.php/content/view_folder/92.html)>. §51. (tradução e grifo nossos).

Para se atacar o principal problema apontado como obstáculo para o acesso à justiça no Brasil, como veremos, a advocacia pública pode contribuir de forma significativa.

## 4 Premissas necessárias

### 4.1 O Poder Executivo e o acesso à justiça

Ao discorrermos brevemente sobre a importância da consultoria jurídica na prevenção de conflitos jurídicos envolvendo o Poder Público, no início deste trabalho, fizemos menção ao gravíssimo problema dos obstáculos que envolvem o direito de acesso à Justiça em nosso país. Nunca é demais lembrar que *o direito de acesso à justiça é o mais fundamental de todos os direitos fundamentais, pois, sem ele, os titulares de direitos encontram-se totalmente despidos de garantias em face de ameaças ou lesões a tais direitos*, ou seja, ficam totalmente desprotegidos quando ocorrer a sua violação por quem quer que seja.

Como vimos, qualquer estudo sério sobre os entraves ao acesso à justiça no Brasil depara-se com a constatação de que o obstáculo mais criticado é a morosidade. Este obstáculo, evidentemente, encontra-se ligado, entre outros fatores,<sup>23</sup> ao grande número de feitos levados ao Judiciário, sendo que o Poder Público é, de longe, o litigante mais freqüente em juízo.

Marcos Juruena Villela Souto aponta a importância crucial do controle da legalidade (ou da juridicidade, como diria Diogo de Figueiredo Moreira Neto) no Estado Democrático de Direito:

numa sociedade de massa, na qual um ato ilegal de Estado pode atingir a milhões de destinatários (contribuintes, servidores, usuários de serviços públicos, consumidores), há necessidade de se prevenir conflitos que inviabilizam a atuação do Poder Judiciário, que se vê na iminência de ter que adotar súmulas vinculantes para todos os magistrados que lidam com os litígios nos quais a Fazenda Pública é parte. Nem o Judiciário nem as Procuradorias estão aparelhadas para lidar com o litígio em massa. (...)

Daí a necessidade de se garantir autonomia para o exercício técnico e despolitizado de tal mister, até porque a insegurança jurídica, quando não inviabiliza, se traduz em um custo elevado para os investimentos, impedindo o desenvolvimento, que é um dos objetivos da República e instrumento da geração de empregos, que propiciam existência digna.<sup>24</sup>

Se fosse feito um estudo para separar o percentual de casos em que o Poder Público é parte e acaba sucumbente, ou seja, em que ou: (a) ajuizou ações em que

<sup>23</sup> Poder-se-iam mencionar ao menos a ineficiência administrativa do Poder Judiciário e o grande número de recursos previstos em nossa legislação.

<sup>24</sup> O papel da advocacia no controle da legalidade da Administração. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 25-26, 2006.

seus pedidos acabaram sendo julgados improcedentes ou ações manifestamente infrutíferas (para não dizer inúteis);<sup>25</sup> ou (b) em que o Poder Público foi réu, não reconheceu o erro logo no início do processo e o Judiciário acabou julgando procedentes os pedidos dos autores, seria bastante provável que se chegasse à conclusão de que *o Poder Público é um dos grandes responsáveis pelo abarrotamento do Poder Judiciário*.<sup>26</sup>

Tendo em vista diversos fatores, desde o fato de que o Poder Público não paga custas judiciais, de que os advogados públicos são intimados pessoalmente (de modo que tampouco há custos para o acompanhamento), além de disporem de prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer,<sup>27</sup> sem falar numa possível tendência dos magistrados de julgar a favor daqueles que, em última instância, fixam o valor de seus ganhos, o valor de seu orçamento, nomeiam-nos para a função (no caso do STF), e, no caso do quinto (ou terço, no caso do STJ) constitucional, participam da sua nomeação,<sup>28</sup> os órgãos da advocacia pública desenvolveram, no Brasil, os lamentáveis hábitos de promoverem ações desnecessárias, interporem recursos protelatórios, usarem argumentos altamente questionáveis e omitirem informações relevantes, tudo para “mostrar serviço”, como se a sua função devesse ser desempenhada *sem qualquer consideração do seu impacto tanto no funcionamento de outros órgãos públicos* (como no caso do Judiciário) *quanto na vida das pessoas que tiveram seus direitos lesados por ações ou omissões ilegais do Poder Público*, neste último caso, a pretexto de defender o erário. Embora não seja a única, lamentavelmente, este tipo de atuação contenciosa ainda é a predominante.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Para que melhor se compreenda do que estamos a tratar aqui, é necessário ilustrar com alguns exemplos comparativos. Enquanto na advocacia privada, advogado e cliente, normalmente, fazem um cálculo de custo X benefício envolvidos no momento de decidir ajuizar uma ação, por exemplo, sempre vão verificar se o devedor tem algum patrimônio antes de propor contra ele uma demanda em que se busca uma condenação em dinheiro, na advocacia pública, impera o entendimento de que o Poder Público é obrigado a cobrar em juízo seus devedores ainda que esteja ciente (ou sem uma verificação prévia) da eventual inexistência de patrimônio, só para ter ao final uma decisão favorável que não oferece condições fáticas de ser executada, ou seja, entulhando-se o Judiciário com demandas absolutamente sem sentido.

<sup>26</sup> Como anota Fides Angélica Ommati, “é fato sabido e apregoado, inclusive pelos juizes da mais alta Corte de Justiça do país, que os órgãos públicos ensejam o amontoamento de processos e inviabilizam a prestação jurisdicional, em sede de recursos nos tribunais superiores. De igual forma, a execução de julgado contra a Fazenda Pública tem sido postergada, em intermináveis discussões, em que proliferam os incidentes e as modalidades recursais que se desdobram de modo a parecer infindável o caminho processual”. Advocacia pública – algumas reflexões. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, p. 7, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>>. Acesso em: 13 ago. 2007.

<sup>27</sup> Art. 188 do Código de Processo Civil. Não se conclua aqui que discordamos do prazo diferenciado, tendo em conta a peculiar situação do advogado público, que não dispõe de controle sobre o volume ou mesmo os assuntos envolvidos nos litígios que lhes são submetidos, diversamente do que se passa na advocacia privada. Saliemos apenas que essa prerrogativa deve ser sempre utilizada de forma ética, apenas nos casos em que existe de fato fundamento para recorrer ou para contestar.

<sup>28</sup> Naturalmente, estamos a nos referir em especial aos Chefes do Poder Executivo e, de certa maneira, aos membros do Poder Legislativo, cujos atos também são julgados quando do questionamento da constitucionalidade de leis.

<sup>29</sup> Felizmente, é possível registrar alguma evolução nesse sentido, como a instituição das Súmulas Vinculantes da AGU, que são editadas a partir da consolidação de um determinado entendimento jurisprudencial sobre

De outra parte, a função de controle preventivo da juridicidade dos atos da Administração Pública costuma ser exercida de forma passiva (ou seja, apenas mediante provocação) e desvinculada da atuação contenciosa, sem que, muitas vezes, sequer se aproveitem as lições derivadas da sucumbência para prevenir ilícitos futuros. Tal omissão é lamentável, pois, como aponta Marcos Juruena Villela Souto, “num Estado de Direito, que se submete ao princípio da legalidade, por óbvio, deve haver uma estrutura voltada para o controle da sua observância e que tal órgão só pode ser aquele composto pelos advogados públicos”, sendo que, ademais, “o controle é típico instrumento de aperfeiçoamento da democracia”.<sup>30</sup>

## 4.2 Segurança jurídica e desenvolvimento

Verifica-se, assim, que é necessária uma mudança de ênfase na atuação da advocacia pública no Brasil. É preciso investir na realização de uma consultoria jurídica de qualidade, que se mostre apta a prevenir a prática de ilegalidades pelo Poder Público, evitando litígios desnecessários e direcionando as energias para orientar os órgãos públicos para o melhor desempenho de suas funções.

Ora, como fonte praticamente exclusiva da emanção de normas jurídicas de cunho geral, o Estado deveria ser o primeiro a dar o exemplo no seu cumprimento.

Além de contribuir para reduzir a morosidade do Judiciário, essa nova postura contribuiria também para despertar uma maior *confiabilidade nas instituições oficiais*, instaurando um clima de *segurança jurídica*, construindo o chamado “desenvolvimento institucional”, tão propício seja para o desenvolvimento em sentido meramente econômico, seja para o desenvolvimento de uma sociedade em sentido amplo.

Esta concepção de desenvolvimento “em sentido amplo” a que nos referimos foi construída por Amartya Sen, vencedor do prêmio Nobel de Economia, na obra *Desenvolvimento como liberdade*. Para ele, o “desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente.”<sup>31</sup> Para chegar

---

assuntos específicos e impedem a interposição de recursos nestas matérias. Também na Procuradoria do Estado de São Paulo, pelo que temos conhecimento, existe tanto uma orientação no sentido de não interpor recurso em casos de valor irrisório e/ou contra jurisprudência pacificada quanto, o que é ainda mais relevante, de não ajuizar ações inviáveis (v.g., execuções fiscais contra devedores que não têm patrimônio).

<sup>30</sup> O papel da advocacia no controle da legalidade da Administração. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 28.

<sup>31</sup> *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Cia. das Letras, 2005. p. 10. Também Joseph Stiglitz, ex-Presidente do Banco Mundial, adota uma concepção ampliada de desenvolvimento, que ele entende como “transformação social”, que deve propiciar ao indivíduo e à sociedade maior controle sobre seu próprio destino (ou seja, mais liberdade), ampliando ao mesmo tempo seus horizontes e sua vitalidade. STIGLITZ, Joseph E. *Towards a new paradigm for development: strategies, policies and processes*, 1998 Prebisch Lecture at UNCTAD, Geneva, p. 3.



ao maior grau de liberdade possível, Sen defende que é necessário criar condições políticas, econômicas e sociais integradas, com a participação de todos os interessados, já que os diferentes aspectos da liberdade (política, econômica, social, individual) são interdependentes. Ele cita diversos exemplos em prol de sua tese, demonstrando como os critérios econômicos tradicionais (tais como elevação da renda *per capita* ou do Produto Interno Bruto) não implicam necessariamente no alcance do desenvolvimento como ampliação da liberdade das pessoas: nos EUA, os negros têm uma renda *per capita* bastante superior à média dos países do Terceiro Mundo, mas têm uma expectativa de vida inferior à de muitos desses países; a educação das mulheres tem um impacto muito maior na redução das taxas de fecundidade e da mortalidade infantil que uma renda *per capita* mais alta ou políticas públicas coercitivas; a situação comparativa entre Índia e China, em que ambos os países propiciaram ampliação da liberdade de mercado nas últimas décadas, mas a última, por ter investido antes (e continuar investindo) na prestação de serviços sociais (nomeadamente saúde e educação) de qualidade, tem obtido crescimento muito maior.

Como ressalta Sen,

O funcionamento de mercados bem-sucedidos deve-se não só ao fato de as trocas serem “permitidas”, mas também ao sólido alicerce de instituições (como por exemplo estruturas legais eficazes que defendem os direitos resultantes de contratos) e da ética de comportamento (que viabiliza os contratos negociados sem a necessidade de litígios constantes para obter o cumprimento do que foi contratado).<sup>32</sup>

Na realidade, a *estreita correlação entre desenvolvimento institucional e crescimento econômico* já foi identificada, há muito tempo, pelas instituições multilaterais que financiam projetos de desenvolvimento, nomeadamente o Banco Mundial e o Banco Inter-Americano de Desenvolvimento (BID).<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Op. cit., p. 298.

<sup>33</sup> Segundo Richard Messick, “desde 1994, o Banco Mundial, o Banco Inter-Americano de Desenvolvimento (BID) e o Banco de Desenvolvimento da Ásia aprovaram ou iniciaram mais de 500 milhões de dólares empréstimos destinados a financiar projetos de reformas no sistema judicial em 26 países” (tradução nossa). “Judicial Reform and Economic Development: a Survey of the Issues”. The World Bank Reserch Observer, v. 14, n. 1, p. 117, February 1999. O autor enfatiza, todavia, a existência de diferentes motivos por parte do Banco Mundial e do BID para financiar tais projetos: enquanto este último encara a reforma do sistema judicial como “um elemento indispensável na consolidação das instituições democráticas na América Latina, através da proteção de direitos humanos básicos e da promoção de relações sociais harmônicas” (tradução nossa – p. 119), além de ser importante para o desenvolvimento de uma economia de mercado, o Banco Mundial enfoca somente este último aspecto, o que significa, na prática, que ele não financia projetos “para reformar códigos criminais, treinar policiais ou juízes criminais ou administrar instituições penitenciárias”, o que torna muitos destes projetos inefetivos (idem). O mesmo Richard Messick nos relata que os projetos de reforma do sistema judicial, geralmente, estão focados em 4 objetivos gerais: (a) garantir a independência do Poder Judiciário, assegurando que as decisões sejam devidamente isoladas de influências impróprias; (b)

Messick nos narra que Hobbes já afirmava que “sem um sistema judicial eficiente, os participantes do mercado ficariam relutantes em realizar transações, com receio de que os acordos não fossem cumpridos”.<sup>34</sup> Esta visão foi retomada com grande ênfase por Douglass North, um dos expoentes do que os economistas têm chamado de “Nova Economia Institucional”,<sup>35</sup> que chega a assegurar que “a ausência de meios de baixo custo que assegurem o adimplemento dos contratos é a ‘fonte mais determinante tanto de estagnação histórica quanto do subdesenvolvimento contemporâneo no Terceiro Mundo’”.<sup>36</sup> Da mesma forma, Williamson atesta que “uma ‘economia de alta performance’ é aquela que se caracteriza por um número significativo de contratos de longo prazo — justamente o tipo de relação comercial que é improvável de ocorrer na ausência de um sistema judiciário eficiente”.<sup>37</sup> No Brasil, Castelar Pinheiro reforça essa idéia ao ressaltar que, “no limite, alguns tipos de investimentos e transações comerciais e financeiras podem ficar simplesmente inviáveis se esses direitos não forem suficientemente definidos e protegidos”.<sup>38</sup>

Vale a pena sumariar as lições de Paulo Furquim de Azevedo sobre a importância dos contratos no que diz respeito às interações entre os agentes econômicos:

Sem qualquer restrição ao comportamento de interesse individual ou incentivo ao comportamento de interesse coletivo, a ação esperada para ambas as partes é a não-cooperação. (...) Para que o ganho coletivo possa ser realizado, é necessário que haja alguma restrição ou orientação ao comportamento das partes, de tal modo que as ações não-cooperativas sejam eliminadas. Está aqui um importante ganho do uso de contratos, particularmente do comprometimento com deveres em uma relação plurilateral. (...) Como as partes desejam que seu acordo resulte em efetivo direcionamento de comportamentos, elas também acordam sobre aspectos do contrato que têm o papel de forçar o cumprimento de seus deveres fundamentais.<sup>39</sup>

---

acelerar a tramitação dos processos; (c) aumentar o acesso a mecanismos alternativos de solução de litígios; (d) investir em treinamento dos magistrados e demais operadores jurídicos (Idem, p. 118-119).

<sup>34</sup> Idem, ibidem, p. 120 – tradução nossa. No original: “without a judicial system, traders would be reluctant to enter into wealth-enhancing exchanges for fear that the bargain would not be honored”.

<sup>35</sup> Pode-se dizer que esse movimento foi inaugurado por Ronald Coase, ganhador do prêmio Nobel de Economia, que “demonstrou como a introdução de custos de transação na análise econômica determina as formas organizacionais e as instituições do ambiente social.” ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Análise econômica do direito e das organizações*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 1.

<sup>36</sup> Idem, ibidem, p. 120 – tradução nossa. No original: “the absence of low-cost means of enforcing contracts is ‘the most important source of both historical stagnation and contemporary underdevelopment in the Third World.’”

<sup>37</sup> Idem, ibidem, p. 120 – tradução nossa. No original: “a ‘high-performance economy’ is one that is characterized by a significant number of long-term contracts — just the type of business relationship that is unlikely to thrive in the absence of a well-functioning judicial system”.

<sup>38</sup> *Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados*. São Paulo: IDESP, 2001. p. 1.

<sup>39</sup> *Economia dos contratos*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 118-120.

É importante salientar a contribuição de North no estudo das relações entre as instituições e as transações econômicas, porque este autor lembra que, na realidade, aquelas não influem apenas nos custos de negociação ou de transação (custos de avaliar economicamente os bens e serviços no mercado, bem como de fazer cumprir à força os contratos, inclusive monitorando o seu cumprimento), mas afetam também os custos de produção ou de transformação, já que a inovação tecnológica está diretamente relacionada ao grau de proteção legal de que desfruta a propriedade intelectual. “A *insegurança nos direitos de propriedade* — salienta North — *trará como resultado o uso de tecnologias que empregam pouco capital fixo e que não exigem acordos a longo prazo.*”<sup>40</sup>

Estudos estimam que *o nível de investimentos privados no Brasil subiria 10% se o nosso Judiciário tivesse desempenho similar ao de economias desenvolvidas.*<sup>41</sup> Messick também relata que, em uma pesquisa recente envolvendo 3.600 empresas de 69 países, 70% delas responderam que um Judiciário “imprevisível” era o maior problema em suas operações.<sup>42</sup>

Conforme apregoa Messick, uma visão ainda mais ampla correlaciona o desenvolvimento institucional ao desempenho econômico em razão de outros dois fatores (além da garantia de cumprimento dos contratos): (a) o respeito aos direitos de propriedade dos investidores; (b) a *garantia de que os poderes Executivo e Legislativo operem dentro dos ditames de um Estado de Direito.*<sup>43</sup>

É evidente, ainda, que, assim como o desenvolvimento das instituições jurídicas contribui para o desenvolvimento econômico, a recíproca é verdadeira,

<sup>40</sup> NORTH, Douglass C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Tradução Agustín Bárcena. México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 90. É equivocado afirmar, portanto, como faz a literatura tradicional, que as instituições só afetam os custos de transação, enquanto os custos de transformação apenas são afetados pelo desenvolvimento tecnológico. Muitas vezes, os empresários podem preferir trabalhar com menos inovação tecnológica para poder utilizar mão-de-obra menos qualificada e, assim, mais barata e menos organizada. O rendimento do trabalho, por outro lado, é influenciado pelos critérios de seleção e pelas necessidades de monitoramento dos operários, de modo que os custos de negociação também afetarão desta forma a produtividade.

<sup>41</sup> CASTELAR PINHEIRO, Armando. Economic costs of judicial inefficiency in Brasil. *Final Report to the Tinker Foundation*. Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, 1998. Apud MESSICK, Richard. *Ibidem*, p. 121.

<sup>42</sup> Op. cit., p. 122 – tradução nossa.

<sup>43</sup> *Idem*, *ibidem*, p. 121. Messick também faz um retrospecto desse pensamento, que nasceu já na Idade Média: “O jurista do século XV John Fortescue ([1471?] 1979) asseverava que a prosperidade da Inglaterra medieval se devia à qualidade das instituições legais inglesas. Quase 300 anos mais tarde, Adam Smith ([1755] 1980:322) observou que ‘uma administração da justiça tolerável’, ao lado da paz e baixos impostos, era tudo que era necessário para ‘levar um Estado ao mais alto grau de opulência’. Max Weber, o sociólogo alemão do século XIX, foi o primeiro a observar atentamente a relação entre segurança jurídica, um Judiciário eficiente e o desenvolvimento econômico (Trubek 1972), mas, segundo Hayek (1960), o crédito pelo reconhecimento da importância do Judiciário na garantia da segurança jurídica pertence aos autores da Constituição americana, bem como aos filósofos alemães que elaboraram o conceito de Estado de Direito. Os primeiros demonstraram por que a revisão judicial dos atos do Poder Legislativo era essencial, enquanto os últimos demonstraram a importância da sujeição das ações do Executivo e seus órgãos ao escrutínio do Judiciário.” Op. cit., p. 121-122.

daí porque Messick afirma não estar clara a direção de causalidade entre ambos. Da mesma maneira, o desenvolvimento institucional está também diretamente correlacionado ao que se tem chamado de “capital social”, ou seja, o conjunto de atitudes e crenças disseminadas na sociedade em geral.<sup>44</sup>

Também Maria Dakolias elucida como o nível de desenvolvimento institucional afeta outros aspectos igualmente importantes do desenvolvimento, levando diversos países a adotarem reformas de seus sistemas judiciais:

Muitos países ao redor do mundo estão implementando reformas na legislação e no Poder Judiciário como parte dos seus programas de desenvolvimento global. Isto resultou do crescente reconhecimento de que o progresso social e econômico não pode ser alcançado de forma sustentável sem a garantia de segurança jurídica, democracia consolidada e efetiva proteção dos direitos humanos, sendo que tudo isso requer um Judiciário que funcione bem e que possa interpretar e garantir o cumprimento das leis de forma equitativa e eficiente. Um Judiciário eficiente é previsível, resolve os casos em um prazo razoável e é acessível ao público. (...) O atraso afeta tanto a justiça quanto a eficiência do sistema judiciário; isso obstaculiza o acesso à justiça, o que, com efeito, enfraquece a democracia, a segurança jurídica e a habilidade de fazer respeitar os direitos humanos.<sup>45</sup>

Em outro artigo, a mesma autora ressalta uma vez mais o papel de um sistema eficiente de resolução de conflitos em vários setores, bem como o quanto esse papel tem se tornado mais importante com a globalização econômica:

Um governo eficiente requer instituições jurídicas que funcionem de forma a contribuir para os objetivos correlatos de promoção do desenvolvimento do setor privado, estímulo ao desenvolvimento de todas as outras instituições sociais, redução da pobreza e consolidação da democracia. *O reconhecimento da necessidade de reforma do Judiciário está crescendo, devido ao crescente reconhecimento de que as reformas política e do sistema judicial são a chave da reforma do sistema econômico.* Um mercado livre e robusto só pode germinar em um sistema político onde as liberdades individuais e os direitos de propriedade são consensualmente respeitados e onde as reclamações de violações de tais direitos podem ser levadas a tribunais justos e eficientes. (...)

Como as economias da América Latina têm se tornado mais sofisticadas, os conflitos jurídicos daí decorrentes têm demandado mais atenção. A transição de negócios familiares, que não se fundavam nas leis e nos mecanismos formais para resolver conflitos, para transações entre atores que não se conhecem criou a necessidade de um sistema formal de resolução de conflitos. *O desenvolvimento de transações mais complexas não é possível, contudo, sem que exista confiança no*

<sup>44</sup> Op. cit., p. 122.

<sup>45</sup> In: Court Performance around the World: a comparative perspective. Disponível para consulta e download em: <[http://www.bancomundial.org.br/index.php/content/view\\_folder/92.html](http://www.bancomundial.org.br/index.php/content/view_folder/92.html)>. (tradução nossa).

*sistema judicial enquanto árbitro de disputas*. De fato, em muitos casos as partes interessadas ficam mais à vontade “confiando em laços informais, como os familiares ou pessoais, para fazer negócios.” Se não for adequadamente abordada, esta relutância em realizar transações com estranhos vai retardar o desenvolvimento econômico e “conduzir a uma alocação ineficiente de recursos”. Esta situação adiciona custos e riscos às transações comerciais e reduz o tamanho e, conseqüentemente, a competitividade do mercado.<sup>46</sup>

Em suma, o ambiente institucional define tanto as condições de funcionamento do mercado quanto o quadro de respeito aos direitos dos cidadãos em geral, estando, por essa razão, diretamente ligado ao fortalecimento da democracia, entendida esta em sentido material (como igualdade de oportunidades sociais), e não meramente formal (como igualdade nos direitos políticos).

### 4.3 A natureza dos interesses defendidos

Quando se trata de questionar o papel que cabe ao advogado público na defesa dos interesses estatais, é muito comum invocar-se o princípio da supremacia do interesse público para justificar uma defesa cega dos atos praticados pelo ente público defendido. Este argumento simplório ignora, contudo, a complexidade da definição de interesse público. Já é de todos conhecida a distinção elementar, traçada por Renato Alessi, entre interesse público primário (interesse da coletividade, razão da existência do Estado)<sup>47</sup> e interesse público secundário (interesse direto do órgão público, normalmente encarado como reduzido ao erário público).<sup>48</sup>

Não se ignora, por evidente, que a proteção do interesse público primário requer sejam garantidos os recursos necessários mediante a proteção do interesse público secundário, já que todas as atividades estatais, além de planejamento e competência, demandam disponibilidade de verbas para que sejam realizadas.<sup>49</sup> Outrossim, não se pode tampouco olvidar a possibilidade de situações em que surge *conflito entre o interesse público primário e o interesse público secundário*. É o

<sup>46</sup> In: A strategy for judicial reform: the experience in Latin America. *Virginia Journal of International Law Association*, v. 36, p. 167-168, Fall 1995 (grifos nossos – tradução nossa).

<sup>47</sup> Entre tantos outros que poderiam ser citados, escolhemos, por oportunas, as palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “o Poder Público é cometido ao Estado para que, assim concentrado e institucionalizado, lhe seja possível prosseguir os fins para os quais se o criou: a satisfação dos interesses da sociedade.” As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 116, p. 79-102, out./dez. 1992.

<sup>48</sup> No Brasil, Celso Antônio Bandeira de Mello discorre sobre a distinção, deixando claro que, em caso de conflito, deve prevalecer a proteção do interesse público primário, sob pena de o Estado trair sua própria razão de existir. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 50 et seq.

<sup>49</sup> Como observa com precisão Cláudio Geoffroy Granzotto, “o aparelhamento estatal é importante para a consecução do interesse público. Todavia, se isso for à custa de meios inidôneos, verdadeiramente não se estará protegendo o interesse público”. Advogado de Estado. Defesa do interesse público. Independência funcional mitigada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1334, p. 6, 25 fev. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=9533>. Acesso em: 20 jan. 2008.

que se verifica quando da prática de um ato ilícito (por ação ou omissão) pelo Estado pode resultar eventual condenação. Neste caso, o manejo do argumento da supremacia do interesse público é de todo despropositado, já que *o que se está de fato a defender, quando se defende o ilícito, é a supremacia do interesse público secundário sobre o interesse público primário, consubstanciado no dever de o Estado respeitar e garantir os direitos de seus cidadãos* — o que é absolutamente inaceitável.<sup>50</sup> Na prática, o que temos, então, nesta situação surreal (porém extremamente comum) é uma atividade financiada pelos contribuintes (a advocacia pública) posta a serviço da defesa de ilícitos praticados contra esses mesmos contribuintes!<sup>51</sup> Como anota com propriedade Daniel Sarmiento, “para um Estado que tem como tarefa mais fundamental, por imperativo constitucional, a proteção e promoção dos direitos fundamentais dos seus cidadãos, a garantia desses direitos torna-se também um autêntico interesse público”.<sup>52</sup>

O entendimento defendido neste trabalho, aliás, está expresso no Ato Regimental nº 08, de 27 de dezembro de 2002, do Advogado-Geral da União:

Art. 1º. (...)

§1º. No desempenho das atribuições de seus cargos, os Membros efetivos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal observarão especificamente:

I - a Constituição Federal, as leis e os atos normativos emanados dos Poderes e autoridades competentes;

II - o interesse público, neste caso, considerado o da **sociedade**, o da União e de cada um dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Encontra-se também albergado no art. 6º, §3º, da Lei nº 4.717/65, a lei da ação popular: “A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, *poderá abster-se de contestar o pedido*, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.”

<sup>50</sup> Neste sentido os ensinamentos de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: “o interesse público primário estará sempre na indisponível sustentação dos princípios da ordem jurídica administrativa estabelecidos no art. 37, caput, da Constituição.” Independência técnico-funcional da advocacia de Estado. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 18, 2006 (grifos do autor).

<sup>51</sup> Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Ana Paula Andrade Borges de Faria trazem os exemplos mais comuns: “Exemplo do interesse público secundário, segundo a melhor doutrina, consiste na conduta de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que devidas, ou de cobrar tributos indevidos. Nestas hipóteses, a Administração Pública tem o dever de indenizar, já que a ordem jurídica assim dispõe, não obstante o interesse do governante ser em sentido contrário.” A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, p. 9, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2527>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

<sup>52</sup> Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMIENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 83.

Assim, é forçoso concordar com o que sustentam Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Ana Paula Andrade Borges de Faria: “não há outra opção ao agente público que não seja agir sempre buscando o interesse público primário, é dizer, a vontade estatal consagrada na lei, por isto se diz que a ‘Administração e suas pessoas auxiliares têm caráter meramente instrumental.’”<sup>53</sup>

Na prática, o que se percebe é que a visão imperante na advocacia pública é a de que o advogado do Estado tem que se portar exatamente como se advogado privado fosse, esquecendo-se que os interesses defendidos nesta e naquela seara são absolutamente distintos, como bem lembra Ricardo Antônio Lucas Camargo:

O bom resultado da atuação privada, pois, será a capacidade de gerar lucro. Já no que tange à atuação pública, voltada que é esta a atender a quantos estejam submetidos à autoridade estatal, o bom resultado está em satisfazer às necessidades dos administrados.<sup>54</sup>

Não é demais referir, por fim, que, mesmo no âmbito do interesse público primário, é demasiado complexa a configuração de interesses que cabe ao Poder Público proteger e garantir. Sabendo-se que o Estado existe, em última análise, para a proteção e garantia dos direitos fundamentais, não se pode ignorar que estes podem — e efetivamente isso é bastante comum — entrar em conflito entre si. Nestes casos, qual o interesse público que cabe ao Estado (ou ao advogado público) defender?

Podemos exemplificar com um conflito entre o interesse na instalação de um novo empreendimento industrial numa região que seja, ao mesmo tempo, carente de empregos e de arrecadação (para os cofres públicos) e, por outro lado, tenha atingido o seu limite de tolerância na degradação ambiental decorrente daquele tipo de empreendimento. Neste caso, temos diferentes interesses públicos primários em conflito: o direito à livre iniciativa, o direito ao trabalho e ao desenvolvimento econômico, de um lado, o direito à saúde e a um meio ambiente equilibrado, de outro. Isso sem falar no interesse público secundário de aumentar a arrecadação. Como poderá um advogado público, seja no exercício de uma atividade consultiva (por exemplo, ao proferir parecer jurídico no processo de licenciamento), seja no exercício de atividade contenciosa (por exemplo, em caso de ação civil pública promovida pelo Ministério Público), alegar que formou seu convencimento acerca da licitude ou não do empreendimento com base no princípio da supremacia do interesse público?

<sup>53</sup> A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, p. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2527>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

<sup>54</sup> *Advocacia pública: mito e realidade*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. p. 77.



Resta cristalino que o princípio da supremacia do interesse público apresenta unicamente efeito retórico, pois seu conteúdo não se presta a resolver problemas com qualquer grau de complexidade nesta seara, sendo necessário utilizar os instrumentos que a doutrina constitucionalista vem desenvolvendo para solucionar as hipóteses de colisão entre direitos fundamentais, através da técnica da ponderação.<sup>55</sup>

Neste sentido os pertinentes ensinamentos de Gustavo Binbenbujm acerca do novo instrumental teórico que se coloca para a resolução de conflitos no âmbito do Direito Público:

- (i) a Constituição, e não mais a lei, passa a se situar no cerne da vinculação administrativa à juridicidade;
- (ii) a definição do que é o *interesse público*, e de sua propalada supremacia sobre os interesses particulares, deixa de estar ao inteiro arbítrio do administrador, passando a depender de juízos de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais e outros valores e interesses metaindividuais constitucionalmente consagrados;
- (iii) a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um *resíduo de legitimidade*, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Por sua importância no contexto democrático e de implementação dos direitos fundamentais, tem-se dado ênfase à *participação* e à *eficiência* como mecanismos de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública.<sup>56</sup>

De fato, como ressalta Alexandre Santos de Aragão, não existe “um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos”. O que ocorre é que

o princípio da supremacia do interesse público é confundido com meras regras (não princípios) jurídicas, constitucionais ou legais, que realizam uma pré-ponderação entre os valores envolvidos e optam, para a hipótese, pela preponderância de determinado interesse público sobre os interesses particulares (p. ex., as normas constitucionais que prevêm a desapropriação). Note-se que o contrário também é comumente verificado, ou seja, normas que pré-ponderam os interesses em jogo em favor do interesse privado (ex., as que protegem o sigilo telefônico).

Em se tratando de norma legal, naturalmente que a pré-ponderação efetuada pelo Legislador deve ser constitucional, ou seja, razoável e proporcional diante

<sup>55</sup> Ver, por todos, BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

<sup>56</sup> Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 128-129 (grifos do autor).



dos valores constitucionais envolvidos, tanto em abstrato, como na sua aplicação a determinado caso concreto.

Já quando o intérprete se depara com situações para as quais não exista norma abstrata pré-ponderando os interesses envolvidos, em que não há como se pressupor uma necessária supremacia de alguns desses interesses sobre outros, deve realizar a ponderação de interesses *in concreto*, à luz dos valores constitucionais envolvidos.<sup>57</sup>

Outro princípio sempre invocado, quando se trata de definir os interesses públicos que cabe ao advogado público defender, é o da chamada “indisponibilidade do patrimônio público”.<sup>58</sup> Ora, patrimônio é, por essência, transferível, negociável, renunciável, portanto, disponível. Quando se trata, porém, de patrimônio público, por óbvio, tal transferibilidade há de sofrer limitações. Não se reconhece, todavia, seja em sede constitucional, seja em sede infraconstitucional, qualquer fundamento normativo para a suposta indisponibilidade do patrimônio público.<sup>59</sup>

Revestidos de indisponibilidade, isto sim, são os direitos fundamentais.<sup>60</sup> Se o patrimônio público não passa de instrumento para realização de interesses públicos primários, por evidente que aquele pode ser renunciado para atender a estes. É o que pode ocorrer, por exemplo, quando o Estado renuncia a parte do que lhe é devido ao transacionar com um particular para pôr fim a um litígio, por saber que este ainda se arrastaria por muitos anos perante os tribunais, que já estão abarrotados de situações similares e devem ter condições de se dedicar com mais qualidade aos casos jurídica e socialmente mais delicados.<sup>61</sup>

<sup>57</sup> A “supremacia do interesse público” no advento do Estado de Direito e na hermenêutica do Direito Público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados*: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 4-5.

<sup>58</sup> “Certo que não é dado ao advogado público dispor dos interesses que lhe são confiados na defesa judicial dos órgãos públicos, porque são públicos ou assim considerados tais interesses. Daí a proibição de transigir, de fazer acordo, de deixar de recorrer ou de desistir de recurso interposto.” OMMATI, Fides Angélica. *Advocacia pública: algumas reflexões. Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, p. 7, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>>. Acesso em: 13 ago. 2007.

<sup>59</sup> Como muito bem anota o Prof. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “os interesses da Fazenda do Estado podem ser disponíveis, conforme a lei o regule, ao passo que o *interesse da preservação da ordem jurídica* é sempre constitucionalmente indisponível”.<sup>59</sup> Independência técnico-funcional da advocacia de Estado. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 17, 2006 (grifos do autor).

<sup>60</sup> Entre muitos outros autores que se referem à irrenunciabilidade/indisponibilidade como traço característico dos direitos fundamentais, Luigi Ferrajoli enfatiza a distinção que existe entre os direitos fundamentais e os direitos de propriedade (ou patrimoniais) justamente com base neste traço: estes podem ser negociados; aqueles não: aquilo que era patrimônio público (bens dominicais, por evidente) pode passar para o domínio privado; e os particulares podem transacionar seus bens entre si; já os direitos fundamentais jamais deixam de existir, ainda que não exercidos. *Derecho y razón*. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón, Juan Terradillos e Rocío Cantarero. Madri: Trotta, 1995.

<sup>61</sup> Por exemplo, o Estado aceita receber de um contribuinte 70% do valor devido por este ao Fisco, mediante celebração de acordo já na primeira instância, suponhamos, após um ano da propositura da execução e logo após a propositura de embargos que discutem 100% da dívida, com razoáveis chances de êxito. De

Luiz Carlos de Castro Lugon coloca muito bem a questão, quando sustenta que o que ocorre é verdadeira “confusão entre o interesse público e o interesse do órgão público, que não coincidem necessariamente”.<sup>62</sup>

Embora ainda raro, este tipo de visão já é compartilhada por diversos membros da Advocacia de Estado no Brasil. Citem-se as afirmações de Ewerton Oliveira Góis:

ao representar a União, judicial e extrajudicialmente, a AGU não defende exclusivamente os interesses da Fazenda Pública, do Erário, no que lhe tange às obrigações patrimoniais, mas sim o interesse do Estado como síntese dos interesses das coletividades (...) pelo que a Carta da República reservou incontáveis tarefas à União nesta seara, possibilitando, dessa forma, uma atuação na defesa do interesse público primário, e não apenas na defesa dos interesses da Administração, velando pela afirmação de um Estado Democrático de Direito, um verdadeiro Estado de Justiça.<sup>63</sup>

Não poderíamos deixar aqui de invocar as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao criticar o fato de a prática da advocacia de Estado estar tão distante do que foi previsto pela Carta Constitucional vigente:

“até hoje, a *prática do instituto*, passados mais de quinze anos da promulgação da Carta Política, ainda se mostra tão díspar do que ela pretendia realizar”, de maneira que o texto constitucional “restou *desatendido* em seu prístino objetivo de *controle de juridicidade da Administração Pública*, que, em última análise, é a vivência diária e a finalidade síntese da Advocacia de Estado, no desempenho de seu inestimável serviço à sociedade”.<sup>64</sup>

Um dos grandes problemas, como aponta o eminente jurista, é a percepção descabida “de que advocacia de Estado deva limitar-se a ser uma ‘*advocacia de governos*’ ou, ainda mais amesquinhadamente, uma ‘*advocacia de governantes*’”,<sup>65</sup> ignorando que o que lhe cabe é, isto sim, o “*controle*, por via judicial e extrajudicial,

---

plano, observa-se que isto evita que o feito se arraste por mais 7 anos, no mínimo, perante o Judiciário (segundo dados do STF, o tempo medido de duração de um processo de conhecimento no Brasil é de 8 anos). Por meio do acordo, renuncia-se a uma parcela de um crédito incerto, garantindo o recebimento da maior parte dele e ainda gerando a redução da morosidade judicial, ou seja, do direito de acesso à justiça de todos os cidadãos. No âmbito federal, contudo, inexistente previsão legislativa autorizando a prática de autênticas transações quando o Estado for credor, pois a única normativa existente cuida apenas da possibilidade de parcelamento, sem que o Estado renuncie a qualquer parcela do débito ou seus acessórios (Lei nº 9.469/97, art. 2º).

<sup>62</sup> Ética na concretização dos direitos fundamentais. *Revista do TRF da 4ª. Região*, Porto Alegre, ano 18, n. 65, p. 31-53, 2007. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao019/Luiz\\_Lugon.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao019/Luiz_Lugon.htm)>. Acesso em: 13 nov. 2007.

<sup>63</sup> O papel da Advocacia-Geral da União. Disponível em: <[http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano\\_VII\\_junho\\_2007/opapeldaagu\\_ewertongois.pdf](http://www.escola.agu.gov.br/revista/Ano_VII_junho_2007/opapeldaagu_ewertongois.pdf)>. Acesso em: 20 jan. 2008.

<sup>64</sup> Independência técnico-funcional da advocacia de Estado. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 7, 2006 (grifos do autor).

<sup>65</sup> Idem.

dos superiores interesses da ordem jurídica do Estado, postos à sua cura”.<sup>66</sup> Para ele, o advogado público, além dos deveres éticos de todo advogado, tem também o “dever funcional específico de zelar por aqueles determinados *interesses da sociedade* que foram confiados à pessoa jurídica de direito público a que se vinculam, no respectivo espaço geopolítico”.<sup>67</sup>

## 5 Conseqüências práticas

As premissas acima firmadas permitem extrair uma série de conseqüências relevantes no que diz respeito à conduta dos advogados públicos, em juízo ou fora dele.

### 5.1 Princípios de conduta dos membros da carreira

O primeiro princípio básico que deve gerir a conduta do advogado público em juízo é o da lealdade processual, o qual, podemos dizer, deriva do princípio da moralidade administrativa. Evidentemente, assim como ao advogado privado, lhe estão proibidas as condutas que caracterizem litigância de má-fé. São oportunas, aqui, as palavras de Sidio Rosa de Mesquita Júnior:

Ao advogado público já foi imposto o dever de recorrer indiscriminadamente, cultura que vem se modificando dia-a-dia. (...) O advogado público não pode defender a imoralidade. Ainda que ele seja Defensor Público, sua defesa deve ser feita na forma da lei. Chicanas são incompatíveis com sua atuação. É comum governantes pretenderem atrasar o pagamento das dívidas públicas, lançando o problema ao sucessor. Isso é irresponsável, mormente quando o descumprimento da obrigação gera *astreintes* e outras evoluções significativas na dívida, superiores aos juros de mercado.<sup>68</sup>

Não é demais lembrar que ao advogado público são impostos os mesmos deveres que incumbem a todos os advogados. Assim, “ao advogado é cobrado comportamento pautado na legalidade, em que se insere a proibição de pleitear contra a lei (art. 34, VI, EAOAB) e de concorrer para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la (art. 34, XVII, EAOAB), além de a ética impor-lhe

<sup>66</sup> Idem, p. 8 (grifos do autor). Mais adiante, afirma ele com inteira propriedade: “Com efeito, parece-nos, hoje com maior nitidez do que nunca, que a tarefa de *manter* a higidez da ordem jurídica é um *dever geral* para os agentes públicos, mas é um *dever especial* para os agentes das funções essenciais à justiça” (p. 13), sendo que a estes caberia, além desse dever mínimo, de sustentar a ordem jurídica, o dever pleno de *aperfeiçoar a ordem jurídica instituída* (p. 12).

<sup>67</sup> Independência técnico-funcional da advocacia de Estado. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 19 (grifos do autor).

<sup>68</sup> A advocacia pública é incompatível com a inscrição do profissional na Ordem dos Advogados do Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1599, 17 nov. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10671>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

atuação com independência, honestidade, veracidade, lealdade, dignidade e boa-fé (art. 2º, II, Código de Ética)”.<sup>69</sup>

É interessante notar que a cultura predominante entre os integrantes da advocacia pública é a de que, enquanto consultores, lhes cabe a defesa da legalidade, mas, em juízo, lhes cabe a defesa do ente público, ou melhor, de seu patrimônio. É como se a natureza da norma se alterasse quando se atua no contencioso, de modo que elas deixariam de ser imperativas para o Poder Público quando já foram violadas! Ora, as normas jurídicas não mudam de natureza quando se vai a juízo. Continuam sendo cogentes e determinantes para o Poder Público. Esta interpretação termina por implicar em que a *falha* do controle preventivo gera um autêntico salvo-conduto para a ilegalidade...

Fazemos nossas as lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

O exercício de funções *preventivas* (consultoria jurídica) e *postulatórias* (representação) que não apresentem um mínimo da necessária consistência técnica inviabiliza o controle de *juridicidade* (moralidade, legitimidade e legalidade) e atenta contra os fundamentos constitucionais do Estado (de Justiça) Democrático de Direito.<sup>70</sup>

Em outro trabalho, ressalta ele: o “*Advogado de Estado*, até mesmo por essa condição essencial, de ser um *advogado*, deve repudiar qualquer tipo de desvios éticos de conduta postulatória, como, mais comumente, a litigância de má-fé.”<sup>71</sup> Mais uma vez, cabe mencionar o posicionamento de Sidio Rosa de Mesquita Júnior:

Hoje, defendo a necessidade imperiosa de criar economia para o Estado; ela é possível por meio do acordo e da aceitação da sentença condenatória, uma vez que o recurso poderá elevar os ônus da sucumbência, isso sem falar das possíveis multas decorrentes da litigância de má-fé, caracterizada pela interposição de recurso temerário.

As lições do Prof. Diogo acerca do tema sob análise são incisivas:

qualquer interesse da Fazenda Pública em juízo estará sempre subordinado aos princípios referidos, *devendo, por isso, recusar-se o Advogado Público a atuar por mero interesse arrecadatório, quando despido de legitimidade; recusar-se a advogar com fins emulatórios; recusar-se a recorrer sistematicamente contra jurisprudência pacificada ou apenas com intenções protelatórias; recusar-se a obedecer ordens*

<sup>69</sup> OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública: algumas reflexões. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>>. Acesso em: 13 ago. 2007, p. 6.

<sup>70</sup> As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 116, p. 87, out./dez. 1992 (grifos do autor).

<sup>71</sup> Independência técnico-funcional da advocacia de Estado. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 15, 2006 (grifos do autor).

hierárquicas que depassem da organização burocrática dos serviços para interferirem na condução formal e material dos processos administrativos e judiciais a seu cargo, etc.<sup>72</sup>

Para ele, inclusive, “um membro da Advocacia de Estado poderá, em tese, responder por perdas e danos perante os administrados, por desempenho de má-fé, mesmo que tenha agido a pretexto de cumprimento de ordens, pois nenhum deles poderia, sequer, alegar, como escusa, a existência de um ‘dever administrativo hierárquico-legal’”.<sup>73</sup>

Outro princípio constitucional que tem sido comumente ignorado no exercício da função contenciosa dos advogados públicos é o da eficiência, ao se deixar de analisar a economicidade envolvida na propositura de uma ação judicial. A propositura de ações inúteis, sem verificar sequer se o devedor possui patrimônio, além de não trazer qualquer benefício ao erário, apenas desvia o advogado público das funções que são realmente relevantes, além de sobrecarregar o Judiciário inutilmente.

## 5.2 Prerrogativas necessárias para o adequado exercício da função

Júlio César Werneck Martins põe o dedo na ferida ao defender a necessidade de independência para os integrantes da advocacia pública federal — o que pode ser estendido, pelas mesmas razões, para todos os advogados públicos:

Prevista na Constituição Federal como exercente de função essencial à justiça, com a atribuição de prestar assessoria e representação jurídica, *a participação da Advocacia-Geral da União na prevenção de irregularidades orçamentárias é decisiva*. Por força de lei, nenhum administrador público pode assinar contratos ou convênios sem a aprovação prévia de um advogado público. Vale lembrar que tais contratos e convênios são atos anteriores e indispensáveis ao desembolso de verbas públicas. Tal exigência legal impõe à Advocacia Pública a função de primeiro e único órgão de controle preventivo da execução do orçamento público. Não bastasse tal fato, não são raras as decisões do Tribunal de Contas da União e do Poder Judiciário responsabilizando o advogado parecerista pela aprovação de licitação ou convênio que tenha se mostrado lesivo aos cofres públicos.<sup>74</sup>

O articulista em questão deixa evidente a *incoerência que existe na possibilidade de responsabilização dos advogados públicos por seus pareceres sem que seja a estes garantida independência técnica e inamovibilidade*.

<sup>72</sup> Independência técnico-funcional da advocacia de Estado. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 16, 2006 (grifos nossos).

<sup>73</sup> Idem.

<sup>74</sup> A advocacia pública e o controle do Estado. Disponível em: <<http://www.anauni.org.br/html/artigos/julio.html>>. Acesso em: 20 jan. 2008 (grifos nossos).

Somente ao executor orçamentário mal intencionado interessa um advogado submisso, controlado, incapaz de atuar com eficiência ou independência, pois estes piratas de verbas públicas querem a seu lado apenas um assessor jurídico que não os contrarie e aprove qualquer ato submetido à sua análise (...) Por tais razões, a atividade de assessoria jurídica dos órgãos públicos é, por força constitucional, privativa aos advogados e procuradores concursados, integrantes de carreira formal e bem estruturada, que proporcione as condições ideais de remuneração e independência para o exercício de tão relevante função pública. (...)

Um advogado somente poderá exercer livremente a relevante função de protetor do erário público se devidamente integrado a uma carreira independente e bem estruturada.<sup>75</sup>

No mesmo sentido as sempre exemplares lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao discorrer sobre a natureza da advocacia pública:

1º) *todos os tipos de interesses*, da sociedade e do Estado, devem ser recobertos; 2º) os órgãos e agentes que exercerão essas funções devem estar garantidos para fazê-lo com *independência* e 3º) os órgãos e os *agentes* que ocuparão cargos públicos aos quais se atribuem essas funções devem ser escalonados em *carreiras* e providos pelo sistema de *mérito*.<sup>76</sup>

Para o ilustre administrativista, a independência funcional é decorrência inafastável do sistema constitucionalmente desenhado para a advocacia pública:

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 (...) Quaisquer vinculações existentes com o Poder Executivo, no âmbito administrativo em que se inserem, sem, contudo, o integrarem, não poderão interferir no exercício das atividades de seus órgãos, tão-somente segundo sua consciência e sua orientação científica.<sup>77</sup>

Não é por outra razão que a Constituição Federal reservou capítulo próprio às chamadas “funções essenciais à justiça”. Ademais, essa independência funcional revela-se, a toda evidência, também no seio da própria carreira: “Nem mesmo em relação ao Chefe dos órgãos coletivos das procuraturas existe hierarquia

<sup>75</sup> Idem.

<sup>76</sup> Ética e funções essenciais à justiça no Presidencialismo moderno. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 30, n. 120, p. 72, out./dez. 1993.

<sup>77</sup> As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 116, p. 93, out./dez. 1992. Mais adiante, no mesmo trabalho, afirma ele sobre as procuraturas constitucionais (Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública): “Conformam, portanto, quadros próprios, desvinculados e desarticulados com os quadros de quaisquer dos três Poderes” (p. 96). No mesmo sentido o entendimento de Alexandre Magno Fernandes Moreira: “o advogado público conta com verdadeira *independência funcional*, que, a despeito de não estar prevista expressamente na Constituição Federal, pode ser inferida a partir de seus dispositivos, como o princípio da legalidade e a exigência de controle

funcional: apenas *administrativa*.<sup>78</sup> Em outro trabalho aponta ele que é garantida pela Constituição ao advogado de Estado a

*independência técnico-funcional* em sua atuação como advogado (identificada especificadamente pela expressão “liberdade” no art. 7º., I, da Lei 8.906/94, e complementada pela regra do art. 31, §2º da mesma lei), na qual se inclui, como múnus de seu serviço público, o dever geral ético de defender a legalidade, a legitimidade e a licitude (art. 2º., §1º, da Lei nº 8.906/94, e art. 2º. do Código de Ética e Disciplina da OAB), o que vem a ser uma permanente atuação genérica de *custus legis* — o que resulta perfeitamente lógico no Estado Democrático de Direito, pois, acima do dever de pugnar pelos interesses que lhe são confiados, está o de *preservar a própria ordem jurídica* — um *prius* sem o qual nenhum interesse estaria protegido.<sup>79</sup>

Alexandre Magno Fernandes Moreira lembra muito bem que a independência técnica, inclusive, já vem assegurada a *qualquer advogado empregado* pelo Estatuto da OAB, em seu art. 18: “a relação de emprego (...) não retira a isenção técnica nem reduz a *independência funcional* inerentes à advocacia”. Para o autor, “O advogado é um livre-pensador, que tem o direito de exercer seu mister apenas quando compatível com o que considera correto. Caso contrário, poderá invocar a objeção de consciência (incompatibilidade moral entre o profissional e o serviço a ser prestado)”.<sup>80</sup>

Totalmente equivocada, a nosso ver, a visão daqueles que defendem uma “independência funcional mitigada”, visando apenas resguardar os interesses pessoais dos advogados públicos de não se verem responsabilizados quando seus entendimentos não foram acatados, como sustenta Cláudio Geoffroy Granzotto:

Caso um advogado de Estado entenda que não deva recorrer ou mesmo deflagrar uma ação em uma situação em que haja diverso entendimento superior, normatizado ou não, deve o mesmo fundamentadamente expressar suas razões de descontentamento através de um parecer.

Insistindo o órgão superior no prosseguimento do ato, no caso interposição do recurso ou deflagração da ação, o advogado que teve seu parecer rejeitado deverá praticar o ato almejado por delegação, ou seja, como *longa manus* do órgão superior. (...)

interno da Administração Pública. Trata-se de um verdadeiro princípio constitucional implícito, que regula não só a atividade dos advogados públicos, mas também toda a Administração Pública, que deve obediência aos ditames do Estado Democrático de Direito.” Para que serve o advogado público? *DireitoNet*, p. 5. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/36/38/3638/>>. Acesso em: 13 ago. 2007.

<sup>78</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 116, p. 96, out./dez. 1992 (grifos do autor).

<sup>79</sup> Independência técnico-funcional da advocacia de Estado. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 19, 2006 (grifos do autor).

<sup>80</sup> Para que serve o advogado público? *DireitoNet*, p. 3. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/36/38/3638/>>. Acesso em: 13 ago. 2007.



Caso aquele ato praticado gere uma responsabilização por lide temerária ou ato atentatório à celeridade da justiça, o advogado de Estado estará imune a qualquer punição, tendo em vista que agiu por delegação.<sup>81</sup>

*Esta posição não protege os interesses dos administrados confiados ao Estado, a quem cabe tutelá-los por meio de todos os seus órgãos, inclusive os advogados públicos. Solução mais coerente para esse tipo de situação é a proposta por César do Valle Kirsch, para quem, no exercício de sua atividade de controle preventivo da legalidade por ocasião da elaboração de políticas públicas, a*

*atividade preventiva da AGU deverá esgotar a análise de todas as possibilidades jurídicas que cercam o plano político, a fim de tentar encontrar, pelo menos, uma opção que seja viável para o tomador de decisão. (...) Contudo, quando for juridicamente impossível deflagrar o projeto político, o membro da AGU não só deverá manifestar-se pela reprovação da política pública discutida, mas também coibir qualquer atitude confrontante com o sistema jurídico posto. Se necessário for, deverá adotar as medidas legais cabíveis contra o potencial dilapidador do patrimônio público, *provocando, inclusive, o Ministério Público para eventuais providências criminais.**<sup>82</sup>

Em nosso entendimento, *independentemente da existência de crime, deve o advogado público comunicar o ilícito (seja por ação ou por omissão) ao órgão do Ministério Público competente, seja aquele de proteção ao patrimônio público ou a qualquer outro direito difuso, coletivo ou individual homogêneo cuja defesa tenha sido atribuída a esta instituição. Discordamos frontalmente, assim, de entendimentos como o defendido por Fides Angélica Ommati, que, em um momento, defende a independência funcional dos advogados públicos, para, em seguida, afirmar que “por exemplo, em mandado de segurança impetrado contra o órgão ou entidade, se o advogado entende ter o impetrante direito ao que pleiteia, deve sugerir à autoridade que reformule o seu ato ou providencie de modo a fazer valer o direito do administrado; se, ainda alertada, a autoridade mantém o ato, não autorizando o advogado a pôr fim ao processo, seu dever é dar-lhe continuidade”.*<sup>83</sup> Ora, *se a consultoria jurídica é vinculante, por que razão a opinião jurídica proferida em litígio judicial não deve ser vinculante?*

<sup>81</sup> Advogado de Estado. Defesa do interesse público. Independência funcional mitigada. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1334, p. 13, 25 fev. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=9533>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

<sup>82</sup> Advocacia-Geral da União e Poder Executivo: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 71, 2006. Mais adiante, reforça ele a mesma idéia: “diante da recalcitrância e da má-fé do administrador, a AGU deverá tomar providências contra os responsáveis, para combater a imoralidade administrativa e, eventualmente, provocar o Ministério Público para a adoção de providências criminais” (p. 78).

<sup>83</sup> OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública: algumas reflexões. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, p. 7, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>>. Acesso em: 13 ago. 2007.



Da independência técnico-funcional preconizada por Diogo de Figueiredo Moreira Neto e tantos outros<sup>84</sup> decorre ainda que “o Advogado ou Procurador de Estado, como qualquer outro servidor público, está desobrigado de obedecer a ordens de superior hierárquico, quando *manifestamente ilegais*, em sentido amplo (ilegais, ilegítimas e ilícitas), incluindo-se entre essas as de agir contra sua própria ciência e consciência, enquanto órgão funcionalmente autônomo”.<sup>85</sup>

Outra importante prerrogativa apontada pelo juspublicista é a da *organização unipessoal*, ou seja, a garantia de exercer a condição de advogado público que se reconhece a cada um dos integrantes da carreira, individualmente considerado. Para ela, a garantia “decorre da fundamental e genérica condição de advogado, estabelecida no artigo 133 da Constituição. Cada agente das procuraturas constitucionais é um órgão individual (...), com sua natureza institucional ligada ao cargo, desempenhado com independência técnico-profissional”.<sup>86</sup> Desse modo, para este autor, qualquer interferência do superior na hierarquia administrativa que tente afetar a independência técnica do advogado público caracteriza *abuso de poder*, “uma vez que o advogado público é, por definição constitucional, um órgão unipessoal”.<sup>87</sup>

A nosso ver, duas prerrogativas não de ser reconhecidas, assim, como necessárias para o pleno exercício do papel de controle da juridicidade da atividade administrativa: *independência técnico-funcional e inamovibilidade*. A primeira, como vimos, já garantida pelas regras constitucionais e pelo Estatuto da Advocacia. A segunda, prerrogativa necessária, mas ainda não prevista no direito positivo, o que não significa, contudo, que sejam admissíveis remoções imotivadas no seio da advocacia pública.

<sup>84</sup> Além dos autores já citados anteriormente, devemos mencionar, entre outros, SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: posição institucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 30, n. 117, p. 187-202, jan./mar. 1993; CASTRO, Aldemario Araújo. A advocacia pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1630, 18 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10772>>. Acesso em: 20 jan. 2008; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2527>>. Acesso em: 20 jan. 2008; GRANDE JÚNIOR, Cláudio. O Estado Democrático de Direito e a incipiente advocacia pública brasileira. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 400, 11 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5580>>. Acesso em: 20 jan. 2008.

<sup>85</sup> Independência técnico-funcional da advocacia de Estado. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 20, 2006 (grifos do autor).

<sup>86</sup> As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 116, p. 93, out./dez. 1992.

<sup>87</sup> Independência técnico-funcional da advocacia de Estado. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 18, 2006 (grifos do autor). No mesmo sentido a opinião de Ricardo Lucas Camargo: “A hierarquia, evidentemente, não atinge o aspecto técnico, pois, em relação a este, além das prerrogativas inerentes à atividade advocatícia, há o fato singular de que a vontade da chefia é absolutamente impotente para determinar a adequação da solução ao problema”. In: *Advocacia pública: mito e realidade*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. p. 96.

Ademais, é fundamental ressaltar, como bem lembra, entre outros, Marcos Juruena Villela Souto, a necessidade de se estabelecerem também garantias institucionais aos órgãos da Advocacia de Estado, ou seja, *autonomia administrativa, financeira e orçamentária*, tal como já previsto na Carta Magna para o Ministério Público e a Defensoria Pública. Para este autor, “Não há, pois, como compreender que, se o país tem maiores pretensões de seriedade no que concerne ao dever de ‘boa administração’, exatamente o órgão encarregado do controle da legalidade da Administração deva merecer tratamento diferenciado”.<sup>88</sup>

## 6 Considerações finais

Para José Afonso da Silva, “a advocacia assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente, e veementemente, a defesa da moralidade pública, que se tornou um valor autônomo constitucionalmente garantido. (...) Seu compromisso institucional e funcional é com a defesa do princípio da legalidade e, especialmente, do princípio da constitucionalidade, que significa que no Estado Democrático de Direito é a Constituição que dirige a marcha da sociedade e vincula, positiva e negativamente, os atos do poder público”.<sup>89</sup> Cláudio Grande Júnior também sintetiza bem o papel que se espera do advogado público:

O mandato outorgado por lei é para o patrocínio do interesse público, pautando-se pela moral aplicação impessoal do ordenamento jurídico, sem perder de vista a exigência de eficiência e respeito à dignidade da pessoa humana. (...) *Não basta uma advocacia apenas formalmente pública, é imprescindível ao Estado Democrático de Direito uma advocacia materialmente pública.*<sup>90</sup>

<sup>88</sup> O papel da advocacia no controle da legalidade da Administração. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 16, p. 40, 2006. No mesmo sentido o pensamento de Sérgio Luiz Barbosa Neves: “Daí serem fundamentais a autonomia administrativa e financeira e a legitimidade da Procuradoria para o controle prévio da legalidade e da lesividade dos atos praticados pelos administradores públicos”. A Procuradoria Geral do Estado como órgão fiscalizador interno e soberano da Administração Pública. Disponível em: <<http://www.aperj.org.br/artigos/arquivos/orgaofiscal.pdf>>. Acesso em: 28 dez. 2007.

<sup>89</sup> *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 491.

<sup>90</sup> GRANDE JÚNIOR, Cláudio. O Estado Democrático de Direito e a incipiente advocacia pública brasileira. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 400, 11 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5580>>. Acesso em: 20 jan. 2008. p. 4, 10 (grifos nossos). As conclusões de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Ana Paula Andrade Borges de Faria, ao analisarem as prerrogativas dos Procuradores dos Estados, são válidas para todos os membros da advocacia pública: “a independência e autonomia funcional, além de garantia do Procurador do Estado, constituem *garantia dos administrados* quanto a uma atuação na representação judicial [e na consultoria, devo acrescentar] do Estado proba, legal e impessoal, livre de perseguições e favorecimentos, expressamente e implicitamente vedados pelo ordenamento jurídico”. A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, p. 15, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2527>>. Acesso em: 20 jan. 2008 (grifo nosso).

É preciso, pois, superar o amesquinçamento a que tem sido confiada a Advocacia de Estado no Brasil, assumindo nosso verdadeiro papel de função essencial à justiça, com a liberdade e a responsabilidade aí implicadas, contribuindo para o aperfeiçoamento de nossas instituições democráticas e para o desenvolvimento desejado por nossa Carta Constitucional.

Por todo o exposto, cremos ser possível identificar quatro deveres mínimos no que se refere à atuação contenciosa do advogado público:

- a) proibição da litigância de má-fé — dever de não faltar com a verdade e de não interpor recursos ou realizar manifestações meramente protelatórias;
- b) dever de contribuir para o esclarecimento dos fatos, trazendo todas as informações relevantes para o feito;
- c) dever de reconhecer a procedência do pedido, quando for o caso, realizando transação de acordo com critérios previamente definidos (por exemplo, em caso de controvérsia apenas sobre matéria de direito, quando a jurisprudência estiver pacificada; quando se tratar de controvérsia em matéria de fato, quando os fatos estiverem suficientemente esclarecidos — ainda que não em juízo, mas de acordo com a investigação feita a nível administrativo), sempre devidamente observada a autorização de quem de direito (autoridade hierarquicamente superior, comissão nomeada para este fim, etc.)
- d) dever de ponderar o custo/benefício no momento de ajuizar a ação, evitando a propositura de ações inúteis que em nada beneficiam o erário e ainda agravam o problema da morosidade judicial.

Já no que toca à consultoria, é imperativo reconhecer cinco deveres mínimos:

- a) dever de proferir pareceres de acordo com a melhor interpretação jurídica aplicável ao caso, sempre à luz dos princípios constitucionais cabíveis;
- b) dever de comunicar ao órgão competente ilicitudes que tenham sido praticadas pelo ente público e que venham a ser reconhecidas em juízo, proferindo orientação para que todas as situações similares pretéritas sejam corrigidas e para que novos ilícitos não venham a se repetir no futuro;
- c) dever de verificar, de ofício, a juridicidade dos atos administrativos e normativos praticados pelo ente público defendido;
- d) dever de proferir parecer orientativo sempre que tiver conhecimento, por qualquer forma, de ilegalidade praticada pelo ente público defendido;

- e) dever de comunicar ao Ministério Público os ilícitos de que tenha conhecimento no exercício da função sempre que suas orientações para corrigi-los não sejam devidamente acatadas — além do *dever que cabe a todo servidor público* de representar à autoridade imediatamente superior ao praticante da “ilegalidade, omissão ou abuso de poder”, nos termos do art. 116, XII, da Lei nº 8.112/90.

**Abstract:** The hypothesis that will be defended here is that the public lawyer has an essential role in the accomplishment of the constitutional missions of the State in Brazil. More than simply defending the public patrimony from the illegitimate attacks (only the illegitimate, it's good to say), we think that it's attribution of the public lawyers, above all, prevent the practice of illegal acts by the State, either by action, or by omission. It's also our attribution, when the prevention fails and the matter becomes a lawsuit, to orient the public agent to make a settlement, as soon as the illegality becomes evident, and correcting immediately all the similar situations. This attitude, besides being the only one that is coherent with a State that accomplishes its legal and political obligations, also contributes to reduce the slowness of the jurisdictional services, considering that the State is the most frequent litigant on Brazilian courts, affecting the access to justice and, so, the institutional development.

**Keywords:** Public attorney. Legality control. Access to justice. Institutional development.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SOUZA, Luciane Moessa de. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. *A&C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, p. 141-174, out./dez. 2008.