



*Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

**Proposição n. 49.0000.2013.003608-7/COP**

**Origem:** Presidente do Conselho Seccional da OAB/Tocantins. Ofício n. 059/2013-GAB. Comissão Nacional de Estudos Constitucionais.

**Assunto:** Proposta de ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Provisória estadual n. 03/2013.

**Relator:** Conselheiro Federal Valmir Pontes Filho (CE).

**DECLARAÇÃO DE VOTO**

O eminente relator registrou em seu lúcido voto:

“Sobre os chamados *advogados de Estado*, impende verificar estarem expressamente referidos na Constituição da República (art. 132) os Procuradores de Estado e do Distrito Federal, aos quais incumbe, com exclusividade, a defesa dos interesses do Ente Público em Juízo. Demais disso, esses Procuradores hão de estar “organizados em carreira”, exercendo, à luz da expressa dicção do Texto Supremo, a representação judicial das respectivas unidades federadas. Desenvolvem, portanto, atividade *indispensável à administração da justiça* (CF, art. 133).

Merecem idêntica referência – mesmo que não hajam sido nominalmente citados no Texto Supremo – os **Procuradores dos Municípios**, cujo papel em nada difere daquele reservado aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal. Afinal, os Municípios integram, com a mesmíssima dignidade, o concerto federativo (CF, arts, 1º, 18 e 29), inexistindo razão para qualquer tratamento diferenciado nesse tocante.

A exercerem atividades de enorme relevância, *típicas de Estado*, devem os



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D.F.*

procuradores municipais ter sua dignidade funcional preservada, até porque inexiste, como é sobejamente sabido, hierarquia entre as pessoas políticas integrantes da Federação (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios), mas, simplesmente, uma repartição constitucional de competências.

Para além do encargo, já mencionado, de defesa judicial dos interesses do Erário e da coletividade, aos Procuradores do Município restou confiada a não menos importante tarefa de cuidar, quando do assessoramento jurídico prestado aos órgãos da Administração, da preservação dos princípios constitucionais, dentre os quais os da estrita legalidade, da moralidade, da razoabilidade, da eficiência e da indisponibilidade e supremacia dos interesses públicos primários.

Nessa qualidade, pois, representam o Ente municipal, e não os governantes que transitoriamente exerçam os deveres que o poder lhe impõe. Daí deverem ter independência funcional para apontar, quer em seus pareceres, quer nas peças processuais que elaborem, os eventuais vícios da conduta do Administrador.

Com isto não se quer dizer, obviamente, que não caiba ao Prefeito exercer a superior administração municipal, tomando as decisões políticas que considerar adequadas e, nessa toada, a atuar nos limites que a discricionariedade lhe giza. Tal capacidade, todavia, há de ser exercida no âmbito da estrita legalidade, ou seja, jamais dela desbordando ou simplesmente a agir no campo da mera licitude, como se dá em relação ao cidadão comum.

Assim, não é certo imaginar devam esses qualificados servidores promover a sustentação (quer na via judicial, quer na administrativa) de quaisquer atos da autoridade, ainda que contrários ao Direito. Seu dever maior será, sempre, o de promover a defesa intransigente dos interesses públicos primários (da coletividade administrada) e da integridade da ordem jurídica.



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D.F.*

Tais atividades, enfim, são indelegáveis – tal como o são as do Ministério Público e da Defensoria Pública – não se podendo, pois, cogitar da sua terceirização. Constituem, a rigor, um dever-poder inafastável. A expressa e indubitosa dicção do já citado art. 132, que preserva a função de defesa judicial e de consultoria jurídica das unidades federadas aos procuradores organizados em carreira (nela, portanto, necessariamente admitidos por concurso público), conduz à inexorável consequência de que é vedado o seu exercício por outros órgãos administrativos ou por escritórios particulares de advocacia<sup>1</sup>.

Cabe, neste passo, pontuar que a Constituição Federal, ao conferir aos procuradores as funções de representação judicial e de consultoria jurídica das respectivas unidades federadas (art. 132, **caput**), exige integrem eles uma carreira, na qual só pode ter ingresso (no nível inicial) aquele que submeter a concurso público de provas e títulos, realizado pelo próprio órgão e com necessária participação da Ordem dos Advogados do Brasil. A organização da carreira se deve fazer, em respeito ao princípio federativo, por lei de cada Estado, Município ou do Distrito Federal, sendo certo que as já editadas e em vigor serão recepcionadas (total ou parcialmente), na medida em que compatíveis com o novo disciplinamento constitucional”.

Ao acompanhar o ilustre relator, faço as seguintes anotações.

O longo e penoso processo de construção de uma Advocacia Pública em novas bases, com valores e paradigmas alinhados à modernidade e procedimentos adequados aos novos tempos, experimenta momentos de avanços e de recuos. A exata e mais radical (no sentido de profunda) compreensão e efetivação da condição de **instituição de Estado** das Advocacias Públicas federal, estadual, distrital e municipal não é um movimento dos mais

---

<sup>1</sup> Tais escritórios, por mais afamados e honrados que sejam, não terão, enfim, tanto quanto os integrantes da carreira de Procurador, o mesmo compromisso com o já mencionado interesse público. Exceção se faça, apenas - em situações tópicas - para a contratação (por inexigibilidade de licitação), de profissionais de incontestável saber jurídico e notória especialização, para o fim específico de exarar, por exemplo, um parecer.



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

fáceis.

Nessa dura caminhada, um dos aspectos de maior relevo envolve a identidade do advogado público. Aqui, o termo “identidade” aparece como delimitação e consciência do papel desempenhado, notadamente nas relações com os gestores ou governantes (a face visível do “cliente”).

Identificar, com precisão, o “cliente” é o primeiro passo na construção da identidade do advogado público e, de certo modo, condiciona as definições seguintes mais importantes. São duas as possibilidades básicas: a) o “cliente” é o Governo ou b) o “cliente” é o Estado. Ademais, como fator adicional de dificuldade, ouvem-se vozes no sentido de que não existe uma diferença efetiva entre os dois conceitos.

O festejado jurista Diogo de Figueiredo Moreira Neto formulou com precisão e maestria, em estrita consonância com o Texto Maior, a concepção das Procuraturas Constitucionais (Advocacia Pública em sentido amplo). Identificou:

a) a **advocacia da sociedade**, viabilizada pelo Ministério Público, relacionada com a defesa de interesses sociais com várias dimensões subjetivas, da ordem jurídica e do regime democrático;

b) a **advocacia dos necessitados**, operacionalizada pela Defensoria Pública, voltada para a defesa dos interesses daqueles caracterizados pela insuficiência de recursos;

c) a **advocacia do Estado** (ou Advocacia Pública em sentido estrito), instrumentalizada pela Advocacia-Geral da União e pelas Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, vocacionada para a defesa dos interesses públicos primários e secundários (com a clara prevalência dos primeiros em relação aos últimos, em caso de conflito, em homenagem à construção responsável do Estado Democrático de Direito).



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

Importa, pois, delinear a essência da advocacia de Estado e apartá-la, se for possível, e é possível, da advocacia de Governo (ou dos governantes).

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

Alguns aspectos da atuação dos advogados públicos somente alcançarão um patamar qualitativamente adequado e um padrão de harmonia com a construção de um Estado Democrático de Direito num ambiente de exercício, de prática efetiva, de uma advocacia de Estado.

O exercício da independência técnica (relativa) dos advogados públicos e o viés construtivo das manifestações consultivas e contenciosas reclamam um certo distanciamento dos “interesses imediatos” (e dos “humores imediatos”) dos gestores e administradores. Não é concebível, salvo dentro da triste lógica da advocacia de Governo, uma relação hierárquica, de subordinação, do advogado público em relação à “cadeia de comando” funcional de determinado órgão ou entidade.



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D.F.*

A não-obrigatoriedade de recorrer de todas as decisões judiciais contrárias ao Poder Público também reclama um “olhar” distanciado dos “humores” imediatistas dos gestores. O cálculo de viabilidade de reversão de tendências jurisprudenciais ou de esgotamento da argumentação razoável em torno de determinadas matérias deve ser efetivado substancialmente pelos advogados públicos com estreita convivência com a problemática. Não deixa de ser salutar a criação de um espaço institucional para desenvolver o “diálogo final” entre gestores e advogados públicos em torno do racional encerramento da litigiosidade em relação a certos temas recorrentes.

A defesa de atos de autoridades públicas não pode ser efetivada de forma acrítica, em todos os casos e em quaisquer circunstâncias. Afinal, existem inúmeras situações onde impera a ilegalidade, a imoralidade, a improbidade, a má-fé e o dolo. Esse olhar criterioso está em harmonia com a advocacia de Estado. A tal advocacia de Governo não consegue trabalhar bem a transgressão jurídica (pontual ou “patológica”) do gestor. Nesse sentido, a Portaria AGU n. 408, de 2009, editada pelo então Advogado-Geral da União José Antônio Dias Toffoli, bem demonstra o processo de construção de uma advocacia de Estado. O aludido ato, entre outras hipóteses, não viabiliza a defesa judicial de autoridades quando: a) não tenham sido os atos praticados no estrito exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares; b) não tenha havido a prévia análise do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, nas situações em que a legislação assim o exige; c) tenha sido o ato impugnado praticado em dissonância com a orientação, se existente, do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, que tenha apontado expressamente a inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato, salvo se possuir outro fundamento jurídico razoável e legítimo; d) ocorra incompatibilidade com o interesse público no caso concreto e e) identificada conduta com abuso ou desvio de poder, ilegalidade, improbidade ou imoralidade administrativa, especialmente se comprovados e reconhecidos administrativamente por órgão de auditoria ou correição.

Na advocacia de Governo (ou dos governantes), o advogado público é



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D. F.*

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

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

Vislumbra-se, neste momento, a necessidade de ser percorrido um longo e penoso caminho no sentido de fazer valer a prática da advocacia de Estado: a) nas hostes da Advocacia Pública e b) no trato institucional dos diversos órgãos e autoridades com as várias instâncias da Advocacia Pública.

Pela rigorosa pertinência com a discussão levantada no plenário do Conselho Federal da OAB, transcrevo as apropriadas palavras do Professor Pablo Holmes no texto “A nova Lei da AGU: Direito, democracia e o mistério da representação política” (Disponível em: <<http://www.criticaconstitucional.com/a-nova-lei-da-agu-direito-democracia-e-o-misterio-da-representacao-politica-2/>>. Acesso em: 15 jul. 2013):

“Está em discussão no Congresso Nacional projeto de Lei Complementar n. 205/2012 enviado pelo Governo, que altera a Lei Orgânica da Advocacia Geral da União. Embora ele já tenha gerado controvérsias, elas permaneceram até aqui limitadas ao mundo jurídico. Talvez fosse o momento de a opinião pública se debruçar sobre essa proposta. Pois



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D.F.*

ela diz respeito diretamente à relação entre democracia e governo, no Estado brasileiro, com consequências imprevisíveis.

Além de incluir, de modo um tanto obscuro, carreiras distintas e mesmo servidores nomeados sem concurso num único “Sistema da Advocacia Pública da União”, o projeto tem gerado discussões e polêmicas sobretudo devido a um aspecto particular. Ele permite que advogados públicos concursados possam ser responsabilizados por discordarem da posição de seus superiores hierárquicos em seus pareceres e posicionamentos jurídicos.

Desse modo, os advogados públicos perderiam sua independência e em lugar de basear sua atividade de consultoria na liberdade de convencimento à luz do direito, estariam obrigados a “opinar” de acordo com a posição dos chefes, os quais podem ser indicados politicamente, sem que precisem pertencer à carreira.

Na prática, o projeto vincula a advocacia pública à vontade dos órgãos políticos do governo de ocasião, liberando os agentes políticos do já frágil controle jurídico prévio exercido, no interior da administração, pelos advogados públicos. Mesmo que esse “controle”, não tenha qualquer efeito vinculante, pois que o agente político pode decidir de modo contrário à posição da consultoria jurídica, ele termina funcionando como forma de atribuição de responsabilidades. E é exatamente isso que a nova lei parece querer evitar.

O mais curioso é que os defensores do projeto baseiam-se em argumentos pretensamente republicanos para justificá-lo. Entre estes, destacam-se basicamente dois: (1) o de que os órgãos políticos são dotados de prerrogativas democráticas que seriam usurpadas por um suposto controle “jurídico-tecnocrático”, exercido por advogados públicos e (2) o de que a necessidade de dar celeridade e flexibilidade ao processo decisório, justificaria que essas decisões não fossem submetidas a um controle supérfluo de juridicidade exercido no interior da administração. Seriam esses argumentos adequados? Passemos a examiná-los.





## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D.F.*

1. Sob o ponto de vista da teoria política, parte-se, seguindo essa argumentação, de uma noção de democracia baseada em um primado absoluto da política sobre o direito. As premissas dessa posição são tão conhecidas quanto sabidamente problemáticas.

De um lado, ela supõe uma noção quasi religiosa de representatividade. Assim, a “re-presentação” da vontade popular seria compreendida como uma atualização da “vontade do povo” por meio da “vontade do governante”. O representante seria não um órgão político cujos limites e competências são dados por uma estrutura dinâmica de decisões sempre sujeitas a críticas e revisões construtivas, por meio de sua contínua observação pela opinião pública.

Assim como, por alguma razão mística e intangível, o corpo de Cristo se transubstancia no pão e no vinho, a vontade do governante encarnaria a vontade popular de modo misterioso. Algo que pode ser aceito, obviamente, como um ato de fé, mas não como uma justificação para o poder numa sociedade democrática. Ao final, a decisão do representante seria sempre a única forma legítima de conhecer a vontade popular. Qualquer pergunta acerca dos misteriosos processos de transformação entre a vontade dos representados em uma vontade mágica do representante é simplesmente ignorada.

De outro lado, a argumentação de que o agente político eleito é o único representante da soberania popular retira da política exatamente seu potencial democrático. Se a democracia necessita de eleições livres, isso não pode querer dizer que processos eleitorais autorizam o governante a agir acima da lei. Também aqui fica claro como uma noção mística de representação pode levar a uma perigosa (e totalitária) compreensão da relação entre direito e política.

Aqueles que entendem o direito como um prolongamento do poder político



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D.F.*

supõem, exatamente, que os únicos órgãos democráticos de uma república são aqueles eleitos para “re-presentar” a vontade popular. Esquecem, porém, que o poder não submetido a certos limites jurídicos pode ser utilizado para qualquer finalidade, inclusive para banir as eleições e os direitos de que depende todo regime democrático. Para ser democrático, o poder político deve estar sempre passível de ser criticado e justificado. Mas, para isso, ele não pode ser invisível, sendo atribuído, por exemplo, aos poderes místicos de um representante que “encarna”, em si, a “soberania popular”. E nada é mais invisível do que o poder político puro que não é definido juridicamente.

Exatamente por isso, o controle exercido por profissionais jurídicos não consiste em um controle tecnocrático. Ele é mecanismo de garantia da democracia à medida em que torna visível o poder do órgão político decisor, assim como seus limites.

(2) Tampouco a necessidade de celeridade nas decisões do executivo justificam qualquer ameaça à independência dos advogados públicos. De fato, a complexidade e velocidade das transformações sociais e econômicas impõem uma pressão crescente por rapidez nas regulações e respostas do poder público. Não há tempo para esperar pelas negociações de praxe no parlamento ou por uma consulta acerca de implicações jurídicas, se uma catástrofe natural, social, nuclear ou econômico-financeira se avizinha.

Seria enganoso, contudo, crer que a administração costuma decidir, nesses casos, segundo o modelo tradicional da legitimação democrática. Embora, em casos extremos (como numa calamidade pública), sejam oferecidos mecanismos legais de exceção que possibilitam respostas céleres, tais respostas, no mais das vezes, muito pouco se parecem com decisões baseadas em uma legitimidade misteriosa do “eleito”.

Diante de uma decisão técnica urgente, cuja complexidade dificilmente permite a análise do parlamento, surge, na maioria das vezes, um outro tipo de poder. E,



## *Ordem dos Advogados do Brasil*

*Conselho Federal*

*Brasília - D.F.*

nesse ponto, deveríamos, sim, falar no poder de expertos tecnocratas, que decidem baseados em seus conhecimentos sem qualquer legitimação democrática. Mas a ciência e a técnica também costumam falhar. Catástrofes causadas ou aumentadas por corpos tecnocráticos, como a de Fukushima (que poderia ter sido minimizada com respostas adequadas) ou como a econômica do plano cruzado podem sempre voltar a acontecer.

Por isso, sempre que possível é importante que as decisões da administração passem por um controle prévio acerca de suas consequências para os direitos dos administrados. Uma violação de direitos pode ter efeitos irreparáveis. Seja para um indivíduo em particular ou para a democracia. E, como bem sabemos, uma decisão mal tomada pode ter efeitos jurídicos, inclusive inconstitucionais, muitas vezes impossíveis de reparar.

Diante de tantos riscos, o papel de uma advocacia pública independente se justifica ainda mais no Brasil. Antes de representar uma ameaça, ela representa uma proteção da soberania popular. Pois a democracia não é o regime dos eleitos. Ela é o regime em que todos tem direitos iguais para formar em conjunto a vontade política coletiva, tanto por meio de procedimentos juridicamente definidos como no cotidiano de uma forma de vida livre, garantida por direitos”.

Brasília, 16 de julho de 2013

Aldemario Araujo Castro

Advogado OAB/DF n. 32.068

Conselheiro Federal