

UNIVERSIDADE CASTELO BRANCO

**ADVOCACIA DE ESTADO:
CONSULTIVO, A FACE OBSCURA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO**

Bruno Moreira Fortes

Brasília – DF

2007

UNIVERSIDADE CASTELO BRANCO

**ADVOCACIA DE ESTADO:
CONSULTIVO, A FACE OBSCURA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO**

Bruno Moreira Fortes

Monografia apresentada à Universidade Castelo Branco como exigência para obtenção do título de Pós-graduado “lato sensu” – MBA em Direito Público e Administração Pública.

Orientador: Professor Marcio Vieira Santos

Brasília - DF

2007

UNIVERSIDADE CASTELO BRANCO

Defesa de Monografia para obtenção do Título de Pós-graduação “lato sensu” em Direito Público e Administração Pública, pela Universidade Castelo Branco, no dia 05/03/2007.

**ADVOCACIA DE ESTADO:
CONSULTIVO, A FACE OBSCURA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO**

BRUNO MOREIRA FORTES

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Professor Marcio Vieira Santos

Examinadora: Professora Denise Miranda Fanfano

Aprovado em: ____/____/2007.

Dedico o presente trabalho aos meus pais, Nilton Pires Fortes e Teresinha Moreira Fortes, pelo empenho no meu desenvolvimento acadêmico e pelo carinho dedicado ao longo de minha vida. Aos meus irmãos, Rodrigo Moreira Fortes e Nilton Moreira Fortes, pela aprazível convivência. À minha noiva, Ana Paula Mesquita Carneiro, pelo amor, paciência e compreensão. À sociedade brasileira, haja vista ser o Estado o financiador do presente estudo e por que é a ela que a Advocacia-Geral da União deve servir.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que tornaram possível a realização deste momento, especialmente à Dra. Adalzira França de Lucca, pela colaboração na elaboração desta monografia.

Agradeço também ao meu orientador, Professor Marcio Vieira Santos, pelos conselhos sempre úteis e precisos com que, sabiamente, conduziu este trabalho.

"É melhor tentar e falhar,
que preocupar-se e ver a vida passar;
é melhor tentar, ainda que em vão,
que sentar-se fazendo nada até o final.
Eu prefiro na chuva caminhar,
que em dias tristes em casa me esconder.
Prefiro ser feliz, embora louco,
que em conformidade viver ..."

Martin Luther King

RESUMO

A Advocacia-Geral da União é uma Procuratura Constitucional integrante das Funções Essenciais à Justiça, que representam uma nova dimensão na forma de divisão do poder soberano do Estado. Trata-se de uma instituição neófito, surgida no âmbito da Constituição de 1988, que reuniu as atribuições da antiga Advocacia Consultiva da União, composta pela Consultoria-Geral da República e pelas antigas Consultorias Jurídicas dos Ministérios, além da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, e parte das funções do Ministério Público Federal. Juntamente com as demais instituições que integram as Funções Essenciais à Justiça, a AGU é órgão do Estado que visa aperfeiçoar o exercício do modelo democrático e republicano. Seu ministério, no que tange à sua face consultiva, está afeto à orientação jurídica da superior administração do Poder Executivo, sendo parceira dos administradores na condução das atividades e das políticas públicas, cabendo-lhe, por outro lado, a imprescindível missão de exercer o controle profilático de legalidade dos atos exarados pelas autoridades que exercem a função executiva do Estado, colimando-se, destarte, o respeito ao ordenamento jurídico estatal, o que gera a prevenção de litígios junto ao Poder Judiciário e consagra o ideal de Justiça. A Constituição Federal conferiu um caráter institucional e orgânico à Advocacia-Geral da União, dignificando-a como instituição responsável pela Advocacia do Estado, não se confundindo com uma Advocacia de Governo. No entanto, a legislação infraconstitucional maquiou o ideal constitucional ao amordçar os membros da Advocacia-Geral da União, subordinando órgãos de execução desta instituição a outros plexos da Administração Pública Federal, além de possibilitar que pessoas estranhas aos quadros de membros efetivos dessa Procuratura exerçam seus nobres e imprescindíveis misteres. Destarte, urge a alteração da Lei Complementar n. 73/93, Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, para que sejam respeitadas as diretrizes normativas imposta pela ordem constitucional.

Palavras-chave: Advocacia-Geral da União. Separação de Poderes. Funções Essenciais à Justiça. Consultivo Jurídico. Vicissitudes do Consultivo Jurídico.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADI-QO – Ação Direta de Inconstitucionalidade – Questão de Ordem

AGU – Advocacia-Geral da União

CGR – Consultoria Geral da República

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

DAS – Cargo Comissionado de Direção e Assessoramento Superior

LC – Lei Complementar

NAJ – Núcleo de Assessoramento Jurídico

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO 1 ASPECTOS DO ESTADO BRASILEIRO.....	11
1.1 Histórico Constitucional do Estado brasileiro.....	11
1.2 Princípios Republicano e Democrático.....	20
1.3 Princípio da Separação dos Poderes.....	28
1.4 Funções Essenciais à Justiça: quarta Função de Estado?.....	34
CAPÍTULO 2 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: FACE CONSULTIVA DA ADVOCACIA DE ESTADO.....	48
2.1 Histórico da Função Consultiva da Advocacia-Geral da União.....	48
2.2 Posição Constitucional e Natureza Jurídica da Advocacia-Geral da União	54
2.2.1 Advocacia de Estado ou Advocacia de Governo?.....	57
Restou evidenciado no PARECER/MC/CONJUR/BMF/Nº 1437/2006 que, em primeiro lugar, as atribuições das empresas que compunham o sistema Telebrás não foram absorvidas pelo Ministério das Comunicações, haja vista que foram privatizadas, logo aquelas atividades que estavam a cargo de empresas públicas, passaram a ser exercidas pela iniciativa privada, via contrato de concessão de serviço público. De outro modo, ainda que tal tivesse ocorrido, ou seja, que o Ministério das Comunicações tivesse absorvido as atividades das empresas que compunham o sistema Telebrás, não poderiam ex-empregados públicos, portanto regidos pela CLT, sob o fundamento de terem sido anistiados, serem empossados em cargos públicos de provimento efetivo, sem o devido concurso público.....	67
CAPÍTULO 3 VICISSITUDES DO CONSULTIVO JURÍDICO DA ADVOCACIA- GERAL DA UNIÃO.....	69
3.1 Subordinação de Órgãos de Execução da AGU a outros plexos da Administração Pública Federal.....	69
3.2 Mordaza imposta aos membros da Advocacia-Geral da União.....	74
3.3 Exercício das atribuições da face consultiva da Advocacia-Geral da União por pessoas estranhas aos seus quadros de membros efetivos.....	83
CONCLUSÃO.....	94
REFERÊNCIAS	96

INTRODUÇÃO

À luz do histórico constitucional brasileiro, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, em seu Título IV, Capítulo IV, traz significativa inovação quando trata da distribuição funcional do Poder Soberano estatal.

Ao lado da tradicional divisão dos Poderes estatais, o Constituinte de 1988 acrescentou as Funções Essenciais à Justiça, que compreendem um conjunto de instituições vocacionadas ao cumprimento dos princípios da democracia e da república.

Destarte, pretende-se com o presente trabalho monográfico trazer uma visão diferenciada da distribuição das funções estatais, perquirindo se as Funções Essenciais à Justiça são atividades do Poder Executivo ou constituem-se em uma quarta função do Estado brasileiro.

Ato contínuo, dentre as instituições que compõem as Funções Essenciais à Justiça, nesta monografia, estudar-se-á a Advocacia-Geral da União, disciplinada no art. 131 da Constituição da República. A disciplina constitucional do mencionado órgão conferiu um caráter institucional, orgânico, às funções de consultoria jurídica do Poder Executivo e de representação judicial da União, haja vista que antes de 1988, as referidas atividades estavam a cargo de órgãos diferentes. A atividade consultiva estava a cargo da Consultoria-Geral da República e das Consultorias Jurídicas dos Ministérios, bem como da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. A representação judicial era incumbência do Ministério Público Federal, por isso os membros desta instituição chamavam-se, como ainda assim se denominam, Procuradores da República, em que pese não mais serem representantes judiciais da União, mas sim da sociedade.

No entanto, o presente trabalho não tem por escopo o estudo da Advocacia-Geral da União em sua completude, mas apenas no que tange ao seu braço consultivo, demonstrando a importância de sua atuação como parceira do Poder Executivo na condução das políticas públicas, bem como no controle de legalidade dos atos praticados pelos administradores. Igualmente, tem-se por matiz evidenciar a natureza jurídica da AGU, questionando, inclusive, se o ministério por ela desenvolvido caracteriza-se como Advocacia de Estado ou de Governo.

Empós, a monografia vai tratar de temas extremamente delicados, demonstrando os problemas enfrentados pelo braço consultivo da Advocacia-Geral da União, que não pode operar em sua plenitude, haja vista que uma série de iniquidades da legislação

infraconstitucional, precipuamente a Lei Complementar n.º 73/93, aleijou a face consultiva da AGU.

Destarte, haja vista o disciplinamento da AGU na legislação infraconstitucional, órgãos de execução dessa Procuratura Constitucional estão subordinados administrativamente a outros plexos do Poder Executivo, o exercício da função de consultoria jurídica, que o art. 131 da Constituição atribuiu com exclusividade à Advocacia-Geral da União, está sendo realizado por pessoas que não integram os seus quadros de membros efetivos, bem como fora imposta uma mordaza aos seus membros, violando-se a independência inerente à condição de Advogado do Estado, bem como vilipendiando o direito dos cidadãos de serem respeitados, enquanto titulares do Poder estatal, o seu sagrado direito à informação, corolário básico que decorre dos princípios da democracia e da república.

Desta feita, estudar-se-á desde o histórico constitucional brasileiro, perpassando pela análise dos princípios da democracia, da república e da separação dos poderes, até chegar às funções essenciais à justiça. Após, mister a análise do histórico da face consultiva da Advocacia-Geral da União, adentrando-se em seguida no estudo da natureza jurídica desta instituição e , logo após, explicitando as atividades a serem desenvolvidas no campo do consultivo jurídico junto ao Poder Executivo. Por fim, restarão demonstrados os motivos que fazem com que a Advocacia-Geral da União não consiga desenvolver a contento a missão de controle de legalidade que a Carta Magna de 1988 lhe reservou a exclusividade.

CAPÍTULO 1 ASPECTOS DO ESTADO BRASILEIRO

1.1 Histórico Constitucional do Estado brasileiro

O presente tópico tem por pretensão realizar um breve e conciso estudo do Estado Brasileiro, desde o período colonial até a Constituição Federal de 1988.

A prática política durante o período colonial brasileiro apresentou determinadas características que marcaram profundamente a história das instituições brasileiras. Com o escopo de povoar e explorar economicamente sua colônia, Portugal tinha por hábito doar extensas áreas de terra a ricos que se dispusessem a investir na colônia.

Os beneficiados investiam em suas propriedades doadas por Portugal, bem como efetuavam benfeitorias para o Reino, como pontes, fortes, portos etc. Em contrapartida, a Metrópole favorecia os donatários quando, por exemplo, proibia a produção de aguardente por pequenos produtores, assegurando, destarte, a dependência dos pequenos colonos em relação aos grandes senhores de engenho.

Como é de se perceber, a gênese do Estado brasileiro se dá sob o auspício da macula da não distinção entre o público e o privado. Público e privado se confundem, como se um fosse parte integrante do outro.

Sobre o Brasil-colônia, calha trazer a baila o escólio de José Afonso da Silva:

A colonização do Brasil começou efetivamente pela organização das *capitanias hereditárias*, sistema que consistiu na divisão do território colonial em doze porções irregulares, todas confrontando com o oceano, e sua doação a particulares (escolhidos entre a melhor gente), que estivessem decididos a morar no Brasil e fossem suficientemente ricos para colonizá-lo e defendê-lo.

Das doze capitanias, poucas prosperaram, mas serviram para criar núcleos de povoamento dispersos e quase sem contato uns com os outros, contribuindo para a formação de centros de interesses econômicos e sociais diferenciados nas várias regiões do território da colônia, o que veio a repercutir na estruturação do futuro Estado brasileiro.

As capitanias eram organizações sem qualquer vínculo umas com as outras. Seus titulares — os *donatários* — dispunham de poderes quase absolutos. Afinal de contas, elas constituíam seus domínios, onde exerciam seu governo com *jurisdição cível e criminal*, embora o fizessem por ouvidores de sua nomeação e juizes eleitos pelas vilas. A dispersão do poder político e administrativo era assim completa, sem elo que permitisse qualquer interpenetração, salvo apenas a fonte comum que era a metrópole.¹

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 69-70.

Os efeitos futuros dessa gênese do Estado brasileiro, calcada na não distinção entre público e privado, na dispersão do poder político durante a colônia e na formação de centros efetivos de poder local, como assinala José Afonso da Silva, “darão a característica básica da organização política do Brasil na fase imperial e nos primeiros tempos da fase republicana, e ainda não de todo desaparecida: a formação coronelística oligárquica”.²

Tratava-se de um Estado patrimonialista, que insisti em persistir, em certos aspectos, ainda nos dias atuais, em que os homens públicos tratavam a administração pública como se fosse o quintal de suas casas, em que os bens do Estado eram tidos como se fossem os seus particulares, além da usual prática de favores, tão conhecida ainda hodiernamente.

Após o período colonial, com a Constituição de 1824, outorgada por Dom Pedro I, adentra-se à fase do Brasil-Império. Esta Carta Constitucional foi fruto do trabalho do Conselho de Estado constituído pelo Imperador após dissolução da Assembléia Constituinte, cujo trabalho de elaboração do texto constitucional não agradou Sua Majestade.

A Constituição do Império, a que o povo brasileiro foi subjugado, delineou o poder político estatal da seguinte forma: separação de poderes, com a criação do Poder Moderador; governo monárquico hereditário, constitucional e representativo; eleições indiretas e voto censitário; o poder legislativo era composto por duas câmaras: a dos deputados, que eram eleitos e a dos senadores que tinham caráter vitalício e não eram eleitos pelo povo, mas sim nomeados pelo Imperador; regime parlamentarista, em que pese não ter sido expressamente consignado no texto constitucional.

A Constituição Imperial era semi-rígida, exigindo quorum especial para a alteração de tudo o que se considerava matéria constitucional, ou seja, que dissesse respeito aos limites e atribuições dos poderes políticos e aos direitos políticos e individuais dos cidadãos. De outra parte, as demais matérias, não estritamente constitucionais, poderiam ser alteradas através do mesmo procedimento exigido para a legislação ordinária.

Os direitos liberais foram consagrados no art. 179 da Carta Constitucional de 1824, conforme havia prometido o Imperador quando do ato de dissolução da Assembléia Constituinte.

Por força de movimentos de grupos federalistas, a Constituição de 1824 foi emendada pelo Ato Institucional de 1834, que tinha por matiz conceder uma certa autonomia às Províncias. Contudo, em 1840 foi promulgada a chamada Lei de Interpretação, que restringiu o grau de extensão daquele ato.

² *ibidem*, p. 72.

O conteúdo normativo da Constituição de 1824, do ponto de vista formal, apresentava-se dissonante da realidade praticada no Brasil império. Em que pese o distinto elenco de direitos e garantias dos indivíduos consagrados na Carta Política, era prática corriqueira a utilização do trabalho escravo. Apesar da previsão da separação de poderes, não se vislumbrava a prática de um ideal democrático. O Imperador nomeava os grandes fazendeiros, os Coronéis da Guarda Nacional. Gradativamente, estes foram perdendo sua importância militar e a figura do coronel foi se tornando sinônimo de chefe político local, originando o conceito de coronelismo. Durante o Império, tal como ocorria no período colonial, o Estado continua patrimonialista, havendo perceptível confusão entre o público e o privado.

Sobre esse período da história brasileira, Paulo Bonavides leciona:

A Constituição do Império, aquela que resultou do ato de outorga, não se arredou do círculo doutrinário das influências francesas no campo teórico, mas ao aplicar-se viu paralelamente prosperar, por obra do costume constitucional, uma forma de governo parlamentar, um tanto quanto híbrido e primitivo.

Todavia, do ponto de vista doutrinário e fático, essa modalidade deveras se assemelhava ao modelo inglês. A Constituição real, desprezando a Constituição formal, decerto fora inspirar-se ali.

Dominada por sugestões constitucionais provenientes da França, a Constituição Imperial do Brasil foi à única Constituição do mundo, salvo notícia em contrário, que explicitamente perfilhou a repartição tetradimensional de poderes, ou seja, trocou o modelo de Montesquieu pelo de Benjamin Constant, embora de modo mais quantitativo e forma do que qualitativo e material.

Com efeito, ao Executivo, Legislativo e Judiciário, acrescentou o Poder Moderador, de que era titular o Imperador e que compunha a chave de toda a organização política do Império. Em rigor, como redundou de sua aplicação constitucional, era ele o Poder dos Poderes, o eixo mais visível de toda a centralização de Governo e de Estado na época imperial. Disso resultou, pela carência de autonomia provincial suficiente e pela ausência de poderes descentralizados, a funesta desintegração política do regime monárquico, substituído em 1889 pelo sistema republicano de governo.³

Então, chega-se à fase republicana, que não era um anseio popular. Surgiu da comunhão de interesses dos militares com a elite que dominava o cenário político nas províncias e que tanto desejavam autonomia em relação à Coroa.

Sob inspiração republicana, surge a Constituição de 1891, que ao contrário da anterior, fora promulgada. Esta Constituição promoveu brusca ruptura com a ordem constitucional pretérita. Mudou-se a forma de Estado de unitário para federal. A forma de governo, que era

³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 32-33.

monárquica, passa à republicana. O sistema de governo, de parlamentar transmuda-se em presidencial. O Senado que tinha seus membros nomeados pelo Monarca de forma vitalícia, passa a ser composto por pessoas eleitas, contudo, o voto era censitário. Deixa de haver confusão entre Estado e Igreja.

Tendo os Constituintes de 1891 buscado inspiração no modelo norte-americano de federação, a Constituição de 1891 enumerou taxativamente a competência da União, reservando aos Estados os poderes remanescentes.

Contudo, em realidade, a autonomia federativa transfigurava-se em política oligárquica, em controle político regional pelos grandes proprietários de terra, conforme modelo vindo da colônia e do império. Aliás, não é da noite para o dia que se muda uma cultura já arraigada.

Durante a vigência da Constituição de 1891, os processos eleitorais eram absolutamente viciados e, mesmo quando o voto não era fruto de uma fraude, o eleitor seguia a orientação de um chefe local, como forma de agradecimento ou demonstração de lealdade.

Com fulcro nessa realidade é que Minas Gerais e São Paulo alternaram-se na indicação do candidato a Presidente da República, a famosa política do Café com Leite.

Como era de se esperar, já que havia sido proclamada a República, a estrutura de dominação dos grandes senhores de terra, cuja maior concentração deu-se em Minas e São Paulo, ganhou antipatia e questionamento por parte de grupos da sociedade. A Coluna Prestes atravessou o país divulgando suas idéias contra a estrutura oligárquica. Surgiram também movimentos operários de inspiração anarquista.

Em 1930 houve um golpe de Estado. Getúlio Vargas assumiu o Governo Provisório, mas foi preciso até um movimento armado em São Paulo, chamado Revolução Constitucionalista de 1932, para que se convocasse a Assembléia Constituinte em 1933 e se institucionalizasse aquele governo com a promulgação da Constituição em 1934.

A Constituição de 34 foi influenciada pela Constituição alemã de Weimar de 1919, acrescentando ao seu objeto matérias que versavam sobre questões sociais e econômicas. Destarte, a Constituição de 1934 reservou um de seus títulos à ordem econômica e social, no qual estendeu um conjunto de direitos aos trabalhadores, como: salário mínimo, jornada de oito horas de trabalho, repouso semanal, férias anuais remuneradas, entre outros. Instituiu-se a Justiça do Trabalho e manteve-se a Justiça Eleitoral, criada dois anos antes.

Com a referida Constituição, ingressa o Estado brasileiro no constitucionalismo social, consagrando-se a presença no corpo da Constituição de inúmeras normas de cunho programático. Todavia, no ano seguinte à sua promulgação já sofreu emenda constitucional,

ampliando os poderes do Executivo federal para coibir atividades de cunho subversivo. Quedou-se em 1937.

Em 1937, Getúlio Vargas dissolveu o Congresso Nacional e outorgou uma nova Constituição, sob pálio do argumento de que existia uma ameaça comunista. A Constituição de 1937, com o escopo de maquiagem uma legitimidade à Carta Política, previu a realização de um plebiscito para fins de aprovação ou não de suas diretrizes pelo povo brasileiro. Contudo, o referido plebiscito estava condicionado a uma regulamentação, que se daria por um Decreto Presidencial, que jamais fora publicado. Destarte, a consulta popular restou letra morta.

Em comparação com a Constituição de 1934, percebe-se que a Constituição de 1937 após uma acentuada centralização do poder nas mãos do Presidente, autoridade suprema do Estado. O Presidente absorveu a função legisferante através dos decretos-leis, muito parecido com a atual Medida Provisória.

O grau de poder do Presidente era tamanho que ele podia até rever as decisões judiciais de inconstitucionalidade de leis, invocando o bem do povo, a promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, *ex vi* do parágrafo único, do art. 96 da Constituição de 1937.

Durante a vigência da Constituição de 1937, em que pese estar consagrado o federalismo em seu texto, houve, na prática, a volta ao unitarismo do Império, uma vez que os Estados eram governados por interventores nomeados pelo Presidente.

A Carta Política de 37 mostrou-se fértil em relação aos direitos sociais, mas seus dispositivos que estabeleciam os direitos da liberdade e os direitos políticos não produziram qualquer efeito na realidade brasileira. Ao assegurar os direitos sociais e suspender os de liberdade e políticos, Getúlio Vargas transformou aqueles, que eram objeto de reivindicação popular, em dádiva, produzindo a sua imagem de pai dos pobres.

Durante o primeiro governo de Vargas, viveu o Estado brasileiro uma ditadura, com a gigantesca hipertrofia do Poder Executivo, afastando-se, por hora, o ideal democrático.

Em 1946, a vitória dos aliados na II Guerra Mundial colocou em xeque os regimes antidemocráticos e inaugurou um período de reconfiguração institucional em muitos países.

No Brasil, Getúlio Vargas adotou algumas medidas liberalizantes, como a promulgação da Lei Constitucional n.º 9, de 28.02.1945, que tinha por matiz atenuar a centralização do poder em torno do Executivo, bem como convocava eleições gerais.

No entanto, Getúlio não pretendia a instalação de uma Assembléia Nacional Constituinte, ou seja, não pretendia o exercício do Poder Constituinte Originário, de sorte que os parlamentares somente cumpririam a função de legislador ordinário e as mudanças teriam que se dar consoante esse panorama, sem inaugurar uma nova ordem constitucional.

Em seguida, o ditador foi deposto e instalou-se uma Assembléia Constituinte.

À falta de um texto básico para auxiliar o trabalho dos constituintes de 1946, utilizou-se a Constituição de 1934, por isso a similitude entre elas.

De acordo com a referida Constituição, a de 1946, ao lado da estrutura do Estado e dos direitos individuais, ficou reservada à União a competência para intervir no domínio econômico e de monopolizar determinadas atividades. Restou consagrada maior autonomia financeira aos Estados e Municípios, havendo a fixação de critérios para a repartição dos impostos entre eles.

Houve o condicionamento da propriedade ao bem estar social, de modo que ela poderia ser desapropriada por interesse social, ou seja, a propriedade passou a ter de cumprir um papel social. Consagrou-se a repressão ao abuso do poder econômico, na forma da lei. Manteve-se generoso o rol de direitos sociais, tornou obrigatório o ensino primário e estipulou a participação dos empregados nos lucros das empresas.

Aspecto salutar consagrado na Constituição de 1946 relacionava-se ao fato de que a eleição para Presidente não implicava automaticamente a do Vice de sua chapa. Possibilitava que o Presidente fosse de uma chapa e o Vice de outra. Destarte, assim é que em 1960, Jânio Quadros foi eleito Presidente, mas o seu candidato a vice, Milton Campos, foi vencido por João Goulart.

Em 1961 veio a Emenda Constitucional 4/61, que instituiu o sistema parlamentarista, prevendo ainda a possibilidade de um plebiscito para que o povo fizesse a opção entre permanecer no parlamentarismo ou retornar ao presidencialismo. O plebiscito fora convocado pelo Presidente em 06 de janeiro de 1963 e o povo, por esmagadora maioria, optou pelo Presidencialismo.

Em 31 de março de 1964 o Brasil foi assolado pelo golpe militar, retorna o país a viver uma ditadura. Com os militares vieram os atos institucionais, que vilipendiaram a Constituição em vigor à época.

O primeiro Ato Institucional veio ao mundo jurídico em 09 de abril de 1964 com o fim de, como é de se esperar de um regime ditatorial, realizar cassações e suspensões de direitos políticos. Antes da vinda da nova Constituição, a de 1967, o governo militar exarou o Ato Institucional n.º 4, de 24 de janeiro de 1967, que estabeleceu o procedimento que deveria ser adotado pelo Congresso Nacional na apreciação e votação do projeto de Constituição Nacional.

Destarte, a Constituição de 1967 fora aprovada pelo Congresso Nacional, o que supostamente daria um ar de legitimidade a ela. Contudo, em verdade, não se tratou de uma

Constituição promulgada, mas sim outorgada. Primeiro, porque o povo não escolheu os parlamentares que se investiriam do Poder Constituinte Originário. Segundo, pelo fato da ocorrência de várias cassações e a submissão do Congresso ao projeto apresentado pelo Governo.

A Constituição de 67 era um reflexo dos atos institucionais que foram editados antes de sua formulação e teve inspiração na Constituição de 1937. Destarte, ampliou e centralizou os poderes no chefe do Poder Executivo, principalmente no que tange a competência legisferante. O pacto federativo restou abalado, haja vista que as receitas foram concentradas na União, em detrimento dos Estados e dos Municípios.

Relato mais minucioso é feito por José Afonso da Silva:

Domina o poder um Comando Militar Revolucionário, que efetua prisões políticas de todos quantos seguiram o Presidente deposto ou simplesmente com ele simpatizavam, ou com as idéias de esquerda, ou apenas protestavam contra o autoritarismo implantado.

Expediu-se um Ato Institucional (9.4.64), mantendo a ordem constitucional vigorante, mas impondo várias cassações de mandatos e suspensões de direitos políticos. Elege-se Presidente o Marechal Humberto de Alencar Castello Branco, para um período complementar de três anos. Governou com base no ato institucional referido e em atos complementares.

Nova crise culminou com o AI 2, de 27.10.65, e outros atos complementares. Vieram ainda os AI 3 e 4. Este regulando o procedimento a ser obedecido pelo Congresso Nacional, para votar nova Constituição, cujo projeto o governo apresentou. A 24.1.67, fora ela promulgada, o que veio resumir as alterações institucionais operadas na Constituição de 1946, que findava após sofrer vinte e uma emendas regularmente aprovadas pelo Congresso Nacional com base em seu art. 217, e o impacto de quatro atos institucionais e trinta e sete atos complementares, que tornaram incompulsável o Direito Constitucional positivo então vigente.⁴

Ainda segundo os ensinamentos de José Afonso da Silva:

Essa Constituição, promulgada em 24.1.67, entrou em vigor em 15.3.67, quando assumia a Presidência o Marechal Arthur da Costa e Silva. Sofreu ela poderosa influência da Carta Política de 1937, cujas características básicas assimilou. Preocupou-se fundamentalmente com a segurança nacional. Deu mais poderes à União e ao Presidente da República. Reformulou, em termos mais nítidos e rigorosos, o sistema tributário nacional e a discriminação de rendas, ampliando a técnica do federalismo cooperativo, consistente na participação de uma entidade na receita de outra, com acentuada centralização. Atualizou o sistema orçamentário, propiciando a técnica do orçamento-programa e os programas plurianuais de investimento. Instituiu normas de política fiscal, tendo em vista o desenvolvimento e o combate à inflação. Reduziu a autonomia individual,

⁴ SILVA, op. cit., p. 86.

permitindo suspensão de direitos e de garantias constitucionais, no que se revela mais autoritária do que as anteriores, salvo a de 1937. Em geral, é menos intervencionista do que a de 1946, mas, em relação a esta, avançou no que tange à limitação do direito de propriedade, autorizando a desapropriação mediante pagamento de indenização por títulos da dívida pública, para fins de reforma agrária. Definiu mais eficazmente os direitos dos trabalhadores.⁵

Em 1969, a Constituição então vigente foi alterada pela Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, que a reformulou quase que totalmente. As modificações foram de tal magnitude que a Constituição foi, com a nova redação, promulgada e publicada, fato este que leva significativa parte da doutrina a considerar que houve, em verdade, uma nova Constituição.

A respeito, leciona José Afonso:

Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil. Ela fora modificada por outras vinte e cinco emendas, afora a de n. 26, que, a rigor, não é emenda constitucional. Em verdade, a EC n. 26, de 27.11.85, ao convocar a Assembléia Nacional Constituinte, constitui, nesse aspecto, um ato político. Se convocava a Constituinte para elaborar Constituição nova que substituiria a que estava em vigor, por certo não tem a natureza de emenda constitucional, pois esta tem precisamente sentido de manter a Constituição emendada. Se visava destruir esta, não pode ser tida como emenda, mas como ato político.⁶

Em pó, vem uma lenta e gradual abertura política decorrente da divergência interna entre os militares, o fracasso da política econômica e a sanha da sociedade pela volta da democracia.

A oposição ao governo militar cresce juntamente com o clamor social pela modificação do regime político. Em 1982, houve eleições para os governos estaduais e para o Congresso Nacional. No Congresso, a oposição conseguiu a maioria dos Deputados, que elegeram governadores de Estados como: Minas Gerais, São Paulo, Espírito Santo e Rio de Janeiro.

⁵ *ibidem*, p. 86-87.

⁶ *ibidem*, p. 87.

Crescem os movimentos populares com o fim de instituir eleições diretas para Presidente da República. Tentou-se a modificação da Constituição, através de Emenda, contudo, toda movimentação cívica foi frustrada, pois a emenda não foi aprovada.

Não tendo logrado êxito a tentativa de modificação do modo de eleição do Presidente, foi eleito indiretamente, em janeiro de 1985, o ex-governador de Minas Gerais, Tancredo Neves, tendo como Vice José Sarney.

Sobre o assunto, vale-se mais uma vez da doutrina de José Afonso da Silva:

A luta pela normalização democrática e pela conquista do Estado Democrático de Direito começou assim que se instalou o golpe de 1964 e especialmente após o AI 5, que foi o instrumento mais autoritário da história política do Brasil. Tomara, porém, as ruas, a partir da eleição dos Governadores em 1982. Intensificara-se, quando, no início de 1984, as multidões correram entusiasmadas e ordeiras aos comícios em prol da eleição direta do Presidente da República, interpretando o sentimento da Nação, em busca do reequilíbrio da vida nacional, que só poderia consubstanciar-se numa nova ordem constitucional que refizesse o pacto político-social. Frustrou-se, contudo, essa grande esperança.

Não desanimaram, ainda desta vez, as forças democráticas. Lançam a candidatura de Tancredo Neves, então Governador de Minas Gerais, à Presidência da República. Concorreria pela via indireta no Colégio Eleitoral com o propósito de destruí-lo.

[...]

O povo emprestou a Tancredo Neves todo o apoio para a execução de seu programa de construção da Nova República, a partir da derrota das forças autoritárias que dominaram o país durante vinte anos (de 1964 a 1984). Sua eleição, a 15.1.85, foi, por isso, saudada como o início de um novo período na história das instituições políticas brasileiras, e que ele próprio denominara de a Nova República, que haveria de ser democrática e social, e haveria de concretizar-se pela Constituição que seria elaborada pela Assembléia Nacional Constituinte, livre e soberana, que ele convocaria assim que assumisse a Presidência da República. Prometeu, também, que nomearia uma Comissão de Estudos Constitucionais a que caberia elaborar estudos e anteprojeto de Constituição a ser enviado, como mera colaboração, à Constituinte.⁷

Foi um passo importante rumo à democracia, haja vista que se tratava de homem público comprometido em construir uma nova República. Contudo, quis o destino que Tancredo não viesse a governar o país, eis que faleceu antes da sua posse. Com o falecimento de Tancredo, assumiu José Sarney, que era pessoa ligada à ditadura, mas que deu seqüência às promessas de Tancredo Neves.

⁷ *ibidem.*, p. 88-89.

Em 1985, por meio da Emenda Constitucional 262, fora convocada uma Assembléia Constituinte para a elaboração de uma nova Constituição brasileira. A nova Constituição foi elaborada pelo Congresso Nacional.

Foi instituída pelo Presidente uma Comissão de Estudos Constitucionais com o escopo de preparar um anteprojeto de Constituição, para servir de arrimo aos trabalhos da Assembléia Nacional Constituinte. No entanto, em virtude de severas críticas que o estudo recebeu, ele preferiu não apresentá-lo, de sorte que o Constituinte Originário teve que elaborar a Constituição sem um esboço pré-constituído.

A Constituinte fora dividida em 9 comissões, 8 temáticas e uma de sistematização. Houve intensa participação de diversos setores da sociedade com vista à inserção de seus ideais na futura Constituição da República. Em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a atual Constituição da República, denominada por Ulisses Guimarães de Constituição cidadã.

A Constituição de 1988 estruturou o Estado brasileiro calcado nos princípios a seguir demonstrados. No que tange a forma de Estado adotou-se o federalismo, consagrando a autonomia dos entes federativos, passando os Municípios e Distrito Federal à condição de componentes do Estado Federal, gozando da mesma autonomia e tratamento dispensados à União e aos Estados. Houve repartição de competências ainda inspirada no modelo Norte-Americano, bem como delineamento tributário de cada componente do Estado Federal. O grau de autonomia dos entes da federação é o mais acentuado da história brasileira. No que tange a forma de governo, manteve-se o princípio republicano, que será estudado mais detidamente em capítulo próprio. O sistema de governo adotado foi o presidencialismo, ofertando-se ao povo brasileiro a possibilidade de optar entre manter o presidencialismo ou mudar para o parlamentarismo. Optou o povo por manter o presidencialismo. Por fim, o regime político adotado foi o democrático, princípio este que merecerá atenção especial em capítulo específico.

1.2 Princípios Republicano e Democrático

No tópico anterior restou traçado um pequeno histórico do Estado brasileiro e ao se tratar da Constituição de 1988, ficou assentado que o Estado brasileiro rege-se, além de outros, pelo princípio Republicano, no que se refere à forma de governo, e pelo princípio democrático, no que diz respeito ao regime político.

É de se salientar que a atual Constituição brasileira, após o preâmbulo, que já traz em seu bojo os princípios republicano e democrático, dedica, já no seu primeiro Título, o

tratamento do que denominou de Princípios Fundamentais. Conferiu a Constituição especial relevo a determinados princípios, que são informadores da organização do Estado brasileiro.

E o que são os Princípios Fundamentais?

Os Princípios Fundamentais são as normas que dão arrimo, que informam todo um sistema de normas, ou seja, são as diretrizes mestras, básicas, sobre as quais todas as demais terão assento. Significa dizer que serão as normas fundamentadoras do Estado brasileiro. São normas que contêm os mais importantes valores que informam a elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil.

A partir da eleição dos princípios fundamentais, na construção da Constituição, todas as demais normas deverão respeito a eles. Se compararmos os princípios fundamentais com uma obra de um edifício, eles são os alicerces. É com fulcro na magnitude e limites do alicerce que todas as demais etapas da obra serão informadas.

De Plácido e Silva anota que o princípio “No sentido jurídico, notadamente no plural, quer significar as normas elementares ou os requisitos primordiais instituídos como base, como alicerce de alguma coisa”.⁸

Os princípios são dotados de normatividade, ou seja, possuem efeito vinculante e constituem normas jurídicas efetivas, muito mais quando se está diante de um princípio considerado pela Carta Magna como fundamental.

José Afonso da Silva assevera que os princípios fundamentais integram o Direito Constitucional positivo e se traduzem em normas fundamentais, normas-síntese ou normas-matriz que traduzem a valoração política fundamental do Poder Constituinte Originário⁹. Ainda segundo José Afonso, tratam-se de normas que contêm as decisões políticas fundamentais que o Constituinte delineou na Constituição Federal¹⁰.

Segundo o escólio do Professor Paulo Bonavides, os princípios constitucionais possuem três funções de especial relevo na ordem jurídica. A função fundamentadora, a interpretativa e a supletiva.

A função fundamentadora tem por matiz estabelecer as regras básicas, as diretrizes de todo um sistema de normas constitucionais. Possuem eficácia derogatória e diretiva.

Pela função interpretativa, permite-se alcançar o sentido teleológico da lei no momento de sua aplicação.

Já a função supletiva, que é a mais conhecida, mais tradicional, o princípio realiza a missão de integrar o ordenamento jurídico, quando da existência de uma lacuna legal.

⁸ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. vol. 3. p. 447.

⁹ SILVA, op. cit., p. 99.

¹⁰ Idem.

Nesse viés, conforme mencionado, é a doutrina de Paulo Bonavides, *in verbis*:

Os princípios são, por conseguinte, enquanto valores, a pedra de toque ou o critério com que se aferem os conteúdos constitucionais em sua dimensão normativa mais elevada.

Preenchem eles três funções de extrema importância [...]

[...] a função de ser "fundamento da ordem jurídica", com "eficácia derogatória e diretiva", sem dúvida a mais relevante, de enorme prestígio no Direito Constitucional contemporâneo; a seguir, a função orientadora do trabalho interpretativo e, finalmente, a de "fonte em caso de insuficiência da lei e do costume", sendo a segunda e a terceira as mais antigas e tradicionais [...]

Servindo os princípios, como diz Trabucchi, de "critérios inderrogáveis" ou "diretrizes para a interpretação e a aplicação das normas", eles assumem, com toda a legitimidade, "a tríplice dimensão fundamentadora, interpretativa e supletória em relação às demais fontes", conforme juristas contemporâneos de último assinalaram, avaliando, assim, o grau crescente de importância que a cada dia eles assumem em todos os domínios do Direito Público, com presença freqüente e culminante nas esferas da Justiça administrativa e da Justiça constitucional.¹¹

Pois bem. Os princípios republicano e democrático estão inseridos entre os denominados "fundamentais", de sorte que são, juntamente com outros, informadores de todo o sistema de normas que vão construir toda a Constituição de 1988, aplicando-se a eles tudo que restou consignado anteriormente.

Ato contínuo, mister se faz saber no que consistem os princípios republicano e democrático. Começa-se pelo princípio que diz respeito à República.

Anotam os Constitucionalistas que o termo República trata-se de uma palavra latina, *res publica*, que significa coisa pública, e que traduz as seguintes características: eletividade, temporariedade e responsabilidade dos detentores do Poder estatal. Trata-se de uma forma de governo onde são feitas eleições periódicas para a escolha dos chefes do Poder Executivo e dos membros do Poder Legislativo e, em alguns países, até dos membros do Poder Judiciário, o que não ocorre no Brasil, mas também não o descaracteriza como sendo uma República.

Na República, todos os agentes públicos devem prestar contas de seus atos para o povo que o elegeu ou para um órgão de representação popular.

O aludido princípio republicano erradia diversos consectários, que serão abordados a seguir, citando-se a doutrina de Adriano Pilatti, o que será de grande valia para os próximos passos desta monografia.

Adriano Pilatti, sobre o princípio republicano, leciona:

¹¹ BONAVIDES, op. cit., p. 254-255.

[...] o conceito de República, malgrado o empobrecimento histórico da acepção contraposta à de Principado, mantém ainda hoje uma riqueza semântica indiscutível. Governo de muitos, forma institucional da multidão que conquista meios próprios de poder e liberação em sua luta contra os grandes potentados, a República caracteriza-se por um feixe de atributos mínimos que constituem a riqueza de sua transposição como princípio fundamental positivado:

- afirmação radical de uma concepção igualitária de bem público, cujo titular e destinatário é o povo, compreendido como multidão de cidadãos livres, porque iguais em direitos (e não de súditos segregados com base em discriminações odiosas de linhagem, das quais decorrem privilégios transmissíveis por hereditariedade, e outras superstições do mesmo naipe);

- rigorosa distinção entre o patrimônio público (que pertence coletivamente à multidão cidadã e não pode sofrer apropriação particular por quem quer que seja) e o patrimônio privado dos governantes, distinção esta que deve nortear a atuação de todos os agentes estatais, sobretudo quando traduzida em atos de gestão da coisa pública, impondo-lhes os deveres inarredáveis de impessoalidade e de prestação de contas;

- eletividade dos governantes (ao menos, enquanto houver governantes e governados...), mormente do chefe de Estado, temporariedade dos seus mandatos, e conseqüente periodicidade das eleições;

- possibilidade de responsabilização político-jurídica de todos os agentes públicos, sem exceção, pela prática de atos lesivos ao bem público.¹² (grifo nosso)

Conforme restou assentado, república é o instituto designativo do governo que tem assento na vontade popular, de modo que traduz um regime político calcado na representação. Se a coisa é pública, extrai-se de imediato que aqueles que exercem o poder estatal não o fazem em nome próprio, mas sim representando alguém, ou seja, o povo. Destarte, não há que se confundir, o que diuturnamente ocorre, o patrimônio público com o do governante. A Administração é pródiga em dar exemplo de governantes, servidores, membros de instituições constitucionais, que se arvoram em confundir, misturar, o público com o privado, deixando as leis e as normas constitucionais em plano secundário.

O Estado republicano tem aversão ao patrimonialismo, por isso o Constituinte de 1988 destinou capítulo próprio à organização e atuação da Administração Pública.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Adriano Pilatti:

A intenção de estabelecer e consolidar uma rigorosa distinção entre o patrimônio público e o patrimônio privado dos agentes estatais – de modo a criar condições normativas para a superação dos padrões de clientelismo, filhotismo e patrimonialismo que têm caracterizado secularmente os

¹² PILATTI, Adriano. O princípio republicano na constituição de 1988. In: Manoel Messias Peixinho; Isabella Franco Guerra; Firlly Nascimento Filho. (Org.). **Princípios da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 119-120.

descaminhos do Estado brasileiro em sua relações com elites dirigentes parasitárias e predatórias – inspirou a inovação formal do Constituinte de 1987-1988, traduzida na abertura de capítulo próprio para a disciplina da organização e da atuação da Administração Pública (CF, art. 37 a 43).¹³

Foi com esse matiz que o Constituinte, já no intróito do capítulo destinado à Administração Pública, elencou, no art. 37, *caput*, da Constituição da República, uma série de princípios, que devem nortear a conduta do administrador, entre eles o da moralidade e o da impessoalidade. Diversas regras entabuladas nesse capítulo evidenciam o matiz republicano inspirador da Constituição. Cita-se, por exemplo, a regra da necessidade de realização de concurso público para acesso aos cargos do Estado.

Todavia, ainda por força do ranço patrimonialista, deixou-se margem para a ocupação de cargos comissionados, que hoje, infestam a administração pública e são aqueles que efetivamente conduzem a alta gestão do Estado, fato este que faz perdurar o clientelismo, o filhotismo e o patrimonialismo. Aliás, recentemente, forte discussão foi travada no que tange ao nepotismo, com acirrada resistência no Poder Judiciário, no Ministério Público, no sentido de manterem-se parentes em cargos comissionados. Venceu o princípio republicano, pelo menos por hora.

Se a república é o governo da coisa comum, é o gerenciamento dos bens que pertencem a todos, por óbvio, é corolário do princípio republicano, a necessidade de tratamento igualitário de todos aqueles que são titulares da coisa pública, o povo. E é nesse sentido que se desenvolve o texto constitucional. Por isso, adverte Adriano Pilatti que é a partir da percepção desse viés republicano e igualitário “[...] que podemos alcançar a plena compreensão do conteúdo das diretrizes constitucionais concernentes à implementação de políticas públicas destinadas à consecução dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro [...]”¹⁴

Sendo os dirigentes do Estado representantes do povo, também é corolário do citado princípio fundamental, a necessidade de prestação de contas. Assim é que a atuação do agente público que se desvie dos mandamentos legais e constitucionais gera para ele a possibilidade de responsabilização político-jurídica, quando seus atos forem lesivos ao bem público.

Por isso, a Constituição criou algumas instituições e dotou o povo de diversos instrumentos com o escopo de fiscalizar e tomar as providências necessárias ao bom gerenciamento do patrimônio público. Entre os órgãos encarregados deste mister está a

¹³ Ibidem, p.131.

¹⁴ Ibidem, p. 130.

Advocacia-Geral da União, instituição que já nasceu vocacionada a tutelar o patrimônio público, os interesses do Estado, jamais o atuar deletério do mau agente público. O povo detém também instrumentos de atuação como, por exemplo, a ação popular, de grande valia para salvaguardar o patrimônio, cujo titular é ele próprio.

É nisso que reside o ideal republicano.

De acordo com esta configuração conceitual do princípio republicano, resta patente a sua conexão com o princípio democrático, que é objeto de estudo seguinte.

Democracia vem do grego *demos*, que significa povo, e *kratos*, cuja tradução é autoridade ou governo. Deste modo, de forma simplória, democracia é a autoridade ou governo do povo.

Trata-se de uma forma de organização política em que cada pessoa da sociedade tem o direito de comungar, dentro de preceitos preestabelecidos, da direção e gestão dos assuntos públicos e sociais. Na democracia, o povo é o detentor do poder soberano, as autoridades exercem o poder na qualidade de representantes desse titular. Na clássica definição, é o governo do povo, pelo povo e para o povo.

A respeito dessa definição, José Afonso da Silva ensina:

Governo do povo significa que este é fonte e titular do poder (todo poder emana do povo), de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental de todo o regime democrático. Governo pelo povo quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular, que se apóia no consentimento popular; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base da legitimidade do exercício do poder, que se efetiva pela técnica da representação política (o poder é exercido em nome do povo). Governo para o povo há de ser aquele que procure liberar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máximo de segurança e bem-estar.¹⁵

O regime democrático pode ser exercido por algumas formas. Pode ser de forma direta, indireta ou por representantes, ou imbricando os dois critérios anteriores através da denominada democracia semidireta. Na democracia direta, como o nome já diz, o povo toma as decisões em assembleias. Exemplos dessa prática de democracia tem-se nas antigas cidades gregas, em que os cidadãos julgavam e tomavam decisões políticas importantes em assembleias. Contudo, hodiernamente, são poucos os lugares em que ocorre a forma direta de democracia, citando a doutrina a sobrevivência desse modo de exercício da democracia nos cantões suíços de pequena população.

¹⁵ SILVA, op. cit., p. 139.

Já na democracia indireta ou representativa, o povo escolhe seus representantes, de forma livre, para que estes tomem as decisões necessárias para a sociedade e para o Estado. Em países com grandes dimensões territoriais e com número considerável de habitantes, é impossível reunir-se toda a população em um logradouro público, para a obtenção das decisões necessárias à condução do Estado.

A terceira forma de exercício da democracia é a semidireta, que nada mais é do que a combinação dos critérios anteriores. É a democracia indireta, ou seja, aquela exercida através de representantes, aliada à direta, ou seja, com a inserção na Carta Política de instrumentos de participação direta do povo na formação da vontade nacional, tais como o plebiscito e o referendo.

Este último modo de exercício da democracia foi o adotado pelo Estado brasileiro, pois assim reza o art. 1º, parágrafo único da atual Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 1º [...] Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Pois bem. Feita esta breve digressão e não tendo a presente monografia por objeto explorar a fundo o instituto da democracia, importa saber quais são as características elementares desse regime político. Em sítio eletrônico da Embaixada Norte-Americana, consta um texto, sem discriminação de autoria, que evidencia os princípios e práticas que caracterizam a Democracia, a saber:

Democracia é o governo no qual o poder e a responsabilidade cívica são exercidos por todos os cidadãos, diretamente ou através dos seus representantes livremente eleitos.

Democracia é um conjunto de princípios e práticas que protegem a liberdade humana; é a institucionalização da liberdade.

A democracia baseia-se nos princípios do governo da maioria associados aos direitos individuais e das minorias. Todas as democracias, embora respeitem a vontade da maioria, protegem escrupulosamente os direitos fundamentais dos indivíduos e das minorias.

As democracias protegem de governos centrais muito poderosos e fazem a descentralização do governo a nível regional e local, entendendo que o governo local deve ser tão acessível e receptivo às pessoas quanto possível.

As democracias entendem que uma das suas principais funções é proteger direitos humanos fundamentais como a liberdade de expressão e de religião; o direito a proteção legal igual; e a oportunidade de organizar e participar plenamente na vida política, econômica e cultural da sociedade.

As democracias conduzem regularmente eleições livres e justas, abertas a todos os cidadãos. As eleições numa democracia não podem ser fachadas atrás das quais se escondem ditadores ou um partido único, mas verdadeiras competições pelo apoio do povo.

A democracia sujeita os governos ao Estado de Direito e assegura que todos os cidadãos recebam a mesma proteção legal e que os seus direitos sejam protegidos pelo sistema judiciário.

As democracias são diversificadas, refletindo a vida política, social e cultural de cada país. As democracias baseiam-se em princípios fundamentais e não em práticas uniformes.

Os cidadãos numa democracia não têm apenas direitos, têm o dever de participar no sistema político que, por seu lado, protege os seus direitos e as suas liberdades.

As sociedades democráticas estão empenhadas nos valores da tolerância, da cooperação e do compromisso. As democracias reconhecem que chegar a um consenso requer compromisso e que isto nem sempre é realizável. Nas palavras de Mahatma Gandhi, “a intolerância é em si uma forma de violência e um obstáculo ao desenvolvimento do verdadeiro espírito democrático”.¹⁶ (grifo nosso)

Importa em particular, sem prejuízo das demais, é claro, a característica da submissão do governante à lei. O supracitado texto, constante do sítio da Embaixada Norte-Americana, relata que durante a história da humanidade foi prática recorrente a confusão entre governante e a lei. Ou seja, a lei nada mais era que a expressão da vontade do governante. Nessa esteira, é célebre a frase atribuída ao Rei Francês Luís XIV, que bem evidencia a confusão entre governante, a lei e o próprio Estado, ao declarar: *L'État c'est moi*.¹⁷

Ainda consoante o referido texto sito na página da Embaixada dos Estados Unidos, um ponto de partida para afastar a tirania foi a instauração de um Estado de Direito, firmando-se o conceito de que o governante deve governar segundo a lei, de modo que ele está a ela submetido. Destarte, o governante não é a lei e não está acima dela, ao revés, deve fiel obediência aos seus termos, haja vista que, na democracia, a lei é a expressão da vontade do povo. A expressão lei, no caso, deve ser entendida em seu sentido amplo, compreendendo a Constituição e os demais instrumentos normativos a esta última subordinados. Veja-se:

Embora nenhuma sociedade ou sistema de governo esteja livre de problemas, o Estado de Direito protege os direitos fundamentais, políticos, sociais e econômicos e nos lembra que a tirania e a ilegalidade não são as únicas alternativas.

Estado de Direito significa que nenhum indivíduo, presidente ou cidadão comum, está acima da lei. Os governos democráticos exercem a autoridade por meio da lei e estão eles próprios sujeitos aos constrangimentos impostos pela lei.

As leis devem expressar a vontade do povo, não os caprichos de reis, ditadores, militares, líderes religiosos ou partidos políticos automeados.

¹⁶ PRINCÍPIOS da democracia: o que é democracia. **Embaixada Americana**. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/democracia/what.htm>>. Acesso em: 23 jan. 2007.

¹⁷ Tradução: O Estado sou eu.

Os cidadãos nas democracias estão dispostos a obedecer às leis da sua sociedade, então, porque estas são as suas próprias regras e regulamentos. A justiça é melhor alcançada quando as leis são criadas pelas próprias pessoas que devem obedecê-las.

No Estado de Direito, um sistema de tribunais fortes e independentes deve ter o poder e a autoridade, os recursos e o prestígio para responsabilizar membros do governo e altos funcionários perante as leis e os regulamentos da nação.

Por esta razão, os juízes devem ter uma formação sólida, ser profissionais, independentes e imparciais. Para cumprirem o papel necessário no sistema legal e no político, os juízes devem estar empenhados nos princípios da democracia. (grifo nosso)¹⁸

Pelo que se pode perceber, um dos vieses do regime democrático impõe uma limitação ao poder do governante e pressupõe a responsabilidade das autoridades públicas, sejam as ocupantes de cargos eletivos, sejam as que de outra forma lograram exercer uma função pública, quando praticarem seus misteres em desacordo com o ordenamento normativo do Estado e dentro dos limites da responsabilidade subjetiva.

Como é sabido, toda limitação pressupõe a existência de mecanismos que façam com que os governantes, efetivamente, não ultrapassem os limites impostos à sua atuação. Tratam-se de mecanismos de controle que terão por matiz fiscalizar a atuação dos governantes, o que não se reduz ao Poder Executivo, mas a todas as esferas de funções do Estado, com o fim de combater os desvios de conduta, atacando-se a ação deletéria da corrupção, bem como inibindo o seu florescimento.

Esses mecanismos devem ser diversos, tais como: eleições livres e confiáveis; a edição de instrumentos normativos que limitem o poder das autoridades e estabeleçam instrumentos eficazes de atuação do cidadão; a existência de órgãos de controle independentes; a liberdade de imprensa, que deverá ser exercida com liberdade, criando-se mecanismo de responsabilidade para o sensacionalismo e para a prática jornalística espúria; o acesso aos cargos, empregos e funções públicas por concurso público, exceto em casos excepcionalíssimos, com o objetivo de evitar o clientelismo, o nepotismo e o patrimonialismo.

1.3 Princípio da Separação dos Poderes

O princípio da Separação dos Poderes pode ter uma plêiade de significados tais como: a distinção entre as esferas de atuação entre o Legislativo, Executivo e o Judiciário; como garantia da independência entre os diferentes órgãos que titularizam as funções do Estado,

¹⁸ Idem.

como garante dos direitos fundamentais. Contudo, sem dúvida, o mister mais festejado da teoria da separação de poderes diz respeito a limitação e o controle que um órgão estatal exerce sobre o outro, mediante a existência de mecanismos específicos. Ou seja, é seu objetivo fundamental a limitação do poder político.

A doutrina da separação dos poderes ficou famosa com a obra de Montesquieu, “O Espírito das Leis”, no entanto, apontam os estudiosos que suas raízes são mais remotas, asseverando que a idéia de limitação do poder político já aparece no pensamento da Antigüidade Grega, com Aristóteles, havendo até quem defenda, que essa idéia tenha sido preconizada por Platão.

Sobre a origem da concepção da teoria da Separação de Poderes, Sahid Maluf assevera:

Nos Estados monárquicos antigos, medievais, e até mesmo no começo da idade moderna, bem como nas primitivas repúblicas gregas e romanas, não havia, em regra, divisão funcional do poder de governo. Naquelas o monarca, e nestas as assembléias populares acumulavam as funções de legislar, executar as leis e julgar as controvérsias. Entretanto, já os filósofos antigos, cogitaram da limitação do poder de governo. Platão, no Diálogo das leis, aplaudindo Licurgo por contrapor o poder da Assembléia dos Anciãos ao Poder do Rei, doutrinou que “não se deve estabelecer jamais uma autoridade demasiado poderosa e sem freio nem paliativos”. E Aristóteles, em sua obra Política, chegou a esboçar a tríplice divisão do poder em “legislativo, executivo e administrativo”.¹⁹

Aristóteles, conforme mencionado, tratou do tema ora objeto de estudo, ao distinguir a assembléia geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário (deliberação, mando e julgamento). Sua teoria foi elaborada a partir da análise de inúmeras Constituições concretas. A partir da referida análise, o citado filósofo grego, criou o pensamento da Constituição mista, que é aquela em que os diversos grupos ou classes sociais integram o exercício do poder político, ou a Constituição em que o governo não está nas mãos de uma única parcela que constitui a sociedade, mas é comum a todas.

Todavia, antes de Montesquieu, Locke e Bolingbroke trataram e formularam a teoria da Separação de Poderes, partindo da realidade constitucional inglesa. A afirmação da existência de três Poderes surge com Locke. Para ele os três poderes seriam: Legislativo, Executivo e Federativo. O Poder Federativo diria respeito ao direito de declarar a guerra e celebrar a paz, de celebrar tratados, firmar alianças e de conduzir as tratativas com pessoas e comunidades estrangeiras. Nessa esteira, é o escólio de Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

¹⁹ MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 23 ed. rev. e atual. por Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 1995. p.205.

Locke também reconhece três funções distintas: a legislativa (consistente em decidir com a força pública há de ser empregada), a executiva (consistente em aplicar essa força no plano interno, para assegurar a ordem e o direito) e a federativa (consistente em manter relações com outros Estados, especialmente por meio de alianças – foedus, em latim significa aliança).²⁰

Adverte Flávia Viveiros de Castro que para Locke, como para outros autores:

[...] a exigência da separação orgânico-pessoal entre Poder Legislativo e Poder Executivo é feita a partir da mesma visão pessimista com referência ao homem: seria uma tentação demasiado forte permitir que aquele que tem o poder de fazer as leis, tivesse também o poder de executá-las.²¹

Pois bem. Surge então a doutrina de Montesquieu, o maior expoente da teoria da separação de poderes.

Até Montesquieu, tratava-se apenas dos Poderes Legislativo e Executivo, às quais o escritor do livro “O Espírito das Leis” acrescenta a função judicial, em que pese não fazer alusão ao Poder Judiciário.

Segundo a doutrina, para Montesquieu, existem três Poderes: o Legislativo, ao qual incumbe a elaboração das leis, que vigorarão por certo período ou para sempre, bem como o papel de corrigir, revogar ou ab-rogar as leis existentes; o Executivo que se divide em Poder Executivo das Coisas que dependem do Direito das Gentes, que trataria de declarar a guerra ou celebrar a paz, de enviar ou receber as embaixadas, de manter a segurança e de prevenir as invasões e o Poder Executivo das Coisas que dependem do Direito Civil, ao qual competiria punir os crimes e julgar os litígios entre os particulares.

De acordo com a teoria elaborada por Montesquieu, é de fundamental importância que a edição das leis e sua execução fiquem orgânica e pessoalmente separadas, pois só dessa forma se preserva a supremacia da lei e se impõe um regime de legalidade, como condição de liberdade e de segurança do cidadão.

Nesse sentido são os ensinamentos de Flávia Viveiros de Castro:

Para Montesquieu, como aliás já referido também em Locke, o essencial é garantir que a edição de leis e a sua execução fiquem orgânica e pessoalmente separadas. Só assim seria possível impedir a existência de leis

²⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 31 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 134.

²¹ CASTRO, Flávia Viveiros de. O princípio da separação dos poderes. In: Manoel Messias Peixinho; Isabella Franco Guerra; Firly Nascimento Filho. (Org.). **Princípios da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 142.

tirânicas, fato inevitável quando quem as elabora também deve executá-las e pode modificá-las. Só deste modo se garantiria a supremacia da lei ou de um regime de legalidade, como condição da liberdade e da segurança do cidadão.²²

Na concepção da teoria de Montesquieu, tudo estaria perdido se as funções estatais cominadas aos três Poderes antes mencionados estivessem insertos num só homem ou associação de homens.

Ato contínuo, Montesquieu elaborou também a técnica do equilíbrio entre os Poderes, através da criação de mecanismos de freios e contrapesos, onde um Poder limitaria a atuação do outro, um fiscalizaria o outro.

A respeito, escreveu Flávia Viveiros de Castro:

Montesquieu, por outro lado, não desconheceu a concepção da separação de poderes sob o prisma do equilíbrio, ou da balança. Afirmava ser a separação-independência um pré-requisito para o equilíbrio entre os poderes, através do controle recíproco, viabilizado pela atribuição a cada um dos poderes de precisos dispositivos jurídico-constitucionais.²³

De acordo com o que restou assentado até aqui, no que tange ao princípio da separação dos poderes, há que se mencionar que o referido princípio ganhou força, expandiu-se numa época em que se buscava preservar os direitos individuais. Para tanto, mister se fazia a limitação do poder político, que, ao se abster, abria espaço para o exercício da liberdade. Quanto menos poder tivesse o Estado, mas liberdade teriam os cidadãos.

Contudo, a referida teoria tem sofrido fortes críticas, a começar pelo fato de não haver Poderes dentro do Estado, o que existe é o Poder de Soberania, que é uno e indivisível. Logo, de acordo com o princípio da soberania do Estado, aquilo que Montesquieu denominou de separação de poderes, nada mais é do que a distribuição das funções estatais entre órgãos do Estado. Assim, de acordo com esta tese não se pode falar em separação de Poderes. O que há, em verdade, é o fenômeno da separação ou distribuição de funções desse Poder uno.

Sahid Maluf consigna que:

A soberania é realmente, necessariamente, una e indivisível. Ora, o Estado é a organização da soberania, e o governo é a própria soberania em ação. O poder, portanto, é um só, uno e indivisível na sua substância. Não pode haver duas ou mais soberanias dentro de um mesmo Estado, mas pode perfeitamente haver órgãos diversos de manifestação do poder de soberania.

²² Ibidem, p. 143.

²³ Ibidem, p. 144.

Cada órgão, dentro da sua esfera de ação, exerce a totalidade do poder soberano.²⁴

Manoel Gonçalves Ferreira Filho aponta críticas mais ferrenhas, onde se questiona, inclusive, a cientificidade da teoria de Montesquieu, *in verbis*:

[...]. Observe-se, contudo, que é duvidoso que Montesquieu tenha, no célebre capítulo “Da Constituição da Inglaterra”, buscado fazer ciência. Bem mais preocupado parece estar ele em pregar um governo moderado pela divisão e repartição do poder, valorizando a lição por atribuí-la ao país na moda, do que em expor rigorosamente a realidade constitucional britânica de seu tempo. Na verdade, em meados do século XVIII, na época em que Montesquieu escreveu sua obra, não havia mais na Grã-Bretanha a “separação” nos termos em que a descreve, pois o parlamentarismo – que elimina a independência do Executivo em relação ao Legislativo – já a esse tempo se praticava naquele país.

Em realidade, essa tripartição não tem o rigor necessário para ser acatada como científica. De fato, é fácil mostrar que as funções administrativa e jurisdicional têm no fundo a mesma essência, que é a aplicação da lei a casos particulares. A distinção entre ambas pode estar no modo, no acidental, já que substancialmente não existe. Por outro lado, a função legislativa não esgota a edição de regras gerais e impessoais. Tradicionalmente inclui-se na função administrativa o estabelecimento de regulamentos, cujo conteúdo são também regra gerais e impessoais.²⁵

Diante disso, parece que não há, de fato, uma separação de Poderes no Estado, o Poder é uno e indivisível e decorre da sua soberania. O que se tem são divisões de funções, que serão distribuídas por diversos órgãos do Estado, a depender do pensamento político vigente em uma determinada época. Assim, nada obsta que se tenha uma divisão em três, quatro, cinco ou mais funções, todas no mesmo patamar, visando um determinado escopo, a depender, também, do tipo de regime político adotado pelo Estado.

O certo é que, num regime democrático, o exercício das funções do Estado não pode estar nas mãos de um único homem ou de um único órgão, quanto mais as funções estiverem distribuídas, havendo a desconcentração do poder político do Estado, maiores as chances de prevalecer um ideal democrático, afastando-se a possibilidade da revitalização da tirania. O poder deve estar dividido por diversos órgãos diferentes e independentes, de modo que nenhum órgão de forma isolada possa atuar sem o controle de outro.

²⁴ MALUF, op. cit., p. 207.

²⁵ FERREIRA FILHO, op. cit., p. 134-135.

Consoante Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “A divisão impede o arbítrio, ou ao menos o dificulta sobremodo, porque só pode ocorrer se se der o improvável conluio das autoridades independentes”.²⁶

No que tange à visão propugnada neste trabalho, elucidantes são os ensinamentos de Luziânia Carla Pinheiro Braga, em artigo publicado no sítio eletrônico Jus Navigandi:

A técnica dos controles vem sendo eleita como disposição de grande eficiência na dinâmica constitucional hodierna. Em verdade, o princípio da separação de poderes assumiu novo viés dentro do Estado Democrático. Na sua concepção originária, a tripartição era a fórmula de ordenação política, de garantia de liberdade e segurança dos cidadãos frente aos arroubos do Estado. Presentemente, a fórmula constitucional, dirimindo a divisão das funções, consubstancia a garantia da liberdade individual e o asseguramento dos direitos fundamentais.


Compreende-se, portanto, o valor conferido à receita de separação das funções constitucionais, as quais não se configuram puras e estanques. O conteúdo da autonomia e harmonização dos poderes se encontra visceralmente ligado às noções de competência, interferência e controle.

O princípio da separação de poderes há de ser interpretado como um lume histórico perspectivado na concretude do constitucionalismo hodierno, numa vida estatal repleta de demandas e anseios de funcionalidade. Das ilações ora consideradas, podemos concluir que, na medida em que existe uma competência política constitucionalmente assegurada a cada poder, existe uma função a ser desempenhada.

A vetusta separação dos poderes corresponde a uma divisão das tarefas do Estado. A democracia faz as perspectivas do poder assumirem novas dimensões. Não se trata apenas da opressão às liberdades individuais. São esbatidas todas as espécies de opressão, sobremodo a política e a econômica. O poder é uno e incindível, todo ele emanado do povo, exercido diretamente ou por meio de seus representantes, nos termos da Constituição (Parágrafo único do Art. 1º da Constituição Federal de 1988). De tal forma, o Poder Constituinte, em seu conteúdo de legitimidade, confere o exercício de determinadas funções, tarefas e prerrogativas a diversos órgãos, encarregados de bem desempenhá-las. Novas instituições nascem fora do paradigma tradicional, a saber, os tribunais de contas, as defensorias públicas, as procuradorias públicas, os ministérios públicos etc.²⁷

Imperioso se faz ressaltar, por fim, que a expressão “Separação de Poderes” está consagrada no meio jurídico hodiernamente, de modo que seu emprego se torna quase que inafastável, no entanto, a interpretação que se deve dar é no sentido da existência de separação de funções estatais.

²⁶ Ibidem, p. 133.

²⁷ BRAGA, Luziânia Carla Pinheiro; MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira. A advocacia-geral da união como função essencial à justiça. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 798, 9 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7262>>. Acesso em:  03 jan. 2007.

1.4 Funções Essenciais à Justiça: quarta Função de Estado?

Primeiramente, cabe ressaltar, que as noções preconizadas nos tópicos anteriores são de fundamental importância para a compreensão do que sejam as Funções Essenciais à Justiça. São os princípios republicano, democrático e da separação das funções estatais que vão explicar o avanço trazido pela Constituição Federal de 1988, quando deu tratamento específico ao exercício de uma parcela das funções decorrentes do poder de soberania do Estado brasileiro, cunhada, pelo Poder Constituinte Originário, de Funções Essenciais à Justiça.

No capítulo em que se estudou o princípio republicano, viu-se que são corolários dele a afirmação radical de uma concepção igualitária de bem público, cujo titular e destinatário é o povo, compreendido como multidão de cidadãos livres, porque iguais em direitos (e não de súditos segregados com base em discriminações odiosas de linhagem, das quais decorrem privilégios transmissíveis por hereditariedade, e outras superstições do mesmo naipe); rigorosa distinção entre o patrimônio público (que pertence coletivamente à multidão cidadã e não pode sofrer apropriação particular por quem quer que seja) e o patrimônio privado dos governantes, distinção esta que deve nortear a atuação de todos os agentes estatais, sobretudo quando traduzida em atos de gestão da coisa pública, impondo-lhes os deveres inarredáveis de impessoalidade e de prestação de contas e a possibilidade de responsabilização político-jurídica de todos os agentes públicos, sem exceção, pela prática de atos lesivos ao bem público.

Quando do estudo do princípio democrático, também se verificou que ele protege os direitos fundamentais, políticos, sociais e econômicos, que nenhum indivíduo, presidente ou cidadão comum, está acima da lei. Os governos democráticos exercem a autoridade por meio da lei e estão eles próprios sujeitos aos constrangimentos dela decorrentes. As leis devem expressar a vontade do povo, não os caprichos de reis, ditadores, militares, líderes religiosos ou partidos políticos autoneameados. No Estado de Direito, principalmente o democrático, um sistema de tribunais fortes e independentes deve ter o poder e a autoridade, os recursos e o prestígio, para responsabilizar membros do governo e altos funcionários perante as leis e os regulamentos da nação, por esta razão, os juízes devem ter uma formação sólida, ser profissionais independentes e imparciais para cumprirem o papel necessário no sistema legal e no político.

A separação de poderes, conforme concepção clássica, estabelecia uma divisão funcional do poder do Estado onde à cada órgão corresponderia um Poder. E tais Poderes eram: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Ao Poder Legislativo competiria criar e modificar o ordenamento jurídico, mediante a edição de normas gerais, abstratas, e que inovam esse ordenamento. Ao Executivo, a função administrativa, que é aquela pela qual o Estado realiza os seus objetivos, atuando concretamente mediante decisões e atos materiais em respeito às normas jurídicas. Por fim, ao Poder Judiciário ficaria reservado o ministério da função jurisdicional, que visaria à conservação e à tutela do ordenamento jurídico mediante decisões individuais e concretas, extraídas das normas gerais, declarando a conformidade ou não dos fatos com as normas e determinando as eventuais conseqüências jurídicas.

O legislador constituinte de 1988 percebeu que a tradicional divisão das funções do Estado, aliada a experiência constitucional brasileira passada, conforme exposto em linhas volvidas do tópico 1.1 desta monografia, não era, de per si, suficiente para salvaguardar os postulados extraídos dos princípios republicano e democrático.

Logo, o Constituinte, cômico de que o Poder Judiciário, por si só, não é capaz de dar vazão aos ideais republicano e democrático, no sentido de realizar os postulados dos princípios supracitados, haja vista que se trata de uma função do Estado que se rege pelo princípio da inércia, de fundamental importância para que os juízes pratiquem suas atribuições com imparcialidade; sabedores que o Poder Legislativo, em que pese hodiernamente ter entre suas missões a fiscalização e o controle, dada sua ligação com o Poder Executivo, não é detentor da necessária isenção, para em muitos casos exercer a devida fiscalização dos atos do Executivo, além do fato de não deterem capacidade postulatória, imprescindível, para atuar em juízo e cientes de que a hipertrofia do Poder Executivo muitas vezes faz com que os administradores extrapolem os limites de seus poderes e descambem para o autoritarismo, criou as Funções Essenciais à Justiça, com a finalidade de aperfeiçoar o regime democrático e conceber novos mecanismos para a consagração do ideal republicano.

No Estado democrático e republicano, mister se faz a criação de instrumentos que dêem aos cidadãos a possibilidade de questionar, fiscalizar e controlar a atuação dos governantes e isto está na Constituição, com a ação popular, por exemplo. Contudo, mister se faz também a presença de órgãos do Estado incumbidos do exercício do poder soberano, para fins de realizar a defesa do Estado, do patrimônio público, dos hipossuficientes, da sociedade, bem como exercer a fiscalização e o controle dos atos dos governantes.

Ato contínuo, na Constituição de 1988, ao lado dos três grupos de funções constitucionais tradicionais de divisão do poder político do Estado (Legislativo, Judiciário e Executivo), o legislador constituinte instituiu mais uma, as Funções Essenciais à Justiça.

Essas funções, tidas como essenciais à Justiça, vieram distribuídas em 3 Procuraturas e a Advocacia liberal.

A primeira diz respeito ao Ministério Público, órgão incumbido de exercer a advocacia da sociedade.

A seguir, tratou-se da Advocacia Pública, cujos órgãos, no âmbito da União e dos Estados, têm a incumbência de zelar pela defesa dos interesses primários do Estado, do patrimônio público, seja na órbita interna, seja na internacional (esta em relação a União), bem como exercer o controle prévio de legalidade (sentido lato sensu) dos atos dos administradores.

Em seguida, tratou-se da Advocacia comum, privada, liberal, que irá defender, em regra, segundo os ditames da ordem normativa, os interesses privados. De se ressaltar que a Advocacia comum, no seu ministério privado, presta serviço público e exerce função social.

Por fim, disciplinou-se a defesa dos hipossuficientes com a instituição da Defensoria Pública, órgão de primordial importância para a consagração do ideal democrático, incumbido de prestar o aconselhamento aos necessitados, bem como promover o acesso deles ao Judiciário.

Sobre esse tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto aduz:

A advocacia privada, implicitamente a consultiva e a postulatória, está tratada no art. 133, reiterando-se a sua indispensabilidade “à administração da justiça”, o que é mais amplo que a indispensabilidade de sua função postulatória, definida, como regra geral para a profissão de advogado, a inviolabilidade por seus atos e manifestação, nos limites da lei, que vem a ser o estatuto profissional do advogado em seu ministério privado.

A advocacia da sociedade está amplamente tratada nos artigos 127 a 130, conformando o Ministério Público, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, daí sua atuação ser desenvolvida junto ao Poder Judiciário, com raras exceções, como o controle externo da atividade policial (ar. 129, VII) e aquelas que por lei lhe venham a ser cometidas sem prejuízo ou desnaturamento de sua missão essencial. O Ministério Público desdobra-se em ramos locais e setoriais (art. 128), sempre garantida a sua independência funcional (art. 127, §1º, in fine).

A advocacia dos necessitados está tratada, inovadoramente, no art. 134, conformando a Defensoria Pública, também desdobrada em ramos locais (art. 134, parágrafo único), com as mesmas garantias constitucionais de inviolabilidade profissional, às quais se acrescem as que a lei lhe estenda para garantir-lhe a independência necessária em sua atuação.

A advocacia do Estado, está tratada constitucionalmente apenas no que se refere à União, aos Estados e ao Distrito Federal, nos artigos 131 e 132. No

que respeita à União, atua precipuamente a Advocacia Geral da União e a Procuradoria Geral da Fazenda nacional, ambos órgãos coletivos;[...]. A advocacia dos Estados membros e do Distrito Federal está definida no art. 132, fulcro deste trabalho, naturalmente, tanto quanto a advocacia da União, com as mesmas garantias de inviolabilidade técnica e profissional da advocacia em geral e sem prejuízo da proteção de garantias que a legislação infraconstitucional venha cercar essas atividades essenciais à Justiça.²⁸

Viu-se que as funções essenciais à justiça foram consagradas na Constituição com o escopo de melhor atender aos princípios fundamentais da república e da democracia.

Mas, o que são essas funções? No que consistem?

Sylvio Motta e Willian Douglas, sobre as funções essenciais à Justiça, asseveram:

A Carta Política relaciona quatro funções essenciais à Justiça: O Ministério Público, a Advocacia Geral da União, a Advocacia (liberal, particular) e a Defensoria Pública. Lidamos aqui com instituições e atividades que, gravitando ao redor do Poder Judiciário, se tornam indispensáveis ao seu funcionamento. Com efeito, em nosso sistema existe o princípio da inércia da jurisdição, cujo postulado é de que o juiz não tem iniciativa, só intervindo em alguma questão quando solicitado (invocado, provocado). Quem tem iniciativa e o poder de movimentar a máquina judicial são os titulares das funções essenciais à Justiça. De um modo geral, após a provocação, o processo se move por impulso oficial (do juiz), mas ainda assim é preciso o interesse das partes, produzindo provas, argumentando, zelando pelo pretendido, etc.²⁹

José Afonso da Silva caminha no mesmo sentido, citando Calamandrei, ao assinalar:

1. "Nemo iudex sine actore"

Esta velha máxima, que significa, ao pé da letra, que não há juiz sem autor, exprime muito mais do que um princípio jurídico, porque revela que a Justiça, como instituição judiciária, não funcionará se não for provocada, se alguém, um agente (autor, aquele que age), não lhe exigir que atue. É um princípio basilar da função jurisdicional que "o juiz deve conservar [...] uma atitude estática, esperando sem impaciência e sem curiosidade que os outros o procurem e lhe proponham os problemas que há de resolver". "A inércia [lembra ainda Calamandrei] é, para o juiz, garantia de equilíbrio, isto é: de imparcialidade", que, sendo "virtude suprema do juiz, é resultante de duas parciaisidades que se combatem" parciaisidades dos advogados das partes em disputa.

Nisso se acha a justificativa das funções essenciais à justiça, compostas por todas aquelas atividades profissionais públicas ou privadas, sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionará muito mal. São procuratórias e propulsoras da atividade jurisdicional, institucionalizadas nos arts. 127 a 135 da Constituição de 1988, discriminadamente: o Advogado, o Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, os Procuradores dos

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça na constituição de 1988. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 43, 1991. p. 36.

²⁹ MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito constitucional**: teoria e 900 questões. 7 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2000. p.395.

Estados e do Distrito Federal (representação das unidades federadas) e a Defensoria Pública.³⁰

Segundo os autores referidos acima, as Funções Essenciais à Justiça são instituições e atividades que gravitam ao redor do Poder Judiciário porque indispensáveis ao seu funcionamento. De fato, as Funções Essenciais à Justiça têm esse matiz, haja vista a inércia da atividade jurisdicional, que só se movimenta quando devidamente instada. Contudo, pergunta-se: as Funções Essenciais à Justiça são só isso?

Claro que não. O Poder Constituinte Originário, quando do tratamento das funções ora em estudo, utilizou a expressão Justiça e não Poder Judiciário. Não se tratam somente de funções essenciais ao Poder Judiciário. Essa essencialidade invocada por Willian Douglas, Sylvio Motta e José Afonso da Silva é só uma faceta das atividades desenvolvidas pelos órgãos e atividades que compõem o Capítulo IV, do Título IV da Constituição Federal.

Justiça não se faz somente no âmbito do Poder Judiciário, a não ser que se lhe empreste um sentido restrito, o que não é o caso, eis que basta verificar as atividades a serem desenvolvidas pelos órgãos insertos no Capítulo IV, do Título IV da Constituição, para verificar-se que o vocábulo possui significado mais elástico.

Justiça assim, conforme ensina De Plácido e Silva, é vocábulo que expressa o que se faz conforme o Direito ou segundo as regras prescritas em lei.³¹ Ainda segundo o referido autor, Justiça:

É, assim, a prática do justo ou a razão de ser do próprio Direito, pois que por ela se reconhece a legitimidade dos direitos e se estabelece o império da própria lei.

Os romanos consideravam-na em grau tão elevado que ULPIANO, arguindo-a de virtude, a definia como “constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere” (Vontade constante e perpétua de dar a da um o que é seu).³²

Rommel Madeiro de Macedo Carneiro, em dissertação de Mestrado, citando Maria Sylvia Zanello Di Pietro, aduz:

Em síntese, pode-se afirmar, com Di Pietro (1996, p. 13-14), que o termo “justiça” - inserto na expressão “funções essenciais à justiça” - pode assumir dois sentidos:

a) **Justiça como instituição**, ou seja, como sinônimo de Poder Judiciário, tal como aparece nas expressões justiça trabalhista, justiça eleitoral, justiça federal; e realmente as carreiras apontadas como essenciais à justiça são

³⁰ SILVA, op. cit., p. 50.

³¹ SILVA, op.cit., p.40.

³² Idem.

indispensáveis ao funcionamento do Poder Judiciário, porque este, embora detenha a mais relevante e eficaz forma de controle da Administração Pública e de proteção dos direitos individuais e coletivos, não tem legitimidade para dar início às ações judiciais; ele decide sobre conflitos que lhe são postos e nos limites postos pelo advogado, pelo Defensor Público, pelo Advogado da União, pelo Procurador do Estado ou do Município, pelo Promotor Público (quando este atuar como parte). Sem estes profissionais, a Justiça – entendida como sinônimo de Poder Judiciário – não é acionada. Ela não existe.

b) **Justiça como valor**, incluído já no preâmbulo da Constituição entre os valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, e que consiste na ‘vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu’ (*justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*). Vale dizer que o advogado, seja público, seja privado, atua sempre em prol da Justiça, entendida como valor, mesmo quando desempenhada perante o Poder Executivo.³³ (grifo do autor)

Destarte, evidente que o sentido que se deve emprestar às Funções Essenciais à Justiça é mais amplo que aquele mencionado por Willian Douglas e Sylvio Motta, que corresponde apenas a uma parcela de seus misteres. A Justiça se faz das mais variadas maneiras, a exemplo de um parecer exarado num processo administrativo pela Advocacia Pública, através de Câmaras de Conciliação, na escorreita atuação dos Procuradores, sejam da União ou dos Estados na apreciação dos aspectos legais da condução de políticas públicas e etc.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, sobre a extensão do significado da expressão Justiça, adverte:

Essa essencialidade à Justiça, ressalte-se, não se deve entender que seja referente apenas à ação do Poder Judiciário, ou seja, à "Justiça" no estrito sentido orgânico, mas, na verdade, estendida à ação de todos os Poderes do Estado, enquanto digam respeito à legalidade e à legitimidade. Está entendida a "Justiça", portanto, no seu sentido mais amplo, como a finalidade última do Estado Democrático de Direito, sem nenhum qualificativo parcializante que pudesse restringir o âmbito de atuação da advocacia geral dos interesses constitucionalmente garantidos.³⁴

Por isso, Diogo de Figueiredo leciona que as funções essenciais à Justiça são um “[...] conjunto de atividades políticas preventivas e postulatórias através das quais interesses juridicamente protegidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais.”³⁵

Na mesma esteira, são os apontamentos de César do Vale Kirsch:

³³ CARNEIRO, Rommel Madeiro de Macedo. **A relação orgânico-funcional entre a advocacia-geral da união e o poder executivo federal**. 2006. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2006. p. 19. Não publicada.

³⁴ MOREIRA NETO, op. cit., p. 31.

As funções essenciais à Justiça, contidas no capítulo IV, do Título IV, da Lei Maior, congregam um conjunto de instituições que têm as missões de defender interesses públicos, individuais, coletivos e difusos – essenciais no regime democrático brasileiro -, e de fiscalizar a ação dos Poderes constitucionalmente estabelecidos, notadamente o hipertrofiado Executivo. A tutela desses interesses se dará auxiliando o Estado a realizá-los, ou agindo contra o mesmo Estado, para que sejam respeitados e cumpridos e evitar que sejam lesados.³⁶

Assim, as Funções Essenciais à Justiça são um conjunto de instituições incumbidas da sustentação e aperfeiçoamento do Estado Democrático, na medida em que são imprescindíveis à consagração dos institutos da legalidade, da legitimidade e da cidadania.

O texto constitucional atribui às funções desempenhadas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição Federal a condição de “essenciais”, donde se conclui que essas atividades são imprescindíveis, cuja não existência põe em risco a concepção do Estado como democrático e republicano. Por isso, Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta que “[...] não se tratam de funções auxiliares, mas de funções essenciais, vale dizer, tão imprescindíveis quanto as demais reguladas no mesmo Título IV, da Organização dos Poderes”.³⁷

O mesmo doutrinador vai além, lecionando que as Funções Essenciais à Justiça:

Embora não se constituam, essas funções tratadas no Capítulo IV, da Constituição, num “quarto Poder”, não obstante a opinião dos que assim o entendem, é inegável que o status constitucional guarda a mesma dignidade dos demais, aplicando-se-lhes, por compreensão, a regra da independência e da harmonia, expressa no Artigo 2º, em tudo o que couber, dadas as idiosincrasias das quatro diferentes funções disciplinadas naquele Capítulo.³⁸

Realizadas estas considerações, calha investigar se as Funções Essenciais à Justiça são uma quarta função de Estado ou meramente atividades que se enfeixam em um dos tradicionais “Poderes” da República.

Pois bem. Preliminarmente, é de se ressaltar que o entendimento do Supremo Tribunal Federal caminha no sentido de que os órgãos que compõe as Funções Essenciais à Justiça pertencem ao Poder Executivo, inclusive o Ministério Público. Veja-se:

³⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 36, dez. 1991, p. 11-43.

³⁶ KIRSCH, César do Vale. **Advocacia-geral da união e poder executivo federal**: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas. 2003. 100 f. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2003, p. 25-32. Não publicada.

³⁷ MOREIRA NETO, op. cit., p.31.

³⁸ Idem.

ADI 132 / RO – RONDÔNIA
 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
 Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE
 Julgamento: 30/04/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
 Publicação
 DJ 30-05-2003 PP-00028 EMENT VOL-02112-01 PP-00001
 Parte(s)
 REQTE. : GOVERNADOR DO ESTADO DE RONDÔNIA
 REQDO. : ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE RONDÔNIA

Ementa

EMENTA: I - Crime de responsabilidade: tipificação: competência legislativa da União mediante lei ordinária: inconstitucionalidade de sua definição em constituição estadual. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (malgrado a reserva pessoal do relator) está sedimentada no sentido de que é da competência legislativa exclusiva da União a definição de crimes de responsabilidade de quaisquer agentes políticos, incluídos os dos Estados e Municípios. 2. De qualquer sorte, a Constituição da República reserva a tipificação dos crimes de responsabilidade à lei ordinária: é regra de processo legislativo que, dada a sua implicação com o regime constitucional de separação e independência dos poderes, se imporia à observância do Estado-membro, ainda quando detivesse competência para legislar na matéria. II - Assembléia Legislativa: sujeição à sua prévia aprovação, pela Constituição do Estado, da escolha pelo Governador dos "administradores dos municípios criados e não instalados" e de "titulares de outros cargos que a lei determinar": constitucionalidade. III - Ministério Público: atribuição para "adquirir bens e serviços e efetuar a respectiva contabilização": constitucionalidade, dado cuidar-se de corolário de sua autonomia administrativa (e financeira), não obstante sua integração na estrutura do Poder Executivo.

[...] (grifo nosso)³⁹

No entanto, o presente trabalho pretende mostrar uma outra visão, a de que as Funções Essenciais à Justiça não integram o Poder Executivo, sendo funções que estão fora dos denominados ‘Poderes’ do Estado. Ou seja, são um conjunto de órgãos e atividades que não integram o Poder Executivo, o Legislativo e nem o Judiciário.

O Título IV da Constituição Federal trata da organização dos Poderes. Esse Título está dividido em quatro capítulos, a saber:

Capítulo I – Do Poder Legislativo (arts. 44 a 75);

Capítulo II– Do Poder Executivo (arts. 76 a 91);

Capítulo III– Do Poder Judiciário (arts. 92 a 126);

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n.º 132**, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Decisão publicada no DJ em 30.5.2003, ementário n.º 2112-1. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=ADI&processo=132&recurso=0&tip_julgamento=M>. Acesso em: 18 dez. 2006.

Capítulo IV– Das Funções Essenciais à Justiça (arts. 127 a 135).

A posição topográfica das Funções Essenciais à Justiça já indica que o status conferido às referidas atividades pelo legislador constituinte é o mesmo daqueles dispensados aos tradicionais Poderes do Estado, tanto isto é verdade, que elas vieram disciplinadas no mesmo Título que trata da organização dos Poderes e mais, foram reverenciadas em Capítulo à parte. Se os órgãos disciplinados no Capítulo IV, do Título IV da Constituição integrassem a estrutura do Poder Executivo, lógico seria que viessem consagrados no Capítulo referente a este Poder do Estado, como já ocorreu em Constituições passadas em relação ao Ministério Público.

Assim, parece crível que o Poder Constituinte Originário pretendeu dar outra conformação à divisão funcional tradicional do Estado. Perceberam os Constituintes que a descentralização das funções estatais em diversos órgãos é mais condizente com a concepção hodierna de democracia e de Estado republicano.

Deste modo, já num primeiro contato com o texto constitucional, percebe-se que as Funções Essenciais à Justiça não integram os tradicionais Poderes, haja vista o seu tratamento à parte, peculiar, diferenciado, em capítulo próprio, fora da organização de cada um dos “Poderes”.

E isso tem uma razão. Há evidente incompatibilidade das atividades desempenhadas pelos órgãos que compõem as Funções Essenciais à Justiça e a sua submissão a qualquer dos “Poderes” do Estado. Submetê-los ao jugo dos outros Poderes significa empobrecer seus misteres.

No sítio da Advocacia-Geral da União, em trabalho sobre a história deste órgão, bem evidenciada está a questão topográfica das Funções Essenciais à Justiça:

A Constituição de 1988, no seu Título IV, dispôs sobre a ORGANIZAÇÃO DOS PODERES e, sob esse Título, destinou o Capítulo I ao PODER LEGISLATIVO, o Capítulo II ao PODER EXECUTIVO, o Capítulo III ao PODER JUDICIÁRIO e o Capítulo IV às FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA, inserindo neste último Capítulo o MINISTÉRIO PÚBLICO, na Seção I, e a ADVOCACIA PÚBLICA, na qual se inclui a ADVOCACIA-GERAL DE UNIÃO, na Seção II. **Teve o Constituinte o cuidado de situar a Advocacia-Geral da União fora dos três Poderes da República, não para que formasse um “quarto poder”, mas para que pudesse atender, com independência, aos três Poderes,** tendo presente que a representação judicial da União, confiada à nova Instituição, envolveria os três Poderes da República. Também deixou claro que a Advocacia-Geral da União ficaria responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos apenas do Poder Executivo. Portanto, o laço mais forte a unir a

Advocacia-Geral da União ao Poder Executivo decorre desses serviços que lhe presta, com exclusividade.⁴⁰ (grifo nosso)

Em que pese estar tratando somente da Advocacia Pública, a referida disciplina serve para os demais órgãos que compõem as Funções Essenciais à Justiça. Pretendeu o Constituinte de 1988 que os órgãos que compõe às mencionadas funções soberanas pudessem atuar com a independência necessária ao desenvolvimento de seus nobres misteres. O Ministério Público na defesa da sociedade, a Advocacia de Pública na defesa dos interesses primários do Estado, a Defensoria Pública na tutela dos interesses dos necessitados.

Assim é que as Funções Essenciais à Justiça vêm em verdade configurar uma nova concepção de divisão dos poderes estatais. Elas representam a ampliação das possibilidades de correção dos atos praticados pelos governantes, mediante a atuação de órgãos incumbidos deste mister, sem prejuízo da atuação da sociedade na construção de um Estado democrático. Ratificando o aqui exposto, são os ensinamentos de Diogo de Figueiredo:

De um lado, os três Poderes tradicionais, principalmente o Poder Judiciário, têm a seu cargo a correção, e de outro, as funções essenciais à justiça e à sociedade, cuidam da fiscalização e da provocação. Trata-se de um novo esquema de distribuição de poderes, que, embora mantenha nos Poderes orgânicos o seu mais importante centro de decisão sobre a juridicidade, descentraliza, nas funções essenciais à justiça, nos indivíduos, nas empresas, nas associações e nas instituições privadas, em geral, inúmeras funções de fiscalização e de provocação. Sobretudo, e em última análise, devolve-se ao povo, a fração politicamente ativa da sociedade, a decisão final sobre a legitimidade e a moralidade, pelo exercício da participação democrática.⁴¹

Nas palavras de César Kirsch do Vale:

A fixação do conceito constitucional das funções essenciais à Justiça representa uma das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito brasileiro, visto que as Instituições que a compõem não só defenderão intransigentemente os interesses que lhe foram incumbidos, mas também fiscalizarão a atuação dos poderes políticos, para que desempenhem de forma eficiente suas respectivas atividades.

Unem-se, portanto, as funções essenciais à Justiça às tradicionais funções legislativa, judiciária e executiva, totalizando quatro funções de fundamental importância para a otimização do funcionamento do Estado de Direito e para a consolidação do regime democrático.

⁴⁰ VALENTE, Maria Jovita Wolney. **Advocacia-geral da união**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/Estrutura/pdfs/historico.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2007.

⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, nº 116, 1992. p.85.

Revitaliza-se, assim, o tradicional modelo proposto por MONTESQUIEU, aperfeiçoando-se a proteção às liberdades e à dignidade do homem.⁴² (grifo nosso)

No entanto, as Funções Essenciais à Justiça não integram o Poder Executivo ou outro Poder, não somente pelo tratamento topográfico conferido pela Constituição, mas porque suas atividades não se enfeixam naquelas próprias de cada um dos Poderes, em que pese alguns doutrinadores entenderem que elas são própria do Poder Executivo.

Como não há na doutrina nacional quem defenda que as Funções Essenciais à Justiça pertencem ao Poder Judiciário ou ao Legislativo, mas tão-somente ao Executivo, passa-se a analisar somente as atribuições deste Poder em confronto com as atividades desenvolvidas pelos órgãos delineados no Capítulo IV, do Título IV da Constituição Federal.

Reza a doutrina que compete ao Poder Executivo as atividades de representação do Estado, de governo e de Administração. Ou seja, cabe a ele executar as leis, administrar os negócios públicos e dirigir as funções políticas do Estado, para que se assegure a existência deste e se cumpram suas finalidades. Nas palavras de Alexandre de Moraes, “O Poder Executivo constitui órgão constitucional cuja função precípua é a prática dos atos de chefia de estado, de governo e de administração.”⁴³

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

O Poder Executivo compreende o governo, que é sua cabeça, e a administração, que consiste em seu tronco e membros. O primeiro é órgão ou conjunto de órgãos, a que pertence a representação do todo e a tomada das decisões fundamentais, no que é de sua competência. A segunda é o conjunto de órgãos que propriamente acompanham a execução das leis e decisões em geral, ou que a preparam ou, ainda, que as executam por si. Compreende tanto o serviço civil, ou burocracia, como as Forças Armadas, o seu braço militarizado.⁴⁴

As Funções Essenciais à Justiça não constituem atividade de governo nem de administração, haja vista que configuram um conjunto de atividades de cunho preventivo e postulatório que visam proteger determinados interesses juridicamente protegidos, que não se enquadram nas características dos misteres próprios do Poder Executivo.

A respeito, calha trazer a lume a doutrina de Rommel Madeiro de Macedo Carneiro, em sua dissertação de mestrado.

Rommel Madeiro, invocando a doutrina de Marcello Caetano, leciona:

⁴² KIRSCH, op. cit., p.32.

⁴³ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 430.

⁴⁴ FERREIRA FILHO, op.cit., p. 221-222.

[...] invoca-se, primeiramente, a doutrina de Marcello Caetano, na qual a função de governo recebe a nomenclatura de “função política”; já a função administrativa tradicional envolve atividades que se inserem tanto na denominada “função executiva”, como na “função técnica”, conforme o caso. Isto significa dizer que um binômio governo-administração envolve, na divisão funcional de Caetano:

a) **funções não-jurídicas**, quais sejam: a **função política** e a **função técnica**, conforme o caso;

b) a **função jurídica executiva**, todavia abrangendo apenas o **processo administrativo**, no qual a execução das leis pelos órgãos do Estado se dá com iniciativa e parcialidade, num contexto em que “as decisões ou operações de vontade predominam sobre os julgamentos ou operações de inteligência” (CAETANO, 1996, t. 1, p. 169).

Analisando tal classificação, torna-se difícil considerar a advocacia do Estado desempenhada pela Advocacia-Geral da União como sendo uma função inserida no binômio governo-administração. Isto porque nem se trata, por óbvio, de uma função não-jurídica, na medida em que é uma atividade advocatícia; nem se trata, ademais, de uma função na qual “decisões ou operações de vontade predominam sobre os julgamentos ou operações de inteligência” - ou seja, função executiva realizada no processo administrativo (CAETANO, 1996, t. 1, p. 169). Com efeito, nem as atividades postulatórias (representação judicial e extrajudicial da União), nem as preventivas (consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo) são exercidas com base em processos decisórios meramente volitivos. Tratam-se, em verdade, de atividades vinculadas aos ditames normativos e aos princípios constitucionais, que têm, repita-se, um nítido papel de controle, garantidor do Estado Democrático de Direito. Interessante, por fim, notar que o próprio Caetano (1996, t. 1, p. 168), ao distinguir a função executiva desempenhada no processo administrativo daquela realizada no processo jurisdicional, afirma que, neste, o órgão “procede sobretudo mediante operações intelectuais: verifica os fatos e ajusta-lhes o Direito aplicável”. Ou seja, não cabe, com base nesta visão doutrinária, qualificar uma atividade de aplicação do Direito, tanto na via postulatória, quanto na via preventiva, como uma função executiva desempenhada no processo administrativo (no qual as operações de vontade se sobrepõem às operações de inteligência).

Partindo para a classificação feita por Jorge Miranda, nesta se destaca a expressa menção às funções **governativa** (ou **política *stricto sensu***) e **administrativa**. A primeira envolve a definição primária e global do interesse público, interpretação dos fins do Estado e escolha dos meios adequados para os atingir, ou seja, a própria direção do Estado; a segunda visa à satisfação constante e cotidiana das necessidades coletivas, por meio da prestação de bens e serviços. Tais funções se distinguem da **função jurisdicional**, por meio da qual se declara o direito, decidem-se questões jurídicas, seja em concreto, perante situações da vida, seja em abstrato (MIRANDA, 2005, p. 237).

De acordo com a terminologia empregada por Miranda, não parece adequado caracterizar a função exercida pela Advocacia-Geral da União como sendo governativa ou administrativa. Governativa não é porque a advocacia do Estado não envolve uma definição primária do interesse público, não consistindo na direção do Estado; administrativa igualmente não é, vez que a advocacia do Estado não se trata de um serviço que vise à satisfação constante e cotidiana das necessidades coletivas. Isto não significa que a função desempenhada pela Advocacia-Geral da União não tenha qualquer influxo sobre a satisfação das necessidades da coletividade, contudo tal

influxo, por si só, não a torna uma função administrativa. Para corroborar tal posicionamento, deve-se observar que a função jurisdicional, embora freqüentemente implique a satisfação de necessidades coletivas, igualmente não pode, apenas por isto, ser considerada função administrativa.⁴⁵ (grifo do autor)

Por fim, é esclarecedor o art. 76 da Constituição da República ao rezar que “O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.”

Note-se que os integrantes das Funções Essenciais à Justiça não se enquadram no art. 76 da Constituição, haja vista que o Procurador-Geral da República, o Defensor Público-Geral, os Advogados liberais, nem o Advogado-Geral da União enquadram-se na condição de ministros, em que pese quanto ao último, a Lei n. 10.683/2003, por seu art. 25, ter conferido a ele status de Ministro. Contudo, a Constituição da República deixa bem claro que o Advogado-Geral da União não é ministro de Estado, basta perpassar os olhos pelo seu art. 84. No inciso I deste artigo, diz ser da competência do Presidente nomear e exonerar os Ministros de Estado. Se o Advogado-Geral fosse ministro não precisava haver tratamento específico no inciso XVI do mesmo artigo, rezando que compete ao Presidente nomear os magistrados, nos casos previstos na Constituição, e o Advogado-Geral da União.

Da mesma forma, não teria o legislador constituinte feito a mesma diferenciação ao tratar das competências do Senado. Veja-se que no julgamento por crime de responsabilidade os Ministros de Estado estão tratados no inciso I do art. 52 da Constituição e o Advogado-Geral vem mencionado no inciso II do mesmo artigo, *in verbis*:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os **Ministros de Estado** e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o **Advogado-Geral da União** nos crimes de responsabilidade; (grifo nosso)

Por fim, os requisitos para ser Ministro de Estado são menos rigorosos que aqueles impostos para o cargo de Advogado-Geral da União. Os Ministros de Estado, segundo dispõe o art.87 da Constituição Federal, serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos. Já o Advogado-Geral da União, por força do art.

⁴⁵ CARNEIRO, op. cit., p. 173-176.

131, §1º da Lei Fundamental, será escolhido dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Assim sendo, segundo o disciplinamento constitucional, os chefes das instituições que compõem as Funções Essenciais à Justiça não são Ministros de Estado, logo não exercem as funções do Poder Executivo e via de consequência, os órgãos que chefiam, não pertencem a esta última função do Estado.

CAPÍTULO 2 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: FACE CONSULTIVA DA ADVOCACIA DE ESTADO

2.1 Histórico da Função Consultiva da Advocacia-Geral da União

A Advocacia-Geral da União (AGU) foi criada pela Constituição Federal de 1988 e inserida em seu Título IV (Da Organização dos Poderes). Dentro do referido Título da Constituição, a citada Procuratura Constitucional veio disciplinada na Seção II, do Capítulo IV, que trata da quarta função de Estado, denominada pelo Poder Constituinte Originário de Funções Essenciais à Justiça.

No entanto, o fato da criação da Advocacia-Geral da União ter ocorrido em 1988 não significa que seus imprescindíveis misteres não fossem exercidos no âmbito do Estado brasileiro antes da promulgação da Constituição cidadã.

Antes de 1988, por influência do modelo português, haja vista a colonização brasileira por aquele Estado, o braço consultivo da Advocacia de Estado estava a cargo da Advocacia Consultiva da União, compreendida pela Consultoria-Geral da República, as antigas Consultorias Jurídicas dos Ministérios e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, já o viés contencioso, era incumbência do Ministério Público Federal.

Mario Bernardo Sesta lembra que:

[...] a Advocacia de Estado foi a atividade precípua dos Procuradores D' El Rey, criados por Dom Affonso III, em 14 de fevereiro de 1289, origem do Parquet no universo luso-brasileiro, na opinião dos melhores historiadores da instituição. Aqueles agentes reais só secundariamente exerciam a iniciativa da ação criminal, quando a pena comportasse condenação pecuniária em prol da Coroa. Trazido para o Brasil Colônia, esse modelo foi herdado pelo Império independente e repassado à República, tendo vigorado, no plano federal, até a inovação de 1988.⁴⁶

Ocorre que o modelo português, em que o Ministério Público figurava como detentor tanto do papel de representar judicialmente a União e ao mesmo tempo ser o promotor da ação penal pública, o fiscal da lei e o representante da sociedade, restou fracassado, uma vez que o referido órgão, muitas vezes, tinha que atuar atendendo aos interesses do referido ente federativo e ao mesmo tempo patrocinando os interesses da sociedade, numa relação evidentemente esquizofrênica, que acabava por prejudicar os interesses primários do Estado,

⁴⁶ SESTA, Mário Bernardo. **Advocacia-geral da união**: finalmente a racionalização. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_16/artigos/art_racionalizacao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2006.

vez que o Ministério Público vocacionou-se na representação da sociedade. Do contrário, se o Ministério Público tivesse se voltado mais aos interesses da União, necessariamente negligenciaria os interesses da sociedade, o que também seria extremamente prejudicial à consecução de um Estado Democrático e Republicano.

A respeito, cabe trazer a baila os ensinamentos de Mário Bernardo Sesta:

Mas, embora por muito tempo ainda a defesa judicial da União tivesse ficado a cargo do Ministério Público Federal, a instituição, como, de resto, de um modo geral em toda parte, vocacionara-se precipuamente seja para a iniciativa da ação penal seja para fiscalização da lei, competência esta agregada por influência francesa, segundo os contornos que o Parquet adquiriu à época do Império Napoleônico.

Na realidade, o **modelo português** não mais comportava o enorme alargamento da atividade administrativa, tomada em sentido técnico, maiormente exercida pelo órgão do chamado Poder Executivo, seja porque esse alargamento não raro propiciava situações em que o interesse público **enquanto interesse estatal** conflitava com o interesse público **enquanto interesse da sociedade**, criando para o Parquet o constrangimento do patrocínio simultâneo de interesses antagônicos, seja porque a atual amplitude da **competência matriz** dos antigos **Procuradores D' El Rey** passava a oferecer complexidade progressivamente crescente e exigir trato fortemente especializado.⁴⁷

Em 1988, os Constituintes, cômicos da necessidade de aprimoramento da atuação da Advocacia de Estado no âmbito federal, inspiraram-se nos modelos italiano (Avvocatura dello Stato)⁴⁸ e venezuelano (Procuraduría General de la República),⁴⁹ bem como na experiência brasileira no que tange às Procuradorias dos Estados da Federação, que desde meados dos anos 60 já vinham adotando um modelo unificado de atuação da Advocacia do Estado. Assim sendo, a Consultoria-Geral da República foi extinta e o Ministério Público Federal deixou de realizar o contencioso judicial da União. Essas incumbências, além de outras, como a representação internacional do Estado brasileiro perante os foros dirimentes de litígios internacionais e a representação extrajudicial da União, passaram a constituir competências exclusivas conferidas à novel instituição, cunhada pela Carta Magna de Advocacia-Geral da União.

Pois bem. Cumpre agora o estudo do histórico do consultivo jurídico da União.

A criação do braço consultivo da Advocacia Pública ocorreu por força do Decreto nº 967, de 02.01.1903, que criara o cargo de Consultor-Geral da República, junto ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Assim restou consignado o surgimento do referido cargo, *in*

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ Tradução: Advocacia do Estado.

⁴⁹ Tradução: Procuradoria Geral da República.

verbis: “Art. 2º E' creado o logar de consultor geral da Republica, com o vencimento annual de quinze contos de réis, sendo dous terços de ordenado e um terço de gratificação”.⁵⁰

Estavam entre as atribuições do Consultor-Geral da Republica, quando de sua gênese, o consultivo jurídico das Secretarias de Estado, nos mesmos casos em que o fazia o Procurador-Geral da Republica, especialmente sobre: extradições; expulsão de estrangeiros; execução de sentenças de tribunal estrangeiro; autorizações de companhias estrangeiras para funcionarem na Republica; alienação, aforamento, locação, arrendamento de bens nacionais; aposentadorias, reformas, jubilações, pensões, montepio dos funcionários públicos federais.

O Decreto nº 41.249, de 05.04.1957, aprova o Regulamento do Gabinete do Consultor-Geral da República. O Regulamento determinava que o Consultor-Geral da República teria, para efeitos protocolares e de correspondência, o tratamento devido aos Ministros de Estado. O Consultor-Geral da República, como já ocorria de acordo com normatização anterior, era de livre nomeação e demissão do Presidente da República e ainda havia estreita ligação com o Ministério da Justiça e Negócios Interiores, *in verbis*:

Art. 1º O Consultor-Geral da República será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, dentre bacharéis em Direito, de reconhecido saber jurídico notório idoneidade moral.

§ 1º É competente para dar-lhe posse o Ministro da Justiça e Negócios Interiores.

§ 2º O Gabinete do Consultor-Geral da República continuará instalado junto ao Ministério da Justiça e Negócios Interiores, ao qual compete processar os assuntos de natureza administrativa e especialmente, prover as suas necessidades de material e pessoal, tomando para isso, as providências necessárias, inclusive de ordem orçamentárias.⁵¹

As atribuições do Consultor-Geral da República se ampliaram, as consultas dos Ministros a ele dirigidas somente poderiam ser realizadas via Presidente da República e só haveria pronunciamento da CGR, após a oitiva do órgão jurídico do Ministério consulente. Era o que dispunha o Decreto n.º 41.249, de 05.04.1957:

Art. 3º Ao Consultor-Geral da República cabe, principalmente, atender a consultas do Presidente da República, competindo-lhe ainda:

a) emitir pareceres sobre questões jurídicas;

⁵⁰ BRASIL. Decreto n.º 967, de 02 de janeiro de 1903. Crea o logar de consultor geral da Republica e dá outras providencias. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ReexecutaPesquisaRealizada.action?sequencialConsulta=20070304152351336&codigoPortal=0>>. Acesso em: 12 dez. 2006.

⁵¹ BRASIL. Decreto n.º 41.249, de 05 de abril de 1957. Aprova o Regulamento do Gabinete do Consultor Geral da República. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ReexecutaPesquisaRealizada.action?sequencialConsulta=20070304153040656&codigoPortal=0>>. Acesso em: 12 dez. 2006.

- b) sugerir ao Presidente da República e os Ministros de Estados, providências de ordem jurídica que lhe parecem reclamadas por interesse público ou por necessidade de boa aplicação das leis vigentes;
 - c) desempenhar as comissões e executar trabalhos jurídicos que lhe atribuir o Presidente da República;
 - d) designar os assistentes e fixar a gratificação de representação do pessoal do Gabinete;
 - e) promover as reuniões de consultores de que trata o art. 4º do Decreto-lei nº 8.564, de 7 de janeiro de 1946.
 - f) supervisionar todos os serviços do seu Gabinete;
 - g) baixar instruções relativas a organização interna dos serviços;
 - h) designar e dispensar seu secretário;
- § 1º Somente por determinação do Presidente da República poderão ser submetidos ao exame do Consultor Geral da República as consultas de iniciativas dos ministros de Estados e dos órgãos diretamente subordinados à Presidência da República.
- § 2º As consultas a que se refere o parágrafo anterior não serão apreciadas pelo Consultor-Geral da República sem prévia audiência dos respectivos órgãos jurídicos.⁵²

O Decreto nº 51.530, de 07.08.1962, determina que a Consultoria-Geral da República é órgão superior de consultas e de assessoramento do Poder Executivo, vinculando-a diretamente à Presidência da República e à Presidência do Conselho de Ministros. Neste momento, a CGR deixa de estar atrelada ao Ministério da Justiça e é elevada à categoria de órgão superior de consultas e de assessoramento do Poder Executivo, no que concerne aos assuntos compreendidos em sua competência. Veja-se:

Art. 1º A Consultoria Geral da República cujas funções foram criadas pelo Decreto nº 967, de 2 de janeiro de 1.903, é órgão superior de consultas e de assessoramento do Poder Executivo, no que concerne aos assuntos compreendidos em sua competência, por força da leis ou dos decretos regulamentares que a definem.

Art. 2º A Consultoria Geral da República é vinculada diretamente à Presidência da República e a Presidência do Conselho de Ministros.⁵³

Em seguida, o Decreto nº 51.991, de 06.05.1963, revoga o Decreto nº 51.530, de 07.08.1962, restabelecendo as disposições do Decreto nº 41.249, de 05.04.1957.

Contudo, o Decreto-lei nº 200, de 25.02.1967, art. 32, inclui novamente a Consultoria-Geral da República entre os órgãos de assessoramento imediato da Presidência da República, voltando a constituir-se órgão da Presidência da República, *in verbis*:

⁵² BRASIL. Decreto n.º 41.249, de 05 de abril de 1957. Aprova o Regulamento do Gabinete do Consultor Geral da República. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ReexecutaPesquisaRealizada.action?sequencialConsulta=20070304153040656&codigoPortal=0>>. Acesso em: 12 dez. 2006.

⁵³ BRASIL. Decreto n.º 51.530, de 07 de agosto de 1962. Dispõe sobre as Funções da Consultoria Geral da República. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ReexecutaPesquisaRealizada.action?sequencialConsulta=20070304154648894&codigoPortal=0>>. Acesso em: 12 dez. 2006.

Art. 32. A Presidência da República é constituída essencialmente pelo Gabinete Civil e pelo Gabinete Militar. Também dela fazem parte, como órgãos de assessoramento imediato do Presidente da República:

- I - Conselho de Segurança Nacional.
- II - Serviço Nacional de Informações.
- III - Estado-Maior das Fôrças Armadas.
- IV - Departamento Administrativo do Pessoal Civil.

V - Consultoria Geral da República.

VI - Alto Comando das Fôrças Armadas.⁵⁴ (grifo nosso)

Ademais, como já ocorria anteriormente, cada Ministério tinha uma Consultoria Jurídica, órgão de Consultoria e Assessoramento ligado diretamente ao Ministro de Estado.

Por fim, o Decreto n° 92.889, de 07.07.1986, considera a Consultoria-Geral da República como o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Presidente da República, órgão integrante da Presidência da República, cujo titular era nomeado para ocupar cargo em comissão, detendo as prerrogativas de Ministro de Estado, tendo de ser bacharel em direito de notável saber jurídico e ilibada reputação, *in literis*:

Art. 1° A Consultoria Geral da República - CGR é o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Presidente da República, submetido à sua direta, pessoal e imediata supervisão.

Art. 2° A Consultoria Geral da República integra a Presidência da República e tem como titular o Consultor-Geral da República.

Art. 3° O Consultor-Geral da República é nomeado, em comissão, pelo Presidente da República, dentre bacharéis em Direito, de notável saber jurídico e ilibada reputação.

Parágrafo único. O Consultor-Geral, que despachará diretamente as matérias a seu cargo com o Presidente da República, tem as prerrogativas de Ministro de Estado, devendo-se-lhe conferir o tratamento a este concedido.⁵⁵

As competências da Consultoria-Geral da República vão se expandindo, ganhando destaque e complexidade e neste último ato normativo referente à CGR, assim foram dispostas:

Art. 5° Compete à Consultoria Geral da República:

- I - assessorar o Presidente da República em assuntos de natureza jurídica, produzindo pareceres e estudos ou propondo normas, medidas e diretrizes;
- II - fixar a interpretação da Constituição, das leis, de tratados e atos normativos outros, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entes da Administração Federal;

⁵⁴ BRASIL. Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 14 dez. 2006.

⁵⁵ BRASIL. Decreto n.º 92.889, de 07 de julho de 1986. Dispõe sobre a Consultoria Geral da República e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D92889.htm>. Acesso em: 13 dez. 2006.

III - uniformizar a jurisprudência administrativa federal, solucionando as divergências entre órgãos jurídicos da Administração;

IV - coordenar os trabalhos do Serviço Jurídico da União, suas autarquias, e os demais, de consultoria e assessoramento jurídicos, realizados na Administração Federal, para que, no âmbito desta, se uniformize a jurisprudência administrativa, sejam corretamente aplicadas as leis e se previnam litígios judiciais;

V - preparar as informações a serem prestadas, pelo Presidente da República, ao Poder Judiciário, quanto a medidas impugnadoras de ato presidencial fundado em parecer seu ou quanto a representações por inconstitucionalidade, ou para interpretação de lei, decreto-lei e decretos federais;

VI - cooperar na formulação de proposições de caráter normativo;

VII - desenvolver atividades, de relevante interesse federal, das quais especificamente a encarregue o Presidente da República;

VIII - manter estreita colaboração com os Gabinetes Civil e Militar nos assuntos jurídicos da Presidência da República.⁵⁶

Em seguida, com a mais recente Constituinte, o papel institucional desenvolvido pela Consultoria-Geral da República, bem como pelas Consultorias Jurídicas dos Ministérios, juntamente com a representação judicial da União, que até então pertencia à Procuradoria-Geral da República, mais a representação extrajudicial do ente federativo União, passaram a ter uma nova roupagem, os Constituintes perceberam a necessidade de haver uma permanente interação do contencioso judicial e o consultivo, este guardião do controle prévio de legalidade dos atos da Administração Pública, que ao atuar de forma prévia dirimi, em boa parte, os conflitos já na origem, promove a paz social, ajuda o Administrador na condução escorreita das políticas públicas e combate a corrupção. A nova roupagem dada às imprescindíveis atribuições eminentemente de Estado denominou-se Advocacia-Geral da União.

O art. 131 da Constituição deu uma organicidade, um caráter institucional, a todas as funções multicitadas até aqui, conferindo-as com exclusividade a um único órgão, que pela sua posição constitucional, deveria ser mais independente. Destarte, assim restou disciplinada a função de consultoria e assessoramento Jurídicos:

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

⁵⁶ BRASIL. Decreto n.º 92.889, de 07 de julho de 1986. Dispõe sobre a consultoria geral da república e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D92889.htm>. Acesso em: 13 dez. 2006.

2.2 Posição Constitucional e Natureza Jurídica da Advocacia-Geral da União

A Advocacia-Geral da União tem posicionamento constitucional consagrado no Título IV, Capítulo IV, da Constituição da República Federativa do Brasil. Destarte, é instituição que integra as Funções Essenciais à Justiça.

Seguindo o entendimento esposado no tópico 1.4 desta monografia, a Advocacia-Geral da União exerce parcela do Poder Soberano estatal não integrando, de acordo com a normatização constitucional, nenhum dos três tradicionais “Poderes” do Estado, em que pese já se ter advertido, que esse não é o caminho de entendimento que vem sendo perfilhado pelo Supremo Tribunal Federal, bem como certa parte da doutrina brasileira. Mas também há que se asseverar que tanto o Supremo Tribunal Federal, quanto a doutrina, não embasam de forma aprofundada o enquadramento da AGU, bem como dos demais órgãos que compõem as Funções Essenciais à Justiça, no âmbito do Poder Executivo. Apegados à concepção tradicional de divisão de Poderes e ao que reza o art. 2º da Constituição da República, fazem esse enquadramento no Poder Executivo, quase que por exclusão. Não sendo do Poder Judiciário, do Legislativo, logo, a AGU, pertence ao Poder Executivo, mesmo raciocínio empregado para os demais órgãos. Alia-se a isto o fato do Advogado-Geral da União ser de livre nomeação do Presidente da República.

A pretensão deste trabalho é exatamente demonstrar uma outra ótica, que também tem arrimo na doutrina nacional, conforme se viu no tópico 1.4.

Contudo, deixou-se para esta parte da monografia, a análise de mais um ponto da Constituição, além dos já explanados no tópico 1.4, que evidencia, segundo a ótica empregada nesta monografia, que a Advocacia-Geral da União não pertence ao Poder Executivo.

Reza o art. 103, §3º da Constituição que o Advogado-Geral da União será o curador especial da presunção de constitucionalidade da norma legal ou ato normativo e veja-se que não é só de âmbito Federal, mas também aqueles referentes aos Estados da Federação, em virtude do que dispõe o art. 102, I, “a”, da Lei Maior, *in verbis*:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

[...]

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

[...]

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Trata-se de uma função extraordinária conferida ao chefe da instituição que vai além da representação da União, o colocando no patamar de verdadeiro defensor do Estado enquanto ordem jurídica.

O Supremo Tribunal Federal por algumas vezes já teve oportunidade de se pronunciar a respeito dessa posição do Advogado-Geral da União, afirmando ser ele o curador da ordem normativa, haja vista que o Estado também se reveste desta característica. Destarte, a posição do Advogado-Geral da União vai além do nobre mister de representar os interesses da União. Constitui função sua, ser o zelador do princípio da presunção de constitucionalidade tanto de leis federais, como das estaduais.

Na ADI-QO 97-7 – Rondônia, o STF assim decidiu:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 97-7 -
RONDÔNIA

(QUESTÃO DE ORDEM)

REQUERENTE: GOVERNADOR DO ESTADO DE RONDÔNIA
REQUERIDA: ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE DO ESTADO DE RONDÔNIA

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Competência do Advogado-Geral da União. Exegese do parágrafo 3º do artigo 103 da Constituição.

- Compete ao Advogado-Geral da União, em ação direta de inconstitucionalidade, a defesa da norma legal ou ato normativo impugnado, independentemente de sua natureza federal ou estadual.

- Não existe contradição entre o exercício da função normal do Advogado-Geral da União, fixada no caput do artigo 131 da Carta Magna, e o da de defesa de norma ou ato inquinado, em tese, como inconstitucional, quando funciona como curador especial, por causa do princípio da presunção de sua constitucionalidade.

Questão de ordem que se decide no sentido da devolução dos autos à Procuradoria-Geral da República, para que apresente a defesa das normas estaduais impugnadas.[...]⁵⁷

Ressalva-se que a devolução dos autos, no referido processo, à Procuradoria-Geral da República, se deu, pelo fato de que no ano do citado julgamento, as funções acometidas à Advocacia-Geral da União ainda estavam a cargo do Ministério Público Federal, haja vista

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 97-7 (questão de ordem) Relator: Ministro Moreira Alves. **Diário da Justiça**, 30 mar. 1990, ementário n.º 1575-1. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=ADI&processo=97&recurso=0&tip_julgamento=M>. Acesso em: 10 jan. 2007

que a AGU somente foi criada efetivamente em 1993 com a edição da Lei Complementar n.º 73/93.

Na ADI-QO 97-7 – Rondônia, cuja questão de ordem pretendia que a atuação do Advogado-Geral da União ficasse adstrita à defesa da constitucionalidade das normas federais, ficando a cargo das Procuradorias dos Estados, a defesa da constitucionalidade das normas destes entes da federação, o Ministro Moreira Alves, Relator, em seu voto, consigna que:

Com efeito, sendo o processo da ação direta de inconstitucionalidade um processo objetivo, e, portanto, sem partes que defendam interesse jurídico próprio, não há que se pretender que nele, por causa do dispositivo constitucional em exame, o Advogado-Geral da União atue na função normal – como prevista no artigo 131, caput, da Carta Magna – de chefe da instituição que, diretamente ou por meio de órgão vinculado, representa a União judicial ou extrajudicialmente. **O parágrafo 3º do art. 103 lhe dá uma competência especial em face dessa geral: a da defesa da constitucionalidade da norma que, em tese, é inquinada de inconstitucional, o que implicar dizer que lhe atribui o papel, nesse processo objetivo, de verdadeiro curador da lei atacada.**

[...] Com o parágrafo 3º do artigo 103, inequivocamente, se estendeu esse princípio à ação direta de inconstitucionalidade, **dando-se à presunção de constitucionalidade do ato normativo – e ela existe quer quanto à norma federal, quer quanto à norma estadual – um curador especial, que, assim, nesse processo objetivo tem papel diverso do da Procuradoria-Geral da República**, embora ambos defendam relevantes interesses públicos. **De feito, o Advogado-Geral da União, como curador especial, defende a presunção de constitucionalidade do ato normativo**, ao passo que o Procurador-Geral da República defende a rigorosa observância da Constituição, ainda que, como fiscal da aplicação da lei, tenha que manifestar-se pela inconstitucionalidade do ato normativo objeto da ação direta. [...] ⁵⁸ (negrito nosso)

O Ministro Célio Borja, na mesma ADI-QO Nº 97-7 – RONDÔNIA, em seu voto, explica:

Peço paciência de S. Exa. E do Tribunal para acrescentar apenas duas palavras. Uma, Sr. Presidente, é que o direito moderno sofre como que de uma certa esquizofrenia. De um lado, olhamos a União, para os Estados, para os Municípios, como instituições capazes de adquirir direitos, de serem titulares de direito subjetivos, de interesses legítimos ou de simples interesses.

De outro lado, vemos o Estado como ordem normativa. **E o que se pede ao Advogado-Geral da União, de acordo com o preceito do art. 103, é que ele atue como curador da ordem normativa, partindo da presunção de sua validade.**

Essa presunção, Sr. Presidente, peço vênias para acrescentar às considerações do eminente Relator, deriva do princípio da separação dos Poderes, pois,

⁵⁸ Ibidem.

aquilo que o legislador faz, presumivelmente, está de acordo com a Constituição.⁵⁹ (grifo nosso)

Destarte, em vista desse relevantíssimo papel que a Constituição atribui a Advocacia-Geral da União, na figura do chefe desta instituição, resta claro que seus misteres não integram o Poder Executivo, pois que suas funções não são de cunho executivo, bem como transcendem ao campo de atuação da própria União, de modo que o Presidente da República, quando nomeia o Advogado-Geral da União, o faz na qualidade de Chefe de Estado e não de Governo.

Nas palavras de Valdemar de Oliveira Leite:

É a AGU Instituição Constitucional do Estado e não do Governo. O Executivo é parte da União e não o contrário, como é óbvio. A parte não pode ser mais que o todo.

Quando o Presidente da República nomeia ou destitui o Advogado-Geral da União o faz como Chefe de Estado, e não como Chefe do Executivo. Portanto, ante os argumentos expendidos, ainda continuamos a sustentar que a AGU não é órgão do Poder Executivo, mas sim Instituição de defesa do Estado como um todo, por isso não podendo ficar restrita e subordinada à função executiva, por mais importante e grandiosa que seja a Administração Federal.⁶⁰

É claro que a normatização constitucional a respeito da Advocacia-Geral da União está a merecer reparos, haja vista que a nomeação do Advogado-Geral da União deveria se dar entre os membros das carreiras da AGU, bem como só ocorrer após aprovação do Senado Federal, tal qual ocorre com o Procurador-Geral da República. Contudo, o fato de ser ele de livre nomeação do Presidente da República não o faz integrante do Poder Executivo, haja vista que no Presidencialismo, o Presidente não enfeixa tão-somente a chefia de governo ou da administração, é sua atribuição também ser chefe de Estado e é nesta qualidade que ele faz a nomeação do Advogado-Geral da União, conforme os argumentos expendidos em linhas passadas.

2.2.1 Advocacia de Estado ou Advocacia de Governo?

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 97-7 (questão de ordem) Relator: Ministro Moreira Alves. Decisão publicada no DJ em 30.3.1990, ementário n.º 1575-1.

Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=ADI&processo=97&recurso=0&tip_julgamento=M>. Acesso em: 10 jan. 2007.

⁶⁰ LEITE, Valdemar de Oliveira. **Advocacia-geral da união: instituição constitucional independente ou órgão do poder executivo?** 2003. 103 f. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2003. p.92-93. Não publicada.

Preliminarmente, há que se mencionar que a expressão governo, neste tópico, será empregada em sentido restrito, significando Poder Executivo.

Reza o art. 131 da Constituição Federal que a Advocacia é da União e este ente federativo não se reduz ao âmbito do Poder Executivo. O Executivo exerce uma parte das funções do Estado, que embora significativa, não compreende o todo, haja vista que as funções estatais estão espreiadas por outros órgãos, que não o integram.

Conforme definição de Clóvis Beviláqua, citado por Sahid Maluf: "O Estado é um agrupamento humano, estabelecido em determinado território e submetido a um poder soberano que lhe dá unidade orgânica"⁶¹.

Nas palavras de Sahid Maluf: "O Estado é o órgão executor da soberania nacional".⁶²

Por outro lado, o governo, aqui entendido como Poder Executivo, é um órgão do Estado, exercendo parcela das funções acometidas à soberania estatal.

Destarte, a Advocacia-Geral da União, conforme concebida na Constituição, constitui instituição do Estado com vistas à preservação dos interesses públicos primários, ou seja, aqueles interesses coletivos delineados na Constituição e nas leis e não o interesse do governante, que terá de se amoldar aos ditames da ordem normativa.

Ato contínuo, o Advogado da União, que é membro e órgão da AGU, tem por missão ser o fiel escudeiro da observância da ordem normativa, sendo-lhe defeso acolher a pretensão do administrador, quando esta afronta o Direito. Assim sendo, o membro efetivo da Advocacia-Geral da União está obrigado ao estrito cumprimento do princípio constitucional da juridicidade, de modo que não pode ser caracterizado como advogado do governante, eis que não lhe é lícito agir conforme a vontade pessoal deste. Deve o membro da AGU estrita obediência aos princípios que regem a Administração Pública, atuando dentro da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, conforme determina o art. 37 da Constituição da República.

Não cabe ao Advogado da União transigir com o interesse público primário do Estado. Está o membro da Advocacia-Geral da União estritamente vinculado a ele, devendo defendê-lo a todo custo, haja vista que é advogado de Estado e não do governante e deste será parceiro enquanto ele atuar conforme os ditames da ordem normativa.

Não se pode perder de vista que são princípios fundamentais do Estado brasileiro a República e a Democracia. Estes princípios impõem que o governo não se confunde com o Estado, mas apenas administra e põe em curso, na qualidade de representante da sociedade,

⁶¹ MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 23 ed. rev. e atual. pelo prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 1995. p.21.

⁶² Ibidem, p. 22.

aquilo que o Poder Constituinte estabeleceu como premissa do desenvolvimento da atividade estatal. E como representantes da sociedade, estão submetidos às leis e sujeitos à responsabilização político-jurídica pela prática de atos lesivos ao bem público, de modo que foram criados mecanismos de fiscalização e de orientação ao governante, para que estes atuem dentro da ordem legal.

E esse é o papel da Advocacia-Geral da União, conduzir o Administrador dentro da legalidade e atuar de forma a restaurar a ordem e o patrimônio do Estado, quando o ordenamento jurídico não for obedecido, tenha havido lesão ao patrimônio público ou não.

Por isso, a ordem normativa permite ao Advogado da União ingressar com ações de improbidade administrativa, ações civis públicas, atuar no pólo ativo de uma ação popular junto com o cidadão e etc.

Na esteira destas considerações, são os ensinamentos de Mário Bernardo Sesta:

A Advocacia de Estado, antes de mais nada, distingue-se da Advocacia comum, seja no seu aspecto consultivo, seja no seu aspecto contencioso. Essa distinção radica basicamente na diferença do interesse aconselhado ou patrocinado, **que é o interesse público**, o qual, a par de sua publicidade, e em razão mesmo dessa sua natureza, é um interesse administrado, assim tomado no sentido técnico do termo.

O trato do interesse público e, mais especificamente o trato jurídico desse interesse, apresenta, como decorrência fundamental do fato de ser ele, por natureza, um interesse administrado, **a característica de que, entre o objetivo final do agente e sua vontade (do agente), está, não o seu interesse (do agente ou administrador), mas o interesse abstrato da coletividade, tutelado pelas diretrizes que dimanam da Constituição e das leis.**

Essa distinção entre os atos de senhorio e os de administrador interfere não só na atuação do administrador diante da coisa pública, mas também na atuação do Advogado que aconselha ou patrocina judicialmente o interesse público, e mais, nas relações institucionais e administrativas que se hão de estabelecer entre o administrador e o Advogado do interesse público.

Assim tal qual o administrador não pode dispor da coisa pública como se sua fosse, assim também **o Advogado do Estado guarda, em relação ao interesse público, aconselhado ou judicialmente patrocinado, um grau muito menor de disponibilidade.**

Mas não é só: **a própria relação entre o administrador da coisa pública e o Advogado do Estado difere, essencialmente, das relações comuns entre Advogados e constituintes, pelo fato já referido, de que, no caso, o interesse em tela é indisponível também para o constituinte, que é mero agente da coletividade. Aliás, efetivamente, o constituinte é a coletividade, razão pela qual a investidura do Advogado deve decorrer de instância institucional, indisponível para o administrador.**

Quer do ponto de vista da evolução histórica da instituição, quer do ponto de vista das implicações de natureza técnica relativas à sua organização e funcionamento, poderíamos avançar uma noção de Advocacia de Estado, **descrevendo-a como atividade pertinente ao patrocínio judicial e ao aconselhamento Jurídico do interesse público, exercida por agentes**

especificamente investidos nas respectivas funções, em nível institucional.⁶³ (grifo nosso)

Nas palavras de Dalmo de Abreu Dallari:

[...] o **Procurador Público é quem torna certo que o Poder Público não é imune ao Direito.** Compete-lhe defender os interesses sociais, particularizados numa entidade pública, sem excessos ou transigências, sempre segundo o Direito. Conscientes de que o poder político e a atividade administrativa são expressões da disciplina jurídica das atividades de direção e administração da Sociedade, o Procurador, orientando ou promovendo a defesa de interesses, jamais deverá omitir o fundamento jurídico de seu desempenho. **E sua consciência jurídica não lhe há de permitir que, pela vontade de agradar ou pelo temor de desagradar, invoque o Direito segundo critérios de conveniência, para acobertar ações ou omissões injustas.**⁶⁴ (grifo nosso)

Marcus Ronald Carpes leciona que:

A Advocacia-Geral da União exerce função essencial à justiça e sua missão institucional pressupõe o exercício de uma Advocacia de Estado, uma Advocacia a serviço da sociedade. Tal como, de resto, toda a Advocacia Pública, **a Advocacia-Geral da União não serve ao patrocínio de interesses particulares, não é patrimônio do governante de plantão.** Trata-se de uma conquista da sociedade, resultante de sua evolução histórica; garantia da busca por um Estado de Justiça.⁶⁵ (grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal no Julgamento da ADI 1557-5 Distrito Federal, no voto vencedor da Ministra Relatora, Sra. Ellen Gracie, evidencia que os órgãos de Advocacia Pública são do Estado e não do governo, não se restringindo sua atuação ao âmbito do Poder Executivo:

[...]
7- Por outro lado, correto o parecer da douta Procuradoria-Geral da República na parte em que conclui ter havido, nas modificações introduzidas pela Emenda atacada aos arts. 110 e 111 da LODF, uma **tentativa de restringir a atuação da Procuradoria-Geral do Distrito Federal ao âmbito do Poder Executivo.** Isso se dá no art. 110, ao substituir-se o comando “A Procuradoria-Geral é órgão central do sistema jurídico do Distrito Federal, de natureza permanente, na forma do art. 132 da Constituição Federal” pelo enunciado “A Procuradoria-Geral é órgão central do sistema jurídico do Poder Executivo, de natureza permanente, na forma do art. 132 da Constituição Federal”(destaquei). E, ainda, quanto ao caput do

⁶³ SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de estado: posição institucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 30, n. 117, p. 191-192, jan./mar. 1993.

⁶⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 47.

⁶⁵ CARPES, Marcus Ronald. **Advocacia da união e estado de justiça**. 2005. 50 f. Monografia (Curso de Especialização em Direito do Estado). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul Porto Alegre, 2005. p.45. Não publicada.

art. 111 da LODF, na inclusão da expressão, “no âmbito do Poder Executivo”.

Estas alterações afrontam o art. 132 da Carta Magna, que não incumbiu à Procuradoria-Geral do DF a defesa do Poder Executivo apenas, mas sim de todos os interesses do Distrito Federal, pessoa jurídica de direito público interno. (grifo nosso)⁶⁶

Destarte, a Advocacia-Geral da União, como órgão do Estado, está incumbida de zelar pelo interesse público primário, sendo parceira dos agentes públicos enquanto estes agirem conforme a ordem normativa, até porque o Estado é perene, os agentes transitórios.

Assim sendo, a Advocacia-Geral da União exerce o nobre papel de Advocacia de Estado.

2.3 Funções do braço consultivo da Advocacia-Geral da União

As funções relacionadas à face consultiva da Advocacia-Geral da União são de facetas extremamente variadas e complexas, sendo certo que dois são os grandes misteres que devem por ela ser desenvolvidos, sem prejuízos de outros, a saber: a viabilização das políticas públicas segundo os ditames normativos do Estado, e o controle da legalidade dos atos da Administração, protegendo, via de consequência, o patrimônio público.

A atividade de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, tem por escopo dar o suporte jurídico e de legitimidade às políticas públicas confeccionadas pela Administração, bem como exercer o controle profilático dos atos do Estado-Administração, para fins de que ele não tenda a ser onipotente, de tal modo que ponha em risco os direitos e garantias dos cidadãos, sejam direitos individuais ou coletivos.

O Poder Executivo é o maior responsável pela elaboração das políticas públicas destinadas a atender aos interesses e as necessidades da sociedade. Quando o governante está em processo de elaboração de uma política pública, de imperiosa necessidade é a observância do ordenamento jurídico, adequando-se aquela a este.

Isto porque, o princípio da indisponibilidade do interesse público impede o administrador agir consoante sua exclusiva vontade. Deve ele limitar-se ao imposto no ordenamento jurídico, precipuamente no que tange aos princípios da legalidade, da moralidade, da publicidade, da impessoalidade, entre outros que regem o atuar da

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 1557-5, Relator: Ministro Moreira Alves. Decisão publicada no DJ em 18.6.2004, ementário n.º 2156-1. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=ADI&processo=1557&recurso=0&tip_julgamento=M>. Acesso em: 11 jan. 2007.

Administração Pública e que são também corolários dos princípios republicano e democrático.

Ato contínuo, a Advocacia-Geral da União tem papel preponderante, eis que é ministério seu exercer, com exclusividade, a orientação jurídica do Administrador, para fins de compatibilizar as ações do governo ao ordenamento jurídico, colimando que a Política Pública obtenha êxito, pelo menos no campo da legalidade, e não venha a ser atacada por sua inobservância.

No que tange à viabilização das políticas públicas pelo atuar preventivo da AGU, César do Vale Kirsch, expõe a necessidade imprescindível do papel político desta instituição constitucional na consecução desse fim do Estado, atuando por seu setor consultivo:

Com efeito, a área consultiva da AGU, por força do art. 131 da Constituição Federal de 1988, tem a obrigação de prestar uma adequada e eficiente orientação jurídica ao governante, para que as políticas públicas obtenham êxito. Desse modo, a atuação preventiva da Instituição, tem o fito de legitimar – quando for possível - a conduta do agente público, a fim de auxiliá-lo a realizar o bem comum.

Hodiernamente, é o Poder Executivo o maior responsável pela discussão, elaboração e implementação dos planos políticos.

O plano político sem a devida base jurídica, ou com lastro deficiente, estará fadado ao fracasso. Isso, inevitavelmente, traz repercussões diretas nas vidas das pessoas, na economia do país e no próprio cenário político, gerando conseqüências desastrosas e enormes prejuízos.⁶⁷

Assevera César do Vale Kirsch que a participação da Advocacia-Geral da União no processo de elaboração das políticas públicas é providência de suma importância para a governabilidade e para o sucesso das ações políticas a serem erguidas pelo Poder Executivo do Estado brasileiro, de modo que a atuação preventiva da AGU confere segurança e credibilidade jurídicas, o que certamente fará com que se evite o desperdício de tempo e danos aos administrados, dando-se cumprimento, via de conseqüência, ao princípio da eficiência. De outro turno, ainda segundo Kirsch, a falta de atuação preventiva da AGU na construção do projeto político ou o seu chamado tardio pode fazer com que haja a inviabilização da política, causando frustração de expectativas e prejuízos indelévels para a sociedade.⁶⁸

Destarte, a Advocacia-Geral da União, por seus membros, é parceira da Administração na condução de suas atividades, amoldando estas ao ordenamento jurídico.

Contudo, de outro lado, é papel da Advocacia-Geral da União exercer o controle de legalidade dos atos praticados pelo governante e aqui pode haver conflitos, tendo esta

⁶⁷ KIRSCH, op. cit., p. 5

⁶⁸ Ibidem, p. 67-74

instituição que atuar de forma rigorosa para que os interesses da coletividade sejam preservados.

Assim sendo, adentra-se à análise do controle de legalidade dos atos exarados pelas autoridades do Poder Executivo.

No contexto de um Estado Democrático de Direito, a observância dos princípios constitucionais trata-se de premissa imprescindível. É consectário do princípio democrático a submissão do Estado, dos seus órgãos e de seus agentes à lei. No Estado democrático, o governante deve agir consoante os ditames legais. Destarte, o governante não é a lei e não está acima dela, ao revés, deve fiel obediência aos seus termos, haja vista que, na democracia, ela é a expressão da vontade do povo. De outro lado, necessária se faz a presença de órgãos de controle, sobretudo sobre o atuar de um Poder (o Executivo), que por sua natureza e em virtude de suas atribuições, é hipertrofiado. Nesse ponto, o braço consultivo da AGU exerce função fundamental na construção da democracia, que está calcada na limitação do atuar do Estado.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto leciona que “A caracterização de um Estado de Direito exige dois elementos: a submissão ao agir do Estado à lei e o controle efetivo da observância desta regra.”⁶⁹

O mesmo autor, sobre a necessidade da existência do controle da legalidade e de órgãos encarregados desse mister, assevera:

A submissão do agir do Estado à lei define a legalidade em seu aspecto objetivo. Todos os órgãos do Estado, ou seja, todos os seus "centros de vontade", como os conceitua MARCELO CAETANO, só podem agir no exercício de poderes que lhes foram legalmente conferidos, na forma, modo e com a finalidade prescritos pelo legislador.

De pouco serviria, todavia, esse elemento substantivo, preceituando a submissão do agir do Estado à lei, se não se completasse com a contraparte adjetiva: o controle da legalidade, que igualmente se perfaz no exercício de poderes legalmente conferidos, na forma, modo e com a finalidade prescritos pelo legislador, mas destinados a fiscalizar, corrigir e sanar todo e qualquer ato que transgrida a regra fundamental que define a legalidade.

São, portanto, duas exigências distintas, mas enquanto a de legalidade é uma exigência geral, imputável a qualquer parcela de poder, **a de seu controle é uma exigência especial sempre que a lei torne um poder-dever especificamente imputável a certos órgãos do Estado.**

A partir dessa distinção, definem-se funções que editam a vontade substantiva do Estado, geral ou concreta, seja através do ato legislativo, seja através do ato administrativo, e funções que se destinam a exercer o seu

⁶⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça na constituição de 1988. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 43, p. 33, 1991.

controle, sob as mais variadas formas e pelos mais diversos órgãos, legislativos, administrativos ou judiciários.

[...]

Sensível a esses avanços do Direito Político é que o legislador constitucional de 1988 definiu o País como um Estado Democrático de Direito: **Democrático, porque dispõe de controles de legitimidade, e de Direito, porque dispõe de controles de legalidade.**

Ambos os sistemas estão basicamente organizados na Carta Magna. O que se precisa agora é executá-la eficientemente e aperfeiçoá-los. **Neste contexto é que se enquadra a missão dos profissionais do Direito integrantes das carreiras jurídicas do Estado, conformando um subsistema jurídico de controle de legalidade que envolve funções preventivas (consultoria jurídica), postulativas (representação judicial) e decisórias (judicatura).**⁷⁰ (grifo nosso)

No mesmo sentido, é o escólio de Ana Paula Andrade Borges de Faria e Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira:

No Estado de Direito todos estão submetidos à Constituição e as leis, ninguém está acima delas, seja qual for a condição econômica, agente público ou não, todos devem respeito aos superiores ditames constitucionais e legais. Nele, as regras jurídicas devem ser obedecidas por todos, governantes e governados, independente do credo, posição social, cor, raça.

[...]

[...] num Estado democrático-constitucional a lei parlamentar é, ainda, a expressão privilegiada do princípio democrático (daí sua supremacia) e o instrumento mais apropriado e seguro para definir os regimes de certas matérias, sobretudo os direitos fundamentais e da vertebração democrática do Estado (daí a reserva de lei). De uma forma genérica, o princípio da supremacia da lei e o princípio da reserva da lei apontam para a vinculação político-constitucional do poder executivo".

No Estado brasileiro, o art. 37 da Constituição Federal determina que: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade ...".

Destarte, a Administração Pública deve dar cumprimento à vontade popular, contida na lei, conforme o mandamento constitucional em destaque.⁷¹

Marcos Juruena Villela Souto arrazoa que:

O Estado de Direito pressupõe a existência de limites à atuação estatal, a serem objeto de um controle de legalidade. Não se deve esperar que tal controle seja exercido apenas pelo Poder Judiciário, mormente diante do verbete nº 473 da Súmula do eg. STF. Para tanto, o Estado de Direito deve estar aparelhado com órgãos habilitados a tal mister; daí o status constitucional da Advocacia-Geral da União, dos cargos de Procuradores dos

⁷⁰ Ibidem, p. 33-34.

⁷¹ 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: 25 nov. 2006.

Estados e do Ministério Público, sem falar na essencialidade do papel desempenhado pelos Defensores Públicos e pela Advocacia em geral, dando um caráter de permanência, profissionalização e relevância a tais atribuições. Remarque-se que quanto maior o grau de democratização que se alcança, maior a possibilidade de pessoas com menor formação acadêmica atingirem os altos cargos políticos, o que exige um corpo técnico, bem formado e despolitizado, para a orientação acerca dos limites impostos pelo ordenamento jurídico para a condução das políticas públicas. Afinal, o direito produzido pelo Estado deve se pautar pelos princípios insculpidos, em especial, nos artigos 37 e 70 da Constituição Federal.⁷²

Destarte, a Advocacia-Geral da União se configura como um dos elementos realizadores da Justiça democrática, na medida em que as atividades estatais devem ocorrer segundo os ditames da ordem normativa.

A Constituição do Estado do Rio de Janeiro, apesar de tratar da Procuradoria-Geral do Estado como órgão do Poder Executivo, o que não fez a Constituição Federal, assevera expressamente a missão de controle de legalidade deste órgão, *in verbis*:

Art. 176 - A representação judicial e a consultoria jurídica do Estado, ressalvados o disposto nos artigos 121 e 133, parágrafo único, são exercidas pelos Procuradores do Estado, membros da Procuradoria-Geral, instituirão essencial à Justiça, diretamente vinculada ao Governador, com funções, como órgão central do sistema de supervisão dos serviços jurídicos da administração direta e indireta no âmbito do Poder Executivo.

[...]

§ 3º - **A Procuradoria Geral oficiará obrigatoriamente no controle interno da legalidade dos atos do Poder Executivo** e exercerá a defesa dos interesses legítimos do Estado, incluídos os de natureza financeiro-orçamentária, sem prejuízo das atribuições do Ministério Público.⁷³ (grifo nosso)

No mesmo sentido, é o regramento constitucional do Estado do Rio Grande do Sul, *in verbis*:

Art. 114 - A Advocacia do Estado **é atividade inerente ao regime de legalidade** na administração pública e será organizada, mediante lei complementar, em regime jurídico especial, sob a forma de sistema, tendo como órgão central a Procuradoria-Geral do Estado, vinculada diretamente ao Governador do Estado e integrante de seu Gabinete.

Art. 115 - Competem à Procuradoria-Geral do Estado a representação judicial e a consultoria jurídica do Estado, além de outras atribuições que lhe forem cometidas por lei, especialmente:

⁷² SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle de legalidade da administração: interesse público. **Revista Bimestral de Direito Público**, Porto Alegre, a. 6, n. 28, p. 48, nov./dez. 2004.

⁷³ RIO DE JANEIRO (Estado). Constituição do estado do Rio de Janeiro. Emenda Constitucional n.º 12, de 17 de agosto de 1991. Dá nova redação ao art. 176 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em : <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>>. Acesso em: 02 fev. 2007.

- I - propor orientação jurídico-normativa para a administração pública, direta e indireta;
 - II - pronunciar-se sobre a legalidade dos atos da administração estadual;**
- [...] ⁷⁴(grifo nosso)

Neste passo, há que se lembrar que a atuação do braço consultivo da Advocacia-Geral da União, ao exercer controle prévio de legalidade, se dispõe como instrumento da preservação do patrimônio público, constituindo missão sobremaneira imprescindível, eis que após a dilapidação do patrimônio da coletividade, a sua recuperação se torna quase que impossível em sua completude.

Assim, a Advocacia-Geral da União se destaca no cenário nacional em face de outros órgãos. Veja-se que o Ministério Público, normalmente, só atua quando é realizada uma denúncia, quando a imprensa noticia fatos, agindo quando a dilapidação do erário já ocorreu. Da mesma forma que o Ministério Público, a AGU, através do seu braço postulatório, também pode fazê-lo, eis que, como já se afirmou, é instituição vocacionada a preservação do patrimônio do Estado. Contudo, através do braço consultivo da AGU é possível a este órgão evitar sobremaneira que o patrimônio da sociedade seja posto em risco. A diferença primordial com outras instituições do Estado é que a Advocacia-Geral da União possui órgãos que atuam dentro da malha administrativa e que diuturnamente tomam conhecimento das atividades que estão sendo desenvolvidas pela Administração, ao contrário das demais instituições, que só enxergam o que lhes é denunciado, eis que não têm o privilégio de atuar todos os dias nos mais diferentes processos em que a Administração Pública realiza suas atividades.

Cita-se como exemplo do controle de legalidade, preservando-se o patrimônio público, um parecer da lavra do autor desta monografia, num caso em que o Ministério do Planejamento determinou ao Ministério das Comunicações a alocação de ex-empregados públicos, anistiados do antigo Sistema Telebrás, em cargos públicos desta última pasta governamental, sob o argumento de que o Ministério das Comunicações teria absorvido as funções exercidas pela Telebrás.

74

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Constituição do estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/frameset.asp?txtURL=Prop/Legislacao/constituicao.htm>>. Acesso em: 03 fev 2007.

Restou evidenciado no PARECER/MC/CONJUR/BMF/Nº 1437/2006 que, em primeiro lugar, as atribuições das empresas que compunham o sistema Telebrás não foram absorvidas pelo Ministério das Comunicações, haja vista que foram privatizadas, logo aquelas atividades que estavam a cargo de empresas públicas, passaram a ser exercidas pela iniciativa privada, via contrato de concessão de serviço público. De outro modo, ainda que tal tivesse ocorrido, ou seja, que o Ministério das Comunicações tivesse absorvido as atividades das empresas que compunham o sistema Telebrás, não poderiam ex-empregados públicos, portanto regidos pela CLT, sob o fundamento de terem sido anistiados, serem empossados em cargos públicos de provimento efetivo, sem o devido concurso público.

Não tivesse havido a intervenção de órgão da Advocacia-Geral da União, no caso, certamente haveria dano ao erário público por uma má orientação exarada por setores administrativos do Ministério do Planejamento.

Esse é só um singelo exemplo da imperiosa necessidade da existência de órgãos que façam o controle de legalidade, para que seja preservada a ordem jurídica, bem como para que o erário público não sofra danos, que muitas vezes podem ser irreversíveis.

Desta feita, à atividade consultiva da Advocacia-Geral da União cumpre a responsabilidade pelo controle prévio de legalidade dos atos exarados ou a serem proferidos pela Administração Pública, dirimindo os conflitos na sua gênese, promovendo-se a paz social e contribuindo sobremaneira para a redução das demandas judiciais.

Outrossim, o exercício das atribuições da Advocacia-Geral da União constitui fator preponderante no combate à corrupção, uma vez que, como já se afirmou, os órgãos desta instituição atuam na gênese do atuar administrativo. Por óbvio, sua atuação não vai aniquilar a corrupção, contudo, ajuda de forma visceral no seu combate.

O Presidente da Associação Nacional dos Advogados da União, José Wanderley Kozima, em entrevista concedida ao Jornal Folha de São Paulo, ressaltou que:

A AGU é, sem dúvida, a instituição constitucional que mais pode contribuir para a sensível redução dos níveis de corrupção no país.

HÁ DIAS das eleições, acirram-se os discursos, e os estrategistas ajustam os ponteiros das campanhas. Nesse contexto, no último dia 14, o candidato a presidente pela coligação PSDB/PFL lançou, em Juiz de Fora, um "pacote anticorrupção", no bojo do qual se destaca a louvável proposta de dotar a AGU (Advocacia-Geral da União) de um setor encarregado de recuperar o dinheiro desviado com corrupção.

No início do ano, o líder do PFL na Câmara, em meio à surpreendente amplitude do escândalo do mensalão, anunciara a pretensão do partido de ampliar os poderes da AGU como resposta eficaz à corrupção.

No âmbito do governo atual, embora não se saiba de proposta específica de fortalecimento da AGU -nem, ao menos, no sentido de dotá-la de melhor

estrutura-, foi afirmado que a advocacia pública federal seria prioridade, âmbito no qual se inclui destacadamente a AGU, integrada pela Procuradoria-Geral da União, Consultoria-Geral da União e Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, e tendo por órgão vinculado a Procuradoria-Geral Federal, responsável pela representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações federais.

Talvez não saiba o candidato da oposição, mas o setor já existe, embora lhe falte realmente estruturação adequada para que alcance o máximo de eficiência, o que se condiciona, em parte, à legislação processual do país.

[...]

Dessa forma, é bom ver a AGU em pauta novamente, pois é, sem dúvida, a instituição constitucional que, preventiva e repressivamente, mais pode contribuir para a sensível redução dos níveis de corrupção no país, pois não apenas exerce a representação judicial e extrajudicial da União mas também realiza o controle da juridicidade dos atos da administração. Não se conhece, contudo, uma instituição que venha enfrentando tantos obstáculos ao desempenho eficaz e pleno de suas funções constitucionais a bem do Estado e da sociedade.⁷⁵

Ato contínuo, o bom desenvolvimento da atividade de controle de legalidade por parte da Advocacia-Geral da União contribuirá de forma sensível para a diminuição da corrupção na Administração Pública Federal, contudo, para que esse mister seja realizado a contento, será necessária uma reformulação da legislação infraconstitucional que versa sobre essa Procuratura constitucional, haja vista que, atualmente, a AGU encontra-se desestruturada, conforme se verá no capítulo posterior.

⁷⁵ KOZIMA, José Wanderley. A AGU na pauta contra a corrupção. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 26 set. 2006. Disponível em: <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=304968>>. Acesso em: 02 dez. 2006.

CAPÍTULO 3 VICISSITUDES DO CONSULTIVO JURÍDICO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

3.1 Subordinação de Órgãos de Execução da AGU a outros plexos da Administração Pública Federal

Como dito alhures, a Advocacia-Geral da União veio disciplinada no Título IV, Capítulo IV, Seção II, da Constituição Federal, tópico destinado ao tratamento das funções do Estado. O Constituinte, perspicaz e consciente da necessidade de romper com a tradicional divisão das funções estatais, declarou a existência de uma quarta função, que se destina a bem cumprir o princípio democrático e o princípio republicano, cunhada de Funções Essenciais à Justiça. Inserta dentro dessa quarta função de Estado está a Advocacia-Geral da União.

As funções relacionadas à face consultiva da Advocacia-Geral da União, conforme estudado em linhas volvidas, são de facetas extremamente variadas e complexas, sendo certo que dois são os grandes misteres que devem por ela ser desenvolvidos, sem prejuízos de outros, a saber: a defesa do patrimônio público e o controle da observância dos princípios constitucionais que regem a Administração pública, principalmente o da legalidade.

Pois bem. Em que pese a Constituição Federal ter conferido todas as atribuições que eram exercidas pela antiga Advocacia Consultiva da União à novel instituição democrática e republicana denominada Advocacia-Geral da União, em que pese ter pretendido, com a criação da AGU, dar um corpo orgânico e sistêmico para o exercício dos imprescindíveis misteres delineados até então e ter ampliado suas missões, juntando num só órgão a representação judicial e extrajudicial da União e o consultivo jurídico do Poder Executivo, apesar de ser esse órgão incumbido de ser parceiro na formulação das políticas públicas e ao mesmo tempo zelar pelo controle de legalidade dos atos da Administração, bem como dos demais princípios que regem o atuar do Estado, a legislação infraconstitucional, precipuamente a Lei Complementar n.º 73/93, sob o pálio de uma visão ainda patrimonialista, que insiste em persistir no Brasil, maquiou o pretendido pela Constituição da República e aleijou a Advocacia-Geral da União principalmente no que toca ao seu viés de consultivo jurídico, perpetrando uma série de iniquidades legislativas, que fazem com que o consultivo jurídico não desempenhe a contento sua missão constitucional, abrindo-se espaço para atuações administrativas desconformes com a ordem legal e constitucional e pondo-se em sérios riscos o erário público.

O que se evidencia da estruturação da Advocacia-Geral da União pela LC n.º 73/93, no que tange a sua face consultiva, não tem nada de orgânico, sistêmico e institucional, ao revés, o órgão encontra-se flagrantemente desestruturado, deficiente, manco, o que o impede de exercer fielmente aquilo que lhe foi reservado pela Constituição da República. A verdade é que, a par de ter-se criado uma instituição juntamente com as outras que compõem as Funções Essências à Justiça, visando dar cumprimento ao ideal republicano e democrático, já alardeado no início da Constituição, em seu artigo primeiro, fingiu-se, em nível infraconstitucional, criar um órgão destinado ao controle prévio do atuar administrativo, mantendo-se quase a mesma estrutura existente antes da criação da AGU, o que obscurece seu atuar e empalidece o Estado, fato este que inequivocamente reflete sobre a sociedade.

O primeiro assunto a ser estudado diz respeito à subordinação administrativa de órgãos de execução da Advocacia-Geral a outros plexos da Administração Pública Federal. As demais serão estudadas em outros tópicos desta monografia.

De acordo com a Lei Complementar n.º 73/93, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios são órgãos de execução da Advocacia-Geral da União (art.2º, II, “b”, da Lei Complementar n.º 73/93), contudo, a mesma lei reza que estes órgãos estão subordinados administrativamente aos Ministros de Estado das pastas junto as quais atuam (art.11 da LC n.º 73/93).

Num primeiro momento, em face da criação da AGU, podia se interpretar no sentido de que houve um equívoco do legislador na utilização da expressão “subordinação administrativa”, chegando-se à conclusão de que a lei disse mais do que pretendia. Uma interpretação restritiva do texto legal conduziria à constatação de que o que se pretendia não era uma subordinação administrativa propriamente dita, mas sim um apoio logístico, haja vista que se tratava de uma instituição que acabava de surgir no âmbito do Estado. Destarte, aproveitar-se-iam os espaços físicos das antigas Consultorias Jurídicas que pertenciam aos Ministérios e eles seriam agora utilizados por elas só que como órgãos da Advocacia-Geral da União e não mais das respectivas pastas do Poder Executivo. No mesmo diapasão, a disponibilização de computadores, material de expediente entre outros. Ou seja, até que a AGU se estruturasse, as Consultorias Jurídicas teriam todo um aparato operacional fornecido pelos Ministérios em que atuassem.

No entanto, o objetivo de subordinar administrativamente as Consultorias Jurídicas aos Ministros de Estado não foi o acima delineado. A Lei Complementar n.º 73/93, em realidade, teve por escopo maquiar os órgãos de consultoria jurídica junto aos Ministérios como se fossem da AGU, mas em realidade continuariam sob o jugo das respectivas pastas de

governo em que prestam o consultivo jurídico. E essa conclusão se extrai analisando de forma mais acurada outros dispositivos da Lei Complementar n. 73/93, que elucidam a pretensão de vincular as Consultorias Jurídicas aos Ministérios, tal qual era antes de 1988, retirando ou diminuindo sobremaneira a sua independência de atuação.

O art. 23 da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União dispõe que os membros desta instituição serão lotados e distribuídos pelo chefe da AGU, ou seja, o Advogado-Geral da União. No entanto, o parágrafo único do mesmo dispositivo legal assevera que a lotação de Assistente Jurídico (cargo extinto. Hoje todos são Advogados da União) nos Ministérios, na Secretaria-Geral e nas demais Secretarias da Presidência da República, bem como no Estado-Maior das Forças Armadas é proposta por seus titulares, ou seja, pelo chefe de cada pasta governamental.

Mas não parou por aí. A mesma Lei Complementar, por seu artigo 48, reza que os cargos da Advocacia-Geral da União integram quadro próprio, mas nas Consultorias Jurídicas, os chefes dessas unidades, denominados de Consultores Jurídicos ocupam cargo comissionado DAS 101.5, que pertencem aos Ministérios e não a AGU. E mais, a indicação do Consultor Jurídico, dentre pessoas que não precisam ser da AGU (art. 58 da LC n.º 73/93), é feita pelos Ministros e chefes de outros plexos da Administração e com nomeação pelo Presidente da República, *in verbis*:

Art. 49. São nomeados pelo Presidente da República:

[...]

II - mediante indicação do Ministro de Estado, do Secretário-Geral ou titular de Secretaria da Presidência da República, ou do Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, **os titulares dos cargos em comissão de Consultor Jurídico**; (grifo nosso)

Essa análise em conjunto dos dispositivos da Lei Complementar n.º 73/93 faz perceber que o consultivo jurídico da União só mudou na Constituição da República, porque, em realidade, manteve-se quase a mesma estrutura existente antes da Constituição de 1988, estrutura esta demonstrada no tópico referente ao histórico das funções exercida pela Advocacia-Geral da União.

Pois bem. Poderia a Lei Complementar ter subordinado administrativamente órgãos da AGU a outros plexos da Administração?

Entende-se que não. Primeiro, porque consoante raciocínio que já se expôs nesta monografia, a AGU não pertence ao Poder Executivo. Mas mesmo que integrasse este Poder, constitui-se, segundo a Constituição da República, em órgão autônomo, orgânico e sistêmico,

que tem entre as suas funções o mister de exercer um controle prévio de legalidade do atuar administrativo. A Constituição disse claramente que a consultoria e o assessoramento jurídicos do Poder Executivo serão realizados pela Advocacia-Geral da União, logo, por consequência lógica, não pode um órgão da AGU, que tem a missão de exercer o controle de legalidade, estar subordinado a outro plexo da Administração Federal.

Reza o art. 131 da Constituição Federal:

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

Como dito alhures, a Constituição da República deu um caráter institucional às funções até 1988 espalhadas em diversos órgãos do Estado. A representação judicial era do Ministério Público Federal, a consultoria jurídica da Consultoria-Geral da República como órgão central do sistema, das antigas Consultorias Jurídicas dos Ministérios e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgãos pertencentes à estrutura de cada um dos plexos superiores do Poder Executivo.

Note-se que o art. 131 reza que a AGU é uma “instituição”, expressão esta designativa, parafraseando De Plácido e Silva, de um órgão representativo da soberania nacional⁷⁶. Ato contínuo, o caráter institucional, que é relativo à instituição, exprime o sentido, conforme palavras do retrocitado doutrinador, “[...] de fundamental, orgânico, vital, necessário, indispensável.”⁷⁷

Das supracitadas características, acrescente-se mais uma que está implícita nas já delineadas, qual seja, a perenidade.

Destarte, a Constituição não autorizou a dispersão dos órgãos da AGU, ao revés, pretendeu, ao contrário do que ocorria antes de 1988, que as funções de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo estivessem concentradas em um único órgão, exatamente para que houvesse a sistematização, racionalização, uniformidade e independência da atuação jurídica preventiva do Estado brasileiro.

Rommel Madeiro de Macedo Carneiro, a respeito do assunto, aduz:

Ainda no que tange à organização da Advocacia-Geral da União, deve-se ressaltar que não se mostra adequado, à luz da natureza **institucional** que ela

⁷⁶ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. vol. 2. p. 486.

⁷⁷ *Ibidem*.

possui, prever-se que as Consultorias Jurídicas e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional serão administrativamente subordinadas a Ministros de Estado ou a outras autoridades. Se o modelo adotado pela Constituição de 1988 para a Advocacia-Geral da União visa justamente a conferir unidade orgânica ao exercício de suas competências - o que se revela claro na medida em que todos os órgãos que as executam pertencem a uma única instituição - não se mostra condizente com a Carta Magna essa dupla subordinação: jurídica à Advocacia-Geral da União e administrativa aos Ministros de Estado ou outras autoridades afins. Isto destoa, ademais, da própria função de advocacia do Estado desempenhada pela Advocacia-Geral da União [...]⁷⁸

Destarte, em vista do tratamento constitucional conferido à Advocacia-Geral da União, que não a subordinou a qualquer órgão da estrutura do Estado, e dado o seu sentido orgânico, de unicidade, pretendido pelo Poder Constituinte Originário, é que se mostra flagrantemente inconstitucional a subordinação de órgãos da AGU a qualquer outro do Estado.

A Lei Orgânica da AGU só demonstra um ranço patrimonialista, onde os detentores dos cargos mais elevados do Poder não querem de modo algum sofrer fiscalização. Aliás, quando se fala em plena autonomia (financeiro-orçamentária, administrativa) desta instituição, com a inserção de prerrogativas a seus membros, muitos se arvoram em dizer que não se pretende criar um “Ministério Público” que atue dentro da Administração.

No Estado patrimonialista, como se sabe, abre-se espaço para as arbitrariedades decorrentes da vontade puramente pessoal do governante. Estes não compreendem a distinção entre os âmbitos do público e do privado, havendo predomínio da vontade particular dos detentores das posições públicas. E nesse contexto, por óbvio, busca-se neutralizar as forças que atuem de modo a preservar o princípio republicano.

Não se estar aqui a falar que o Estado brasileiro é patrimonialista, muito pelo contrário, a Constituição, como reiteradas vezes repetiu-se neste trabalho, está calcada nos princípios democrático e republicano, contudo, é verdade que o ranço vindo de épocas não tão distantes ainda tenta prevalecer no seio da Administração, principalmente nos seus escalões mais altos. As iniquidades são perpetradas, normalmente, na esfera da legislação infraconstitucional.

Exatamente pelo fato de não ser o Estado brasileiro, segundo a Constituição, patrimonialista, mas republicano, é que restou inaugurada na nova ordem constitucional a Advocacia-Geral da União, instituição vocacionada à defesa do patrimônio público e a fiel observância da legalidade.

⁷⁸ CARNEIRO, op. cit., p. 47-48.

É de se observar, contudo, que o consultivo jurídico do Poder Executivo aos poucos vem se modificando. A Advocacia-Geral da União, a passos lentos é certo, mas importantes, mesmo na legislação infraconstitucional, vem retomando a sua unicidade, dando-se vazão ao preceito constitucional, com a criação dos Núcleos de Assessoramento Jurídico (NAJs) pela Medida Provisória n. 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, que acrescentou o art. 8º-F à Lei n.º 9.028/95. Estes órgãos são “integralmente da AGU” com atuação em todos os Estados da Federação. Só no Distrito Federal é que o consultivo jurídico ainda deixa de observar a Constituição em virtude do art. 11 da Lei Complementar n.º 73/93. No que tange aos NAJs, reza o art.8º-F da Lei n.º 9.028/95:

Art. 8º-F. O Advogado-Geral da União poderá instalar Núcleos de Assessoramento Jurídico nas Capitais dos Estados e, quando o interesse do serviço recomendar, em outras cidades.

§ 1º Incumbirão aos Núcleos atividades de assessoramento jurídico aos órgãos e autoridades da Administração Federal Direta localizados fora do Distrito Federal, quanto às matérias de competência legal ou regulamentar dos órgãos e autoridades assessorados, sem prejuízo das competências das Consultorias Jurídicas dos respectivos Ministérios.

§ 2º As matérias específicas do Ministério ao qual pertença o órgão ou a autoridade assessorados, que requeiram a manifestação da Consultoria Jurídica, serão a esta encaminhadas pelo Coordenador do Núcleo de Assessoramento Jurídico.

[...]

§ 5º Os Núcleos de Assessoramento Jurídico integram a Consultoria-Geral da União.

Nesse viés, a Advocacia-Geral da União, aos poucos, vai trilhando o caminho delineado pela Constituição, dando-se organicidade, racionalização às suas atividades e atuando com a independência outorgada pela Lei Fundamental, haja vista que nestes órgãos, os NAJs, por não estarem subordinados administrativamente a outros órgãos do Estado, a ingerência do administrador sobre o atuar do Advogado do Estado é quase nula.

3.2 Mordaza imposta aos membros da Advocacia-Geral da União

A Lei Complementar n. 73/93, Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, estipula em seu art. 28, III, que é proibido aos membros efetivos da instituição manifestarem-se, por qualquer meio de divulgação, sobre assunto pertinente às suas funções, salvo ordem, ou autorização expressa do Advogado-Geral da União.

Essa vedação parece ter sido dirigida principalmente à atividade consultiva da Advocacia-Geral da União, onde se exerce a fiscalização dos atos praticados pelos

governantes. É no consultivo, como se viu, que há o controle de legalidade dos atos proferidos pelos administradores.

A relativa independência da AGU alimenta o ódio e faz certos governantes sentirem calafrios, por isso a cada legislação que podem tentar e muitas vezes conseguem diminuir os poderes que a Constituição conferiu à instituição.

Esse ódio e a tentativa de diminuição de poderes não se dirige somente à Advocacia Pública, mas aos advogados em geral. Muitos governantes temem o exercício da atividade de advocacia, por ser ela precursora da perseguição e proteção de interesses que muitas das vezes contrariam os interesses particulares deles.

José Afonso da Silva traz uma passagem em seu livro, que bem demonstra como os advogados normalmente são vistos pelos governantes:

A advocacia não é apenas uma profissão, é também um múnus e "uma árdua fadiga posta a serviço da justiça". O advogado, servidor ou auxiliar da Justiça, é um dos elementos da administração democrática da Justiça. **Por isso, sempre mereceu o ódio e a ameaça dos poderosos. Frederico, o Grande, que chamava os advogados de "sanguessugas e venenosos répteis", prometia "enforcar sem piedade nem contemplação de qualquer espécie" aquele que viesse pedir graça ou indulto para um soldado, enquanto Napoleão ameaçava "cortar a língua a todo advogado que a utilizasse contra o governo".** Bem sabem os ditadores reais ou potenciais que os advogados, como disse Calamandrei, são "as supersensíveis antenas da justiça". E esta está sempre do lado contrário de onde se situa o autoritarismo.⁷⁹ (grifo nosso)

No caso dos Advogados Públicos, o temor e muitas vezes o ódio se multiplicam exponencialmente, haja vista que eles estão imbricados no seio da Administração, são conhecedores das virtudes e das mazelas que ocorrem nos bastidores do Poder, haja vista que dificilmente um processo, em algum momento, deixa de passar em suas mãos.

Assim é que a atividade do Advogado do Estado tem merecido ataques de diversos setores do próprio Estado, não podendo muitas vezes atuar conforme determina a Constituição da República.

Destarte, como o Advogado do Estado conhece os bastidores da atividade da Administração, tomando muitas vezes ciência de diversas irregularidades que ocorrem, nada mais conveniente do que calá-lo. E foi isso o que ocorreu com a norma do art. 28, III, da Lei Complementar n.º 73/93.

⁷⁹ SILVA, op.cit., p.583.

Certamente, é por esse motivo que a sociedade não tem a menor noção do papel institucional e a importância da Advocacia-Geral da União. Muitos pensam que os Advogados da União são Advogados do Presidente.

Na medida em que os membros da AGU estão proibidos de se manifestarem, como pode o povo ter conhecimento das atividades desenvolvidas por este órgão constitucional? Note-se que, de acordo com a norma supracitada, a regra é a não manifestação do Advogado da União, sendo retirada a mordaza apenas se houver ordem ou autorização do Advogado-Geral, que por força do art. 131 da Constituição, é de livre nomeação do Presidente da República.

No entanto, o presente tópico tem por matiz evidenciar que a referida mordaza está em dissonância com o ordenamento jurídico brasileiro.

Como se sabe, a independência é prerrogativa inerente ao profissional da Advocacia, seja ela pública ou privada, é traço implícito à atividade ora em estudo, de modo que, mesmo que não estivesse estipulada em lugar algum, estaria a independência presente por se tratar de característica inderrogável ao exercício do referido múnus público. Advogado sem independência não é advogado.

Não foi por acaso que a advocacia veio disciplinada na Constituição da República, seja o seu braço público, seja o seu braço liberal e mais, foi galgada à condição de função essencial à justiça.

No mais, a Advocacia Pública representa um plus em relação à advocacia liberal, conforme leciona José Afonso da Silva:

A advocacia é uma profissão, mas não é apenas uma profissão, é também um múnus e "uma árdua fadiga posta a serviço da justiça", como disse Couture. É, especialmente, um dos elementos da administração democrática da Justiça. É a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário.

2. Pois bem, a Advocacia Pública é tudo isso e mais alguma coisa, porque, na medida mesma que se ampliam as atividades estatais, mais ela se torna um elemento essencial ao funcionamento do Estado Democrático de Direito. Toda atividade do Estado se desenvolve nos quadros do direito. Assim é mesmo "quando os preceitos positivos não vinculam a Administração e essa exercita faculdades discricionárias, tende a atuação do justo, suprema e constante aspiração desse organismo essencialmente jurídico que é o Estado". Pois, o "arbítrio é inconcebível na atividade do Estado, regida sempre por um escopo ético e por valorização de interesse público". Esse sentido ético-jurídico da atividade estatal requer avaliação especializada que pondere e controle o seu exercício, ao mesmo tempo em que defende a posição jurídica do Estado em face dos particulares. Despontam, aí, como lembra Tomas Pará Filho, "o exercício dos chamados direitos subjetivos da Administração". Então, pode-se dizer, conclui ele, "anotando o relevo do

problema, que os Procuradores estão para os interesses, direitos e obrigações do Estado assim como para a defesa dos interesses e direitos dos particulares estão os advogados em geral. Uns e outros, aliás, têm dignidade profissional própria, expressa por normas de ética profissional. Exercem, efetivamente, os advogados do Estado, ministério próprio e peculiar, indispensável serviço público, que, dada a proeminência da atividade estatal, se constitui em elemento indispensável à administração da Justiça... Ligados ao Estado, por vínculos jurídico-funcional, por isso mesmo, os seus deveres ainda se acrescem, avultadamente, em virtude da disciplina específica estabelecida na legislação administrativa".⁸⁰

Destarte, na Advocacia Pública a característica da independência deve estar mais acentuada, haja vista que o Advogado Público deve exercer controle de legalidade sobre a atuação dos Administradores e realizar sempre a defesa dos interesses primários do Estado. O Advogado da União não representa o Estado, mas é o próprio quando de sua atuação, ou seja, ele apresenta a União, fala como sendo o Estado.

Nas palavras de Marcelo Rogério Barragat:

Vamos brevemente esclarecer que os procuradores de Estado não representam o Estado; eles apresentam o Estado, nos dizeres de Pontes de Miranda,²² citado por Athus Gusmão Carneiro²³ e pelo em. Ministro Humberto Gomes de Barros:²⁴ denominados advogados (ou procuradores) de Estado não são, em rigor, advogados (nem procuradores). Com efeito, eles não atuam em lugar do Estado, mas como um de seus órgãos. Assim como o juiz é o órgão pelo qual o Estado executa sua função jurisdicional, o procurador é o órgão de que o Estado se vale, para defender-se e atacar, em juízo. Nunca é demais lembrar a precisa e preciosa observação de Pontes de Miranda: o procurador não representa; ele apresenta o Estado.⁸¹

Sobre o controle de legalidade imperioso se faz trazer a lume as palavras de Mário Bernardo Sesta:

Os Advogados do Estado são agentes públicos que recebem institucionalmente o mandato que os habilita à tutela judicial do interesse público, enquanto interesse do Estado. Essa especial circunstância de que os **Advogados do Estado são investidos nos seus poderes, não por ato administrativo, mesmo sujeito a normas objetivas de provimento, não por investidura eventual, não por comissionamento, mas, como se disse, necessariamente em nível institucional, decorre da natureza peculiar do interesse que se lhes incumbe patrocinar e significa o atendimento de**

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. A advocacia pública e estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 281-289, out./dez. 2002.

⁸¹ BARRAT, Marcelo Rogério. Agentes políticos e as procuraturas constitucionais. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n.º 5, p. 537 et seq., maio 2006.

um novo patamar de exigências, revelador de um estágio mais avançado da juridização do Estado.

A presença do Advogado do Estado visa atender essa circunstância e corresponde, melhormente do que à idéia de um simples assessoramento, à idéia, dentro da mais avançada análise da estrutura estatal, de uma verdadeira linha de controle da legalidade administrativa.⁸² (grifo nosso)

No que tange à natureza do interesse defendido, ou seja, o interesse público primário do Estado, ainda segundo o supracitado doutrinador:

O trato do interesse público e, mais especificamente o trato jurídico desse interesse, apresenta, como decorrência fundamental do fato de ser ele, por natureza, um interesse administrado, a característica de que, entre o objetivo final do agente e sua vontade (do agente), está, **não o seu interesse (do agente ou administrador), mas o interesse abstrato da coletividade, tutelado pelas diretrizes que dimanam da Constituição e das leis.**⁸³ (negrito nosso)

Deste modo, sendo o Advogado da União um patrulheiro do interesse público primário, que é indisponível, e falando como sendo o Estado, não se pode reduzir o seu poder de zelador da legalidade, impondo-lhe uma injustificada restrição na sua liberdade de expressão, que é corolário da sua independência.

Corroborando este entendimento a disciplina delineada pela Lei n.º 8.906/94, Estatuto da Advocacia, que é posterior a Lei Complementar n.º 73/93.

A Lei n. 8.906/94, que também se aplica aos Advogados Públicos (veja-se art. 3º, §1º), asseverou, no art. 7º, I, que é direito do advogado exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional.

A preocupação do legislador, por intermédio da Lei n. 8.906/94, em garantir o pleno exercício da advocacia foi de tal monta, que a par de já ter consagrado a independência desse profissional no art. 7º, rezou no Capítulo V, que trata da Ética desta profissão, art. 31, §1º e 2º, que o advogado deve manter sua independência em qualquer circunstância e que nenhum receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade, deve detê-lo no exercício da profissão.

Mas a declaração da referida independência não parou por aí. Como se disse, não precisava estar escrito em lugar algum que o advogado, seja em qual condição estiver, mantém sua independência, mas o legislador entendeu de bom alvitre consigná-la de forma expressa. Assim é que no art. 18 do Estatuto da Advocacia restou mais uma vez alardeada a

⁸² SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de estado: posição institucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 30, n. 117, p. 195-196, jan./mar. 1993.

⁸³ *Ibidem*, p. 191.

independência desse profissional, mesmo que ele esteja na qualidade de empregado. Diz o referido dispositivo legal, que “A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia.”

Logo, a restrição imposta aos membros da AGU de se manifestarem, por qualquer meio de divulgação, sobre assunto pertinente às suas funções, mostra-se inconstitucional na medida em afronta a independência inerente à sua condição de Advogado de Estado, que como se disse, está atualmente constitucionalizada.

A mordaza é totalmente incompatível com a independência que deve reger a atuação do Advogado Público. Esta liberdade de expressão inerente à advocacia é tão realçada, que o texto constitucional garante, nos termos da lei, inviolabilidade ao advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

De outro modo, conforme já estudado, o Estado brasileiro tem entre seus princípios fundamentais a república e a democracia. O princípio republicano impõe uma concepção igualitária de bem público, cujo titular e destinatário é o povo, pressupõe uma rigorosa distinção entre o patrimônio público e o patrimônio privado dos governantes, distinção esta que deve nortear a atuação de todos os agentes estatais, sobretudo quando traduzida em atos de gestão da coisa pública, impondo-lhes os deveres inarredáveis de impessoalidade e de prestação de contas, bem como determina a responsabilização político-jurídica de todos os agentes públicos, sem exceção, pela prática de atos lesivos ao bem público.

Já a Democracia visa a institucionalização das liberdades, proteger direitos humanos fundamentais como a liberdade de expressão, a oportunidade de organizar e participar plenamente na vida política, econômica e cultural da sociedade. Os cidadãos, na democracia, têm o dever de participar no sistema político que, por seu lado, protege os seus direitos e as suas liberdades.

Destarte, tendo em vista as imposições decorrentes dos princípios da democracia e da república, certo é que o povo tem direito à informação, que é um postulado essencial da democracia.

Assim, quando se vê a magnitude dos misteres conferidos à Advocacia-Geral da União, já estudados em momento anteriores, vislumbra-se ser incompatível com o regime a ela outorgado pela Constituição, em face do princípio republicano e democrático, a restrição de suas manifestações, seja em que veículo for. Isso porque se impede o acesso do povo à informação.

O dever de prestar contas impõe inexoravelmente a esmerada informação ao público. As autoridades públicas têm a obrigação de explicar as suas atitudes aos cidadãos. Para isso, a

Constituição criou diversos mecanismos de responsabilização desses agentes, mecanismos estes de cunho político, legal e administrativo, que visam impedir a atuação deletéria da corrupção e garantir autoridades responsáveis.

O direito de informação contém o direito de informar, o de se informar e o de ser informado.

A Constituição da República, em diversas passagens, tutela o direito à informação, a exemplo do inciso XIV, do art. 5º, que reza no sentido de que é assegurado a todos o acesso à informação, sendo resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional, bem como a complementação do inciso XXXIII do mesmo dispositivo da Constituição, que assegura a todos o direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. O inciso XXXIV, do art. 5º, diz que "são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal". O art. 220 da Constituição reza que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, entre diversos outros, como habeas data e etc.

Pois bem. Num Estado democrático e republicano o povo tem direito a ser informado sobre a condução da coisa pública, na medida em que os bens do Estado não pertencem ao governante, mas sim ao povo.

Por isso, a Constituição conferiu a determinados órgãos o dever de fiscalização e de controle, e a informação ao público, no devido exercício desta função (fiscalização e controle) não é uma faculdade, mas sim um imperativo categórico, de maneira que sua restrição por lei é inconstitucional.

Edilsom Faria, Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília e Doutorando na mesma disciplina pela Universidade Federal de Santa Catarina, em artigo publicado na internet assevera:

A liberdade de expressão e informação compreende a faculdade de expressar livremente idéias, pensamentos e opiniões, **bem como o direito de comunicar e receber informações verdadeiras sobre fatos, sem impedimentos nem discriminações.**

[...]

[...] o *direito à informação* abrange a **faculdade de comunicar e receber livremente informações sobre fatos**, ou seja, sobre fatos que podem ser "considerados noticiáveis".⁸⁴ (grifo nosso)

É de todos sabido, que o necessário direito à informação, tão alardeado pela Constituição, muitas vezes em casos que sequer envolvem qualquer tipo de irregularidade por parte da Administração, muitas vezes não é respeitado. Imagine-se quando envolve atitude ímproba, ilegal, corrupta.

A esse respeito, calha trazer a baila as palavras de Sandra Pires Barbosa, em artigo publicado na internet:

Inobstante as idéias abarcadas pela recente reforma administrativa - de eficiência, transparência e maior participação social no controle da coisa pública – a Administração Pública continua extremamente burocrática, fechada ao cidadão e injustificadamente sigilosa. Portanto, na prática, apesar das garantias constitucionais no tocante ao direito de informação, a realidade é outra, findando por tolher o exercício do aludido direito.

É desmesurada a desconfiança com que a Administração trata o cidadão e os empecilhos que coloca à obtenção de informação e certidões pelos administrados. Tanto é assim que, corriqueiramente, estes perdem um tempo enorme aguardando por informações solicitadas a determinado órgão. Isso ocorre algumas vezes por pura desorganização da Administração, e outras por entrave proposital, motivado geralmente por questões políticas.


[...]


Além disso, com a falta de transparência que domina a atuação intervencionista do Estado, fica-se sem base para a obtenção de qualquer tipo de informação. A politicagem, o favorecimento, por sua vez, completam o quadro, inviabilizando o exercício do direito de informação e, em última instância, o controle da atuação estatal [...]⁸⁵

Deste modo, não se pode imaginar que os órgãos de controle tais como o Ministério Público, a Defensoria Pública, Tribunal de Contas e a Advocacia de Estado, entre outros, sejam amordaçados, eis que são instituições que têm como um de seus misteres realizar a ponte entre o Estado e a sociedade. A imperar uma restrição na liberdade de informar desses órgãos, estar-se-á a institucionalizar um falso Estado democrático e republicano.

Ademais, Sandra Pires Barbosa assevera que:

É indiscutível que, para exercer qualquer controle sobre o governo, os cidadãos precisam ter acesso à informação. Noutras palavras, isso significa que os administrados tanto devem receber da mídia todo tipo de informação

⁸⁴ FARIAS, Edilsom. Democracia, censura e liberdade de expressão e informação na Constituição Federal de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2195>>. Acesso em:  04 fev. 2007.

⁸⁵ BARBOSA, Sandra Pires. Direito à informação e controle social da atividade econômica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2078>>. Acesso em:  04 mar. 2007.

ou até mesmo buscá-la em qualquer outra fonte, como também devem os órgãos públicos disponibilizar ao cidadão as informações existentes e arquivadas em suas repartições. Indiscutível é apenas que, quanto mais bem informada a população, terá ela melhores condições de exercer controle sobre a atuação de seus administradores.⁸⁶

Por isso, reforçam-se as evidências de que os órgãos de controle não podem estar amordaçados, eis que eles representam os perspicazes olhos e vozes da sociedade na fiscalização do atuar dos governantes.

A quem interessa a mordação dos Advogados da União?

Só ao mau governante. Este tem interesse em esconder as mazelas por ele produzidas.

Por óbvio, a liberdade de expressão (entendida como liberdade de informar) da Advocacia Pública, assim como no Ministério Público, da Magistratura e da própria Advocacia Privada, precisa de uma regulamentação consentânea com as suas atividades e com o direito de informação do cidadão, contudo, o que não pode ocorrer é o vilipêndio a essa prerrogativa. A limitação deve ocorrer nos casos estritamente necessários, com vistas à preservação da honra e da imagem das pessoas, segurança de informações que devam permanecer em segredo e etc., contudo, jamais para encobrir irregularidades, malversação do dinheiro público, ou seja, jamais para encobrir iniquidades perpetradas contra o patrimônio público.

Quando há a prática de um ilícito, não há nenhum interesse da coletividade que esse fato seja considerado sigiloso, ao revés, o que a ordem jurídica impõe é a sua publicidade, apuração e punição, se for o caso.

Sandra Pires Barbosa, em seu supracitado artigo, aborda com precisão a questão, ao dizer:

Outra questão é a do sigilo. A informação só é preservada, só se mantém sigilosa se houver o risco de ocasionar conseqüências para a sociedade e para o Estado, ou seja, a ressalva do sigilo torna-se uma imposição quando há perigo de qualquer tipo de dano individual ou coletivo ou ao Estado, a exemplo do que ocorreria caso determinada informação, se divulgada, pudesse causar pânico à sociedade.

No mais, consagra-se o dever administrativo de manter plena transparência. "Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida". Sigilo,

⁸⁶ Ibidem.

portanto, só se admite quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.⁸⁷

Assim sendo, em vistas das considerações postas acima, verifica-se que a vedação disposta no art. 28, III, da Lei Complementar n. 73/93 não encontra arrimo no ordenamento jurídico brasileiro, precipuamente na Constituição da República.

3.3 Exercício das atribuições da face consultiva da Advocacia-Geral da União por pessoas estranhas aos seus quadros de membros efetivos

Dos graves problemas enfrentados pelo braço consultivo da Advocacia-Geral da União, a exemplo dos vistos em tópicos anteriores, o exercício de suas funções por pessoas que não integram o seu quadro de membros efetivos é o mais significativo.

Tem sido freqüente ao longo dos anos, que pessoas estranhas aos quadros de membros efetivos da AGU venham exercendo as funções que a Constituição Federal assegurou a este órgão constitucional.

Na Consultoria-Geral da União, em diversas Consultorias Jurídicas dos Ministérios, da Controladoria-Geral da União e na Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil (embora utilize denominação diferente, é o órgão que presta a consultoria e assessoramento ao Ministro daquela pasta governamental, portanto órgão de execução da AGU), diversos cargos em comissão estão sendo ocupados por pessoas estranhas aos quadros da carreira de Advogado da União, o que viola a privatividade do exercício das funções de consultoria e assessoramento jurídicos conferidas aos membros efetivos da AGU, por força do disposto no art. 131, §§ 1º, 2º e 3º, da Constituição da República.

O problema decorre precipuamente do que reza a Lei Complementar n.º 73/93, uma vez que esta cria diversos cargos em comissão, bem como, em certa medida, permite que as funções da face consultiva da Advocacia-Geral da União sejam exercidas por pessoas que não prestaram concurso público específico para as carreiras da AGU, como se verá a seguir.

Já no âmbito da Consultoria-Geral da União, Órgão de Direção Superior da Advocacia-Geral da União (art. 2º, I, “c”, da LC n.º 73/93), verifica-se que os cargos de cúpula deste órgão, nos termos da Lei Complementar n.º 73/93, podem ser preenchidos por pessoas que não integram os quadros efetivos de membros da instituição (art. 49, da LC n.º 73/93), *in verbis*:

⁸⁷ Ibidem.

Art. 49. São nomeados pelo Presidente da República:

I - mediante indicação do Advogado-Geral da União, os titulares dos cargos de natureza especial de Corregedor-Geral da Advocacia da União, de Procurador-Geral da União, **de Consultor-Geral da União**, de Secretário-Geral de Contencioso e de Secretário-Geral de Consultoria, como os titulares dos cargos em comissão de Corregedor-Auxiliar, de Procurador Regional, **de Consultor da União**, de Procurador-Chefe e de Diretor-Geral de Administração;

[...]

§ 1º São escolhidos dentre os membros efetivos da Advocacia-Geral da União o Corregedor-Geral, os Corregedores-Auxiliares, os Procuradores Regionais e os Procuradores-Chefes.

§ 2º O Presidente da República pode delegar ao Advogado-Geral da União competência para prover, nos termos da lei, os demais cargos, efetivos e em comissão, da instituição. (grifo nosso)

Pelo que se extrai do texto do art. 49 da Lei Complementar n.º 73/93, os cargos de Consultor-Geral da União, bem como os de Consultores da União podem ser exercidos por “alienígenas”, haja vista que o parágrafo primeiro do art. 49 reza no sentido de que somente o Corregedor-Geral, os Corregedores-Auxiliares, os Procuradores Regionais e os Procuradores-Chefes têm de ser escolhidos dentre os membros efetivos da instituição.

De outro turno, no âmbito das Consultorias Jurídicas dos Ministérios, Órgãos de Execução da AGU (art. 2º, II, “b”, da LC n.º 73/93), os Consultores Jurídicos, chefes das Consultorias Jurídicas, por força do que reza o art. 49, II, da referida Lei Complementar, são nomeados pelo Presidente da República, mediante indicação do Ministro de Estado de cada Ministério. Ou seja, os Ministros de cada pasta indicam quem serão os Consultores Jurídicos, cargo em comissão pertencente ao Ministério. No entanto, em que pese o cargo ser em comissão, indicado pelo Ministro da Pasta e nomeado pelo Presidente da República, não precisa ser membro efetivo da AGU. Qualquer bacharel em direito pode ocupar o cargo de Consultor Jurídico, desde que provada capacidade e experiência e reconhecida idoneidade (art. 58 da LC n.º 73/93). Perceba-se que o Advogado-Geral da União, segundo a lei, pode nem ficar sabendo que para um órgão da AGU (ar. 2º, II, “b”, da LC n.º 73/93) foi nomeado um determinado bacharel, para o exercício da chefia das Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios (não precisa ser Advogado, reza a lei que basta ser bacharel).

Há que se ressaltar, que tanto no caso do Consultor-Geral da União, quanto dos Consultores da União, bem como dos Consultores Jurídicos, a Lei Complementar n.º 73/93 os têm como membros da AGU, não são membros efetivos, mas são membros comissionados da instituição, *in verbis*:

Art. 2º - A Advocacia-Geral da União compreende:

[...]

§ 5º - São membros da Advocacia-Geral da União: o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, **o Consultor-Geral da União**, o Corregedor-Geral da Advocacia da União, os Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria, os Procuradores Regionais, **os Consultores da União**, os Corregedores-Auxiliares, os Procuradores-Chefes, **os Consultores Jurídicos**, os Procuradores Seccionais, os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Assistentes Jurídicos. (grifo nosso)

Mas a situação não para por aí. A total falta de organicidade e sistematização do braço consultivo da AGU, ao arrepio do que foi estipulado pela Constituição Federal, se dá também com o exercício das atividades de consultoria e assessoramento, que a Constituição incumbiu à Advocacia-Geral da União, por pessoas que sequer são consideradas membros da instituição pela Lei Complementar n.º 73/93.

Como visto no tópico anterior, as Consultorias Jurídicas, em que pese serem órgãos da AGU, estão subordinadas administrativamente aos Ministros de Estado junto aos quais atuam. Destarte, os Ministros ou o Secretário Executivo das pastas governamentais nomeiam pessoas que não pertencem à carreira de Advogado da União em diversos cargos em comissão, denominados de DAS (Direção e Assessoramento Superior), que vão de uma escala de 1 a 5, este último reservado ao Consultor Jurídico e em cargos denominados de Assistente (DAS 2), Coordenador (DAS 3) e Coordenador-Geral (DAS 4). Os referidos cargos pertencem aos Ministérios e não à AGU.

Há que se ressaltar que na grande maioria das vezes, por ocuparem os referidos cargos em comissão, essas pessoas são chefes dos Advogados da União, que prestaram concurso público. O Advogado da União, que prestou concurso público, tem por chefe pessoas que muitas vezes chegam a ter uma remuneração de até 6,5 vezes menor, e em nenhum caso têm remuneração maior ou igual, o que já demonstra que algo há de errado quanto ao exercício das atribuições da AGU por “alienígenas”.

Confirma o exposto até aqui, o ajuizamento pelo Ministério Público Federal da Ação Civil Pública n.º 2003.34.00.000662-3, perante a 1ª Vara Federal do Distrito Federal, em que os representantes do *parquet*, Aldenor Moreira de Sousa, Vinícius Fernando Alves Fermino e Marcus Lima, asseveram:

Conforme se pode constatar da RELAÇÃO EM ANEXO, os cargos de **PROCURADOR-GERAL DA UNIÃO, DE PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, SECRETÁRIO-GERAL DE CONSULTORIA, SECRETÁRIO-GERAL DE CONTENCIOSO, CONSULTORES DA UNIÃO e de CONSULTORES JURÍDICOS estão,**

com base no art. 55, art. 57 e art 58, da Lei Complementar nº 73/93, sendo providos por pessoas NÃO INTEGRANTES DA CARREIRA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, NOMEADAS PARA OCUPAREM CARGOS EXCLUSIVAMENTE COMISSIONADOS, E O QUE É PIOR: DE CHEFIA, CONSULTORIA E ASSESSORAMENTO DOS CARGOS QUE COMPÕEM A CÚPULA DA INSTITUIÇÃO, TENDO POR SUBORDINADOS OS ADVOGADOS DA UNIÃO CONCURSADOS (EFETIVOS), QUE, NA MAIORIA DAS VEZES, POR TEMOR À REPRESÁLIAS, TÊM CERCEADAS AS SUAS CONVICÇÕES JURÍDICAS EM PREJUÍZO DA DEFESA DA FAZENDA PÚBLICA.⁸⁸ (grifo do autor)

Posta esta situação, cabe perquirir: a Constituição da República permitiu essa situação? Ou seja, é possível o exercício das funções de consultoria e assessoramento jurídicos por pessoas que não sejam integrantes dos quadros de membros efetivos da AGU?

Segundo a Constituição da República a resposta é negativa.

Com o fim de fundamentar a resposta acima, imperioso se faz transcrever o art. 131 da Constituição da República, que trata da Advocacia-Geral da União, *in verbis*:

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

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

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

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

De acordo com o art. 131 da Constituição, o ingresso nas carreiras da Advocacia-Geral da União somente ocorrerá, por óbvio, nas suas classes iniciais, após a devida aprovação em concurso público de provas e títulos. A única exceção ventilada na Constituição diz respeito ao chefe da AGU, ou seja, o Advogado-Geral da União, que é de livre nomeação do Presidente da República e escolhido dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Pois bem. A luz do que reza o art. 131, resta claro que a Constituição da República não permitiu o preenchimento dos cargos da AGU por pessoas que não prestaram o devido

⁸⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal - 1. Região. 1ª Vara Civil Federal do Distrito Federal. **Petição inicial de Ação Civil Pública protocolada sob n.º 2003.34.00.000662-3**. Autor: Ministério Público Federal. Réu União Federal e outros.

concurso público para integrá-la. E assim determinou a Constituição em virtude dos nobres misteres incumbidos a essa Procuratura Constitucional, que conforme já visto, no âmbito consultivo, tem por função exercer o controle de legalidade dos atos da Administração, atividade esta que pressupõem independência de quem as exerce.

No entanto, argumentam alguns que a Constituição previu a possibilidade da existência de cargos comissionados, em seu art. 37, II, *in verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

Por certo, é o que reza o art. 37, II, da Constituição da República. No entanto, o referido dispositivo constitucional não se aplica à Advocacia-Geral da União por se tratar de regra geral, enquanto a AGU tem normatização constitucional própria e peculiar.

O art. 37, II, da Constituição trata da Administração Pública em geral, de modo que aquele dispositivo se aplica sempre que não houver disposição constitucional própria em sentido diverso, ou se vai dizer que se pode ser juiz, promotor de justiça, ocupando-se cargo comissionado? Claro que não. E isso se dá em virtude do tratamento constitucional diferenciado direcionado a algumas instituições do Estado, a exemplo da Advocacia-Geral da União.

Destarte, quando do tratamento da AGU, o Constituinte Originário, em face das funções que seriam desenvolvidas por este órgão, que foram galgadas à condição de essenciais à Justiça, trouxe disciplina própria e peculiar, asseverando que o ingresso na AGU somente ocorreria em uma de suas carreiras, após aprovação em concurso público de provas e títulos.

Se fosse para aplicar a norma do art. 37, II, da Constituição, não precisava o texto constitucional trazer a redação disposta no art. 131, §2º, que exige concurso público para o ingresso em uma das Carreiras da Advocacia-Geral da União, quais sejam, Advogado da União e Procurador da Fazenda Nacional, *ex vi* da Lei Complementar n.º 73/93. E mais, quando quis excepcionar a regra do concurso público, no que se refere à Advocacia da União, o Constituinte Originário o fez de forma expressa no parágrafo primeiro do art. 131,

asseverando que o Advogado-Geral a União é de livre nomeação do Presidente da República. Logo, da interpretação sistemática que se faz do texto constitucional, o que se extrai é que o único cargo da AGU que pode ser provido por pessoas que não prestaram concurso público para a instituição é o de Advogado-Geral da União. Claro que quando a Constituição trata das carreiras da AGU está a mencionar aquelas que desenvolvem as atribuições fins da Instituição. As atividades meio (administrativas) seguem a normatização do art. 37, II, da Lei Fundamental, haja vista que não se revestem das características peculiares da atividade finalística da AGU.

Vale-se aqui, mais uma vez, das palavras dos representantes do Ministério Público Federal, nos autos de Ação Civil Pública n.º2003.34.00.000662-3:

[...] **Contudo, é importante salientar** que os referidos cargos **não são declarados de livre nomeação, muito menos podem ser ocupados por pessoas que não pertencem ao quadro efetivo da carreira da Advocacia-Geral da União**, podendo-se afirmar que nem mesmo a mais liberal exegese da Constituição (art 131, §§ 1º e 2º) autoriza outra conclusão que não seja no sentido do provimento desses cargos **exclusivamente** por integrantes da carreira.

[...]

Nesse ponto, é importante não olvidarmos que quando o constituinte de 1988 criou a Advocacia-Geral da União o fez à semelhança da anterior estrutura organizacional do Ministério Público Federal, na qual somente o dirigente máximo da Instituição (Procurador-Geral da República) era de livre nomeação pelo Presidente da República.

Assim foi concebida a Advocacia-Geral da União: **no exercício das suas atividades fins, somente o Advogado-Geral da União pode ser pessoa de fora da carreira, de livre nomeação pelo Presidente da República**, conforme prescreve o § 1º do art. 131 da Constituição Federal.

[...]

Assim sendo, à exceção do Advogado-Geral da União, **todos os demais cargos, cujas atribuições dizem respeito às atividades fins da Instituição, devem ser providos exclusivamente por integrantes da carreira**, nomeados após aprovação em concurso público de provas e títulos (CF, art. 131 , § 2º).⁸⁹ (grifo do autor)

Outrossim, as atividades desenvolvidas pela Advocacia-Geral da União, representação judicial e extrajudicial da União, representação do Estado brasileiro perante os foros internacionais e no âmbito do Consultivo Jurídico do Poder Executivo, que é o cerne do estudo deste trabalho, o controle de juridicidade dos atos da Administração, são incompatíveis com as formas de investiduras marcadas pela precariedade, como ocorre com os cargos em comissão.

⁸⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal - 1. Região. 1ª Vara Civil Federal do Distrito Federal. **Petição inicial de Ação Civil Pública protocolada sob n.º 2003.34.00.000662-3**. Autor: Ministério Público Federal. Réu União Federal e outros.

As atividades exercidas no setor consultivo da Advocacia-Geral da União pressupõem inexoravelmente a necessária independência do Advogado Público, que muitas vezes terá de contrariar a pretensão de administradores e mais, na defesa dos interesses do Estado e na defesa do patrimônio público, missão constitucional do Advogado de Estado, terá de tomar atitudes que confrontarão autoridades que não trilhem o caminho da legalidade. Não foi por acaso que a legislação possibilitou a União ingressar em juízo com ação de improbidade administrativa contra o mau governante (Lei n. 8.429/93).

Destarte, o Advogado Público não pode estar subordinado ao administrador e a ordem constitucional vigente assim dispôs, tanto que a AGU veio disciplinada como Função Essencial à Justiça e não subordinada a qualquer órgão do Estado.

Pois bem. Se há de ser preservada a independência e não pode haver subordinação do Advogado Público à outra autoridade do Estado, resta clara a incompatibilidade do exercício dessas funções da AGU com formas precárias de investidura em cargo público, eis que a possibilidade de exoneração retira a independência e gera subordinação.

Sobre o assunto, a revista Consultor Jurídico noticia palestra da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, proferida no dia 15/11/2006, durante o III Seminário Nacional sobre Advocacia de Estado, em Recife, promovido pela Associação Nacional dos Advogados da União – ANAUNI:

Desvinculo necessário

Ex-procuradora defende autonomia da Advocacia da União

[...]

Para Maria Sylvia, o advogado do Estado está sujeito a um duplo regime estatutário — o da OAB e o dos servidores públicos. Por isso, ele exerce duplamente a função social. E por vezes, se encontra em zonas de conflito entre o interesse do Estado e o da autoridade administrativa. **“O interesse particular busca a sentença favorável. O interesse público, a sentença justa”**, explica a professora, lembrando que a missão da Justiça é descobrir e fixar a verdade.

É justamente por causa dessas possíveis zonas de conflito que a autonomia da advocacia pública é tão fundamental. Maria Sylvia defende a tese de que não existe órgão totalmente desvinculado de um dos três poderes, dentro da hierarquia do Estado. Para ela, a AGU e o Ministério Público fazem parte do Poder Executivo para fins de atribuição de competência. Mas isso não significa ter ações subordinadas. Pelo contrário. **“O exercício das funções não pode estar subordinado ao ente administrativo e por isso, a estabilidade funcional é tão importante.** Não é para proteger o servidor e sim o exercício da função pública.”

Em palestra nesta quarta-feira (15/11), durante o III Seminário Nacional sobre Advocacia de Estado, em Recife, a escritora defendeu três importantes ações para autonomia da Advocacia da União. Em primeiro lugar, **as atribuições de defesa do Estado só podem ser exercidas, segundo a Constituição Brasileira, por servidores concursados para o cargo de**

advogado da União. Isso inclui as nomeações nas consultorias jurídicas, comuns na maioria dos Ministérios, inclusive durante o governo Lula. “Só o ingresso por concurso público dá direito à estabilidade e a estabilidade abre a possibilidade de isenção dos pareceres”, afirmou Maria Sylvia.

Outro ponto importante é a busca da autonomia financeira da AGU, que poderá reverter em independência institucional de fato. A terceira conquista para a autonomia da advocacia pública, segundo a palestrante, é a escolha do advogado-geral dentro dos integrantes da carreira. **“A possibilidade de exoneração gera subordinação. É indispensável que todos os cargos em comissão sejam providos por integrantes da AGU.”**⁹⁰ (grifo nosso)

Os Procuradores da República signatários da Ação Civil Pública n.º 2003.34.00.000662-3, em mesma linha de pensamento, asseveram:

O administrador não tem preponderância sobre o Advogado Público como se este fosse um preposto seu. Ambos são agentes públicos que devem laborar dentro da legalidade, cabendo, entretanto, ao Advogado Público a defesa do interesse público nas órbitas judicial e extrajudicial.

Entregar o interesse público e, em última análise, o destino da coisa pública a pessoas, **cuja permanência no serviço público depende da lealdade direta à autoridade superior, significa retroceder ao absolutismo**, onde o que contava não era o interesse público, mas a fidelidade ao rei.

Assim, a defesa judicial e extrajudicial da União por titulares de cargos regularmente providos por concurso público constitui indispensável:

a) garantia para o administrado, na medida em que o profissional concursado **possui independência jurídica para garantir a “execução justa da lei”**, recusando-se a dar cumprimento a diretrizes políticas eventualmente ilegais ou à propositura de ações manifestamente infundadas, **preservando a liberdade para, se necessário, insurgir-se contra eventuais abusos e arbitrariedades;**

b) garantia de preservação do patrimônio da administração, missão inerente ao exercício do cargo do advogado público habilitado a evitar sucumbências desnecessárias e outros prejuízos decorrentes de ilegalidades.⁹¹ (negrito nosso)

Na mesma esteira, o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 881/ES, cujo Relator foi o Ministro Celso de Mello, em que se analisou a possibilidade do Poder Executivo do Estado do Espírito Santo nomear pessoas em cargos comissionados para exercerem as atividades de Consultoria Jurídica:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR 11/91, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ART. 12, CAPUT, E §§ 1º E 2º; ART. 13 E INCISOS I A V) - ASSESSOR

⁹⁰ DESVINCULO necessário: ex-procuradora defende autonomia da Advocacia da União. **Revista Consultor Jurídico**, Recife, 15 nov. 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/50192,1>>. Acesso em: 20 nov. 2006.

⁹¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal - 1. Região. 1ª Vara Civil Federal do Distrito Federal. **Petição inicial de Ação Civil Pública protocolada sob n.º 2003.34.00.000662-3**. Autor: Ministério Público Federal. Réu União Federal e outros.

JURÍDICO - CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO - FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO - USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. - O desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. A Constituição da República, em seu art. 132, operou uma inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura no cargo que exercem depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos.⁹²

No voto do relator, Ministro Celso de Mello, restou assentado:

No contexto normativo que emerge do art. 132 da Constituição, e numa análise preliminar, parece não haver lugar para nomeações em comissão de servidores públicos que venham a ser designados, no âmbito do Poder Executivo, para o exercício de funções de assistência, de assessoramento ou de consultoria na área jurídica.

A exclusividade dessa função de consultoria remanesce, agora, na esfera institucional da Advocacia Pública, exercida, no plano dos Estados-membros, por suas respectivas Procuradorias-Gerais e pelos membros que as compõem.

Essa prerrogativa institucional, que é de ordem pública, encontra assento na própria Constituição Federal. Não pode, por isso mesmo, comportar exceções e nem sofrer derrogações que o texto constitucional sequer autorizou ou previu.⁹³

Calha ainda trazer a baila, parte do voto do Ministro Néri da Silveira, que assim se pronunciou:

Penso que o art. 132, da Constituição, quis, relativamente à Advocacia de Estado, no âmbito dos Estados-Membros e do Distrito Federal, conferir as Procuradorias não só a representatividade judicial, mas, também, **o exame da legalidade dos atos**, e o fez com a **preocupação de atribuir essa função a servidores concursados e detentores do predicamento da efetividade**. O grande objetivo foi o exame da legalidade dos atos do Governo, da Administração Estadual, a ser feito por um órgão cujos ocupantes, concursados, **detenham as garantias funcionais**. Isso conduz à **independência funcional, para o bom controle da legalidade interna, da orientação da Administração quanto a seus atos, em ordem a que esses não se pratiquem tão-só de acordo com a vontade do administrador, mas também conforme a lei**.

Não quis a Constituição que o exame da legalidade dos atos da Administração Estadual se fizesse por servidores não efetivos. Daí o sentido de conferir aos Procuradores dos Estados - que devem se compor em

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 881-1, Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça**, 25 abr. 1997, ementário n.º 1866-02.

Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=ADI&processo=881&recurso=0&tip_julgamento=M>.

Acesso em: 4 jan. 2007.

⁹³ *Ibidem*.

carreira e ser todos concursados - não só a defesa judicial, a representação judicial do Estado, mas também a consultoria, a assistência jurídica. **De tal maneira, um Procurador pode afirmar que um ato de Secretário, do Governador não está correspondendo à lei, sem nenhum temor de poder vir a ser exonerado, como admissível suceder se ocupasse um cargo em comissão.**

Dessa maneira, como destacou o eminente Ministro Marco Aurélio, há, no caso, sempre o perigo: **se liberada a criação de cargos de confiança, poderá ser neutralizado inteiramente esse objetivo da Constituição.**⁹⁴ (grifo nosso)

Por fim, razões de ordem teleológicas levam a mesma conclusão, qual seja, que as atividades da AGU não podem ser exercidas por pessoas estranhas aos seus quadros de membros efetivos.

A Advocacia-Geral da União compõe as denominadas Funções Essenciais à Justiça, criadas pelo Constituinte de 1988 com o fulcro de aperfeiçoar o Estado Republicano e Democrático, com uma melhor distribuição das funções soberanas estatais. Com sua criação, visou-se dar um caráter institucional, orgânico, de unicidade às funções de representação jurídica do Estado brasileiro, bem como realizar o controle profilático de legalidade dos atos da Administração. Para o exercício dos misteres reservados à Advocacia-Geral da União, vislumbrou o Constituinte que os profissionais que iriam integrá-la teriam de ser independentes e deterem um vínculo estável com o Estado.

Destarte, pergunta-se: Se qualquer bacharel em direito nomeado em cargo em comissão puder exercer as funções da AGU, por que o Constituinte de 1988 criou essa instituição com status constitucional e asseverou a necessidade de concurso público para integrá-la?

Não faz sentido que as atividades da Advocacia-Geral da União sejam exercidas por advogados privados ou bacharéis em direito, por que se assim era pra ser, não haveria necessidade da criação de uma superestrutura no âmbito do Estado com o fito de preservar o patrimônio público.

Deste modo, a persistir o provimento de cargos em comissão por autoridades do Poder Executivo e mesmo dentro da AGU, para que pessoas estranhas aos quadros de membros efetivos deste órgão constitucional exerçam atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, estar-se-á pondo em sério risco o patrimônio público, que ficará refém de interesses

⁹⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 881-1, Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça**, 25 abr. 2007, ementário n.º 1866-02.

Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=ADI&processo=881&recurso=0&tip_julgamento=M>.

Acesso em: 4 jan. 2007.

particulares em evidente afronta aos dois multicitados princípios fundamentais do Estado brasileiro, quais sejam, os princípios da democracia e da república.

Desta feita, em virtude da disciplina normativa deferida à Advocacia-Geral da União pela Constituição Federal, o desempenho das atribuições desta Procuratura por pessoas que não prestaram o devido concurso público para integrá-la, à exceção do Advogado-Geral da União, é inconstitucional.

CONCLUSÃO

Após o estudo realizado ao longo desta monografia, impende-se assinalar que as Funções Essenciais à Justiça são fruto, no Brasil, de uma evolução da concepção da divisão das funções estatais, haja vista que para a consagração do ideal de justiça, de Estado republicano e democrático, a tradicional divisão de poderes mostrou-se insuficiente, uma vez que a tutela de interesses diversos não tinha o devido amparo ou estava mal distribuída entre diferentes órgãos do Estado.

Nesse contexto, surgiu a Advocacia-Geral da União, inserida no rol das Funções Essenciais à Justiça, instituição vocacionada à defesa dos interesses do Estado e do patrimônio público, que reuniu duas faces de uma mesma moeda, que estavam a cargo de instituições diversas. Percebeu o Constituinte de 1988 que o braço postulatório, de defesa da União, haveria de estar em consonância com a orientação jurídica conferida aos mais variados órgãos estatais. Destarte, parte das atribuições do Ministério Público Federal (representação judicial da União) e todas as competências da então Advocacia Consultiva da União, a cargo da Consultoria-Geral da República, das antigas Consultorias Jurídicas dos Ministérios e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, foram atribuídas à Advocacia-Geral da União. Assim, a esta Procuratura constitucional compete, por seu braço consultivo, aconselhar os órgãos do Poder Executivo, adequando as ações governamentais aos interesses da pessoa jurídica de direito público União, de modo que o que vai prevalecer não é a vontade do governante, mas a da coletividade veiculada através da Constituição e das leis brasileiras.

Contudo, a par de realizar a orientação jurídica do Poder Executivo, à Advocacia-Geral da União, por seu viés de consultoria jurídica, cumprindo-se os princípios republicano e da democracia, foi conferido o nobre mister de realizar o controle profilático de legalidade da Administração, ou seja, ao mesmo tempo em que orienta as autoridades do Poder Executivo, exercita sobre elas uma fiscalização de legalidade, tomando as providências que se fizerem necessárias se autoridade governamental desviar-se do caminho delineado pela ordem normativa do Estado.

Ato contínuo, ao mesmo tempo em que é parceira do Poder Executivo na consecução das políticas públicas, a Advocacia-Geral da União é o olho da sociedade na fiscalização do escorreito cumprimento por parte dos administradores da Constituição e das leis do país.


Todavia, em que pese ter sido atribuída essa nobre missão ao braço consultivo da AGU, falta a musculatura necessária para ao seu bom desempenho, haja vista que a legislação infraconstitucional, em contrariedade com a inteligência das normas constitucionais,

fragilizou sobremaneira o exercício da boa orientação jurídica ao Poder Executivo e, principalmente, do controle de legalidade, que muitas das vezes fica relegado a um segundo plano.

Assim sendo, urge a modificação da Lei Complementar n.º 73/93, Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, e enquanto tal não ocorrer seus dispositivos devem ser interpretados à luz do que reza a Constituição da República, não sendo permitido o exercício das funções de consultoria e assessoramento jurídicos por pessoas que não sejam de carreira, logo, os cargo comissionados previstos em lei só podem ser ocupados por membros efetivos da AGU. A subordinação administrativa de órgão da Advocacia-Geral da União a outros plexos da Administração Pública deve ser interpretada, no máximo, como apoio logístico. E, por fim, a mordaza imposta aos membros efetivos da AGU deve ficar adstrita aos casos em que o sigilo se faça necessário, de acordo com a Constituição e com as leis já vigentes.

E isso se faz necessário, uma vez que os misteres desenvolvidos pela Advocacia-Geral da União são incompatíveis com os desvios legislativos mencionados no Capítulo 3 desta monografia.


REFERÊNCIAS

BARBOSA, Sandra Pires. Direito à informação e controle social da atividade econômica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2078>>. Acesso em:  04 mar. 2007.

BARRAT, Marcelo Rogério. Agentes políticos e as procuraturas constitucionais. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, n.º 5, maio 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 32-33.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. vol. 3.

BRAGA, Luziânia Carla Pinheiro; MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira. A advocacia-geral da união como função essencial à justiça. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 798, 9 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7262>>. Acesso em:  03 jan. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 881-1, Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário da Justiça**, 25 abr. 1997, ementário n.º 1866-02.

Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=ADI&processo=881&recurso=0&tip_julgamento=M>. Acesso em: 4 jan. 2007

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n.º 1557-5, Relator: Ministro Moreira Alves. **Diário da Justiça**, 18 jun. 2004, ementário n.º 2156-1. Disponível em: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=ADI&processo=1557&recurso=0&tip_julgamento=M

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 132, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. **Diário da Justiça**, 30 maio 2003, ementário n.º 2112-1. Disponível em: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=ADI&processo=132&recurso=0&tip_julgamento=M. Acesso em: 18 dez. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 97-7 (questão de ordem) Relator: Ministro Moreira Alves. **Diário da Justiça**, 30 mar. 1990, ementário n.º 1575-1. Disponível em: http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/IT/in_processo.asp?origem=IT&classe=ADI&processo=97&recurso=0&tip_julgamento=M

BRASIL. Tribunal Regional Federal - 1. Região). 1ª Vara Civil Federal do Distrito Federal. **Petição inicial de Ação Civil Pública protocolada sob n.º 2003.34.00.000662-3**. Autor: Ministério Público Federal. Réu União Federal e outros.

RIO DE JANEIRO (Estado). **Constituição do estado do Rio de Janeiro**. Emenda Constitucional n.º 12, de 17 de agosto de 1991. Dá nova redação ao art. 176 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em : <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConsEst?OpenPage>>. Acesso em: 02 fev. 2007.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). **Constituição do estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em:

<<http://www.al.rs.gov.br/frameset.asp?txtURL=Prop/Legislacao/constituicao.htm>>. Acesso em: 03 fev 2007.

BRASIL. Decreto n.º 967, de 02 de janeiro de 1903. Crea o lugar de consultor geral da Republica e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ReexecutaPesquisaRealizada.action?sequencialConsulta=20070304152351336&codigoPortal=0>>. Acesso em: 12 dez. 2006.

BRASIL. Decreto n.º 41.249, de 05 de abril de 1957. Aprova o regulamento do gabinete do Consultor Geral da República. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ReexecutaPesquisaRealizada.action?sequencialConsulta=20070304153040656&codigoPortal=0>>. Acesso em: 12 dez. 2006.

BRASIL. Decreto n.º 41.249, de 05 de abril de 1957. Aprova o regulamento do gabinete do Consultor Geral da República. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ReexecutaPesquisaRealizada.action?sequencialConsulta=20070304153040656&codigoPortal=0>>. Acesso em: 12 dez. 2006.

BRASIL. Decreto n.º 51.530, de 07 de agosto de 1962. Dispõe sobre as funções da Consultoria Geral da República. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ReexecutaPesquisaRealizada.action?sequencialConsulta=20070304154648894&codigoPortal=0>>. Acesso em: 12 dez. 2006.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 14 dez. 2006.

BRASIL. Decreto n.º 92.889, de 07 de julho de 1986. Dispõe sobre a Consultoria Geral da República e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D92889.htm>. Acesso em: 13 dez. 2006.


CARNEIRO, Rommel Madeiro de Macedo. **A relação orgânico-funcional entre a advocacia-geral da união e o poder executivo federal**. 2006. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2006. Não publicada.

CARPES, Marcus Ronald. **Advocacia da união e estado de justiça**. 2005. 50 f. Monografia (Curso de Especialização em Direito do Estado). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul Porto Alegre, 2005. Não publicada.

CASTRO, Flávia Viveiros de. O princípio da separação dos poderes. In: Manoel Messias Peixinho; Isabella Franco Guerra; Firly Nascimento Filho. (Org.). **Princípios da constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. O renascer do direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

DESVINCULO necessário: ex-procuradora defende autonomia da advocacia da união. **Revista Consultor Jurídico**, Recife, 15 nov. 2006. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/50192,1>>. Acesso em: 20 nov. 2006.

FARIAS, Edilsom. Democracia, censura e liberdade de expressão e informação na Constituição Federal de 1988. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2195>>. Acesso em:  04 fev. 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 31 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

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: 25 nov. 2006.

KIRSCH, César do Vale. **Advocacia-geral da união e poder executivo federal**: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas. 2003. 100 f. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2003. Não publicada.

KOZIMA, José Wanderley. A AGU na pauta contra a corrupção. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 26 set. 2006. Disponível em: <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=304968>>. Acesso em: 02 dez. 2006.

LEITE, Valdemar de Oliveira. **Advocacia-geral da união**: instituição constitucional independente ou órgão do poder executivo?. 2003. 103 f. Monografia (Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Público). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2003. Não publicada.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 23.ed. rev. e atual. por Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça na Constituição de 1988. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 43, 1991.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 36, dez. 1991.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito constitucional**: teoria e 900 questões. 7 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.

PILATTI, Adriano. O princípio republicano na constituição de 1988. In: Manoel Messias Peixinho; Isabella Franco Guerra; Firly Nascimento Filho. (Org.). **Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PRINCÍPIOS da Democracia: o que é democracia. **Embaixada Americana**. Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/democracia/what.htm>>. Acesso em: 23 jan. 2007.

SESTA, Mário Bernardo. **Advocacia-geral da união**: finalmente a racionalização. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_16/artigos/art_racionalizacao.htm. Acesso em: 10 jan. 2006.

SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de estado: posição institucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 30, n. 117, jan./mar. 1993.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle de legalidade da administração: interesse público. **Revista Bimestral de Direito Público**, Porto Alegre, a. 6, n. 28, nov./dez. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

SILVA, José Afonso da. A advocacia pública e estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, out./dez. 2002.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. **Advocacia-geral da união**. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/Estrutura/pdfs/historico.pdf>>. Acesso em: 3 jan. 2007