

ADVOCACIA DE ESTADO, ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E DEMOCRACIA: A FUNÇÃO DA CONSULTORIA JURÍDICA NA FORMULAÇÃO E EXECUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

STATE LAWYERING, PUBLIC ADMINISTRATION AND DEMOCRACY: THE ROLE OF LEGAL ADVICE IN THE FORMULATION AND EXECUTION OF PUBLIC POLICIES

*Guilherme Francisco Alfredo Cintra Guimarães
Advogado da União em exercício na Conjur/MPOG
Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília
Pesquisador da Università degli Studi di Genova sobre o tema: Consultoria Jurídica e Políticas Públicas (bolsa de pesquisa Alla scoperta dell'Italia, 2009/2010).*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Os obstáculos do positivismo jurídico a uma compreensão adequada da consultoria jurídica: interpretação jurídica e princípio da legalidade; 2 A consultoria jurídica como atividade de “tradução”; 3 Sobre a necessidade de olhar a política sem preconceitos; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: O artigo desenvolve uma tese geral sobre a função das atividades de consultoria jurídica desempenhadas pela Advocacia de Estado no âmbito da administração pública, com especial destaque para os contextos brasileiro e italiano. Com o auxílio da teoria dos sistemas sociais desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann, as atividades de consultoria jurídica são descritas como uma espécie de tradução entre os sistemas jurídico e político. A função da consultoria jurídica seria, então, a de traduzir os programas jurídicos que condicionam a atividade político-discricionária da administração pública, com o objetivo principal de contribuir para a legitimidade e a eficiência das políticas públicas necessárias à promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos.

PALAVRAS-CHAVE: Administração pública. Consultoria jurídica. Políticas públicas. Tradução. Democracia. Teoria dos sistemas sociais.

ABSTRACT: The article advances a general thesis about the role of legal advice in the public administration, regarding mainly the Brazilian and Italian State lawyering realities. With the support of the systems theory of the german sociologist Niklas Luhmann, the provision of legal advice is described as a kind of translation between the legal and political systems. The role of legal advice would be therefore to translate the legal programs that regulate the political and discretionary activities of the public administration, as a means to contribute to the legitimacy and efficiency of the public policies that promote the fundamental rights of the citizens.

KEYWORDS: Public administration. Legal advice. Public policies. Translation. Democracy. Systems theory.

INTRODUÇÃO¹

Pode-se dizer que a figura do especialista em direito, do técnico ou profissional jurídico, tenha sempre sido circundada de um certo sentimento difuso de desconfiança. Como confiar em alguém que utiliza a instituição sagrada da justiça como fonte de renda cotidiana? Trata-se de uma situação que produz naturalmente desconfiança, uma desconfiança que acompanha os juristas desde os primórdios do surgimento e diferenciação da sua profissão como papel social autônomo e especializado até os dias atuais².

Em relação à profissão específica de advogado, a desconfiança é ainda maior. Se o juiz pode se “esconder” atrás da figura do terceiro neutro e imparcial responsável por aplicar a lei e realizar a justiça no caso concreto, o advogado possui sempre o dever profissional de ser parcial, de tomar uma posição, de defender uma das partes em conflito. Um papel realmente paradoxal, que exige do advogado uma espécie de “parcialidade imparcial”: de um lado, ele deve ser imparcial em relação aos seus deveres com a justiça, e de outro, deve ser parcial na defesa dos interesses dos seus clientes³.

O que dizer, então, do advogado do Estado, do advogado cujos “clientes” são, pelos menos em teoria, todos os cidadãos? Por estar submetido ao controle judiciário, o Estado também precisa de advogados. Como podem esses advogados serem “parcialmente imparciais” na defesa da entidade política que representa a união de toda a coletividade?

A necessidade de uma advocacia específica para o Estado pode ser descrita como um resultado da separação dos poderes e da submissão do poder executivo à lei, ambas idéias que se afirmaram durante as revoluções

1 Este artigo foi originalmente escrito em italiano no âmbito de uma pesquisa sobre o tema: Consultoria Jurídica e Políticas Públicas, realizada junto à Seção de Filosofia e Sociologia do Direito do Departamento de Cultura Jurídica Giovanni Tarello – DIGITA da Faculdade de Direito da *Università degli Studi di Genova*, sob a orientação do Professor Doutor Realino Marra (bolsa de pesquisa *Alla scoperta dell'Italia*, 2009/2010). Agradeço ao professor Realino Marra pelas suas importantíssimas críticas e sugestões e pela revisão final do artigo.

2 Cf. M. La Torre, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*. Soveria Mannelli. 2002.

3 “La dialettica, e la tensione, è tra la parzialità della difesa di una parte e l'imparzialità di una pretesa che si dice essere giustificata ed adottabile in via di principio dal giudice” (M. La Torre, *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*, Soveria Mannelli 2002, p. 56). Sobre a história, as transformações e os problemas atuais da advocacia nos contextos italiano e europeu, cf. G. Alpa, *L'avvocato: i nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*, Bologna 2005. Optou-se pela tradução para a língua portuguesa apenas das citações de obras em línguas estrangeiras inseridas no próprio corpo do texto, mantendo-se na língua original da edição as citações inseridas nas notas de rodapé.

burguesas. A criação de uma instituição especializada responsável por todas as atividades contenciosas e consultivas representa, no entanto, a opção específica de alguns países (Brasil, Itália e Espanha, por exemplo) de atribuir a tutela judicial e a consultoria jurídica do Estado a um único órgão, por razões de eficiência e uniformidade⁴.

As atividades de defesa e assessoramento jurídico ao Estado são essenciais em qualquer regime democrático. Além da importância da separação dos poderes e da existência de uma jurisdição independente capaz de julgar com imparcialidade os conflitos entre o Estado e os cidadãos, a assistência jurídica interna à administração pública também é indispensável para assegurar que os órgãos e entidades estatais atuem em conformidade com os princípios e regras que caracterizam o Estado Democrático de Direito.

Atenta a essa importância, a Constituição Federal brasileira de 1988, símbolo da redemocratização do país após mais de vinte anos de ditadura militar (1964-1985), realizou uma grande mudança no modelo de assistência jurídica ao Estado. A tutela judicial e extrajudicial da administração federal, que antes constituía uma das funções do Ministério Público, e as atividades de assessoramento jurídico, antes desempenhadas pelos diversos departamentos jurídicos dos órgãos e entidades estatais, foram reunidas e atribuídas a uma nova instituição: a Advocacia-Geral da União – AGU.

O objetivo, por um lado, era retirar do Ministério Público a função de representação judicial da administração federal para que ele pudesse se concentrar apenas no desempenho das atividades de controle do Estado e defesa do regime democrático, e por outro lado, reunir as funções de defesa e assessoramento jurídico da administração em uma única instituição, por razões de eficiência e uniformidade⁵.

4 No presente artigo, a atenção será direcionada principalmente aos modelos brasileiro e italiano de Advocacia de Estado, ainda que as reflexões teóricas propostas sobre a função da consultoria jurídica no âmbito da administração pública não se restrinjam a algum modelo específico. Sobre a Advocacia de Estado italiana, cf. I. Caramazza, *Consulenza e difesa dello Stato in giudizio: il sistema italiano*, relazione presentata al convegno “Jornadas sobre la ley de asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas”, tenutosi a Madrid il 25 e 26 marzo 1998; e G. Manzari, *Avvocatura dello Stato*, in R. Sacco (org.), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*. Torino, 1987. Sobre a Advocacia de Estado brasileira, cf. R. Macedo, *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*, São Paulo 2008; e J. Guedes e L. Souza (org.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte, 2009.

5 Segundo alguns autores, o modelo italiano de Advocacia de Estado (“*Avvocatura dello Stato*”) exercitou uma influência relevante nessa transformação. A existência, na Itália, de uma instituição já consolidada responsável por todas as atividades contenciosas e consultivas teria servido como uma fonte de inspiração

Após mais de quinze anos de existência⁶, a AGU já progrediu bastante na profissionalização da assistência jurídica ao Estado federal, com grande incremento de eficiência e aumento na economia de recursos públicos. Todavia, a instituição convive ainda com alguns problemas típicos de uma organização relativamente jovem, como a ausência de uma identidade institucional consolidada, a necessidade de uma melhor integração entre os seus diversos departamentos e órgãos internos e os conflitos administrativos que ocorrem freqüentemente envolvendo outros órgãos e entidades públicos sobre os limites e características das atividades consultivas.

As atividades consultivas são exatamente o tema central deste artigo. O papel geral e a função específica da consultoria jurídica no interior da administração pública parecem ser muito mais problemáticos e cercados de equívocos e preconceitos do que o papel e a função do contencioso.

No contencioso, a obrigatoriedade do contraditório e da ampla defesa ajuda a delimitar de modo mais claro e preciso o que deve fazer o advogado público: defender o Estado em juízo ou, então, representá-lo contra algum indivíduo ou entidade, assim como fazem todos os advogados em geral. Na consultoria, ao contrário, a situação é um pouco mais complexa. O advogado participa (ou ao menos deveria participar) de todo o processo de formulação e execução das políticas públicas⁷. Direito e política estão em contato direto no âmbito da mesma organização, critérios jurídicos e critérios políticos de decisão se sobrepõem continuamente. Se nos tribunais a linguagem técnico-jurídica familiar aos advogados predomina, na administração pública eles são obrigados a lidar com uma linguagem político-administrativa à qual normalmente não estão muito habituados. Isso torna ainda mais complexo o seu dever paradoxal de tratar com “parcialidade imparcial” os interesses do Estado, os interesses públicos, interesses de toda a coletividade dos cidadãos⁸.

para os juristas e políticos que contribuíram para a criação da Advocacia-Geral da União. Cf. R. Macedo, *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*, São Paulo, 2008, p. 61-73.

- 6 Não obstante tenha sido prevista na Constituição Federal de 1988, a AGU só foi oficialmente instituída em 1993 com a edição da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993.
- 7 O termo política pública deve ser entendido neste artigo como a ação organizada e procedimental do Estado que tem como objetivo fornecer ou regular o fornecimento de bens e serviços aos cidadãos, como forma de promoção de direitos fundamentais e legitimada pela possibilidade de participação e controle social. Sobre a relação entre direito administrativo e políticas públicas, cf. M. P. Bucci (org.), *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo, 2006.
- 8 Sobre o caráter “mitológico” da concepção tradicional acerca da unidade, neutralidade e superioridade dos interesses públicos, cf. S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto: un giurista e il suo tempo*. Bologna 2008, p. 58-59.

No contexto brasileiro, tem sido difundida aos poucos a idéia segundo a qual a função da consultoria jurídica seria a de um controle interno de legalidade dos atos administrativos⁹. Como resultado dessa compreensão (segundo nós) um tanto quanto distorcida, os órgãos de consultoria tendem a se concentrar muito mais no controle prévio de atos e procedimentos isolados ao invés de contribuírem de forma mais ativa e participativa na formulação e execução jurídica das políticas públicas. Isso produz desconfiância por parte dos órgãos de gestão e as conseqüentes dificuldades de diálogo e compreensão.

A partir do exemplo fornecido pelo contexto brasileiro e da necessidade de desenvolver criticamente um ponto de vista alternativo, o objetivo principal deste artigo é propor uma tese mais genérica sobre o papel e a função da consultoria jurídica no âmbito da administração pública. Ao invés de controle, falaremos de “tradução”: tradução das normas e de toda a linguagem técnico-jurídica no processo de formulação e execução de políticas públicas como função específica da consultoria jurídica¹⁰.

De acordo com essa tese, reconhecendo o caráter estruturalmente indeterminado do direito moderno, os órgãos de consultoria jurídica deveriam se concentrar principalmente na análise das conseqüências e riscos jurídicos de cada decisão administrativa específica, ao invés de apenas proporem interpretações unilaterais e definitivas sobre os posicionamentos jurídicos que devem ser assumidos pela administração. Ao invés de apresentarem somente aquilo que consideram as soluções mais corretas dos seus respectivos pontos de vista, os advogados deveriam demonstrar quais são as interpretações possíveis para cada caso e os seus respectivos riscos e conseqüências possíveis (possibilidades de demandas judiciais, conseqüências na interpretação de casos similares, etc.). Isso pressuporia, então, uma compreensão menos individualista e mais institucional das atividades de consultoria, em que o mais importante não são tanto as opiniões específicas de cada advogado em particular, mas sim a possibilidade de conferir transparência e publicidade aos diversos fundamentos e critérios jurídicos que orientam as decisões estatais, tendo sempre em vista o objetivo principal de contribuir para a eficiência e a legitimidade das políticas públicas.

9 Cf. R. Macedo, *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: 2008. p. 110-157; e J. Guedes e L. Souza (org.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte 2009. p. 129-137 e 465-483.

10 Devo agradecer ao amigo Renato Bigliuzzi por ter-me sugerido originalmente pensar as atividades de consultoria jurídica como uma espécie de tradução. Sobre essa idéia original e sobre tantas outras desenvolvidas ao longo deste artigo, posso dizer, com sinceridade, que o crédito é todo seu.

O artigo está dividido em três partes. Na primeira parte, são identificados, analisados e desconstruídos dois obstáculos do positivismo jurídico a uma compreensão adequada das atividades de consultoria jurídica: (i) a imagem ainda presente na cultura jurídica da interpretação como atividade mecânica de subsunção de casos concretos da vida real a normas gerais e abstratas e (ii) a concepção tradicional do princípio da legalidade de acordo com a qual à administração pública compete apenas a execução passiva das leis aprovadas pelo parlamento. Na segunda parte, é desenvolvida a tese central do artigo, isto é, a da consultoria jurídica como atividade de tradução entre direito e política. Na terceira parte, é feito um breve comentário sobre o diagnóstico de crise da política que caracteriza a época atual, uma vez que um certo preconceito generalizado contra a atividade política representaria, ao mesmo tempo, uma causa e um efeito do modelo da consultoria jurídica como atividade de controle, modelo esse que é aqui refutado. Ao final, é feito um apanhado geral conclusivo das idéias desenvolvidas ao longo do artigo e são apresentadas algumas propostas para o futuro da Advocacia de Estado no Brasil.

1 OS OBSTÁCULOS DO POSITIVISMO JURÍDICO A UMA COMPREENSÃO ADEQUADA DA CONSULTORIA JURÍDICA: INTERPRETAÇÃO JURÍDICA E PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O positivismo jurídico é ainda hoje um paradigma dominante na teoria e na prática do direito. Os seus princípios, conceitos e métodos continuam influenciando o ensino jurídico nas universidades e o cotidiano das atividades forenses em todo o mundo ocidental, não obstante as diversas teorias críticas desenvolvidas principalmente a partir da segunda metade do século passado. De modo resumido, pode-se caracterizá-lo como a abordagem científica ao direito (a) comprometida com a construção e utilização de um método específico capaz de fornecer descrições neutras sobre o fenômeno jurídico e (b) que concebe o direito como um sistema de normas produzidas pelos órgãos oficiais do Estado¹¹.

Para que as atividades de consultoria jurídica desenvolvidas pela Advocacia de Estado possam ser descritas de forma mais adequada, devem ser inicialmente superados dois obstáculos teóricos derivados da tradição positivista: (i) a idéia, atualmente um tanto quanto ingênua, segundo a qual a interpretação jurídica pode ser reduzida a uma atividade mecânica de subsunção de casos concretos da vida real a normas gerais e abstratas e (ii) a concepção clássica do princípio da legalidade que

11 Para uma análise mais rica e aprofundada, cf. o clássico N. Bobbio, *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*. Torino, 1996.

atribui à administração pública a função passiva de simples executora das leis aprovadas pelo parlamento.

Ambos os obstáculos têm origem em uma descrição hierárquica da separação dos poderes característica do iluminismo revolucionário do século XVIII e posteriormente herdada pelas teorias jurídicas positivistas do século XIX. A substituição da soberania de origem divina do monarca pela soberania popular de origem democrática como fonte de legitimação do poder foi acompanhada pela identificação do parlamento como legislador onipotente e racional, encarregado de traduzir a vontade geral do povo em leis gerais e abstratas capazes de regular diretamente todos os aspectos da vida social. Aos demais poderes foram atribuídas, então, funções subalternas de aplicação das normas já legitimamente produzidas pelo legislador: o judiciário na resolução dos conflitos e somente quando requerido pelos interessados, e o executivo na administração cotidiana dos negócios do Estado, ainda reduzidos a se considera o contexto dos Estados liberais pós-revolucionários¹².

Uma característica dessa descrição hierárquica é a centralidade quase absoluta da lei no processo de produção e aplicação do direito. O direito é, assim, reduzido à lei produzida pelo Estado, que deve ser suficientemente simples e clara para poder ser interpretada de forma literal e dedutiva pelos juízes e administradores. Uma espécie de “fetiche da legalidade” que acompanhou todo o positivismo jurídico oitocentescos e que ainda hoje se faz presente na dogmática jurídica tradicional, mesmo que de forma velada.

Em relação ao poder judiciário, a distinção hierárquica entre legislação e jurisdição produz a ilusão de que a interpretação jurídica seja

12 Essa é, obviamente, uma descrição bastante simples e superficial. Os eventos históricos dos períodos revolucionário e pós-revolucionário relacionados ao tema da separação dos poderes são muito mais complexos do que se poderia dizer em um único parágrafo. O movimento de codificação do direito na França, por exemplo, foi guiado não por um parlamento livre composto pelos legítimos representantes do povo, mas sim por uma comissão de juristas sob o controle direto do imperador. E na Alemanha, os teóricos do Estado tiveram que ser bastante “criativos” para conciliar o ideal de um governo das leis com os poderes absolutos (ou quase absolutos) do monarca. Sobre as diversas formas de traduzir a fórmula do “*rule of law*” nas tradições anglo-americana, francesa e alemã, cf. M. Rosenfeld, *The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy*, in *Southern California Law Review*, Los Angeles 2001. Sobre a relação entre absolutismo, iluminismo e os movimentos de codificação, cf. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976. Sobre os paradoxos e contradições que acompanharam a invenção e afirmação da concepção moderna de soberania popular, cf. J. Magalhães, *O paradoxo da soberania popular: o reentrar da exclusão na inclusão*, in *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte 1998. Sobre as origens teológicas do conceito moderno de soberania, cf. G. Agamben, *Il Regno e la Gloria: per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, Vicenza 2007.

uma atividade mecânica. As leis aprovadas pelos órgãos competentes devem determinar diretamente a decisão do juiz, descrito como um simples agente encarregado de expressar, nas situações concretas, a vontade prévia do legislador.

Na verdade, a distinção serve para ocultar o fato de que o direito regula a sua própria produção. Em outras palavras, a distinção oculta o paradoxo derivado da constatação de que o juiz cria, ao interpretar a lei produzida pelo legislador, o direito que ele mesmo aplica. Ela permite que sejam concebidas como separadas as atividades de produção e aplicação do direito. De um lado, há a formulação de leis gerais e abstratas, cuja modificação é justificada por motivos políticos, e de outro, a aplicação individualizada dessas leis às situações particulares, em que devem ser levadas em conta as especificidades de cada caso concreto. Pode-se admitir, então, que os juízes, por estarem vinculados à lei produzida pelo parlamento, decidam de maneira livre e independente, embora essa vinculação seja, ela mesma, objeto de interpretação¹³.

Do dogma da onipotência e racionalidade do legislador derivam também os dogmas da ausência de lacunas na lei e da completude do ordenamento jurídico, ou seja, a descrição do direito como um sistema fechado, completo e coerente de normas previamente aprovadas pelo legislador (ou, ao menos, já explicitadas nas decisões precedentes dos tribunais) que regula, ainda que de forma implícita, todas as situações concretas de aplicação, não deixando qualquer espaço à criatividade e à iniciativa inovadora do intérprete.

A situação, no entanto, se modifica durante o século XX. As transformações contínuas e sempre mais velozes das estruturas sociais, especialmente a transição do Estado liberal para o Estado social, apresentam novos problemas para a teoria do direito¹⁴. A percepção da crescente complexidade dos fenômenos sociais, em conjunto com a multiplicação de normas variadas e, em grande parte, desconexas, coloca em xeque a concepção positivista da interpretação jurídica como atividade mecânica de subsunção. A complexidade dos fatos e a patente imprecisão do material legislativo produzido pelo parlamento

13 Sobre essa função paradoxal da distinção legislação/jurisdição, cf. N. Luhmann. *El derecho de la sociedad*, México, 2005. p. 367-372.

14 Para uma análise sintética da transição do Estado liberal para o Estado social, cf. C. Araújo Pinto, *Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito*, in C. F. Pereira (org.), *O novo direito administrativo brasileiro: o Estado, as agências e o terceiro setor*. Belo Horizonte: 2003. p. 32-46.

evidenciam o papel criativo e construtivo do juiz e da administração pública na interpretação e aplicação do direito¹⁵.

A interpretação se torna, assim, o problema fundamental da teoria jurídica. A partir das novas teses e idéias desenvolvidas pela filosofia da linguagem das primeiras décadas do século, em particular a partir da “virada lingüística” guiada pelo filósofo austríaco Ludwig Wittgenstein, autores clássicos como Hans Kelsen e Herbert Hart, mesmo que ainda inseridos na tradição positivista, introduzem o debate sobre a “indeterminação estrutural” ou “textura aberta” do direito, ou seja, a impossibilidade de controlar previamente o significado das normas jurídicas, seja através da legislação, seja através dos modelos dogmáticos produzidos pela ciência jurídica. Reconhecendo o caráter ativo e criativo da interpretação jurídica, ambos os autores admitem que os seus resultados não podem ser totalmente determinados ou mesmo previstos com antecedência, pois dependem sempre das particularidades e características de cada situação concreta de aplicação¹⁶.

A teoria do direito inicia, então, a descrever a interpretação não como uma atividade de descoberta do sentido jurídico previamente contido na lei, mas sim como uma verdadeira atividade de criação e produção de direito, na qual as preferências e as escolhas específicas do intérprete desempenham um papel fundamental. Os teóricos começam a se ocupar da análise das diversas possibilidades de leitura dos textos normativos e do papel da argumentação baseada em princípios na construção das decisões jurídicas¹⁷. Partindo da figura dos princípios,

15 De acordo com Jürgen Habermas: “I temi che stanno al centro dell’attuale critica del diritto vertono sulla diminuita forza vincolante delle leggi parlamentari e sulla crisi della divisione dei poteri nell’ambito di un Stato gravato da compiti crescenti e qualitativamente inediti. Finché l’amministrazione classica poteva limitarsi a mantenere l’ordine in una società mercantile affidata all’autoregolazione economica, essa doveva intervenire soltanto quando quell’ordine – fissato dal diritto costituzionale e dallo Stato di diritto – veniva disturbato. A questi casi si attagliava una legge generale e astratta, che precisa delle fattispecie tipiche in concetti giuridici certi, collegandole a conseguenze giuridiche ben definite. Il senso dell’ordinamento giuridico consisteva infatti nel mettere al riparo la libertà giuridica dei privati cittadini dalle interferenze di un apparato statale limitato a custodire l’ordine. Ma non appena l’amministrazione prese ad essere utilizzata dal legislatore dello Stato sociale per compiti di pianificazione e controllo politico, la legge nella sua forma classica non poteva più bastare a programmare la prassi amministrativa” (J. Habermas, *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Milano: 1996. p. 510).

16 Cf. H. Kelsen, *Teoria pura do direito*, São Paulo 2006, p. 387-397; e H. Hart, *O conceito de direito*, Lisboa 2005, p. 137-149. Para uma contextualização dos dois autores em relação aos novos paradigmas propostos pela filosofia da linguagem da primeira metade do século XX, cf. H. Simon, *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart*. Belo Horizonte, 2006.

17 Sobre o tema da argumentação jurídica, cf. o clássico N. MacCormick, *Argumentação jurídica e teoria do direito*, São Paulo, 2006. No contexto italiano, as pesquisas sobre o tema da interpretação e da linguagem

autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy desenvolvem uma crítica radical do modelo positivista tradicional do direito como sistema fechado e completo de regras aplicáveis através de um procedimento simples de subsunção¹⁸. A atividade de interpretação é, assim, elevada ao patamar de operação central do sistema jurídico.

Se interpretar significa criar, construir, fazer escolhas, lidar com princípios e argumentos complexos, e não simplesmente deduzir, a partir da lei, a norma aplicável aos fatos, e uma vez que as leis devem sempre ser interpretadas antes de serem “executadas”, como é possível descrever a atividade da administração pública a partir do tradicional princípio da legalidade, segundo o qual administrar significa somente “executar a lei”?

A atividade administrativa é, sem sombra de dúvidas, a maior e mais onerosa, diversificada e onipresente das atividades estatais. Conseqüentemente, é também a que representa maior risco à liberdade dos cidadãos. Isso explica a importância histórica da fórmula clássica do princípio da legalidade administrativa: a administração pode fazer apenas aquilo que foi previamente autorizado pela lei. Ou seja, deve circunscrever-se aos limites teoricamente estabelecidos pelos próprios cidadãos representados em parlamento¹⁹. Trata-se de um princípio verdadeiramente democrático, especialmente se acompanhado das

do direito em geral foram explorados por autores importantes como Norberto Bobbio, Uberto Scarpelli e Giovanni Tarello. Esse último desenvolveu, em conjunto com outros representantes da chamada “escola genovesa”, como Riccardo Guastini e Paolo Comanducci, uma teoria cética da interpretação que submete à crítica as principais premissas do modelo da interpretação jurídica como atividade mecânica de subsunção. Cf. R. Guastini, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma 2008; e P. Chiassoni, *L'ineluttabile scetticismo della “scuola genovese”*, in P. Comanducci e R. Guastini (org.), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1999.

18 Cf. R. Dworkin, *O império do direito*. São Paulo, 2003; e R. Alexy, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, in *Revista Doxa*, 1988.

19 Segundo Sabino Cassese: “Dalla necessaria superiorità dell’interesse pubblico e dalla forza vincolante della decisione amministrativa è agevole il passaggio alla nozione di *supremazia* della pubblica amministrazione. Contro questa posizione di forza del diritto amministrativo si svilupperà il principio di legalità. [...] Divenuti rappresentativi i parlamenti, questi, infatti, utilizzarono la legge come strumento di tutela dei cittadini nei confronti delle pubbliche amministrazioni” (S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari 2003, p. 152). Sobre as origens autoritárias da concepção moderna de administração pública na França e sobre o desenvolvimento do direito administrativo no contexto de uma maior democratização do Estado e da administração, cf. S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*. Milano, 2000, p. 15-90. A simples invenção do princípio da legalidade não significa, porém, que a administração tenha se submetido automaticamente aos limites impostos pelo parlamento. A história jurídico-política dos últimos dois séculos desmente claramente essa idealização ingênua, pois os governos autoritários conseguiram, com frequência, impor exceções ao princípio da legalidade típico do Estado de direito, ao menos nas situações descritas como situações de “emergência”. Cf. G. Aganbem, *Stato di eccezione*. Torino, 2003.

possibilidades de controle judicial dos atos administrativos e de responsabilização do Estado por danos causados aos particulares.

O conteúdo democrático do princípio da legalidade não deve, todavia, ser confundido com a concepção tradicional da administração pública como mera executora passiva das leis aprovadas pelo parlamento. Administrar não significa simplesmente aplicar passivamente a lei. Quem quer que tenha um mínimo de contato com o cotidiano de uma organização administrativa é capaz de perceber que essa imagem passiva e simplificadora não corresponde à realidade, principalmente no contexto de um Estado regulador e intervencionista²⁰. Trata-se apenas de um mito produzido pelo positivismo jurídico oitocentescos. De acordo com Sabino Cassese:

[...] é provável que o paradigma da administração como execução de leis jamais tenha encontrado correspondência no direito positivo. Se hoje ele é desmentido pelo direito positivo, o era ainda mais nos Oitocentos, quando menor era o peso do Parlamento e menos extensa a área regula por leis. Como se explica, então, o sucesso da fórmula? É provável que a explicação deva ser procurada em um fator ideológico, sucessivamente teorizado. Trata-se da influência do liberalismo e do positivismo, os quais, para fornecer uma proteção ao cidadão e um fundamento seguro de observação à ciência, apontaram tudo para a lei. Para eles, o direito é o produto de uma vontade constitucionalmente habilitada (o Parlamento) e a administração tende a desaparecer por detrás das leis. Desse modo, as escolas positivistas se meteram em um labirinto inextrincável. Tiveram, na verdade, que explicar por que a administração, sendo mera execução de leis, gozava de tanta liberdade de escolha. E recorreram a dois argumentos. Afirmaram que somente em alguns casos existe tal liberdade de escolha, sendo a atividade administrativa, em regra, vinculada (invertendo, assim, os termos reais do problema). E sustentaram que, para explicar os casos nos quais estava presente essa liberdade de escolha, era necessário recorrer à discricionariedade, uma coisa diversa da autonomia²¹.

20 A tradição estadunidense das “*independent agencies*” ou agências reguladoras, posteriormente difundida em quase todo o mundo ocidental no contexto das reformas administrativas do último quarto do século XX, é um exemplo claro da complexidade e multiplicidade das tarefas impostas às organizações administrativas modernas, cujas atividades não podem ser descritas simplesmente como mera “execução de leis”.

21 S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*. Milano, 2000, p. 43-44 (tradução livre). Sobre outros mitos do positivismo jurídico em relação aos conceitos, métodos e princípios do direito administrativo, cf. S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto: un giurista e il suo tempo*. Bologna, 2008. p. 57-63.

A fórmula da discricionariedade é uma fórmula paradoxal. Uma fórmula (ou forma) que contém uma distinção, a distinção entre vinculação e discricionariedade. Ambos os lados da distinção têm sentido somente se referidos um ao outro, isto é, à outra metade da distinção, ao seu respectivo sentido oposto²². Fala-se de discricionariedade da administração apenas porque a administração é concebida como uma atividade vinculada à lei. É para justificar a sua freqüente liberdade de escolha que se diz que, ainda que programada pela lei, a administração possui poderes ou competências discricionárias, ou seja, não vinculadas (ou não totalmente vinculadas) à própria lei.

No direito administrativo, essa fórmula da discricionariedade da administração pública reflete o fato de que as decisões administrativas, não obstante sejam condicionadas juridicamente, são, na maioria dos casos, decisões políticas, e não jurídicas, pois a administração é uma organização do sistema político, e não do sistema jurídico²³.

Mas qual seria a diferença entre decisões jurídicas e decisões políticas? E o que significa ser uma organização do sistema político?

Em uma democracia, a separação dos poderes pode ser descrita como um mecanismo de escalonamento e filtro da influência política sobre os diversos órgãos estatais. Se o legislativo é o espaço legítimo dessa influência e o judiciário o espaço onde ela é geralmente considerada ilegítima, na administração pública deve-se em parte aceitar a sua legitimidade e em parte refutá-la em nome do direito²⁴.

O direito em geral e os direitos constitucional e administrativo em particular desempenham, então, uma função de neutralização parcial da influência política sobre as decisões da administração pública. Na

22 Sobre essa "lógica das formas" ("*law of forms*"), que trabalha sempre com os conceitos de distinção e paradoxos, introduzida no debate científico pelo matemático inglês George Spencer Brown, cf. N. Luhmann, *Introducción a la teoría de sistemas*, México 1996, p. 61-75. Sobre os paradoxos do sistema jurídico, cf. N. Luhmann, *The third question: the creative use of paradox in law and legal history*, in *Journal of Law and Society*, Cardiff 1988; e J. Magalhães, *Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica*, in C. E. Boucault e J. R. Rodriguez (org.), *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo, 2002.

23 No presente artigo, direito e política devem ser compreendidos como sistemas sociais autônomos e funcionalmente diferenciados no sentido proposto pela teoria da sociedade moderna desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann. Cf. N. Luhmann e R. De Giorgi, *Teoria della società*. Milano, 1994. Sobre os principais conceitos da teoria da sociedade de Luhmann, cf. C. Baraldi, G. Corsi e E. Esposito, *Luhmann in Glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*. Milano, 1996.

24 Cf. N. Luhmann, *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: 1985. p. 45-46.

verdade, eles delimitam o espaço do que é jurídico, e deve, então, ser tratado de acordo com critérios jurídicos, e do que é político, devendo, assim, ser tratado segundo critérios políticos. Esse é o verdadeiro sentido da distinção vinculação/discricionariedade: indicar, de um lado, que existem limites ou vínculos impostos pelo direito às atividades administrativas, e de outro, que existem também espaços nos quais a administração é livre para decidir de acordo com critérios (técnicos, políticos, econômicos) que escapam a qualquer tipo de controle jurídico. No final das contas, trata-se sempre da definição (ou disputa) dos confins entre direito e política²⁵.

Direito e política podem ser descritos como sistemas sociais autônomos que realizam funções sociais diversas. Ao direito compete a generalização e estabilização das expectativas normativas de conduta. A política, por sua vez, é responsável pela produção das decisões que vinculam a coletividade. Enquanto as decisões jurídicas são programadas de forma condicional, de acordo com a fórmula *se/então*, orientado-se à correção ou reparação de ações realizadas no passado, as decisões políticas são guiadas a partir de programas teleológicos ou finalísticos, segundo a fórmula *meio/fim*, e são voltadas à produção de conseqüências específicas no futuro²⁶.

O importante é que entre direito e política existe uma verdadeira diferenciação de base na comunicação, que pode ser percebida no momento em que se devem analisar as conseqüências jurídicas de uma decisão político-administrativa, isto é, nas atividades cotidianas desempenhadas pelos órgãos de consultoria jurídica do Estado. Enquanto a política se preocupa em produzir decisões que possam atingir os objetivos prometidos ou acordados nos processos de negociação e discussão entre as organizações estatais e os diversos grupos políticos e sociais, o direito se preocupa em assegurar que essas decisões estejam de acordo com as normas que regulam a atuação e o funcionamento do Estado.

A existência dessa diferença nas formas de comunicação constitui frequentemente uma fonte de problemas no relacionamento entre órgãos de consultoria jurídica e órgãos de gestão. Problemas que não se limitam a simples dificuldades de compreensão entre diferentes órgãos

25 Sobre a constituição como mecanismo de acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico, cf. N. Luhmann, *La costituzione come acquisizione evolutiva*, in J. Luther, P. P. Portinaro e G. Zagrebelsky (org.), *Il futuro della costituzione*. Torino, 1996.

26 Sobre a diferenciação funcional dos sistemas jurídico e político, cf. N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*. México, 2005; e N. Luhmann, *Teoría política en el Estado de bienestar*. Madrid, 1994.

estatais, mas que possuem também um impacto sobre a qualidade das políticas públicas implementadas pelo Estado.

Esses problemas parecem ser o resultado da ausência de uma compreensão adequada acerca da função da consultoria jurídica, em grande parte devido à persistência do “mito” positivista da administração pública como simples executora passiva da lei. Esse é o ponto central: no contexto de um Estado regulador e intervencionista, administrar não significa simplesmente executar as leis, mas sobretudo fazer política, isto é, formular e executar políticas públicas a partir das orientações e diretrizes políticas aprovadas pelo parlamento, com o objetivo de promover os direitos fundamentais dos cidadãos²⁷. Portanto, a imagem clássica do positivismo oitocentescos é anacrônica e não corresponde à realidade da administração pública hodierna, sobrecarregada de encargos regulatórios, de prestação de serviços, de prevenção dos novos riscos tecnológicos e ambientais, etc. De acordo com Jürgen Habermas:

[...] sobrecarregada pelos encargos de regulação, a administração não pode mais se limitar, no quadro de unívocas competências normativas, a dar execução às leis de maneira especializada e normativamente neutra. Segundo o modelo espertocrático, a administração deveria apenas adotar decisões pragmáticas: um ideal ao qual ela jamais pode se ater. Mas na moderna administração “prestadora de serviços”, acumulam-se problemas que requerem, em alguns casos, uma ponderação de bens coletivos, em outros, uma escolha entre finalidades concorrentes, em outros ainda, um juízo normativo sobre casos particulares. Esses problemas, para serem tratados racionalmente, requerem discursos de fundação

27 De acordo com Luhmann: “[...] sería equivocado ver que lo fundamental de la administración política consiste en la aplicación de leyes. Ya no nos encontramos en la situación de la modernidad temprana en la que no existía otra cosa, en la administración local, que tribunales. La obligación de observar la ley por parte de la administración pública, lograda en el siglo XIX es algo indiscutible. Pero esa obligación sólo ofrece la posibilidad de que se recurra al derecho en caso de que surjan dificultades. Y aún análisis actuales que investigan la “implementación” de los programas aprobados jurídicamente, e que se quejan o de los defectos jurídicos correspondientes, o del procedimiento equivocado típicamente burocrático, parten, con frecuencia, del prejuicio de que las leyes deberían ser puestas “en práctica”. El gobierno estatal e la administración son, sin embargo, de arriba a abajo, una organización del sistema político. Este sistema realiza política y no derecho – con la salvedad de que en cualquier momento puede saltar la pregunta de si esto ocurre legal e ilegalmente. Con esta pregunta, la comunicación cambia la aguja del sistema a que hace referencia” (N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México 2005, p. 497). Poderíamos acrescentar: essa pergunta sobre a legalidade ou ilegalidade de uma decisão política qualquer que “muda a agulha” da comunicação é direcionada principalmente aos órgãos de consultoria jurídica do Estado.

e de aplicação que ultrapassam os confins profissionais de uma cumprimento normativamente neutro de funções²⁸.

A complexidade e multiplicidade das atividades administrativas não se adapta, então, ao modelo teórico da simples execução de leis. Obviamente, isso não quer dizer que a administração não esteja vinculada à lei. A lei é o principal instrumento de programação da administração, mas não é capaz de determinar previamente todas as suas decisões, de apontar sempre e em todos os casos aquilo que ela pode e não pode fazer – assim como não é capaz de regular previamente todas as suas respectivas situações de aplicação, pois as normas devem sempre ser interpretadas, e interpretar também significa criar, construir, produzir alguma coisa nova. Por isso se fala em discricionariedade administrativa, ainda que a administração tenha sempre o dever de observar a lei – na verdade, em uma democracia, esse é um dever de todos²⁹.

Tendo como referência a diferenciação funcional entre direito e política, as organizações da administração pública devem ser descritas como organizações do sistema político, assim como os tribunais são organizações do sistema jurídico³⁰. Implementar políticas públicas

28 J. Habermas, *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996, p. 521 (tradução livre). Ainda segundo Habermas: “[...] lo schema classico della divisione dei poteri diventa sempre meno sostenibile nella misura in cui le leggi perdono la forma di programmi condizionali e assumono quella di programmi finalizzati. Di solito anche queste leggi materializzate si presentano come norme generali, ossia formulate senza “nomi e cognomi” e rivolte a un numero impreciso di destinatari. Tuttavia esse contengono clausole generali e concetti giuridici indeterminati, oppure programmi concreti che, non diversamente dai provvedimenti specifici, lasciano all’amministrazione ampi margini di discrezionalità. Ampliandosi l’intervento attivo dello Stato, la materializzazione di sempre nuovi ambiti giuridici ha progressivamente indotto l’amministrazione a fornire pianificazioni e prestazioni concretamente programmate, esorbitando sempre più dall’implementazione meramente tecnica (e normativamente neutrale) di norme generali e sufficientemente determinate” (J. Habermas, *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano 1996, p. 525-526). O diagnóstico da teoria dos sistemas é mais ou menos o mesmo: “Aquello que desde la perspectiva jurídica aparece como aplicación de la ley, la administración pública lo practica, más bien, como un comportamiento orientado hacia la resolución de problemas. En especial, desde que la administración pública se extendió inmensamente al orientarse hacia las tareas del Estado de bienestar y, más recientemente, hacia las tareas ecológicas, cada vez menos se trata de problemas jurídicos que se presentan bajo la forma de casos, sino de circunstancias sobre las que hay que influir: pureza del agua y del aire; establecimiento de industrias; absentismo escolar y alcoholismo; aligerar y organizar el tráfico” (N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*. México 2005, p. 497).

29 Sobre as modificações recentes na teoria do direito administrativo e na ciência da administração, cf. J. Català, *Direito e Gerenciamento nas Administrações Públicas: notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas*, in *Revista do Serviço Público*. São Paulo, 1996.

30 O próprio sistema político pode ser dividido em três espaços distintos: o espaço da política em sentido estrito, onde se desenvolvem os conflitos e as conciliações de interesses que resultam na produção das principais decisões de governo (parlamento, órgãos de cúpula do governo, partidos políticos), o espaço da administração, responsável pela execução concreta das decisões produzidas no espaço da política

significa, acima de tudo, contribuir para a formação e a execução das decisões políticas que vinculam a coletividade. Decisões, na maioria dos casos, discricionárias, voltadas à produção de conseqüências futuras e orientadas a partir da fórmula meio/fim, que implicam escolhas entre alternativas diversas e que impõem a avaliação de inúmeros critérios técnicos, políticos e econômicos, além da essencial consideração dos vínculos e limites jurídicos existentes³¹.

Assim como um tribunal, a administração pública também deve interpretar o direito, interpretação que não é nunca mecânica e que requer sempre criatividade e competência no tratamento de regras, princípios e argumentos complexos³². Os objetivos, porém, são diversos. Os juízes interpretam o direito para decidir, em definitivo, quem tem e quem não tem direito em um caso concreto e são, portanto, obrigados – uma vez que, devido à proibição do “non liquet”, “a não decisão não é permitida” – a apresentar e justificar as suas próprias decisões como se fossem as “únicas respostas corretas”, ainda que, obviamente, existam sempre várias formas de ler um texto normativo³³. Já a administração interpreta o direito não simplesmente para executar passivamente a lei, mas, sobretudo, para esclarecer quais são os vínculos jurídicos que delimitam a sua discricionariedade na implementação das políticas

em sentido estrito (organizações burocráticas da administração pública), e o espaço do público, que exerce pressão, participa da formulação e realiza o controle das decisões estatais (associações de classe, movimentos sociais, sociedade civil organizada). Cf. N. Luhmann, *Teoria Política en el Estado de Bienestar*. Madrid 1994. p. 61-66. Sobre a posição dos tribunais no sistema jurídico, cf. N. Luhmann. *El derecho de la sociedad*. México, 2005. p. 359-399.

- 31 Para caracterizar uma decisão como política ou jurídica importa não tanto o órgão que a produziu (parlamentar, administrativo ou judicial) quanto os critérios utilizados na sua formulação. Decisões jurídicas caracterizam-se pela sua programação do tipo condicional: dadas certas circunstâncias, deve-se adotar uma decisão que aponte quem tem e quem não tem direito. Já as decisões políticas são adotadas de acordo com programas teleológicos, que se orientam em direção ao futuro: o importante é identificar os meios que permitam a obtenção dos resultados apontados como desejáveis. Logo, quando as organizações da administração pública funcionam como uma espécie de “tribunal administrativo”, as suas respectivas decisões, assim como as comunicações produzidas acerca da sua formulação e execução, podem ser, a depender da hipótese e dos procedimentos utilizados, de natureza muito mais jurídica do que política.
- 32 De acordo com Habermas: “Accollandosi compiti del legislatore politico e dando esecuzione a programmi da essa stessa stabiliti, l'amministrazione deve decidere in propria gestione molte questione di fondazione e di applicazione normativa. Si tratta di questioni che non sono decidibili in base a criteri di efficienza, ma che richiedono piuttosto un trattamento razionale di ragioni normative” (J. Habermas, *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Milano, 1996. p. 517).
- 33 Sobre a função da proibição do “non liquet” (no sentido de uma dupla negação: “a não decisão não é permitida”) em relação ao fechamento operacional do direito e à posição dos tribunais no sistema jurídico, cf. N. Luhmann. *El derecho de la sociedad*. México, 2005. p. 359-399. Sobre a tese da “única resposta correta” como artifício teórico construído para negar a discricionariedade dos juízes na interpretação das normas e “levar os direitos a sério”, cf. R. Dworkin. *Levando os direitos a sério*. São Paulo, 2002.

públicas. Daí a necessidade de “traduzir” os limites produzidos pelo direito a sua liberdade política de escolha. Ou seja, a necessidade de consultoria jurídica.

2 A CONSULTORIA JURÍDICA COMO ATIVIDADE DE “TRADUÇÃO”

[...] toda tradução é somente um modo sempre provisório de lidar com a estranheza das línguas. Outra solução que não temporária e provisória, uma solução instantânea e definitiva dessa estranheza, permanece vetada aos homens ou não é, em todo caso, diretamente perseguível (Walter Benjamin, “Il compito del traduttore”)³⁴.

Traduzir é uma tarefa complexa. Complexa e paradoxal. As línguas nunca são completamente traduzíveis entre si. E, no entanto, é preciso traduzi-las. Cada palavra ou expressão possui uma história própria e específica que é peculiar a sua língua de origem. História nem sempre compartilhada pelas outras línguas nas quais a mesma palavra ou expressão deve ser traduzida. De acordo com Benjamin: “Que uma tradução, por melhor que seja, jamais possa significar alguma coisa para o original é algo bastante evidente. E todavia, ela mantém uma relação íntima com o original em razão da sua traduzibilidade”³⁵.

Essa imagem da tradução é útil como uma espécie de metáfora que nos ajuda a visualizar melhor as funções dos advogados públicos no desempenho das atividades de consultoria jurídica ao Estado. Os advogados devem traduzir a linguagem técnica e especializada típica do direito moderno aos políticos e administradores responsáveis pela tomada de decisões nas organizações da administração pública. Devem fazer com que eles entendam as conseqüências e riscos jurídicos das suas respectivas decisões, assim como devem traduzir em termos jurídicos essas mesmas decisões. Também essa uma tarefa complexa e paradoxal.

Já vimos que direito e política podem ser descritos como sistemas sociais que utilizam linguagens diversas, assim como diferentes critérios de decisão. Linguagens e critérios que devem ser traduzidos no interior da administração, pois a programação jurídica das decisões político-administrativas deve ser compreendida pelos administradores para que seja realmente efetiva. Cabe, então, aos advogados públicos desempenhar essa função.

³⁴ In *Angelus novus. Saggi e frammenti*. Torino, 1995. p. 45 (tradução livre).

³⁵ W. Benjamin. *Il compito del traduttore*, in *Angelus novus. Saggi e frammenti*. Torino, 1995. p. 41.

O principal objetivo dessa tradução é dar sustentação jurídico-constitucional às políticas públicas formuladas e implementadas pelo Estado, como forma de garantir a sua eficiência e legitimidade. Legitimidade no sentido de conferir transparência e publicidade aos critérios jurídicos que orientam as decisões político-administrativas, facilitando, assim, as atividades dos órgãos institucionais de controle e o próprio controle social realizada pela sociedade civil organizada. E eficiência no sentido de contribuir para a obtenção dos objetivos dessas políticas, isto é, a promoção dos direitos fundamentais do cidadão, prevenindo o quanto possível os riscos de conflito com esses mesmos órgãos de controle e a eventual (e sempre prejudicial) anulação das decisões estatais³⁶.

A administração pública é composta de organizações e as organizações são agrupamentos ou sistemas cuja principal função é a tomada de decisões³⁷. De acordo com uma concepção mais tradicional, as decisões representam uma escolha discricionária entre alternativas diversas, em que o conhecimento constitui um elemento fundamental ao permitir uma ponderação racional das conseqüências previsíveis de cada uma das alternativas disponíveis, não obstante todos os limites da racionalidade e da capacidade humana de previsão³⁸. No entanto, as decisões também podem ser descritas, de modo mais abstrato, como eventos complexos, contingentes e paradoxais que produzem diferenças na forma de conectar passado e futuro. De acordo com Luhmann:

O enigma da emergência de decisões a partir de uma espécie de alquimia decisória não é, portanto, esclarecido por meio de conceitos

36 Sobre a função da Advocacia-Geral da União de conferir sustentação jurídico-constitucional à formulação e execução das políticas públicas, cf. R. Vieira Junior, *A advocacia pública federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União*, in J. Guedes e L. Souza (org.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte, 2009.

37 De acordo com o conceito clássico formulado pelo teórico da administração Herbert Simon: “[...] il termine *organizzazione* si riferisce al complesso schema di comunicazioni e di altre relazioni che viene a stabilirsi in un gruppo di essere umani. Questo schema fornisce ad ogni appartenente al gruppo buona parte dell’informazione, delle premesse, degli obiettivi e degli atteggiamenti che influenzano le sue decisioni e, allo stesso tempo, crea in lui delle aspettative stabili e ragionevolmente sicure riguardo a ciò che gli altri membri del gruppo stanno compiendo ed al modo in cui essi reagiranno a quanto egli dice o compie. Il sociologo chiama questo schema un “sistema di ruoli”, ma per la maggior parte di noi esso è più familiare sotto il nome di “organizzazione” (H. Simon, *Il comportamento amministrativo*. Bologna, 1967. p. 14). Sobre as organizações como sistemas autopoiéticos que produzem e reproduzem a si mesmas através das próprias operações, isto é, através da contínua tomada de decisões, cf. N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano 2005.

38 Cf. H. Simon. *Il comportamento amministrativo*. Bologna, 1967. p. 43-180.

como escolha ou sujeito; é apenas distribuído entre esses dois conceitos. É necessário, então, indagar se é possível construir um conceito de decisão que evite esse beco sem saída. Queremos tentar relacionando o problema da decisão à dimensão temporal. Toda decisão pressupõe o tempo do mundo, que difere continuamente a distinção entre passado e futuro em um outro, novo presente. Apenas simplificando toscamente pode-se conceber isso como um movimento ou como um processo. Na realidade, trata-se do fato de que cada presente suporta o peso de uma nova descrição do seu passado e de uma nova projeção do seu futuro. O tempo não deixa, porém, muito tempo para isso. Reflexões do tipo podem, então, ser feitas somente de modo altamente seletivo e apenas por motivos particulares. A decisão, por assim dizer, reduplica o problema. Ela fornece um passado relevante *para si mesma*, tendo, assim, necessidade de uma memória que lhe ajude a colher problemas, alternativas e recursos como aspectos do seu presente. Além disso, pode-se chegar a uma decisão somente quando se entende que isso cria uma diferença. O mundo, com base na decisão, aparecerá diverso em relação a como seria caso não fosse preciso decidir. Um elemento constitutivo da decisão é, portanto, a projeção de diferenças. Uma decisão constrói uma conexão entre passado e futuro diversa em relação àquela que, em todo caso, existe no tempo do mundo. Mas tudo isso acontece no mundo, isto é, no tempo do mundo, por exemplo, em um certo momento datável³⁹.

A dimensão temporal, portanto, é o que caracteriza a especificidade de cada decisão. Uma decisão é um evento que acontece no presente. A sua adoção depende, porém, de um lado, de uma descrição do seu passado que exponha esse mesmo passado como uma alternativa sobre a qual se pode decidir no presente, e de outro lado, de uma projeção das diferenças (ou conseqüências) que possivelmente (ou provavelmente) serão produzidas no futuro⁴⁰. No contexto da administração pública, por exemplo, a descrição dos vínculos jurídicos existentes e a projeção das

39 N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*. Milano, 2005, p. 115-116 (tradução livre). Ainda segundo Luhmann: "Sembra che alla base della decisione debba essere posto uno schema di contingenza, che limiti anche ciò che deve essere preso in considerazione. Nel presente della decisione il passato mette a disposizione risorse che potrebbero anche essere usate diversamente e, nonostante sia ciò che è, lascia aperte alternative. Anche il futuro, sebbene sia e resti sconosciuto, appare come un orizzonte nel quale possono essere inserite altre possibilità" (N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano 2005, p. 116).

40 Segundo Luhmann: "[...] una decisione, fissando il risultato del suo passato come alternativa, produce un futuro incerto. Essa, presentando una pluralità di possibilità come date simultaneamente, produce non sapere chiedendosi come andranno le cose. Il non sapere è un necessario complemento della rappresentazione di possibilità. La decisione produce quindi anche la possibilità di disturbare il decorso che essa stessa ha voluto" (N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*. Milano, 2005, p. 138).

possíveis conseqüências jurídicas futuras em relação a algum projeto de decisão delimita o campo das alternativas decisórias disponíveis à administração ao mesmo tempo em que esclarece os eventuais riscos que deverão ser assumidos se se pretende decidir com responsabilidade.

O objetivo da consultoria jurídica é dar consistência jurídica às decisões políticas (no sentido de discricionárias) da administração pública. A responsabilidade pela decisão, no entanto, cabe àquele que deve adotá-la, ao decisor, isto é, ao administrador. Aos órgãos de consultoria jurídica cabe apenas assessorá-lo, traduzindo-lhe o “direito vigente”, em relação às alternativas decisórias disponíveis e às possíveis conseqüências jurídicas das suas decisões. Tudo isso talvez fosse algo relativamente simples se não houvesse um problema, provavelmente o principal problema de toda a atividade de consultoria: direito e política possuem tempos diversos, funcionam de modo operativamente fechado um em relação ao outro, são, portanto, em certa medida, mutuamente “intraduzíveis”. E não obstante tudo isso, para decidir é necessário “traduzi-los”.

As decisões da administração pública são comunicações do sistema político. Comunicações que se dirigem, porém, ao sistema jurídico antes e depois da tomada da decisão. Antes porque a administração precisa observar o sistema jurídico para tentar antecipar como ele reagirá as suas decisões. E depois porque, sendo as decisões mesmas formuladas em termos jurídicos, na forma de atos administrativos, contratos, regulamentos, etc., os seus respectivos efeitos jurídicos também produzem um impacto sobre as decisões futuras que ainda deverão ser adotadas.

Todavia, a resposta do sistema jurídico à decisão administrativa não pode, obviamente, ser controlada pela própria administração. Não obstante todas as eventuais “boas intenções” do administrador, nunca é possível estar totalmente seguro em relação ao modo como a decisão será interpretada (ou “traduzida”) pelos tribunais. Nessa perspectiva, o direito representa uma espécie de “caixa preta” para a política. As suas reações são sempre e, em certa medida, imprevisíveis. Justamente por isso é que se tenta, em todo caso, prevê-las com antecedência, para reduzir ou absorver previamente a incerteza jurídica que circunda a decisão, imunizando e tranquilizando, assim, a administração acerca das eventuais “surpresas” que o direito poderá produzir no futuro (ações judiciais, requerimentos de informação por parte dos órgãos de controle, condenações à administração, suspensão ou anulação da decisão, etc.)⁴¹.

41 De acordo com Luhmann: “Nada puede cambiar esta no-identidad de los sistemas (...). Esa no-identidad se conserva como estructura de regulación jurídica del sistema del derecho y puede estimular (e irritar) la

Traduzindo para a administração os programas jurídicos que condicionam as suas decisões e tentando antecipar as conseqüências jurídicas dessas mesmas decisões, pode-se dizer que a consultoria jurídica “abre a porta” do sistema do direito para a política. A sua atividade de tradução, não obstante seja direcionada às organizações da administração pública, é uma operação do sistema jurídico⁴². Uma primeira tradução, em termos jurídicos, da decisão político-administrativa. Poderíamos acrescentar: uma tradução que vem acompanhada de uma espécie de “aposta” sobre o fato de que o direito entenderá aquilo que a política quis dizer, ou seja, que o juiz interpretará a decisão e as normas que a condicionam da mesma maneira que a administração⁴³.

No entanto, “que o futuro seja desconhecido é uma condição irrenunciável da própria possibilidade de decidir”⁴⁴. O futuro “nunca começa”, isto é, permanece sempre indeterminado, desconhecido, inalcançável⁴⁵. Em termos jurídicos, isso significa, novamente, que jamais é possível ter certeza sobre a forma com a qual o direito responderá à decisão política: aceitando-a, refutando-a ou, então, solicitando eventuais modificações. O sistema é uma máquina histórica em certa medida imprevisível. Por isso o ideal tradicional de certeza ou segurança jurídica não passa de um mito. A indeterminação estrutural ou “textura aberta” do direito moderno significa exatamente que a

comunicación política y remitirla a una consulta jurídica” (N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México, 2005, p. 502).

42 Segundo Luhmann: “(...) no se sigue, a partir de la función del sistema político (obtener decisiones que vinculen colectivamente), que la decisión sea legal (o ilegal). Esto se puede examinar con anterioridad y, por lo general, así se examina. Pero este examen preliminar, realizado por juristas, es entonces ya una operación interna del sistema jurídico, independientemente del contexto organizativo e institucional en el cual se efectúe. Es del todo posible pensar que el sistema político decida involuntariamente en contra del derecho o que, como pasa con frecuencia, jurídicamente arriesgue algo: el riesgo es un buen indicador de que se están trascendiendo los límites del sistema” (N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*. México, 2005, p. 491). O importante é observar que as comunicações jurídicas são ativadas sempre que surgem debates ou controvérsias sobre os vínculos jurídicos que limitam a discricionariedade da administração pública: “El que la administración estatal esté programada en una forma jurídica de mucho más alcance – sobre todo por la ley del presupuesto – no debe ponerse en duda. Sin embargo el sistema jurídico se accionará activamente tan sólo cuando de ello resulten “cases and controversies”” (N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*. México, 2005, p. 486).

43 A situação é a mesma em relação à legislação: “El mecanismo de aceleramiento de la legislación (y siempre: si las leyes se utilizarán o no), depende de que no se sabe, y no se puede saber, qué sucederá con la ley en la praxis del derecho. El legislador, a lo más, tendrá sus propias ideas sobre los “efectos” posibles de la ley; pero éstas son ideas, no informaciones. Aquí priva la premisa esencial de todas las aceleraciones: que el futuro no se puede conocer” (N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*. México, 2005, p. 494).

44 N. Luhmann. *Organizzazione e decisione*. Milano, 2005. p. 126 (tradução livre).

45 Cf. N. Luhmann. The future cannot begin. In *The differentiation of society*. New York, 1982.

atividade de interpretação contém sempre um elemento criativo, um elemento de surpresa e imprevisibilidade que impede toda e qualquer previsão segura sobre a forma com a qual as normas serão interpretadas pelos tribunais, sobre o modo com o qual o direito será construído nos casos futuros. Existe apenas uma certeza tautológica de que, no futuro, o direito continuará dizendo o que é e o que não é direito, ou seja, a certeza paradoxal de um incerto tratamento no futuro⁴⁶.

Por serem as decisões eventos que acontecem sempre e necessariamente no presente, tendo como horizonte um futuro desconhecido, a consultoria jurídica, ao tentar traduzir os vínculos jurídicos que condicionam a administração e antecipar as possíveis conseqüências da decisão em relação ao sistema do direito, contribui para a absorção da incerteza jurídica que circunda todo o procedimento decisório. Uma função paradoxal de tentar antecipar aquilo que não pode ser antecipado, de fornecer certeza sobre aquilo que é sempre incerto, de traduzir algo que não é nunca totalmente traduzível. A calculabilidade jurídica das conseqüências é sempre limitada. Os advogados públicos podem ser descritos como tradutores, mas certamente não como “astrólogos”. A incerteza pode ser, em certa medida, “domesticada”, mas não completamente eliminada.

Para absorver ou “domesticar” essa incerteza, a consultoria jurídica deve se dirigir ao passado do sistema jurídico. Deve realizar uma espécie de “pesquisa histórica” no sistema para descobrir (ou “selecionar”) as possibilidades decisórias que estão “escondidas” nas suas “fontes”. Isto é, deve buscar nas leis, nos precedentes judiciais e nas opiniões dos especialistas (doutrina) uma forma de “traduzir o direito” que apresente à administração diversas possibilidades de decisão e de avaliação das suas respectivas conseqüências. Se uma regra qualquer em matéria ambiental já foi julgada ilegal por um tribunal, o advogado pode sugerir, por exemplo, que a mesma regra ou uma regra similar seja, então, introduzida em um projeto de lei, e não em um regulamento, com o objetivo de evitar uma nova sentença desfavorável. Logo, além de prestar assistência na absorção da incerteza, a consultoria jurídica também produz um enriquecimento jurídico da “memória decisória”, oferecendo diversas possibilidades

⁴⁶ Essa “incerteza jurídica” também pode ser descrita como um resultado da posituação do direito moderno, isto é, o fato de que o direito positivo da sociedade moderna é um direito contingente, artificial, modificável. Cf. N. Luhmann, *Sociologia do Direito II*, Rio de Janeiro, 1985.

de escolha à administração e contribuindo, assim, para a uma tomada de decisão mais inteligente e responsável⁴⁷.

Pode-se, então, compreender toda a importância geralmente dada aos pareceres jurídicos e a todo o procedimento de argumentação neles condensado. Em relação à atividade decisória, a argumentação jurídica pode ser descrita como uma operação que se realiza a partir da distinção entre redundância e variedade⁴⁸. De um lado, a argumentação diminui a surpresa da decisão ao fornecer-lhe justificativas prévias capazes de conectá-la a outras decisões já adotadas no passado, a alternativas já provadas precedentemente e que podem, portanto, ser reiteradas sem qualquer temor acerca das conseqüências. De outro lado, pode oferecer também os fundamentos para a adoção de uma decisão diversa e inovadora, cujas conseqüências não são totalmente claras, ainda que possam ser parcialmente antecipadas a partir de comparações com situações similares.

Entre repetição e inovação, redundância e variedade, existe sempre um risco, um risco que gera temor e ao mesmo tempo exige responsabilidade. Por ser o futuro desconhecido, a tomada de uma decisão inovadora ou inédita apresenta, obviamente, um nível de risco mais elevado em relação a uma decisão que não foge aos modelos e aos padrões aos quais já se está habituado. A criatividade também tem o seu custo. O ônus argumentativo é muito maior, as justificativas devem ser mais complexas e aprofundadas, os efeitos da decisão atual nas decisões futuras devem ser sopesados com maior prudência e atenção⁴⁹. Os

47 De acordo com Luhmann: “[...] l’essere sconosciuto del futuro non può essere cambiato. In questo senso non fa differenza il modo in cui il sapere è distribuito socialmente e se qualcuno dispone di un sapere migliore rispetto ad altri. Anche la ricerca di ulteriori informazioni concerne sempre solo il passato. In quanto a ciò, la diffusa concezione per cui con più informazione si può cogliere meglio il futuro deve essere corretta. L’incertezza, che viene aumentata dalle informazioni, non è incertezza del futuro, ma incertezza della scelta in un ambito selettivo. Certamente un decisore con una memoria arricchita può vedere più possibilità, utilizzare schemi più differenziati e, per usare una formula un po’ fuori moda, decidere in modo più furbo. In questo, e solo in questo, sta il vantaggio della conoscenza ambientale e della consulenza. Ma questo significa solo che il decisore dispone di strutture più complesse che differenziano, ma non eliminano, la non conoscenza del futuro: egli dispone di schematismi, scripts, cognitive maps, implicit theories, tutti concetti che ricorrono alla memoria e non al futuro” (N. Luhmann. *Organizzazione e decisione*. Milano, 2005, p. 138).

48 Cf. N. Luhmann, *El derecho de la sociedad*, México 2005, p. 401-471; e N. Luhmann. *Legal Argumentation: an analysis of its form*, in *The Modern Law Review*. London, 1995.

49 Segundo Luhmann: “[...] sono rilevanti le decisioni passate che siano state accettate senza reclami, cioè quelle che possono supporre di essere accettate. Chi devia deve sopportare il rischio della novità, deve argomentare, ha l’onere della prova. In modo corrispondente, il futuro viene tirato in causa dal punto di vista degli effetti che avranno i precedenti. Il decisore e colui che accetta la decisione devono anche pensare che in futuro casi simili saranno trattati secondo lo stesso modello, o, almeno, che con la decisione

advogados podem sempre tentar fornecer argumentos que justifiquem a decisão e indiquem os seus respectivos riscos, mas a disposição de assumir ou não o risco e a conseqüente responsabilidade cabe sempre ao decisor, isto é, aos políticos e administradores, nunca aos próprios advogados – a decisão, em todo caso, é sempre uma decisão política, e não jurídica⁵⁰.

Os argumentos favoráveis que justificam a decisão e tentam antecipar as suas possíveis conseqüências são, porém, como a própria decisão, argumentos contingentes, produzidos antes da sua adoção, que podem ser criticados e refutados no futuro, quando a decisão já não poderá mais ser desfeita, mas somente modificada através de uma outra decisão. Por isso, em quase todos os processos decisórios, existe sempre uma espécie de “medo” de decidir, relacionado à incerteza sobre a forma como a decisão será controlada no futuro. De acordo com Luhmann:

[...] observa-se a alternativa que é fixada pela decisão de modo diverso se tomamos como referência o tempo antes da decisão ou o tempo depois da decisão. [...] no momento em que é adotada, a decisão modifica a *forma da contingência*. Antes da decisão, a contingência é aberta, é possível a escolha de cada uma das possibilidades. Depois da decisão, a contingência é fechada, não é mais possível uma outra decisão, mas, quando muito, uma correção através de uma nova decisão. Mas a alternativa, e com ela a contingência, continuam sendo mantidas. Elas não são canceladas através da decisão, assim como também não são transformadas em uma outra modalidade do necessário ou do impossível. De outro modo não seria possível criticar as decisões ou arrepender-se por tê-las adotado, nem torná-las objeto de reprovação, muito menos tema de responsabilidade. [...] Apenas assim pode-se explicar o fato de que se tenha medo das decisões, de que se evite o risco, porque se deve ter sempre em

incombente si stabilizza un'aspettativa in questo senso” (N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*. Milano, 2005. p. 143). Sobre a avaliação das conseqüências jurídicas da decisão na forma do precedente, isto é, em relação ao impacto da decisão atual nas decisões futuras, e sobre a argumentação conseqüencialista em geral, cf. N. MacCormick. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo, 2006. p. 127-195; N. MacCormick, *On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin*, in *New York University Law Review*. New York, 1983; e N. Luhmann. *El derecho de la sociedad*. México, 2005. p. 441-448.

50 Segundo Luhmann: “Puede ser, y es el caso más frecuente, que las cuestiones de derecho delimiten el marco de lo políticamente posible y que al ser tocados estos límites se requiera de ayuda jurídica para la argumentación y para la decisión. Pero entonces sigue siendo una cuestión política el riesgo jurídico que se esté dispuesto a enfrentar” (N. Luhmann. *El derecho de la sociedad*. México, 2005. p. 498-499).

vista a possibilidade de uma posterior modificação na avaliação e até mesmo nos critérios de avaliação⁵¹.

O risco representa, então, uma forma de observar a decisão em relação ao seu futuro incerto, uma forma de racionalizar o medo de decidir por meio da tentativa de antecipar as suas eventuais conseqüências negativas⁵². Todas as decisões políticas devem ser confrontados com o problema da sua incerteza jurídica futura. Por isso os políticos e administradores têm necessidade de consultoria jurídica, para construir os argumentos com os quais possam sustentar juridicamente a decisão e para se anteciparem aos seus eventuais efeitos negativos (ações judiciais, anulação da decisão, formação de precedentes decisórios inconvenientes, etc.). Apenas estando consciente dos riscos é que se podem assumir as conseqüências da decisão. Somente observando a incerteza sobre o futuro na forma do risco é que se pode racionalizar o eventual medo de decidir. Enfim, somente assim é que se pode decidir com responsabilidade⁵³.

Por isso os políticos e administradores dão tanta importância aos pareceres produzidos pelos órgãos de consultoria jurídica – uma importância talvez superestimada. Os pareceres cumprem uma função re-asseguradora e tranquilizadora da atividade política. Contribuem para a absorção da incerteza jurídica da decisão, “imunizando-a”, em certa medida, ao fornecer-lhe argumentos e justificativas jurídicas preliminares que possam ser, posteriormente, reativados nos tribunais caso seja necessário defender a decisão em juízo. São utilizados, então, como uma espécie de “escudo” pelo decisor, como algo que se supõe capaz de protegê-lo da crítica e do controle inerente a toda e qualquer assunção política de responsabilidade no contexto de um regime democrático.

51 N. Luhmann. *Organizzazione e decisione*. Milano 2005, p. 140-141 (tradução livre).

52 De acordo com Luhmann: “Anche nell’osservazione e nella descrizione di decisioni non si può raggiungere alcuna certezza. Proprio questo si intende con il concetto di rischio. I rischi non hanno un luogo ontologico nel mondo; a differenza del concetto di pericolo, il concetto di rischio indica una forma di osservazione di decisioni” (N. Luhmann. *Organizzazione e decisione*. Milano, 2005. p. 139-140). Sobre a figura do risco como forma de observação do futuro e de racionalização do medo em relação à incerteza sobre o futuro, isto é, uma forma de construir vínculos com o futuro, cf. N. Luhmann, *Risk: a sociological theory*, New Brunswick, 2005; e R. De Giorgi. *Direito, democrazia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre, 1998.

53 De acordo com Luhmann: “Se tutto ciò che accade deve assumere la forma della decisione e se le decisioni possono essere prese sempre solo nel momento attuale, sempre solo nel presente, per quanto concerne il tempo bisogna fare i conti con questa incertezza. Le decisioni sono possibili solo perché il futuro è indeterminato, cioè anche sconosciuto. In questo consiste, appunto, ciò che normalmente si chiama responsabilità” (N. Luhmann. *Organizzazione e decisione*. Milano, 2005. p. 120).

Todavia, expondo os eventuais riscos da decisão, os pareceres funcionam (ou, ao menos, deveriam funcionar) também como um instrumento capaz de conferir publicidade e transparência aos critérios jurídicos que orientam as decisões político-administrativas, facilitando, assim, a salutar crítica democrática às decisões estatais e o seu necessário controle institucional. Já que estava consciente dos riscos e, mesmo assim, decidiu assumir a respectiva responsabilidade, o decisor deve naturalmente prestar contas à opinião pública e aos órgãos de controle.

Logo, a “tarefa do decisor” é, também ela, uma tarefa árdua. Ainda mais árdua se o seu suposto “tradutor”, ao invés de assessorá-lo e ajudá-lo, supõe que deve, também ele, controlá-lo. Os advogados são úteis principalmente para defender e assessorar, não para controlar. Por isso é que se chamam advogados, e não fiscais ou controladores. A desconfiança e o preconceito generalizados contra a atividade política do decisor pode, porém, misturar e confundir um pouco essas funções diversas. É necessário, então, olhar a política sem preconceitos.

3 SOBRE A NECESSIDADE DE OLHAR A POLÍTICA SEM PRECONCEITOS

Após a queda do muro de Berlim e a expansão global e hegemônica do modelo da economia de mercado, parece que a política moderna perdeu um pouco os rumos. De acordo com Habermas:

Diante dos desafios radicais de uma limitação ecológica do crescimento econômico e de um crescente desvario nas relações norte/sul; diante da tarefa, historicamente excepcional, de reconverter aos mecanismos de um sistema econômico diferenciado os países ex-socialistas; sob a pressão de fluxos migratórios provenientes dos países empobrecidos do sul e agora também do leste; diante dos riscos de novas guerras étnicas, nacionais e religiosas, de conflitos atômicos e de lutas internacionais pela distribuição de recursos: diante desse pano de fundo aterrorizante, a política das sociedades ocidentais constituídas como Estados democráticos de direito parece ter perdido orientação e discernimento. Por trás da retórica domina a renúncia⁵⁴.

54 J. Habermas. *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Milano, 1996. p. 7 (tradução livre). Segundo a perspectiva “apocalíptica” ou “messiânica” em relação às modernas sociedades ocidentais desenvolvida por Giorgio Agamben: “La politica contemporanea è questo esperimento devastante, che disarticola e svuota su tutto il pianeta istituzioni e credenze, ideologie e religioni, identità e comunità, per tornare poi a riproporne la forma definitivamente nullificata” (G. Abamgen. *Mezzi senza fine: note sulla politica*. Torino, 1996. p. 88).

A globalização dos mercados, a aceleração dos fluxos migratórios, os novos riscos tecnológicos e ambientais, a emergência ou renascimento de conflitos étnicos e religiosos representam, portanto, desafios à política contemporânea, desafios que não podem ser confrontados unicamente a nível dos tradicionais Estados-nação, mas que requerem uma articulação política dos problemas a nível global⁵⁵.

Esse diagnóstico de crise da política ou despolitização da sociedade moderna sinaliza um fenômeno que pode reforçar, em certa medida, uma tendência usual de desconfiança em relação aos políticos e à atividade política em geral, tendência comumente cultivada pelos representantes da burocracia estatal. O argumento tipicamente tecnocrático da parcialidade da atividade política tradicional e da sua falta de compromisso com a avaliação neutra dos interesses públicos parece ser reforçado no contexto contemporâneo de incapacidade dos Estados-nação de gerirem por conta própria os novos e inéditos problemas de uma sociedade globalizada.

No contexto brasileiro, é provável que a desconfiança e o preconceito generalizados contra a política representem, ao mesmo tempo, uma causa e um efeito do modelo da consultoria jurídica como atividade de controle. Uma espécie de círculo vicioso. De um lado, os prejuízos contra a política, isto é, a redução da atividade política a uma disputa mesquinha por posições de poder e influência entre partidos e facções, faz parecer natural a necessidade de controlar excessivamente os políticos e administradores por todos os lados, pois são eles os responsáveis pela tomada de decisões políticas na administração pública. E de outro lado, essa suposta necessidade de um controle burocrático excessivo sobre a política dá origem a desconfianças e hierarquias entre supostos controladores e controlados, desconfianças e hierarquias que apenas reforçam os estereótipos dos burocratas ou tecnocratas neutros e imparciais e dos políticos e decisores em geral parciais e sem compromisso sólido e estável com os interesses públicos.

Contudo, órgãos de consultoria jurídica e órgãos de gestão, responsáveis pela tomada das decisões político-administrativas, são ambos parte da mesma administração, o que significa que deveriam atuar de forma conjunta e coordenada, em regime de mútua colaboração, e não de modo contrastante, como se um devesse

⁵⁵ Sobre a necessidade de repensar a política e o direito modernos no contexto da globalização, cf. G. Marramao. *Passaggio a occidente: filosofia e globalizzazione*. Torino, 2009.

controlar as atividades do outro em uma posição de superioridade ou supremacia⁵⁶.

A Advocacia de Estado é geralmente descrita como um órgão técnico (ou técnico-jurídico), de caráter não político. E esse caráter não político é considerado essencial para assegurar-lhe a necessária autonomia na tutela do interesse público⁵⁷. A autonomia técnica e a relativa independência política são, no entanto, características de todos os órgãos burocráticos da administração pública, e não apenas dos seus órgãos de assistência jurídica. Todos os órgãos, sejam eles jurídicos ou de gestão, devem sempre procurar realizar com imparcialidade os interesses públicos da sociedade como um todo. Por isso é que a função da Advocacia de Estado não deve ser identificada com uma atividade de fiscalização da legalidade dos atos administrativos, como se se tratasse de um órgão superior de controle interno da administração.

Mais uma vez devemos insistir nesse ponto: consultoria jurídica não é controle, os advogados públicos não são fiscais ou controladores. Como já foi visto, eles podem ser melhor descritos como “tradutores”, como aqueles que devem traduzir aos políticos e administradores os vínculos jurídicos que condicionam o poder discricionário da administração. Se por acaso existe algo relacionado ao controle na sua atividade, seria unicamente a possibilidade que detêm os advogados de assessorar juridicamente no processo de autocontrole da administração pública. Um controle, porém, realizado pela própria administração, com o objetivo de corrigir e fiscalizar as suas próprias

56 Sobre os conflitos que ocorrem frequentemente entre as unidades de uma mesma organização em razão da maior identificação dos seus membros com a unidade à qual pertencem do que com a própria organização em geral, cf. H. Simon. *Il comportamento amministrativo*. Bologna, 1967. p. 58-60.

57 Segundo o ex-Advogado-Geral do Estado italiano Oscar Fiumara: “L’Avvocatura è un organo essenzialmente tecnico, assolutamente non politico, di rappresentanza e difesa dello Stato in giudizio, cioè del Governo, quindi esamina qualsiasi vertenza, qualsiasi problema da un punto di vista esclusivamente tecnico-giuridico. Proprio in virtù di tale metodo l’Avvocatura dello Stato, pur essendo incardinata nella Presidenza del Consiglio dei ministri, opera in piena autonomia al fine di apprestare la migliore tutela dell’interesse pubblico e collabora con tutti i poteri” (entrevista concedida ao periódico mensal “Specchio Economico”, publicada em março de 2009 e disponível para consulta no sítio eletrônico da rede mundial de computadores: <<http://www.avvocaturastato.it/files/file/FIUMARA.pdf>>). No contexto brasileiro, fala-se frequentemente de independência ou autonomia funcional da Advocacia de Estado em relação ao poder executivo para defender a mesma idéia de autonomia na tutela do interesse público. Cf. J. Guedes e L. Souza (org.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte, 2009. p. 87-127.

atividades, situação na qual o assessoramento jurídico dos advogados públicos é sempre indispensável⁵⁸.

Ainda que o risco de corrupção e de descumprimento consciente e de má-fé das normas esteja, infelizmente, sempre presente em todos os órgãos estatais – poderíamos acrescentar: em toda a sociedade – os políticos e decisores em geral não podem ser tratados *a priori* com preconceito e desconfiança. A corrupção funciona (ou, ao menos, deveria funcionar), obviamente, como um limite: diante de uma fundada suspeita de corrupção, os advogados públicos têm o dever funcional de acionar os órgãos de controle competentes para que sejam adotadas as medidas cabíveis, direcionadas a evitar ou, então, reparar eventuais danos ao patrimônio público. Trata-se, porém, de uma dever que não cabe apenas aos advogados, mas sim a todos os funcionários públicos – na verdade, a todos os cidadãos⁵⁹.

E novamente: isso não significa que a consultoria jurídica se assemelhe a uma atividade de controle. Ressalvado sempre o dever irrenunciável de prevenir e combater a corrupção, a função da consultoria jurídica é fornecer argumentos e justificativas que dêem sustentação jurídica às decisões político-administrativas e que permitam uma avaliação prévia dos seus respectivos riscos e consequências jurídicas. Argumentos e justificativas que devem ser disponibilizados de modo

58 No contexto italiano, por exemplo, não se fala jamais da Advocacia de Estado como um órgão de controle da administração pública. A sua função é descrita, sobretudo, como uma “função judicial” (“*funzione giustiziale*”): “Nell’esercizio del suo potere di “persuasione” l’Avvocatura esercita una funzione che non è né amministrativa né di giustizia, ma giustiziale, quasi di raccordo tra le due, dovendo da un lato, in sede di consulenza, indirizzare l’azione pubblica istituzionale verso l’osservanza della legalità, e dall’altro lato, in sede giudiziaria sostenere le ragioni di legalità dell’operato amministrativo a tutela degli interessi pubblici generali coinvolti nel giudizio” (G. Manzari, *Avvocatura dello Stato*, in R. Sacco (org.), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino 1987, p. 113). Os pareceres produzidos pela Advocacia de Estado italiana, porém, não vinculam necessariamente a atividade da administração pública: “È fatta salva la possibilità per l’amministrazione consultante di disattendere il parere reso dall’Avvocatura dello Stato, sia esso facoltativo od obbligatorio, fermo restando che per pacifico riconoscimento anche giurisprudenziale l’orientamento contrario a quello espresso dall’organo legale consultivo impegna in modo particolare l’ente sul piano motivazionale, richiedendosi adeguata giustificazione del dissenso nell’atto amministrativo conclusivo del procedimento ausiliato” (entrevista concedida ao periódico mensal “Specchio Economico”, publicada em março de 2009 e disponível para consulta no sítio eletrônico da rede mundial de computadores: <<http://www.avvocaturastato.it/files/file/FIUMARA.pdf>>). Sobre o suposto caráter vinculante de alguns dos pareceres produzidos pela Advocacia de Estado brasileira, sobretudo em matéria de licitação e contratos, e sobre a responsabilidade do advogado público em relação às consequências das decisões orientadas a partir desses pareceres, cf. J. Guedes e L. Souza (org.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte, 2009, p. 139-164.

59 Sobre a atuação da Advocacia-Geral da União na defesa do patrimônio público em juízo através da recuperação de ativos públicos e da punição de funcionários corruptos, cf. J. Guedes e L. Souza (org.), *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte, 2009, p. 485-499.

público e transparente e que possam, posteriormente, ser utilizados para defender essas mesmas decisões diante dos órgãos de controle (tribunais, comissões parlamentares, cortes de contas, etc.). O debate institucional sobre argumentos e teses jurídicas diversas entre as organizações da administração pública e os órgãos de controle, desde que realizado com publicidade, transparência e responsabilidade, é extremamente salutar à democracia, e não algo em relação ao qual se deveria ter qualquer tipo de medo ou temor. Por isso é importante olhar a política sem preconceitos, assessorar os políticos e administradores sem desconfianças *a priori*, traduzir para eles o “direito vigente” sem nenhum tipo de sentimento corporativista de superioridade.

A importância da atividade tipicamente política e a complementariedade entre política e administração burocrática, entre políticos de profissão e funcionários administrativos, já era teorizada pela sociologia política weberiana. Os políticos são legitimados a exercer a condução política do Estado e a assumir a responsabilidade pela tomada das principais decisões estatais. Já os funcionários administrativos possuem a preparação e a especialização técnica e profissional necessária à implementação impessoal dessas decisões e ao assessoramento técnico-burocrático essencial à sua formulação. Trata-se, no entanto, de dois papéis diferentes e complementares, que não devem ser confundidos ou misturados⁶⁰.

A Advocacia de Estado deve, então, desempenhar as suas funções de consultoria jurídica à administração consciente da importância e do impacto dessa atividade na qualidade das políticas públicas formuladas e executadas pelo Estado. Ou seja, deve compreender o sentido especificamente “político” da sua própria atividade, um sentido positivo, não necessariamente relacionado às usuais disputas por poder e influência que caracterizam todos os regimes políticos, mas sim de colaboração e comprometimento na implementação das políticas públicas e na realização dos seus objetivos. Deve, portanto, olhar a atividade político-administrativa na qual está necessariamente envolvida sem preconceitos.

60 Cf. M. Weber, *La politica come professione*, Torino 2004, p. 72-74. De acordo com Weber: “[...] la burocrazia ha fallito completamente dove è stata investita di questione politiche. [...] Infatti nelle condizioni moderne l’istruzione specializzata costituisce il presupposto indispensabile per la conoscenza dei mezzi tecnici necessari per il raggiungimento di fini politici. Ma stabilire fini politici non è un compito tecnico, e il funzionario specializzato non deve, semplicemente in quanto tale, determinare la politica” (M. Weber, *Economia e Società. Vol. IV, Sociologia Politica*. Milano, 1999. p. 533-535).

4 CONCLUSÃO

“Mas treinador, você já combinou tudo isso aí com os russos?” (Garrincha).

Um pouco antes do último jogo da fase classificatória da copa do mundo de 1958, contra a ex-União Soviética, o treinador brasileiro Vicente Feola estava explicando aos seus jogadores como eles deveriam se comportar durante a partida, qual esquema tático deveriam seguir, o que deveriam fazer em campo. Para isso possuía vários desenhos e tabelas que resumiam as diversas posições que os jogadores brasileiros deveriam ocupar em relação às posições que eventualmente viessem a ocupar os jogadores da seleção soviética. Um exercício genuíno de previsão sobre o que iriam fazer os soviéticos e de antecipação das medidas a serem adotadas pela seleção brasileira. Ao final da preleção, Garrincha, bastante conhecido não somente pela sua incrível habilidade e pelos seus dribles desconcertantes, mas também pelo seu grande senso de humor, levantou a mão e perguntou: “Mas treinador, você já combinou tudo isso aí com os russos?”. O Brasil venceu o jogo por dois a zero e depois foi campeão do mundo pela primeira vez na sua história. Garrincha e Pelé – que, na época, tinha apenas dezessete anos – foram considerados os melhores jogadores da copa. Nessa partida específica contra a ex-União Soviética, a cena dos soviéticos quase caindo no chão por causa dos dribles e fintas de Garrincha entrou definitivamente para a história do futebol mundial⁶¹.

Após ler com atenção um parecer produzido por um órgão de consultoria jurídica sobre uma questão de grande relevo, o político ou administrador poderia talvez perguntar ao advogado que o redigiu: “Mas olha só, em relação a todos esses argumentos, você já entrou de acordo com os juízes, com os órgãos de controle, com as comissões parlamentares que certamente irão me pedir informações e justificativas?”. A resposta é, obviamente, “não”. Sobre essas coisas não se fazem acordos. Por isso toda a atividade de consultoria jurídica não deixa de ser um pouco “esquizofrênica”. Não obstante todos os argumentos, justificativas e tentativas de antecipação das possíveis conseqüências, a realidade futura do sistema jurídico permanece sempre desconhecida.

Pudemos ver como as concepções clássicas sobre a interpretação jurídica e sobre o princípio da legalidade derivadas do positivismo jurídico oitocentescos, e que ainda hoje se fazem presentes na prática

61 Agradeço novamente ao amigo Renato Bigliuzzi por ter-me sugerido esse “exemplo futebolístico”.

forense e administrativa e na dogmática jurídica tradicional, representam um obstáculo a uma compreensão adequada das atividades de consultoria jurídica. A interpretação é a operação central do sistema jurídico, uma operação complexa e criativa, jamais mecânica. Operação cotidianamente desempenhada pela administração pública no cumprimento da sua função de implementar as políticas públicas necessárias à promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos. Uma função que somente através de uma redução grosseira e anacrônica pode ainda ser descrita como simples “execução de leis”.

Na formulação e execução das políticas públicas, as atividades de consultoria jurídica desempenham um papel fundamental no esclarecimento dos vínculos jurídicos que delimitam a discricionariedade dos políticos e administradores, oferecendo-lhes a oportunidade de analisar com antecedência as diversas possibilidades de escolha disponíveis e os possíveis riscos e conseqüências jurídicas das suas decisões. Por isso a consultoria jurídica pode ser descrita como uma atividade de tradução entre direito e política, uma atividade essencial à democratização das decisões político-administrativas. Traduzindo o “direito vigente” e conferindo publicidade e transparência aos critérios jurídicos que orientam as decisões estatais, ela facilita os seus respectivos controles institucional e social ao mesmo tempo em que contribui para uma tomada de decisões mais inteligente e responsável.

Essa metáfora da tradução também é útil para confutar o modelo da consultoria jurídica como atividade de controle, modelo que, infelizmente, vem se afirmando aos poucos no contexto da Advocacia de Estado brasileira. Trata-se, na nossa visão, de um modelo equivocado e distorcido, que, além de misturar e confundir os diferentes papéis dos advogados públicos e dos órgãos de controle, normalmente também vem acompanhado de um olhar permeado de desconfiança em relação à atividade política. É necessário, então, que os advogados compreendam a importância “política” da própria consultoria, ou seja, o seu impacto na qualidade das políticas públicas implementadas pelo Estado, e se comprometam realmente na obtenção dos seus resultados. É necessário, enfim, que olhem a política sem preconceitos.

No Brasil, os órgãos de controle (tribunais, ministério público, cortes de contas) já criaram uma identidade própria. As suas atividades são, sem sombra de dúvidas, essenciais à democratização do Estado, ainda que ocasionalmente (ou freqüentemente) surjam problemas, conflitos e discussões polêmicas em relação a um suposto excesso de controle que

“sufocaria”, em certa medida, a administração pública, criando supostos obstáculos a sua capacidade de ação e inovação. Esses são conflitos comuns em todos os regimes democráticos, no sentido de que fazem parte da própria democracia, feita muito mais de dissensos e disputas do que de consensos e harmonias artificialmente (ou autoritariamente) produzidos. O papel da Advocacia de Estado como órgão de consultoria jurídica da administração funciona (ou, ao menos, deveria funcionar), então, como uma espécie de compensação ou contrapeso, no sentido de tornar possível o diálogo (por vezes conflituoso) entre a administração e os órgãos de controle – poderíamos talvez dizer: entre política e direito. Se todos têm o direito de serem defendidos e assessorados por um advogado, por que não o teria também o Estado, que representa a união política de todos os cidadãos?

A Advocacia-Geral da União é uma instituição relativamente jovem. Jovem e promissora. Se nos afastamos um pouco do perfil dos órgãos de controle – do Ministério Público, principalmente – podemos ver que há ainda muito espaço para ser preenchido. Os advogados públicos, como bons “advogados”, poderiam aproveitar melhor todo esse espaço.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. *Mezzi senza fine*: note sulla politica. Torino: Bollati Boringhieri, 1996.

_____. *Il Regno e la Gloria*: per una genealogia teologica dell'economia e del governo. Homo sacer, II, 2. Vicenza: Neri Posa, 2007.

_____. *Stato di eccezione. Homo sacer*. II, 1. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Revista Doxa*, n. 5, p. 139-151, 1988.

ALPA, Guido. *L'avvocato*: i nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione. Bologna: Il Mulino, 2005.

ARAUJO PINTO, Cristiano Otávio Paixão. Arqueologia de uma distinção: o público e o privado na experiência histórica do direito. In: PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*: o Estado, as agências e o terceiro setor. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

- BARALDI, Cláudio; CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena. *Luhmann in Glossario: i concetti fondamentali della teoria dei sistemi sociali*. Milano: Franco Angeli, 1996.
- BENJAMIN, Walter. Il compito del traduttore. In: *Angelus novus. Saggi e frammenti*. Torino: Einaudi, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996.
- BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CARAMAZZA, Ignazio Franceso. *Consulenza e difesa dello Stato in giudizio: il sistema italiano*. Relazione presentata al convegno “Jornadas sobre la ley de asistencia jurídica al Estado e instituciones publicas”, tenutosi a Madrid il 25 e 26 marzo 1998.
- CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. Milano: Garzanti, 2000.
- _____. *Il mondo nuovo del diritto: un giurista e il suo tempo*. Bologna: Il Mulino, 2008.
- _____. *Lo spazio giuridico globale*. Roma-Bari: Laterza, 2003.
- CATALÁ, Joan Prats i. Direito e Gerenciamento nas Administrações Públicas: notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas. In: *Revista do Serviço Público*, São Paulo, v. 120, n. 2, p. 23-46, 1996.
- CHIASSONI, Pierluigi. L'ineluttabile scetticismo della “scuola genovese”. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (org.). *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*. Torino: Giappichelli, 1999.
- DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- _____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GUASTINI, Riccardo. *Nuovi studi sull'interpretazione*. Roma: Aracne, 2008.

GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (org.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Fatti e norme: contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*. Milano: Guerini e Associati, 1996.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LA TORRE, Massimo. *Il giudice, l'avvocato e il concetto di diritto*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2002.

LUHMANN, Niklas. La costituzione come acquisizione evolutiva. In: LUTHER, Jörg; PORTINARO, Pier Paolo; ZAGREBELSKY, Gustavo (org.). *Il futuro della costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

_____. *El derecho de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2005.

_____. The future cannot begin. In: *The differentiation of society*. New York: Columbia University Press, 1982.

_____. *Introducción a la teoría de sistemas*. Publicado por Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 1996.

_____. Legal Argumentation: an analysis of its form. In: *The Modern Law Review*, London, v. 58, n. 3, p. 285-298, 1995.

_____. *Organizzazione e decisione*. Milano: Mondadori, 2005.

_____. *Risk: a sociological theory*. New Brunswick: Aldine Transaction, 2005.

_____. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Madrid: Alianza, 1994.

_____. The third question: the creative use of paradox in law and legal history. *Journal of Law and Society*, Cardiff, vol. 15, n. 2, p. 153-165, 1988.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoria della società*. Milano: Franco Angeli, 1994.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. On legal decisions and their consequences: from Dewey to Dworkin. In: *New York University Law Review*, New York, v. 58, n. 2, p. 239-258, 1983.

MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.

MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o direito como um paradoxo: observações sobre o giro hermenêutico da ciência jurídica. In: BOUCAULT, Carlos Eduardo de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (org.). *Hermenêutica plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. O paradoxo da soberania popular: o reentrar da exclusão na inclusão. *Revista de Direito Comparado*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 361-369, 1998.

MANZARI, Giuseppe. Avvocatura dello Stato. In: SACCO, Rodolfo (org.). *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*. Torino: Unione Tipografico Editrice Torinese, 1987.

MARRAMAO, Giacomo. *Passaggio a occidente: filosofia e globalizzazione*. Torino: Bollati Boringhieri, 2009.

ROSENFELD, Michel. The rule of law and the legitimacy of constitutional democracy. In: *Southern California Law Review*, Los Angeles, v. 74, p. 1307-1351, 2001.

SIMON, Henrique. *Direito, hermenêutica e filosofia da linguagem: o problema do decisionismo em Hans Kelsen e Herbert Hart*. Argumentvm: Belo Horizonte, 2006.

SIMON, Herbert. *Il comportamento amministrativo*. Bologna: Il Mulino, 1967.

TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino, 1976.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. A advocacia pública federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (org.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

WEBER, Max. *Economia e Società*. vol. IV. Sociologia Politica. Milano: Edizioni di Comunità, 1999.

_____. *La politica come professione*. Torino: Einaudi, 2004.