

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO: ÓRGÃO DE DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E APLICADOR DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Leonardo Cacau Santos La Bradbury
Procurador Federal

Monografia apresentada à Escola da Advocacia-Geral da União como exigência parcial para participar do II Concurso de Monografias da Advocacia-Geral da União.

BRASÍLIA
SETEMBRO/2009

RESUMO: Analisa o contexto histórico-jurídico-político em que foi criada a Advocacia Geral da União – AGU, enfocando a necessidade de atuação de seus membros à luz dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Delimita as competências da AGU, em face do disposto no Texto Constitucional e nas interpretações do Supremo Tribunal Federal – S.T.F. Averigua a importância da função desempenhada pelos membros da AGU, como essencial à Justiça, em busca do interesse público primário e não do exclusivamente secundário, pois são Advogados do Estado e não do Governo. Adverte que o desempenho parcial dos membros da AGU não é obstáculo para a consagração, em juízo, dos princípios da Duração Razoável do Processo, da Efetividade e da Dignidade da Pessoa Humana, criados pela própria pessoa jurídica que representa, a qual, além de declará-los, deve concretizá-los. Sustenta que a correta representação judicial da União é pautada na elaboração de teses acadêmicas baseadas na moderna hermenêutica constitucional, sendo inadmissíveis condutas processuais que apenas contribuem para a morosidade da entrega da tutela jurisdicional. Defende a missão institucional da AGU de colaboração com o Poder Judiciário, visando melhor interpretar e aplicar o direito posto ao caso concreto, a fim de obter uma sentença calcada nas diretrizes do Estado Democrático de Direito, contribuindo, assim, para o pleno desenvolvimento da jurisdição constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Geral da União. Estado Democrático de Direito. Parcialidade. Função essencial à Justiça. Interesse Público Primário e Secundário. Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT: Analyze the historical-juridical-political context in that the General Advocacy of the Union- AGU was created, focusing the performance of your members to the foundations of the Democratic State of Right, consecrated in the Constitution of Brazil's Republic Federation of 1988. Delimits AGU's competences, in face of Constitutional Text and Supreme Federal Tribunal's interpretations. Discovers the importance of his function, as essential to the Justice, in search to primary public interest and not of the exclusively secondary, because they are State's lawyers and not the Government. Notices that the partial acting is not obstacle for consecration, in judgement, the beginnings of the Reasonable Process Duration, Effectiveness and Human Person's Dignity, created by the legal entity that represents, which, besides declaring them, should render them. Sustains that the correct judicial representation of the Union is ruled in the elaboration of academic theses based on the modern constitutional hermeneutic, being inadmissible procedural conducts that just contribute to the slowness of jurisdictional delivery. Defends that the AGU's mission is to collaborate with the Judiciary Power, seeking better to interpret and to apply the put right to the concrete case, in order to obtain a sentence stepped on in the guidelines of the Democratic State of Right, contributing for the full development of the constitutional jurisdiction.

Key Words: General Advocacy of the Union. Democratic State of Right. Partiality. Essential function to the Justice. Primary and secondary public interest. Constitutional Jurisdiction.

SUMÁRIO: 1 Competências constitucionais da AGU previstas no art. 131 da CF/88: breves considerações históricas; 1.1 Análise estrutural e funcional da AGU à luz do texto constitucional e do entendimento do S.T.F; 1.2 Natureza Jurídica da AGU; 2. A parcialidade dos membros da AGU, sua essencialidade à Justiça e a aplicação da nova hermenêutica constitucional; 3. AGU e seu papel de defesa dos direitos fundamentais ; 3.1 A atuação da AGU como Advocacia de Estado e não de Governo; 3.2 Jurisdição Constitucional e missão institucional da AGU; 4. Conclusão; 5. Referências.

1 COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DA AGU PREVISTAS NO ART. 131 DA CF/88: BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

A Carta Fundamental de 1988, que instituiu o Estado Democrático de Direito, criou a instituição denominada Advocacia Geral da União – AGU, delineando suas competências e área de atuação, tendo como preceito basilar a defesa dos interesses da União, suas autarquias e fundações.

Inicialmente, cumpre-nos, a título histórico, informar ao leitor que tal atribuição, antes da CF/88, era desempenhada pelo Ministério Público Federal, que acumulava as funções de defesa da coletividade e da União em juízo. Ocorre que o legislador constituinte de 1988 aumentou as atribuições do *Parquet*, ocorrendo situações em que sua atuação poderia se realizar inclusive contra o próprio ente estatal federal, razão pela qual se decidiu pela criação de uma instituição própria, voltada especificamente para a defesa da União. Nesse sentido, convém transcrever os ensinamentos de Walber de Moura Agra:

Na Constituição anterior, a representação judicial da União cabia ao Ministério Público, o que trazia inconvenientes para o desempenho dessa função, dado o acúmulo de tarefas. O art. 131 da nova ordem constitucional trouxe uma grande inovação porque, além de fortalecer o Ministério Público, outorgando-lhe prerrogativas em nível constitucional, criou um órgão específico para a representação judicial do Governo Federal, munindo-o com condições para o exercício de sua tarefa.¹

É preciso destacar que, desde a Constituição Republicana de 1891, por meio da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que traçava a organização da Justiça Federal, o Ministério Público tinha uma dupla função, pois acumulava tanto matérias de natureza criminal como a advocacia pública.

Assim, antes da CF/88, a defesa da União em juízo era feita pelo Ministério Público Federal, enquanto que as atividades de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo eram realizadas pela Advocacia Consultiva da União, que possuía, como instância máxima, a Consultoria-Geral da República, nos termos do Decreto nº 93.237/86.

Verifica-se, assim, que a AGU é uma instituição jovem, de pouco mais de vinte anos de vida, cuja criação beneficiou tanto a coletividade, como o ente público federal, pois se aumentou a independência do Ministério Público para defender os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos da forma mais efetiva e adequada possível,

¹ AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2002. p.561.

bem como se garantiu a racionalização da defesa da União, das suas autarquias e fundações, através de um órgão específico, com membros qualificados.

1.1 ANÁLISE ESTRUTURAL E FUNCIONAL DA AGU À LUZ DO TEXTO CONSTITUCIONAL E DO ENTENDIMENTO DO STF

Surge, assim, a AGU, prevista no art. 131 da Carta Fundamental, em seu Capítulo IV, intitulado "Das funções essenciais à Justiça"², também abrangendo o Ministério Público, a Advocacia privada e a Defensoria Pública, assim dispondo:

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

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

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

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

Desta forma, ressalte-se, que a AGU é uma função essencial à Justiça, ao lado do Ministério Público, da Advocacia privada e da Defensoria Pública, o que, *a priori*, já demonstra a importância da instituição elevada a nível constitucional.

Como nos ensina Rommel Macedo, o legislador constituinte de 1988, ao criar a AGU sofreu grande influência da Advocacia de Estado Italiana (*Avvocatura dello Stato*), traçando competências similares. Contudo, diferentemente do ordenamento brasileiro, a advocacia pública italiana não possui previsão na vigente Constituição da Itália, mas tão somente infraconstitucional.³

A AGU, ao ser conceituada pela CF/88 como uma "instituição", ressalta seu traço de órgão permanente, perene, que possui interesses e objetivos específicos a proteger e resguardar, em face do ordenamento jurídico pátrio.

O termo "geral", utilizado ao denominar a instituição, significa que a representação judicial e extrajudicial da União não se restringe ao âmbito interno, mas também abrange o plano internacional, pois como bem ressalta a doutrina de Flávia Piovesan⁴ e de Caçado Trindade⁵, o ente público federal é quem será responsabilizado por eventuais violações aos direitos humanos fundamentais realizados pelos Estados-Membros, razão pela qual há a necessidade de atuação da AGU, o que já vem sendo feito perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como no caso nº 12.237, no qual a Comissão Interamericana de Direitos Humanos busca a condenação do Brasil por violação ao Direito à Vida, Integridade Pessoal, Garantias Judiciais e Proteção Judicial, previstos, respectivamente, nos artigos 4º, 5º, 8º e 25, do Pacto de São José da Costa Rica.⁶

² BRASIL, Constituição (1988). *op.cit.*

³ MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr. 2008.

⁴ PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Caçado. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. Brasília: Revista dos Tribunais, 1992.

⁶ MACEDO, *op cit.*, p. 45-46.

A estrutura da AGU se encontra delineada na Lei Complementar nº 73/93, possuindo *órgãos de direção superior* (Advogado-Geral da União, Procuradoria-Geral da União, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, Consultoria-Geral da União, Conselho Superior da Advocacia Geral da União e Corregedoria-Geral da Advocacia da União), *órgãos de execução* (Procuradorias Regionais da União – nas capitais dos Estados sedes de Tribunais Regionais Federais -, Procuradorias da União – nas demais capitais dos Estados da federação, Procuradorias Seccionais da União – nas cidades do interior dos Estados que possuam vara da Justiça Federal, Procuradorias Regionais da Fazenda Nacional – nas capitais dos Estados sedes de Tribunais Regionais Federais, Procuradorias da Fazenda Nacional, em todas as capitais dos Estados da Federação, Procuradorias Seccionais da Fazenda Nacional, localizadas, em regra, nas cidades sedes de vara da Justiça Federal e as Consultorias Jurídicas), bem como *órgão vinculado* (Procuradoria-Geral Federal, criada pela Lei nº 10.480/2002, em seu art. 9º, possuindo autonomia administrativa e financeira).

Ademais, também integram a AGU os Procuradores do Banco Central do Brasil, que, nos termos do art. 4 da Lei 9.650/98⁷ e da Lei 11.358/06⁸, tem, dentre outras, as funções de representação (judicial e extrajudicial), consultoria e assessoramento jurídico do Banco Central do Brasil, sendo remunerados por subsídio, fixada em parcela única.

Desta forma, a AGU é composta por quatro carreiras: Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e Procurador do Banco Central do Brasil, todas com a mesma remuneração, por meio de subsídio fixado em parcela única.

Assim, é bastante comum o equívoco por parte dos operadores do direito de que o "Procurador do I.N.S.S." – Instituto Nacional do Seguro Social faz parte da estrutura da referida autarquia previdenciária, quando, na verdade, trata-se de Procurador Federal, integrante dos quadros da AGU, que apenas representa judicialmente a supracitada autarquia.

No aspecto funcional, a CF/88 é clara ao delimitar a competência da AGU, ao dispor que esta instituição tem por missão representar a União judicial e extrajudicialmente, bem como prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo Federal.

Percebe-se, pois, que a Carta Fundamental outorgou à AGU uma dupla competência: uma *postulatória ou contenciosa*, consubstanciada na representação judicial e extrajudicial dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como das autarquias e fundações públicas federais, e outra *preventiva ou consultiva*, por meio da realização de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo Federal, quanto à constitucionalidade e legalidade de seus atos.

Inicialmente, é importante destacar que na função postulatória o art. 131 da C/88 dispõe que a AGU irá representar judicial e extrajudicialmente a União, enquanto na

⁷ Art. 4º São atribuições dos titulares do cargo de Procurador do Banco Central do Brasil:

I - a representação judicial e extrajudicial do Banco Central do Brasil;

II - as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Banco Central do Brasil;

III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial; e

IV - assistir aos administradores do Banco Central do Brasil no controle interno da legalidade dos atos a serem por eles praticados ou já efetivados.

⁸ Art. 1º A partir de 1º de julho de 2006 e 1º de agosto de 2006, conforme especificado nos Anexos I, II, III e VI desta Lei, respectivamente, passam a ser remunerados exclusivamente por subsídio, fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, os titulares dos cargos das seguintes Carreiras:

I - Procurador da Fazenda Nacional;

II - Advogado da União;

III - Procurador Federal;

V - Procurador do Banco Central do Brasil;

parte final, ao versar sobre a função preventiva, delimita o campo de atuação da instituição, ao especificar que presta consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo Federal. Desta forma, verifica-se que a AGU não realiza consultoria nem assessoramento jurídico aos Poderes Legislativo e Judiciário.

É preciso observar que o termo "União", utilizado no *caput* do art. 131 da CF/88, ao versar sobre a função postulatória da AGU, é utilizado em seu sentido amplo, significando a organização política dos Poderes nacionais, em seu conjunto, conforme as lições de Cretella Júnior, *apud* Rommel Macedo, ao nos ensinar que, nesse contexto, a "União é a organização política dos Poderes nacionais, em seu conjunto. A União, no texto constitucional, é detentora dos três poderes."⁹

Desta forma, podemos concluir que, no desempenho de sua função postulatória, a AGU exerce a representação judicial e extrajudicial de todos os Poderes da União (Executivo, Legislativo e Judiciário), bem como de suas autarquias (INSS, IBAMA, INCRA, p. ex) e fundações (FUNAI, p. ex), bem como do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União. Por outro lado, no exercício de sua função preventiva, presta consultoria e assessoramento jurídico somente ao Poder Executivo Federal.

Cumpre-nos alertar o leitor a respeito da diferença entre consultoria e assessoramento jurídico. A esse respeito, transcrevemos a lição de Rommel Macedo:

O assessoramento jurídico se distingue da consultoria. No primeiro, o advogado não possui qualquer responsabilidade sobre a decisão a ser tomada, tendo apenas a incumbência de orientar a instância decisória; já na segunda, o advogado exara pareceres, sobre os quais possui inequívoca responsabilidade. Por meio da consultoria jurídica, emite-se aquilo que Moreira Neto considera uma verdadeira "vontade estatal", devendo a administração pública demonstrar a razão para o não-acatamento dos termos do parecer proferido, sob pena de nulidade do ato.¹⁰

Nesse momento, cumpre-nos registrar, apesar de nosso trabalho focar a função postulatória da AGU junto ao Judiciário e não a preventiva, o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF realizado no MS nº 24.631 (veiculado no Informativo nº 475), onde se concluiu, nos termos do voto do Min. Joaquim Barbosa, que nossa legislação contempla três hipóteses de consulta: a *facultativa*, na qual a autoridade administrativa não se vincularia à consulta emitida; a *obrigatória*, na qual a autoridade administrativa ficaria obrigada a realizar o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou não, podendo agir de forma diversa após emissão de novo parecer; e a *vinculante*, na qual a lei estabeleceria a obrigação de "decidir à luz de parecer vinculante", não podendo o administrador decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.¹¹

Tal decisão sepultou entendimento corriqueiro da doutrina de que o parecer jurídico realizado por membro da AGU tem sempre caráter opinativo. Nesse sentido, o Min. Joaquim Barbosa assim nos alerta:

A doutrina brasileira, embora tradicionalmente influenciada pela doutrina francesa nessa matéria, não desce a essa sofisticação de detalhes, preferindo manter-se fiel à noção de que o parecer jurídico tem sempre caráter opinativo. O que é relevante nessa classificação é que, no caso do parecer vinculante, há efetiva partilha do poder decisório.¹²

Assim, no referido julgado, concluiu-se que sendo o parecer vinculante "haveria efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, razão pela qual,

⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. *apud* MACEDO, op cit.

¹⁰ MACEDO, op cit., p. 46.

¹¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2008.

¹² Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2008.

em princípio, o parecerista poderia vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois seria também administrador nesse caso.”¹³

Podemos citar como exemplo de pareceres vinculantes aqueles que aprovam ou ratificam o termo de convênios e aditivos em licitações, nos termos do art. 38 da lei 8.666/93, cuja irregularidade, conforme decisão do S.T.F. no MS nº 24.584, relator Min. Marco Aurélio, “possibilita a responsabilização solidária, já que o administrador decide apoiado na manifestação do setor técnico competente.”¹⁴

Como vimos, a atuação da AGU pode ocorrer no âmbito consultivo, ainda na seara administrativa, por meio de pareceres, consultas e assessoramento jurídico ao administrador público, como também no contencioso, na fase judicial, por meio da representação das entidades públicas em juízo.

Cumpramos destacar a importância da atividade consultiva da AGU como forma de prevenção e solução de conflitos, evitando inúmeras demandas judiciais.

A melhor, mais célere e adequada forma de se concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos é por meio de um consultivo bem realizado que contribui para diminuir a atuação do contencioso.

Assim, a AGU edita diversos Pareceres Normativos, elaborados pelo consultivo, que dirimem dúvidas de interpretação da legislação, protegem o patrimônio público e asseguram direitos aos cidadãos, protegendo e concretizando os direitos fundamentais.

Desta forma, o contencioso da AGU atua em parceria com o governante na concretização dos direitos fundamentais e na busca pelo ideal de Justiça.

Logo, o fortalecimento do contencioso propiciará a redução das demandas judiciais e a racionalização do serviço público.

Assim, podemos concluir que não só a atuação contenciosa, mas também, principalmente, a consultiva da AGU contribuem para a realização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e na efetivação dos direitos sociais, verdadeiros pilares do nosso Estado Democrático de Direito.

Registrados os entendimentos do STF e a importância da função preventiva da AGU como forma de solução e prevenção de conflitos, continuaremos a análise do texto constitucional. O § 1º do art. 131 da CF/88 dispõe que o chefe da AGU será o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República, escolhido dentre cidadãos maiores de 35 anos, de reputação ilibada e notável saber jurídico. Não há necessidade de que haja a aprovação da escolha pelo Senado Federal, não precisa a indicação recair sobre um membro da carreira e, a partir da Lei 10.683/2003, o Advogado Geral da União tem o status de Ministro do Estado, sendo, desta forma, julgado pelos crimes comuns no STF (art. 102, I, “c”, da CF/88) e pelos crimes de responsabilidade no Senado Federal (art. 52, II, da CF/88).

Cumpramos registrar que, dentre as atribuições do Advogado-Geral da União, previstas no art. 4º da L.C. nº 73/93, destacamos a de *defensor legis*, isto é, a de curador da constitucionalidade das leis, em razão de sua atuação na defesa do ato normativo federal ou estadual impugnado em face do controle concentrado de constitucionalidade, nos termos do art. 103, § 3º, da CF/88.

Por fim, o § 2º do art. 131 dispõe que o ingresso em qualquer uma das carreiras da AGU (Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e Procurador do Banco Central do Brasil) far-se-á mediante concurso público de provas e títulos e seu § 3º especifica que a execução da dívida ativa de natureza tributária da União será realizada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que, como vimos, é um órgão de direção superior da AGU.

¹³ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2008.

¹⁴ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2008.

1.2 NATUREZA JURÍDICA DA AGU

Falar sobre a natureza jurídica da AGU é caracterizá-la como integrante ou não de algum dos Poderes da República: Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Tal tema tem gerado diversos posicionamentos divergentes pela doutrina, que passaremos a comentar.

A primeira corrente, capitaneada por Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, entende que a AGU faz parte do Poder Executivo.¹⁵

A segunda corrente, defendida por Sérgio de Andréa Ferreira¹⁶ e Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁷, sustenta que a AGU não integra o Executivo, nem está a ele vinculada nem subordinada, possuindo independência funcional tanto na sua atuação postulatória como na consultiva. Ensinam que a AGU não está vinculada a nenhum dos poderes, atuando fora deles.

Assiste razão à segunda corrente, pois a AGU não integra e nem está subordinada ao Executivo nem a nenhum dos poderes políticos, pois é, nos termos da CF/88, uma função essencial a Justiça, que busca a realização do interesse público e o controle da legalidade dos atos do Executivo.

Desta forma, na fase contenciosa, a AGU irá representar o Poder Executivo, Legislativo, o Judiciário, bem como o Ministério Público da União e a Defensoria Pública da União. Desta forma, se um técnico do Ministério Público Federal entrar com uma ação requerendo o pagamento de verbas remuneratórias a que entende ter direito, será a AGU, por meio dos Advogados da União, que irá representar a União em juízo, defendendo o ato impugnado. Por tal razão, não é correto afirmar que a AGU é órgão do Executivo, posto que pode representar judicialmente outros poderes, bem como o Ministério Público da União e a Defensoria Pública da União.

Porém, como já ressaltamos, a atividade consultiva da AGU, de assessoramento jurídico, é realizada somente perante o Executivo Federal, na missão de controle preventivo de legalidade e constitucionalidade dos seus atos administrativos.

Assim, adotando o posicionamento de César do Vale Kirsch¹⁸, entendemos que a AGU tem natureza de Órgão de Estado, que integra o sistema constitucional de funções essenciais a Justiça, não se vinculando a nenhum dos três poderes estabelecidos.

2 A PARCIALIDADE DOS MEMBROS DA AGU, SUA ESSENCIALIDADE À JUSTIÇA E A APLICAÇÃO DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Neste capítulo, passaremos a analisar a atuação da AGU, como sujeito parcial no processo, inserida como função essencial à Justiça e a necessidade dos seus membros aplicarem a nova hermenêutica constitucional.

É indiscutível e unânime na doutrina constitucional que os membros da AGU agem com parcialidade. Nesse sentido, Walber de Moura Agra¹⁹ leciona que essa foi a razão pela qual a defesa dos interesses da União foi desvinculada das atribuições do *Parquet*, uma vez que, em face do seu novo papel atribuído pela CF/88, iriam surgir inúmeros

¹⁵ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Tomo IV, São Paulo: Saraiva, 1997.

¹⁶ ANDRÉA FERREIRA, Sérgio de. *Comentários à Constituição*. 3º vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

¹⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, nº 116, 1992.

¹⁸ KIRSCH, César do Vale; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (orientador). *Advocacia Geral da União e Poder Executivo Federal: Parceria Indispensável para o Sucesso das Políticas Públicas*. Brasília, 2003. Dissertação de Pós Graduação – Instituto Brasiliense de Direito Público.

¹⁹ AGRA, op cit., p. 561.

conflitos caso o órgão ministerial tivesse que continuar a defender os interesses estatais, visto que, em alguns casos, o interesse da coletividade pode colidir com o estatal.

Nesse mesmo sentido, também é a doutrina de Uadi Lammêgo Bulos ao afirmar que "é importante lembrar que não se exige imparcialidade do AGU."²⁰

O próprio STF, no julgamento da ADIN nº 470/AM, manifestando-se a respeito dos Procuradores dos Estados, mas que tem aplicação analógica aos membros da AGU, por meio do voto vencedor do Relator Min. Ilmar Galvão, *apud* Rommel Macedo, assim afirma:

[...] o mister desenvolvido pelas Procuradorias dos Estados que, nos termos do art. 132 da Constituição Federal, exercem a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, *em atividade cuja parcialidade é necessária* e que exige perfeita sintonia com as diretrizes fixadas pela chefia da Administração Pública.²¹ (grifo nosso)

Porém, o fato de o membro da AGU atuar em juízo ou na fase consultiva com parcialidade não significa que deverá atuar de forma contrária aos interesses constitucionais que são irradiados pelo Estado Democrático de Direito. É plenamente possível que tenhamos uma atuação parcial, visando atender aos interesses da União, suas autarquias e fundações, e, ao mesmo tempo, em consonância com os valores constitucionais e legais presentes em nosso ordenamento.

Na verdade, no atual Estado Democrático de Direito Brasileiro, a única forma de atuação legítima do Estado em juízo ou na fase administrativa ocorre quando sua conduta processual, visando defender seu interesse posto em litígio, guarda respeito aos direitos fundamentais do cidadão e da ordem jurídica vigente.

Ademais, o Estado, que deve pautar sua conduta sempre visando o interesse público primário, não deve ir a juízo nem emitir um parecer veiculando uma pretensão jurídica que não está albergada pela Norma Fundamental, nem tampouco prolongar um processo para cujo desfecho a própria CF/88 exige celeridade.

Nesse sentido, Dárcio Faria assevera que:

*não há, portanto, qualquer possibilidade de ingresso do ente público em juízo para formular pedido incompatível ou contrário à lei ou à moral, mesmo porque são a moralidade e a legalidade princípios constitucionais que norteiam a atividade pública.*²² (grifo nosso)

Necessário, nesse momento, estabelecermos a diferença entre interesse público primário e secundário. A esse respeito, Celso Antonio Bandeira de Melo, invocando a doutrina italiana de Renato Alessi, nos ensina que:

[...] o interesse coletivo primário ou simplesmente interesse público é o complexo de interesses coletivos prevalentes na sociedade ao passo que o interesse secundário é composto pelos interesses que a Administração poderia ter como qualquer sujeito de direito, interesses subjetivos, patrimoniais, em sentido lato, na medida em que integram o patrimônio do sujeito.²³

Verifica-se, assim, que, enquanto os interesses públicos primários representam a dimensão pública dos interesses individuais, os secundários retratam os objetivos particulares do Estado, enquanto pessoa jurídica.

Desta forma, percebe-se que o Estado somente está legitimado a atuar em juízo ou emitir um parecer na defesa do interesse público primário e, eventualmente, na do

²⁰ BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1167.

²¹ Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 out. 2008. *apud* MACEDO, *op cit*. p.36.

²² FARIA, Darcio Augusto Chaves. A ética profissional dos procuradores públicos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 321. p.31.

²³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 229.

secundário, desde que coincidente com aquele. Nesse sentido, são as sábias lições de Bandeira de Mello:

*[...] o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. [...] os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos.*²⁴ (grifo nosso)

Consequentemente, a AGU somente pode atuar em juízo ou prolatar um parecer na defesa de um interesse secundário, se este não conflitar com o primário, tendo em vista que a finalidade precípua do Estado é a garantia do bem estar social, não sendo um fim em si mesmo, mas sim um meio para se atingir tal objetivo.

Desta forma, necessário se faz enfatizar que o fato de os membros da AGU atuarem em juízo com parcialidade ou na fase consultiva, na defesa dos interesses da União, suas autarquias ou fundações, não retira o seu compromisso ético com o respeito e a busca da efetivação dos valores constitucionais e legais que sustentam nosso ordenamento. Perfilhando tal posicionamento, José Renato Nalini afirma que *"a circunstância de orientar ou de representar judicialmente o Estado não retira do procurador os seus compromissos éticos de advogado."*²⁵

Sobre esse tema, a então Consultora da União, Dra. Mirtô Fraga, elaborou o Parecer nº GQ-111, adotado pelo então Advogado Geral da União, Dr. Geraldo Magela da Cruz Quintão e aprovado pelo Presidente da República, em 05 de junho de 1996, sendo, assim, de cumprimento obrigatório por todos os órgãos e entidades da Administração Federal, por força do art. 40, § 1º c/c art. 41 da Lei Complementar nº 73/93, no qual se afirma que nas lides entre União e particulares, a parcialidade que marca a atuação dos membros da Instituição não deve ser utilizada como argumento para a defesa de exclusivo interesse público secundário, pois a missão da AGU é buscar o interesse público primário, preservar o bem público e assegurar o direito de cada um, nos seguintes termos:

*Ao decidir questões surgidas nas suas relações com o particular (no caso, servidor público), a Administração não deve agir com parcialidade, não deve ter em vista o seu interesse (aquele interesse secundário a que nos referimos no início deste Parecer), mas deve visar ao interesse público primário, que se confunde com o bem público e que, em resumo, exige seja respeitado o direito de cada um. À Advocacia-Geral da União, cabe fixar a exata interpretação das normas jurídicas para que seja alcançado o ideal de justiça almejado por todos.*²⁶ (grifo nosso)

Como ressaltamos, tal parecer é de cumprimento obrigatório pelos membros da AGU, nos termos do art. 28, II, da Lei Complementar nº 73/93, em razão de sua aprovação pelo Presidente da República e devida publicação no Diário Oficial, o que nos faz concluir que os Advogados da União, Procuradores Federais, da Fazenda Nacional e do Banco Central do Brasil devem pautar sua conduta em juízo ou na fase consultiva com base no interesse público primário, calcado no ideal de justiça, não atuando com vistas a garantir um direito eminentemente patrimonial e exclusivo da pessoa jurídica que representam.

Neste momento, cumpre-nos distinguir algumas situações opostas. A Constituição Federal de 1988 ao dispor sobre as funções essenciais à Justiça, delimitou o campo de atuação de cada instituição, a fim de atender aos interesses de cada grupo social. Nesse

²⁴ MELO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros. p. 55-56.

²⁵ NALINI, José Renato. *A ética do Advogado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.376.

²⁶ Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2008.

sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto nos ensina que, de acordo com as diretrizes constitucionais, compete ao Ministério Público a defesa da sociedade, dos interesses difusos e individuais indisponíveis, à Defensoria a dos interesses dos necessitados, aos advogados particulares a dos interesses privados e aos advogados de Estado a dos interesses públicos.²⁷

O advogado público não é um advogado particular, que pode fazer tudo que a lei não proíbe, com vistas a atender de forma satisfatória os interesses do seu cliente, não é membro do Ministério Público, que deve atuar como advogado da sociedade, objetivando atender os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, nem tampouco é um defensor público, que desempenha suas atribuições visando atender aos interesses dos hipossuficientes.

O Advogado público atua com parcialidade, pois está constitucionalmente encarregado da defesa do Estado, porém em razão da qualidade da pessoa de direito público que representa, o qual age, por delegação, em nome do povo – titular soberano do poder, em razão do Princípio da Soberania Popular – não pode defender em juízo ou por meio de pareceres ou consultas teses acadêmicas totalmente desvirtuadas dos fundamentos que norteiam o Estado Democrático, nem tampouco tomar atitudes processuais ou administrativas que vão de encontro aos princípios basilares do nosso ordenamento, pois ao assim agir está longe de ser uma função essencial à Justiça, mas sim um entrave ao pleno desenvolvimento da jurisdição.

O advogado público que recorre de todas as sentenças que lhe são desfavoráveis, mesmo aquelas matérias já pacificadas pelos Tribunais Superiores, ou cria ou sustenta teses jurídicas dessarazoadas que vão de encontro aos ditames do Estado Democrático Brasileiro não está desempenhando uma função essencial à Justiça, como quer a CF/88, mas sim prejudicando o pleno desenvolvimento da jurisdição, contribuindo para a morosidade da entrega jurisdicional e violando os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Duração Razoável do Processo e da Efetividade.

Vivemos atualmente, o fenômeno da “Constitucionalização do Direito”, que significa que todos os ramos do direito terão seus institutos redefinidos pelos princípios constitucionais, pois a Carta Magna possui um efeito irradiador sobre todo o ordenamento jurídico, pois é quem lhe confere validade e sentido.

Tal fenômeno, a título de exemplo, aplica-se no Direito Civil, que cria a “função social da propriedade”, instituto antes calcado eminentemente no interesse individual, passa a ter uma dimensão coletiva, cujo uso não pode gerar prejuízo a terceiros. No âmbito do Direito Administrativo, mais importante para o nosso trabalho, o efeito irradiante da CF/88 alterou o clássico sentido do Princípio da Estrita Legalidade, que defendia que o administrador somente pode fazer o que está estritamente previsto na lei. Hoje, mesmo que não haja previsão legal expressa, o administrador pode sim atuar, desde que o faça com base nos princípios e valores constitucionais, a ponto de alguns doutrinadores preferirem chamá-lo de Princípio da Juridicidade, ao invés de Estrita Legalidade.

Cumprir destacar que o Princípio da Juridicidade, em substituição à Legalidade Estrita, foi reconhecido pela AGU por meio do Parecer nº 1.087 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, de 19/07/2004, no qual se decidiu que as decisões de mérito do Conselho dos Contribuintes do Ministério da Fazenda podem ser submetidas ao crivo do Poder Judiciário, pela Administração Pública, a fim de serem anuladas, quando violarem o Princípio da Juridicidade e o patrimônio público, ferindo os princípios constitucionais implícitos ou explícitos, os quais são normas jurídicas.

Assim, os membros da AGU (Advogados da União, Procuradores Federais, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central do Brasil) devem atuar tanto em juízo (contencioso) como na fase consultiva visando aplicar a nova

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão*: temas de direito publico e constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

hermenêutica constitucional, que, na visão do mestre Luis Roberto Barroso, é aquela que exige que o intérprete realize uma interpretação construtiva do direito, visando garantir a máxima efetividade aos postulados constitucionais.²⁸

Para a nova hermenêutica constitucional, não se pode confundir o texto (dispositivo) com a norma. Texto é o artigo de lei descrito pelo legislador, enquanto a norma é o texto interpretado. Desta forma, a norma é fruto da interpretação construtiva do intérprete.

Nesse sentido, Humberto Ávila assim nos ensina:

É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crendice de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos.²⁹ (grifo nosso)

Cumpre destacar que tal atividade criadora do direito, por parte do intérprete, não é livre, pois está limitada pelos fundamentos do nosso ordenamento jurídico, não podendo a interpretação ser realizada de forma dissociada dos vetores constitucionais que conferem validade e sentido às normas jurídicas.

Sobre tal questão, Humberto Ávila conclui:

Isso não quer dizer que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e a preservação desses valores. O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida.³⁰ (grifo nosso)

Desta forma, não basta tão-somente buscar o sentido da norma, revelando seu conceito, como defende a clássica hermenêutica constitucional, numa simples subsunção do fato à norma, sem qualquer atividade criadora.

Assim, o papel dos membros da AGU, ao aplicar a nova hermenêutica constitucional, é auxiliar o magistrado (fase contenciosa) ou o administrador público (fase consultiva) na realização de uma atividade cognitiva criadora do Direito e não somente subjuntiva do fato à norma, sem envolver qualquer parcela de criação para o caso concreto.

Enfim, o papel dos membros da AGU, na defesa dos entes públicos é, mesmo agindo com parcialidade, buscar aplicar os postulados da Força Normativa da CF/88 e de seus valores, posto que qualquer atuação do Estado sem esteio em valores constitucionais é desprovido de qualquer legitimidade democrática, em razão de que, quer na esfera judicial ou na administrativa, o ente público está agindo por delegação do povo, não podendo voltar-se contra seus próprios cidadãos, titulares soberanos do Poder.

É necessário que todos os operadores do Direito reflitam sobre isso, em especial os próprios advogados públicos. Como dissemos, a Carta Política delinea as atribuições dos membros da AGU, de forma explícita, em seu art. 131. Porém, esta atuação, para que seja essencial à Justiça, não pode ser exercida de forma desenfreada e irracional. Implicitamente, a Norma Fundamental exige que os advogados públicos atuem pautados nos ditames e fundamentos por ela irradiados a todo o sistema jurídico.

Vale dizer: a Constituição de 1988 não disse que a advocacia pública era uma simples função acessória à Justiça, que pode ser exercida de qualquer forma. Pelo contrário, ao qualificar sua atribuição como essencial, implicitamente está assegurando

²⁸ BARROSO, Luis Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. *O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2009.

²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 34.

³⁰ ÁVILA, op. cit., p. 34.

que a defesa dos interesses do Estado em juízo ou na fase administrativa deve se conciliar com todas as diretrizes presentes no Estado Democrático de Direito, a fim de que se alcance, efetivamente, a Justiça, no sentido romano do termo, de dar a cada um o que é seu por direito.

Não podemos interpretar o termo "essencial", presente no Capítulo IV da CF/88, de forma restrita, querendo significar apenas o simples fato de que, como o Judiciário é inerte, necessita da provocação da advocacia privada ou pública, do Ministério Público ou da Defensoria para que possa atuar e resolver o conflito no caso concreto.

A fim de se conferir força normativa a este dispositivo constitucional, como nos ensina Konrad Hesse³¹, é necessário interpretá-lo de forma ampla, abrangendo não somente o aspecto da inércia da jurisdição, mas, sobretudo, a forma de atuação das instituições que compõem as funções essenciais à Justiça, na qual está incluída a AGU.

Essa interpretação ampliativa deste preceito constitucional é inclusive aceita pela própria AGU que, por meio do seu Parecer Normativo nº GQ-111, já citado no presente trabalho, de cumprimento obrigatório por todos os órgãos e entidades da Administração Federal, dispõe que:

Ao criar, na Lei Maior, a Advocacia-Geral da União, não no capítulo destinado ao Poder Executivo, mas no capítulo intitulado "Das Funções Essenciais à Justiça", após o disciplinamento dos três Poderes do Estado, e ao determinar que lei complementar dispusesse sobre sua organização e funcionamento, o constituinte de 1987-1988, deu-lhe, sem dúvida alguma, *status especial*. E a Advocacia Geral da União nasceu como *instituição forte, essencial à Justiça, aqui entendida na sua acepção ampla*. Sua atuação nas atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo, sobretudo pelo seu mais alto órgão, o Advogado-Geral, visa a possibilitar a juridicidade plena do Poder Executivo na observância da legalidade, da legitimidade e da licitude, ou seja, da conformidade dos atos da Administração com o sistema jurídico vigente, obedecendo, pois, ao anseio geral, que deseja, sem dúvida alguma, seja a atividade administrativa pautada pelo Direito e pelos princípios morais.³² (grifo nosso)

Como vimos, a Carta Fundamental delinea, específica e explicitamente, os tipos de interesse que cada instituição essencial à Justiça compete defender. Porém, não se aceita que tal defesa seja feita de qualquer forma. Implicitamente, ao dispor sobre a essencialidade da função da AGU, está assegurando aos cidadãos-jurisdicionados que a atuação do Estado em juízo e na fase administrativa irá ocorrer de forma justa, ponderada e em sintonia com todos os princípios e valores constitucionais.

Ademais, o membro da AGU, diferentemente do advogado privado (que pode fazer tudo que a lei não proíbe), é um servidor público, só podendo fazer aquilo que a lei permite, em razão do Princípio da Legalidade Administrativa, assim definida por Hely Lopes Meireles:

A legalidade, como princípio da administração (CF, art.37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.³³

Nesse mesmo sentido, Seabra Fagundes, em célebre frase, afirma que "administrar é aplicar a lei de ofício".³⁴

³¹ HESSE, op cit.

³² Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2008.

³³ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.82.

³⁴ FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. São Paulo: Forense, 1979. p. 4.

Ocorre que, como já ressaltamos, vivemos o fenômeno da “Constitucionalização do Direito”, que, como nos ensina Virgílio Afonso da Silva, significa que os valores presentes na Constituição de 1988 são irradiados para todos os ramos do Direito, adequando determinados institutos aos parâmetros delineados pela Carta Magna, ocorrendo uma verdadeira “filtragem constitucional”, isto é, somente serão aplicados aqueles mandamentos que estão em consonância com os vetores constitucionais.³⁵

Porém, como ressaltamos, o fenômeno da constitucionalização alcança todo o Direito e não somente o Civil. Nesse sentido, o Direito Administrativo também foi “afetado”, justamente no clássico conteúdo do Princípio da Legalidade Administrativa.

Como acima transcrevemos, Hely Lopes e Seabra Fagundes militavam a tese de que o servidor público somente poderia agir se houvesse expressa determinação legal. A ausência de lei regulando o caso posto em análise ensejava a não atuação da Administração, que culminava, por muitas vezes, na denegação da pretensão do cidadão, sob o argumento da falta de previsão legal.

Para tais autores clássicos, a lei a que se referiam eram os atos legais e infralegais, devidamente aprovados pelo Poder Legislativo e regulamentados pelo chefe do Executivo. Defendia-se que o administrador não possuía liberdade de atuação, só podendo agir se houvesse um ato normativo escrito dispondo que “deve fazer assim” frente ao caso concreto posto à sua análise.³⁶

O fenômeno da “Constitucionalização do Direito” em face do Direito Administrativo atingiu justamente esse conteúdo clássico do Princípio da Legalidade, a ponto de alguns doutrinadores, como Carmem Lúcia Antunes Rocha,³⁷ Juarez Freitas³⁸ e Germana de Oliveira Moraes³⁹, modificarem a sua nomenclatura e passaram a lhe denominar de Princípio da Juridicidade, pois, atualmente, a lei a que está vinculado o administrador compreende não somente os atos legais e regulamentares efetivamente elaborados pelo Legislativo ou Executivo, mas, sobretudo, os valores e princípios constitucionais, explícitos e implícitos, irradiados pela Constituição para todo o sistema jurídico.

A esse respeito, Carlos Ari Sunfeld afirma que:

Mas o que o direito global parece pôr em xeque é o princípio da legalidade e a Separação dos Poderes, considerados por muitos a alma do direito administrativo. *A meu ver, o que caracteriza o direito administrativo é a submissão da Administração ao direito, não necessariamente à lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo.*⁴⁰ (grifo nosso)

Nesse sentido, também é a dissertação de Mestrado de Rafael Carvalho Rezendo Oliveira⁴¹, ao defender que, “ao invés do respeito apenas à lei formal, a atuação administrativa deve adequar-se ao ordenamento jurídico como um todo, o que acarreta a consagração do princípio da juridicidade”.

Convém, novamente, informar que o Princípio da Juridicidade foi reconhecido pela AGU por meio do Parecer nº 1.087 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional de 19/07/2004.

³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2008.

³⁶ MEIRELES, Hely Lopes. op cit., p.82

³⁷ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p.109

³⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

³⁹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

⁴⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na era do Direito Global. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano 1, vol.1, nº. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 out. 2008.

⁴¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezendo. DIAS, Francisco Mauro (orientador). *O Princípio da Juridicidade: Uma Releitura da Legalidade e da Legitimidade Administrativa*. Rio de Janeiro, 2007. 145p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Com base nesse posicionamento moderno, condizente com os ditames do Estado Democrático de Direito, o administrador tem sim certa liberdade de agir frente ao caso concreto, desde que pautar sua conduta de acordo com os vetores constitucionais que orientam e direcionam sua atuação administrativa.

Desta forma se, no caso concreto, mesmo que não haja nenhuma norma legal ou regulamentar dispondo sobre como o administrador deve agir, este não pode ficar inerte nem tampouco indeferir a pretensão a ele veiculada, sob o argumento de falta de previsão legal, devendo atuar de acordo com os valores e princípios irradiados pela Norma Fundamental.

Tal doutrina vem sendo aplicada por nossos Tribunais, como, por exemplo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que não aceitou o argumento dos advogados da Caixa Econômica Federal – CEF de que a inclusão como beneficiário em plano de saúde (FUNCEF) de companheiro homoafetivo de empregado da referida instituição financeira violava o Princípio da Legalidade, em razão da ausência de previsão legal a esse respeito. Nesse sentido, convém transcrever trecho da ementa do voto da Des. Marga Inge Barth Tessler, na Apelação Civil nº 9604553330:

Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio da legalidade, pois esse princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade. ⁴² (grifo nosso)

Percebe-se, assim, que os membros da AGU devem pautar sua conduta de acordo com o Princípio da Juridicidade, tomando atitudes que vão ao encontro dos preceitos constitucionais, aplicando a nova hermenêutica constitucional nos processos judiciais e procedimentos administrativos que atuarem.

3 AGU E SEU PAPEL DE DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como vimos no tópico anterior, os membros da AGU irão defender em juízo (contencioso) ou na fase consultiva um interesse público primário, podendo, eventualmente, ser também um secundário, desde que coincida com aquele.

Desta forma, o Estado deve respeitar os direitos fundamentais não somente da tomada de decisões políticas, mas também quando resolver atuar em juízo, quer como autor, na elaboração da petição inicial, quer como réu, na apresentação de sua peça contestatória e demais atos processuais subseqüentes.

Neste ponto, cumpre-nos, novamente, enfatizar que a melhor, mais célere e adequada forma de se concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos é por meio de uma consultoria jurídica bem realizada, que contribui para diminuir a atuação do contencioso. Assim, o fortalecimento da atividade consultiva da AGU propiciará a redução das demandas judiciais e a racionalização do serviço público.

A atuação parcial dos membros da AGU em juízo deve buscar respeitar os direitos fundamentais do cidadão-jurisdicionado, no sentido de não buscar prolongar indefinidamente a demanda, interpondo recursos meramente protelatórios, pois tal conduta fere o Princípio Constitucional da Duração Razoável do Processo, da Efetividade e da Dignidade da Pessoa Humana, posto que o cidadão terá que esperar até o trânsito em julgado para receber o bem da vida tutelado no processo.

⁴² Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 08 out. 2008.

Tal postura por parte dos membros da AGU faz-se necessária, posto que são Advogados de Estado e não de Governo, como demonstraremos no tópico seguinte.

3.1 A ATUAÇÃO DA AGU COMO ADVOCACIA DE ESTADO E NÃO DE GOVERNO

A advocacia pública brasileira, notadamente os membros da AGU, nas suas carreiras (Procurador Federal, Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central do Brasil), ao realizarem suas atribuições, desempenham uma advocacia de Estado e não de Governo.

A esse respeito, Souza Júnior, *apud* Rommel Macedo⁴³, nos ensina que não se pode confundir Estado, que é dotado de caráter permanente, representando a unidade social, com Governo, que é temporário e exprime a opinião político-partidária dominante num certo período.

Os objetivos do Estado são genéricos (como a ordem, liberdade, justiça e o progresso), permanentes (uma vez que acompanham a existência da sociedade política), abstratos (pois são valores orientadores do convívio social), geralmente de realização mediata (tendo em vista que dependem de medidas concretas de alçada dos governos), suprapartidários (eis que são objetivos da sociedade como um todo e não de partidos ou facções políticas) e tem o objeto de um dever cívico de respeito (na medida em que são objetivos que dão sentido ao convívio social-político).

Já os objetivos do Governo são específicos (pois os membros da comunidade os aproveitam em graus diferentes, beneficiando-se mais a uns que a outros, como a construção de estradas, redes de telecomunicações, etc), atuais (uma vez que se impõem pelas situações concretas do presente), concretos (pois a forma de sua realização é concreta e objetiva), de realização imediata (tendo em vista que são meios que constituem as finalidades do Estado), partidários (se traduzem nos programas de ação dos partidos e do governo) e tem o objeto de um direito de crítica (isto é, em razão da democracia política, são suscetíveis de crítica e contrariedade, tendo em vista as diversas opções que os governos possuem para a efetivação dos objetivos do Estado)

Estabelecidas as diferenças entre Estado e Governo, Rommel Macedo conclui que:

À luz do papel de controle de legalidade e legitimidade desempenhado pela Advocacia-Geral da União, garantidor de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, trata-se, em ambos os casos, de uma advocacia de Estado, na medida em que se age na defesa de princípios constitucionais que não se alteram pela simples mudança de governo, nem se submetem aos momentâneos interesses partidários.⁴⁴

Desta forma, conclui-se que os membros da AGU, quer estejam no desempenho de sua função preventiva (consultoria e assessoramento jurídico ao Executivo Federal), quer na função postulatória (representação judicial e extrajudicial da União, suas autarquias e fundações), atuam como advogados do Estado, o que significa que agem a fim de garantir o interesse público primário, desprovido de qualquer interesse partidário ou exclusivamente da União, enquanto pessoa jurídica (interesse público secundário).

3.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E MISSÃO INSTITUCIONAL DA AGU

Passaremos agora a analisar a missão institucional da AGU de colaboração para o pleno desenvolvimento da jurisdição constitucional.

Necessário, inicialmente, explicarmos ao leitor em que consiste a expressão "Jurisdição Constitucional", buscando delimitar seu sentido e compreender seu alcance.

⁴³ SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A crise da democracia no Brasil: aspectos políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. *apud* MACEDO, Rommel. op cit. p. 129.

⁴⁴ MACEDO, op cit., p. 131.

O termo em análise surgiu historicamente como instrumento de defesa da Constituição, considerada como expressão de valores sociais e políticos. Sobre o tema, Paulo Bonavides nos ensina que:

o conceito de jurisdição constitucional, qual a entendemos em sua versão contemporânea, prende-se à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais.⁴⁵

Desta forma, podemos concluir que a jurisdição constitucional, além de buscar o efetivo respeito de todas as funções do Poder Estatal aos valores previstos na CF/88, busca, também, firmar o Poder Judiciário como Poder de Estado, afastando, assim, a idéia de ser um mero órgão de solução de conflitos de interesses.

Como vimos, ao estudar o Princípio da Juridicidade, a lei cada vez mais perde espaço para a Constituição, sua fonte de legitimidade, surgindo a importância de sua efetivação, como nos ensina o ilustre constitucionalista Paulo Bonavides:

*Com efeito, quanto mais a lei se "dessacraliza" e fica minguante com a erosão de sua legitimidade, mais cresce e pontifica a Constituição, sede maior da nova legitimidade, e que desempenha o sumo papel de inspiradora, ordenadora e diretora de todo o ordenamento jurídico. A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes.*⁴⁶ (grifo nosso)

Desta forma, a jurisdição constitucional surge com o objetivo de manter sólidos os pilares do sistema jurídico pátrio, pois visa preservar e efetivar os valores da Constituição de 1988, que é a norma ápice do nosso ordenamento e fundamento de validade de todos os demais atos normativos.

Apoiado em Cappelletti, Carlos Mário da Silva Velloso divide o exercício da jurisdição constitucional em dois aspectos: o do controle de constitucionalidade e o da jurisdição da liberdade, nesta compreendidos o *habeas-corpus*, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o *habeas-data*, a ação popular e a ação civil pública.⁴⁷

Assim, consoante lições de Filipe Vieira, quando se fala em nova jurisdição constitucional, busca-se anunciar não apenas novos modelos e métodos para a disciplina normativa do controle de constitucionalidade, mas também prenunciar a consolidação de um Estado forte, consciente de seu papel político e social, digno da admiração e do apoio de sua nação.⁴⁸

Logo, a efetivação da jurisdição constitucional é observada não somente no controle concentrado, feito pelo STF, mas também no difuso, realizado por qualquer juiz ou tribunal, bem como no julgamento dos remédios constitucionais e, inclusive, na solução de lides individuais, mesmo em sede de ações ordinárias, desde que se aplique o direito posto nos termos, limites e parâmetros delineados no Texto Constitucional.

É nesse contexto que aparece a missão institucional dos membros da AGU de cooperação para a consagração da jurisdição constitucional. Nas causas individuais em que atuam, tanto nos remédios constitucionais, como em ações ordinárias ou coletivas,

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade. *Revista de Estudos Avançados da USP*. São Paulo (51), maio/agosto 2004, p. 02.

⁴⁶ BONAVIDES, op cit., p. 01.

⁴⁷ VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário como poder político no Brasil do século XXI. *Revista Jurídica*, Porto Alegre 283, maio 2001.

⁴⁸ VIEIRA, Filipe. *A Jurisdição Constitucional, Fator de Confirmação do Judiciário como Poder de Estado*. Disponível em: <<http://www.vemconcursos.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2008.

bem como na elaboração de pareceres e consultas, devem pautar sua conduta de acordo com os valores constitucionais estabelecidos.

Isso é possível mediante a utilização de uma hermenêutica constitucional adequada à solução do caso concreto, isto é, mediante interpretação de textos legais e regulamentares com base na norma constitucional e não vice-versa, sem a utilização de positivismo jurídico extremado, que em nada contribuem para a concretização da jurisdição constitucional, enquanto valor a ser defendido não só pelo Judiciário, mas por todos que nele atuam e também pelo Administrador Público.

Assim, defendemos que a AGU tem a missão institucional de colaborar para o pleno e correto desenvolvimento da jurisdição, tendo em vista que é uma função essencial à Justiça, e defende os interesses públicos primários, não sendo mera advocacia do Governo, visando proteger interesses partidários.

Deste Modo, com base em tal missão, impõe-se aos membros da AGU pautas de conduta que devem ser seguidas quando atuarem em juízo ou na fase administrativa, dentre as quais a de criar teses jurídicas calcadas na correta hermenêutica constitucional, visando auxiliar a atividade interpretativa e aplicadora do direito do juiz, com vistas à elaboração da sentença (norma do caso concreto), e do administrador, com vistas à edição do ato administrativo, que melhor solucione a pretensão do cidadão-jurisdicionado e do cidadão-administrado, quer seja a decisão procedente ou improcedente.

Tal função revela-se muito importante, pois ainda existem administradores públicos, magistrados e tribunais apegados a interpretações clássicas ultrapassadas, que não contribuem para a concretização da Jurisdição Constitucional, como observa Paulo Bonavides:

Enquanto os tribunais insistirem em interpretar a lei com métodos especificamente jurídicos, da metodologia clássica, surgidos do dedutivismo jusprivatista inspirado nos cânones de Savigny, eles jamais interpretarão a Constituição. Interpretá-la requer em face da complexa conjuntura social contemporânea a adoção de uma hermenêutica de princípios. Única, conforme temos reiteradas vezes assinalado, suscetível de alcançar a inteligência da Constituição referida a situações reais e fazer efetiva e concreta a aplicabilidade dos direitos fundamentais exteriores à esfera neoliberal e permeados da dimensão principiológica que lhes dá sentido e eficácia e normatividade.⁴⁹ (grifo nosso)

Na área consultiva, a aplicação da moderna hermenêutica constitucional pelos membros da AGU deve conduzir o Administrador Público a prolatar uma decisão administrativa legítima, democrática e em sintonia com os valores constitucionais.

Desta forma, urge que os membros da AGU auxiliem o magistrado e o Administrador Público na correta interpretação do direito posto, não com base na aplicação "cega" das regras legais e regulamentares, mas sim à luz dos princípios constitucionais e dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Eros Roberto Grau, em brilhante tese, nos ensina que o Direito possui um caráter alográfico, no sentido de que a correta interpretação do texto normativo depende da atuação de mais de uma pessoa, notadamente o legislador e o intérprete, assim como ocorre com as artes alográficas (música e teatro), nas quais a obra somente se completa com o concurso de dois personagens, autor e intérprete, diferentemente das artes autográficas (pintura e romance), nas quais o autor contribui sozinho para a realização da obra. Neste sentido, o atual Ministro do STF leciona:

O Direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A "completude" do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. [...] Não

⁴⁹ BONAVIDES, op. cit., p.14.

estou, no entanto, a afirmar que o intérprete, literalmente, crie a norma. Note-se bem: ele não é um criador *ex nihilo*; ele produz a norma sim, mas não no sentido de fabricá-la, porém no de reproduzi-la.⁵⁰

O intérprete a que se refere o Min. Eros Grau é o juiz, pois interpretação e aplicação do direito caminham juntas, interligadas, não sendo autônomas entre si, razão pela qual sustenta-se que a interpretação do direito tem caráter constitutivo, e não meramente declaratório, que culmina com a elaboração da sentença, que é a norma do caso concreto, a ponto de se afirmar que "interpretar o direito é formular juízos de legalidade."⁵¹

Desta forma, o membro da AGU, ao atuar em juízo, deve colaborar para que o juízo de legalidade a ser realizado pelo magistrado, na elaboração da sentença, seja aquele que esteja mais adequado aos valores e princípios constitucionais e aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Na área consultiva, deve colaborar para que o juízo de mérito a ser realizado pelo Administrador Público, na elaboração do ato administrativo, seja o que melhor efetive os direitos fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Como ressaltamos anteriormente, a decisão judicial ou administrativa a ser proferida pode ser procedente ou improcedente. Ao se deparar com um processo no qual, por exemplo, a parte autora preencha todos os requisitos para a concessão do benefício previdenciário postulado, indevidamente negado administrativamente, o Procurador Federal deve buscar a realização de um acordo, ao invés da produção de peças contestatórias padrões que não se adequam ao caso posto em análise, nem tampouco contribuem para o pleno desenvolvimento da jurisdição constitucional, mas sim apenas para o descrédito e o desprestígio da Instituição.

A esse respeito, José Renato Naline, ao se manifestar sobre a atuação dos advogados públicos, sustenta que:

Quanto à aceitação da causa, o procurador tem o verdadeiro poder-dever de caráter indelegável, de representar judicialmente a pessoa jurídica de direito público. Não lhe é dado recusar, como poderia fazê-lo, ao menos em tese, fora advogado. *Mas diante de causa ilegal, injusta, ilícita ou imoral, se o ente público é réu, deverá alertar a autoridade sobre a inevitabilidade da decisão desfavorável, com proposta de acordo ou de reconhecimento do pedido do autor.*⁵² (grifo nosso)

Assim, além de a atuação dos membros da AGU na construção de teses jurídicas que tenham suporte constitucional, com vistas a auxiliar a atividade interpretativa e aplicadora do Direito pelo juiz, quando da elaboração da sentença, ou pelo administrador público, quando da elaboração do ato administrativo, devem tomar atitudes processuais e administrativas que vão ao encontro dos valores supremos que norteiam o Estado Democrático de Direito, velando pela efetivação dos Princípios da Duração Razoável do Processo, da Efetividade e da Dignidade da Pessoa Humana, visando combater a morosidade do Judiciário e também da Administração Pública.

O Princípio da Duração Razoável do Processo, criado pela Emenda Constitucional nº 45/04, previsto no art. 5º, LXXVIII, é um direito fundamental, interligado ao Princípio da Efetividade, que exige que o processo seja efetivo, adequado e célere, não podendo os aspectos técnico-processuais serem obstáculos para a plena realização do direito material buscado em juízo ou na área administrativa, devendo se garantir ao jurisdicionado, com a solução da demanda, o mesmo bem da vida que tinha direito se não precisasse acionar o Judiciário.

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30-32.

⁵¹ GRAU, op cit., p. 56.

⁵² NALINE, op cit., p. 377.

Antonio Adonias Aguiar Bastos, em artigo sobre o tema, nos ensina que o Princípio da Duração Razoável do Processo possui, em seu bojo, diversos aspectos, nos seguintes termos:

Ele poderia ser desenvolvido sob o aspecto da responsabilidade do Estado sobre a demora do *processo judicial ou administrativo*. Poderia, de outro modo, versar acerca do *princípio da cooperação entre os sujeitos do processo para alcançar um deslinde justo e célere a um dado conflito*. Enfim, existe uma pletora de enfoques que se pode dar ao assunto.⁵³ (grifo nosso)

Verifica-se que o Princípio da Duração Razoável do Processo é aplicado tanto na fase judicial, como na administrativa, razão pela qual tanto os membros da AGU que atuam no contencioso como no consultivo devem buscar a sua concretização.

Enfocaremos, no presente trabalho, esse aspecto de cooperação entre os sujeitos do processo para se buscar uma solução constitucional adequada, justa e célere. Assim, o membro da AGU, ao representar a União, suas autarquias e fundações em juízo, é um sujeito processual que deve pautar sua conduta de forma coerente aos objetivos do Estado.

Ressalte-se que tal conduta escorreita não se refere tão-somente aos deveres processuais de lealdade e boa-fé, nos termos do art. 14, II, do CPC, cuja obediência alcança a todos os sujeitos que atuam no Judiciário, quer seja advogado público ou privado, Ministério Público ou Defensoria. Tendo em vista a qualidade do ente que os membros da AGU representam, o qual, em razão do Princípio Democrático e da Soberania Popular, age em nome do povo e somente nos interesses deste, é dessarazado que se adotem medidas processuais e administrativas descabidas, sob o argumento de se estar realizando a ampla defesa da União, suas autarquias ou fundações.

Como vimos, quer atuando em juízo ou administrativamente, a União, por meio dos membros da AGU, verdadeiros *longa manus* do Estado, deve buscar o interesse público primário e não exclusivamente o secundário, o qual somente pode ser privilegiado se coincidir com aquele.

É totalmente descabido que o Estado, notadamente a União, crie um direito fundamental, qual seja o da Duração Razoável do Processo, por meio da EC 45/04, porém, atue judicial e administrativamente de forma a violá-lo constantemente, quando demora a editar o ato administrativo requerido pelo administrado e recorre de todas as decisões judiciais que lhe são desfavoráveis, mesmo quando a matéria já está pacificada pelos Tribunais Superiores ou quando, no caso concreto, se verifica que o direito assiste ao jurisdicionado.

Assim, mais que uma mera lealdade ou boa-fé processual, a União, quer em juízo, quer ou na fase administrativa, tem o dever de respeitar e buscar concretizar os direitos materiais que ela própria criou, sob pena de estar agindo de forma contrária aos interesses do povo, violando a representação por ele outorgada, que é a base e o fundamento do Estado Democrático.

Assim, os membros da AGU têm a missão institucional de não recorrerem de forma precipitada e dessarazada, sob pena de converter uma suposta busca pela ampla defesa da União em violação a direitos fundamentais por ela própria declarados, em uma atitude totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito em que vivemos.

Com base nessa preocupação, a própria AGU, através do Advogado Geral da União, autorizado pelo art. 4º, XII, da LC 73/93⁵⁴, edita Súmulas Administrativas, com base nas

⁵³ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo e a Reforma do Poder Judiciário: uma desmistificação*. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_abril2006/docente/doc1.doc>. Acesso em: 12 out. 2008.

⁵⁴ Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União: XII - editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais;

decisões iterativas dos Tribunais Superiores, de obediência obrigatória por parte dos Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central do Brasil, nos termos do art. 28, II, da supracitada lei⁵⁵.

Cumpra registrar que, atualmente, existem 40 (quarenta) Súmulas Administrativas publicadas pelo Advogado-Geral da União⁵⁶, de cumprimento obrigatório, que adotam o entendimento dos Tribunais Superiores sobre diversas matérias, impedindo que o membro da AGU recorra em tais matérias, buscando, notadamente, a realização de acordos e a adequação da conduta processual de seus membros aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Ademais, além de tais súmulas, o Advogado-Geral da União também pode, nos termos dos arts. 40 e 41 da LC 73/93⁵⁷, elaborar Pareceres Normativos ou aprovar os realizados pela Consultoria-Geral da União que, uma vez aprovados pelo Presidente da República e devidamente publicados no Diário Oficial, vinculam a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

Verifica-se, desta forma, a preocupação da AGU em adequar a atuação processual e administrativa dos seus membros ao entendimento já pacificado pelos Tribunais Superiores, buscando concretizar a jurisdição constitucional e o pleno respeito da União, suas autarquias e fundações aos princípios da Duração Razoável do Processo, da Efetividade e da Dignidade da Pessoa Humana, contribuindo, assim, para o combate à morosidade judicial, considerada por José de Albuquerque Rocha a praga existencial do Poder Judiciário.⁵⁸

Porém, assim como o Legislativo não consegue legislar sobre todos os assuntos que interessam à sociedade, o Advogado Geral da União não tem como editar Súmulas Administrativas impeditivas de recurso sobre todos os casos com que se deparam, diariamente, os membros da AGU. Consequentemente, compete aos Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central do Brasil ter o que Miguel Reale chama de "consciência constitucional" para saber agir em situações não abrangidas por referidas súmulas e pareceres normativos, mas que o cidadão-jurisdicionado ou o cidadão-administrado preenche todos os requisitos legais para o provimento da pretensão deduzida em juízo ou administrativamente.⁵⁹

Esse é o grande desafio dos membros da AGU: saber se portar de acordo com os valores do Estado Democrático de Direito diante de situações concretas, que não estão albergadas por súmulas administrativas nem pareceres normativos, de caráter vinculante, possuindo, assim, certa autonomia processual, visando proporcionar a melhor defesa à União, suas autarquias e fundações e o mais qualificado assessoramento jurídico ao Poder Executivo Federal, o que, como ressaltamos, não pode ser argumento para a violação de direitos fundamentais por ela própria declarados.

Defendemos, assim, que o membro da AGU possui uma autonomia processual e administrativa relativa, pois deve obediência às súmulas administrativas e pareceres normativos elaborados pelo Advogado Geral da União e devidamente aprovados pelo Presidente da República e publicados no Diário Oficial, porém, na sua ausência, tem certa margem de liberdade processual e administrativa para agir a fim de melhor garantir o

⁵⁵ Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado: II - contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União.

⁵⁶ Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 01 out. 2008.

⁵⁷ Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.

⁵⁸ ROCHA, José de Albuquerque Rocha. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

⁵⁹ REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998. p.47

interesse público primário, que é o escopo do Estado, respeitando, logicamente, as regras legais e regulamentares aplicáveis ao caso concreto.

Falamos em autonomia relativa, uma vez que, diferentemente dos membros do Ministério Público, que possuem autonomia processual plena, pois, em sua atuação institucional somente devem obediência à Constituição e à sua consciência, não podendo o Procurador Geral da República baixar súmulas determinando como o Procurador da República deve atuar em juízo, os membros da AGU devem sim respeitar as diretrizes determinadas pelo Advogado Geral da União, quer por meio de súmulas administrativas, que por meio de pareceres normativos, aprovados pelo Presidente da República e devidamente publicados no Diário Oficial.

Porém, na ausência de súmula e parecer normativo regulando uma situação específica, os membros da AGU tem a missão institucional de adotar medidas processuais e administrativas que colaborem para o pleno desenvolvimento da jurisdição constitucional, concretizando, em juízo e administrativamente, os interesses que o Estado tem a função de não só declarar, mas, sobretudo, defender e efetivar.

4 CONCLUSÃO

O papel da AGU, criada e plenamente inserida no Estado Democrático de Direito, deve ter como base de atuação os valores e princípios constitucionais, como critério de legitimação de seus atos, seja no desempenho de sua função preventiva (consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal), seja na postulatória (representação judicial e extrajudicial da União, suas autarquias e fundações).

Desta forma, resta-se inconcebível, frente ao Princípio Democrático e da Soberania Popular, que os membros da AGU atuem em juízo com a mera intenção de incrementar o embate processual, recorrendo de forma temerária e atuando apenas de forma mecânica, contribuindo, tão somente, para o descrédito da Instituição frente ao jurisdicionado, que não terá o bem da vida que tem direito, e ao Judiciário, que terá que julgar recursos imotivados, contribuindo apenas para o aumento da morosidade da tutela jurisdicional e a não efetivação dos Princípios da Duração Razoável do Processo, da Efetividade e da Dignidade da Pessoa Humana, direitos criados pelo próprio Estado.

Defendemos que a atuação dos membros da AGU (Advogados da União, Procuradores Federais, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central do Brasil) seja pautada na aplicação da nova hermenêutica constitucional e no respeito aos direitos fundamentais, isto é, deve contribuir para que a decisão judicial (norma do caso concreto) e a decisão administrativa, que edita o ato administrativo, sejam as melhores possíveis, de acordo com os valores constitucionais e as regras legais aplicáveis à espécie, quer seja a decisão procedente ou improcedente em relação ao jurisdicionado ou ao administrado.

Além de contribuir para a correta prestação jurisdicional em primeira instância, os membros da AGU que atuam perante os Tribunais devem colaborar com os desembargadores a fim de que se forme a jurisprudência que melhor atenda aos ditames constitucionais e aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Ademais, com a possibilidade conferida pelo nosso ordenamento jurídico, nos termos do art. 103-A da CF/88, acerca da possibilidade da edição de súmulas vinculantes pelo STF, o Advogado Geral da União, que atua na Corte Suprema, tem, dentre outras, a função de contribuir, por meio de sua atuação jurídica, para que o conteúdo de tais súmulas reflitam os interesses que a Carta Magna quis efetivamente defender, garantir e concretizar.

Cada instituição, dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito, tem uma função definida pela Carta de Outubro, quer seja o Judiciário, o Executivo, o Legislativo e as funções essenciais à Justiça (Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública

e Privada). Aos Advogados do Estado coube a tarefa de desempenhar uma função essencial à Justiça. O termo "função" ora empregado tem o sentido de atividade. O adjetivo "essencial" tem um importante significado, representando que tal mister é fundamental, um pilar, para o pleno desenvolvimento e garantia da Justiça.

A essencialidade da advocacia pública na obtenção da Justiça não está simplesmente no fato de que, como o Judiciário é inerte, necessita ser provocado, tarefa incumbida aos advogados em geral, incluindo os do setor público. O termo "essencial" deve ser interpretado de forma ampla, à luz das diretrizes do Estado Democrático, chegando-se à conclusão de que os membros da AGU, mediante sua qualificação técnica-jurídica e experiência profissional, ao realizar a defesa da União, suas autarquias e fundações em juízo, ou na fase consultiva, devem colaborar com a jurisdição, a fim que o conflito seja solucionado de acordo com a correta aplicação do direito posto, realizando uma interpretação construtiva, limitada pelos fundamentos do ordenamento jurídico pátrio.

No momento em que caminha a evolução do Estado Democrático de Direito Brasileiro não se admitem interpretações jurídicas de advogados públicos que, aproveitando-se de "brechas" na legislação, constroem ou sustentam teorias que conflitam com os supra-valores constitucionais, previstos no art. 1º da CF/88, sob o argumento de que estão exercendo a ampla defesa da pessoa jurídica de direito público que os remunera.

É preciso uma mudança de postura para aqueles que assim agem. É necessário observar que os advogados públicos não são nem advogados privados, que podem fazer tudo que a lei não proíbe a fim de satisfazer os interesses de seu cliente, nem tampouco membros do Ministério Público, que são os advogados da sociedade, que defendem os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Os membros da AGU têm uma tarefa institucional bem definida na CF/88, em seu art. 131, que é representar a União, suas autarquias e fundações, judicial e extrajudicialmente e prestar consultoria e assessoria jurídica ao Executivo Federal. Assim, sua função constitucional é garantir a defesa do ente público em juízo, bem como prestar-lhe consultas jurídicas, orientando a atuação dos governantes na tomada de decisões, quanto à constitucionalidade e legalidade de seus atos.

Porém, essa função não pode, jamais, em razão da parcialidade inerente a sua atuação, ser desempenhada de qualquer forma, mas sim em consonância com os postulados que regem o Estado Democrático de Direito em que vivemos. Um Procurador Federal não pode fazer um acordo judicial se as regras legais não amparam o jurisdicionado, pois vivemos num Estado de Direito, onde as leis devem ser cumpridas, mas, por outro lado, não se pode permitir que este mesmo Procurador recorra de uma sentença cujo tema está pacificado nos Tribunais Superiores, pois tal atitude afronta os postulados da Dignidade da Pessoa Humana, da Duração Razoável do Processo, da Efetividade e da necessidade de celeridade da jurisdição, que são pilares do Estado Democrático, os quais a União tem a obrigação de não somente declarar, mas, sobretudo, assegurar, por meio de suas próprias atitudes ao ingressar em juízo.

É com base nisso que o Advogado Geral da União edita súmulas administrativas impeditivas de recurso e pareceres normativos, de caráter vinculante para os órgãos da Administração Pública Federal e aos membros da AGU, sobre matérias que já estão pacificadas pelos Tribunais Superiores, visando, desta forma, adequar o exercício da função dos seus membros aos valores constitucionais pátrios.

Entretanto, assim como o legislativo não tem o condão de legislar sobre todos os assuntos possíveis, o Advogado Geral da União não tem como editar súmulas e pareceres a respeito de todas as matérias sobre as quais os Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central do Brasil enfrentam diariamente, cabendo a estes, muitas vezes, o discernimento, ou na lição de Miguel Reale, a "consciência constitucional", de buscar a melhor forma de desempenho da sua atribuição, isto é, aquela que mais atenda aos interesses constitucionais e,

consequentemente, da União, pois não se cogita a existência de um interesse estatal que esteja desvinculado ou em contraposição aos fundamentos do Estado Democrático de Direito delineados na Carta Magna, pois que está desprovido de legitimidade democrática.

Assim, os membros da AGU possuem uma autonomia relativa nas situações em que o entendimento não está pacificado por súmulas administrativas ou pareceres normativos emitidos pelo Advogado Geral da União, não estando vinculados à necessidade de sempre recorrer ou contestar, como forma de se garantir a defesa do ente público ou se constantemente defender um ato administrativo que sabe estar eivado de ilegalidade.

Essa independência relativa gera, logicamente, responsabilização por atos desproporcionais, dessarazoados e ilegítimos exercidos no desempenho da função, quer na representação judicial ou extrajudicial, quer na consultoria jurídica, como se manifestou o STF no julgamento dos Mandados de Segurança nºs 24.631 e 24.584⁶⁰.

Como defendemos neste trabalho, os membros da AGU são Advogados de Estado e não de Governo, devendo atuar em juízo e administrativamente com base em valores supra-partidários e isentos de motivação política, agindo com vistas a defender o interesse público primário e não exclusivamente o secundário.

Nesse sentido, transcrevemos as sábias lições de Norma Kyriakos a respeito do perfil e da missão do advogado público em face do atual Estado Democrático de Direito:

Há de ser homem ou mulher de seu tempo. Seu papel é resgatar o sentido mais profundo das instituições jurídicas e por esta via resgatar o exercício da cidadania. Seu material de trabalho é o Direito Público, mesmo quando por dever do Estado garante o acesso à Justiça das pessoas carentes e lhes defende os direitos individuais de natureza civil, penal e administrativa. Ator ou atriz privilegiado num Estado hipertrofiado pelo excesso de regulamentação e ineficácia das leis, sua bíblia é a Constituição e sua meta a Justiça. Sabe que a dialética entre a prática da Justiça e a Lei é permanente. É parcial, defende a parte como os demais advogados. Cabe-lhe defender o interesse do Estado. Sua preocupação, portanto, é a res publica e o bom funcionamento do Estado. Tem por tarefa resgatar o conceito de interesse público e espargir a apropriação por interesses privados dessa pessoa jurídica de direito público, sua cliente. ⁶¹ (grifo nosso)

Assim, o grande desafio dos membros da AGU é ter a consciência e o discernimento de qual a melhor forma de desempenhar a sua função, quando não houver súmulas administrativas nem pareceres normativos, de caráter vinculante, sobre o caso concreto, buscando a melhor forma de agir dentro do processo ou do procedimento administrativo, a fim de colaborar com o magistrado e o administrador público para a correta aplicação da atividade criadora do direito, que é a base da nova hermenêutica constitucional, bem como defender os direitos fundamentais do cidadão-jurisdicionado e do cidadão-administrado.

⁶⁰ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 out. 2008.

⁶¹ KYRIAKOS, Norma. Procuradores do Estado: função essencial à justiça. In: NALINI, José Renato (Coord). *Formação Jurídica*. São Paulo: RT, 1994. p.156.

5 REFERÊNCIAS

- AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ANDRÉA FERREIRA, Sérgio de. *Comentários à Constituição*, 3º vol. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1991.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. São Paulo: Renovar, 2003.
- _____. BARCELOS, Ana Paula. *O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>.
- BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo e a Reforma do Poder Judiciário: uma desmistificação*. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_abril2006/docente/doc1.doc>. Acesso em: 12 out. 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Tomo IV, São Paulo: Saraiva, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- _____. *Jurisdição Constitucional e Legitimidade*. *Revista de Estudos Avançados da USP*, São Paulo (51), maio/agosto 2004.
- BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 2005.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *CRP Comentada*. Vol I. arts 1º ao 107. Coimbra: RT, 2008.
- FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. São Paulo: Forense, 1979.
- FARIA, Darcio Augusto Chaves. A ética profissional dos procuradores públicos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 321.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérulo da (Coords.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KIRSCH, César do Vale; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (orientador). *Advocacia Geral da União e Poder Executivo Federal: Parceria Indispensável para o Sucesso das Políticas Públicas*. Brasília, 2003. Dissertação de Pós Graduação – Instituto Brasiliense de Direito Público.
- KYRIAKOS, Norma. Procuradores do Estado: função essencial à justiça. In: NALINI, José Renato (Coord.). *Formação Jurídica*. São Paulo: RT, 1994.

- MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr. 2008.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.82.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*. Bibliothèque de la Pléiade: Dijon, 1951.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão: temas de direito publico e constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- _____. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 116, 1992
- NALINI, José Renato. *A ética do Advogado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2008.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezendo; DIAS, Francisco Mauro (orientador). *O Princípio da Juridicidade: Uma Releitura da Legalidade e da Legitimidade Administrativa*. Rio de Janeiro, 2007. . Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.
- PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994
- ROCHA, José de Albuquerque Rocha. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du Contrat Social*. Les Éditions du Cheval Ailé: Genève, 1947.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOARES, Mario Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey
- SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A crise da democracia no Brasil: aspectos políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. *apud* MACEDO, Rommel. *op cit*. p. 129.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros.
- _____. A Administração Pública na era do Direito Global. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano 1, vol.1, nº. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 out. 2008.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. Brasília: Revista dos Tribunais, 1992.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário como poder político no Brasil do século XXI. Porto Alegre, *Revista Jurídica*, n. 283, mai. 2001.

VIEIRA, Filipe. *A Jurisdição Constitucional, Fator de Confirmação do Judiciário como Poder de Estado*. Disponível em: <<http://www.vemconcursos.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2008.