

RECEBIDO EM: 03/06/2015

APROVADO EM: 21/08/2015

ADVOCACIA DE ESTADO OU DE GOVERNO? REFLEXÕES SOBRE A ADVOCACIA DOS INTERESSES PÚBLICOS CONSTITUCIONALMENTE ACOMETIDOS À ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO

*CONSTITUTIONAL OR ADMINISTRATION ADVOCACY?
REFLECTIONS ABOUT THE PUBLIC INTERESTS ADVOCACY
CONSTITUTIONALLY ISSUED TO THE RULE OF LAW*

Victor Cesar Berlandi

Procurador Federal atuante no núcleo de Direito Previdenciário da Procuradoria Regional Federal da 3ª Região – Especialista em Direito Administrativo pela UnB

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de Advocacia de Estado; 1.1 Histórico da Advocacia de Estado no nível federal; 1.2 Da Advocacia de Estado nos sistemas jurídicos estrangeiros; 1.3 A Advocacia de Estado e as demais funções essenciais à justiça; 1.4 A Advocacia de Estado no paradigma do Estado Democrático de Direito; 2 Do regime jurídico da Advocacia de Estado; 2.1 Distinção entre Advocacia de Estado e Advocacia de Governo; 2.2 Aspectos negativos do tratamento da Advocacia de Estado como Advocacia de Governo;

2.3 Necessidade da criação de uma identidade da Advocacia de Estado; 2.4 Atuação da Advocacia de Estado em prol da eficiência; 2.4.1 Execução Fiscal Administrativa; 2.4.2 Câmaras de Conciliação da Advocacia-Geral da União; 2.5 Atuação na defesa da juridicidade; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: Não há um consenso sobre o regime jurídico da Advocacia de Estado, cujas funções primordiais são o controle dos atos do Poder Público e a defesa em juízo de seus interesses, bem como a atuação em defesa da juridicidade, isto é, na manutenção da ordem jurídica. Todavia, não é valorizada como deveria, tendo em vista que, por ser um órgão de controle, o Administrador, muitas vezes mal intencionado, não se interessa em promover a melhoria das condições das Procuradorias.

PALAVRAS-CHAVE: Procuradoria. Advocacia de Estado. Advocacia de Governo. Advocacia Pública.

ABSTRACT: There is no consensus about the juridical regime of the Constitutional Advocacy, whose primary functions are the control of the Administration acts and the defense in court of its interests, as well its practice preserving the legal system. However, it is not been valorized as it should be, due to the fact that it is a control organ, the Public Administrator, with bad intensions, most of times, is not interest in improving better conditions for the Public Attorneys.

KEYWORDS: Government Advocacy. Constitutional Advocacy. Public Advocacy.

INTRODUÇÃO

A expressão “advocacia dos interesses públicos constitucionalmente acometidos à Administração do Estado” é da autoria de Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹. Foi irrefutável a sua reprodução literal, pois define com precisão a Advocacia de Estado.

O patrimônio público sofre constantes perdas decorrentes de corrupção, má qualidade técnica na representação processual e má qualidade na gestão do Erário. Por isso, necessita de profissionais isentos de participação política, com alta qualidade técnica e que sejam selecionados pela meritocracia do concurso público. Como instituição essencial na proteção do Erário, a Advocacia de Estado precisa ter o perfil de atuação de seus membros mais bem definido, para que o patrimônio público seja mantido íntegro, na melhor medida do possível.

Não há, todavia, uma definição precisa do papel da Advocacia de Estado. Cada ente federativo trata de maneira diferente seu regime jurídico. Alguns estados lhes concedem autonomia, outros a mantém como um órgão anexo ao Poder Executivo; outros, ainda, equiparam sua importância ao Ministério Público e à Magistratura. Nenhum, todavia, confere-lhe o *status* adequado às suas funções.

Não há um consenso sobre o regime jurídico da Advocacia de Estado. Indaga-se, por exemplo, por que seus membros, por serem advogados, não recebem honorários. Se é necessário o concurso de ingresso, por que é admitido que estranhos à carreira possam receber cargos em comissão para atuar na consultoria de ministérios? Como é possível a emissão de um parecer em uma licitação, isento de ingerências políticas, se não há garantia de inamovibilidade e independência funcional aos seus membros?

Há muito que se estudar sobre a Advocacia de Estado e, com isso, criar-se um regime jurídico adequado e uniforme, como ocorre com as consolidadas instituições da Magistratura e do Ministério Público.

A Advocacia de Estado tem como funções primordiais, o controle dos atos do Poder Público e a defesa em juízo de seus interesses.²

1 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Advocacia de Estado – Questões Institucionais Para a Construção de um Estado de Justiça*. 1. ed. 2009 p. 26.

2 Aliás, exatamente porque são discerníveis o interesse público e o interesse meramente das pessoas estatais (ora coincidentes, ora antagônicos), os autores italianos fazem acepção, como dantes se disse (ns. 16 a 19), entre interesse público propriamente dito, também denominado interesse primário, e interesse secundário.

O controle da Administração pública é o elemento que limita os poderes do Governante, para que não os exerça com tirania. Há dois tipos de controle da Administração Pública, o interno, exercido pelos órgãos da própria Administração, e o externo, exercido pelos órgãos alheios à Administração. Há também hipóteses em que o cidadão pode suscitar o controle interno da Administração, como nos casos de abuso de autoridade, nos termos da Lei 4898/65, art. 2º “o direito de representação será exercido por meio de petição: a) dirigida à autoridade superior que tiver competência legal para aplicar, à autoridade civil ou militar culpada, a respectiva sanção; b) dirigida ao órgão do Ministério Público que tiver competência para iniciar processo-crime contra a autoridade culpada”. O cidadão também pode instaurar o controle externo mediante o ajuizamento da ação popular, nos termos da Lei 4717 de 29 de junho de 1965.

A Advocacia de Estado, ante sua hodierna configuração orgânica, exerce o controle interno da Administração, eis que é um órgão do poder executivo, com exceção dos Estados que lhe conferem autonomia administrativa e financeira. Todavia, deveria ser entendida como um ente que exerce o controle externo da Administração, justamente por ser uma função essencial à justiça, ao lado da Defensoria e do Ministério Público, ao qual, *data venia* alguns autores chegam defender se tratar de um quarto poder³.

O Estado de Direito implica a submissão a sistemas de controle e à ordem jurídica. Somente ao Governante mal intencionado interessa a deficiência ou até mesmo a falta de controle, eis que pode se locupletar de recursos públicos ao seu favor e de seus familiares e apadrinhados, nesse nefasto sistema político que prepondera em nosso país.

Interesse público ou primário, repita-se, é o pertinente à sociedade como um todo, e só ele ser validamente objetivado, pois como o representante do corpo social. Interesse secundário é aquele que atina tão-só ao aparelho estatal enquanto entidade personalizada, e que, por isso mesmo pode lhe ser referido e nele encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa.

Com efeito, por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, qua tale considerado, e muito menos o dos agentes estatais. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. Malheiros: 2004. p. 89 e 90)

- 3 O Ministério Público se apresenta com a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o Espírito das Leis, por certo não seria tríplice, mas quádrupla, a Divisão dos Poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro órgão acrescentaria ele - que defende a sociedade e a lei, perante a justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado. (LYRA, Roberto. *Teoria e Prática da Promotoria Pública*. 2. ed. editora Sérgio Antônio Fabris: 1989. p. 15)

Por isso é que a valorização da Advocacia de Estado é um tema não muito abordado. Se essa *procuratura*⁴ tivesse as garantias e prerrogativas concedidas ao Ministério Público e à Magistratura, haveria um controle muito mais rigoroso sobre a prática dos atos administrativos pelo Administrador.

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “umas das consequências mais nefastas dessa postura perversa, mas não obstante tão encontradiça, é o fenômeno da *captação das Procuradorias pelos Governos*, o que logram, os que lamentavelmente assim procedem, geralmente pela manutenção de regimes remuneratórios grotesco, o que lhes é fácil, bastando-lhes desconsiderar o impacto acumulado dos resíduos inflacionários, para, desse modo, abrir uma imensa defasagem em relação às remunerações percebidas pelas demais carreiras jurídicas de Estado.”⁵

O presente trabalho visa abordar a origem da instituição, as diferenças e semelhanças que a diferenciam das demais instituições da Procuratura, buscando traçar as linhas mestras do regime jurídico da Advocacia de Estado.

1 CONCEITO DE ADVOCACIA DE ESTADO

1.1 Histórico da Advocacia de Estado no nível federal

A *procuratura* desenvolveu-se com a evolução do Estado brasileiro, desde período colonial, passando pelo Império até chegar à República. Na fase de colônia havia uma estrutura judiciária muito simples, composta pela Casa da Comarca, com tabelião do judicial e notas, escrivão e juiz pedâneo.

As Ordenações Afonsinas, conjunto normativo da Coroa Portuguesa em vigor na colônia brasileira, traziam a figura do Procurador dos Nossos Feitos, que tinha por funções a defesa dos direitos da Coroa, a preservação do patrimônio ou dos bens reais e o acompanhamento do rol dos feitos que envolvessem reguengos (terras do Rei) e juguadas (direito real pago pelo plantio da terra).⁶ Também havia a incumbência de defesa de órfãos, viúvas e pobres.

4 Como se refere Diogo de Figueiredo Moreira Neto às funções essenciais à justiça in: *A Advocacia de Estado revisada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Texto da coletânea Advocacia de Estado – questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça, 2009. p. 25

5 MOREIRA NETO, op. cit., p. 30.

6 GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre a história dos Cargos e Carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. In: *Advocacia de Estado: Questões Institucionais para a Construção de um Estado de Justiça*, 2009. p. 339

Com a vigência das Ordenações Manuêlinas, em 1521, surge o cargo de “Promotor da Justiça da Casa de Suplicação”, que absorveu para si a defesa dos órfãos, viúvas e pobres, retirando tais atribuições do Procurador dos Nossos Feitos.

Vieram então as Ordenações Filipinas em 1603, criando os cargos de Procurador dos Feitos da Coroa, Procurador dos Feitos da Fazenda e do Promotor da Justiça da Casa de Suplicação.

Com a instalação da Relação do Estado do Brasil em Salvador, o Judiciário teve uma grande evolução, na medida em que os reexames passaram a ser realizados não mais no território da Metrópole, mas dentro do território colonial. O regimento da Relação do Estado do Brasil determinou que os cargos da procuratura seriam: Procurador dos Feitos da Coroa, Procurador da Fazenda e Procurador do Fisco.

Em 13 de outubro de 1751, foi editado um Alvará, em que D. José I criou a Relação do Rio de Janeiro. Nesse alvará, estava previsto o cargo de Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, que acumulava as funções do Promotor das Justiças. O alvará de 10 de maio de 1888 separou as funções de Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda e Promotor de Justiça.

Na fase da proclamação da independência, o Decreto de 5 de junho de 1823 retirou do Procurador da Coroa a função de Promotor Fiscal do Juízo dos Jurados. Logo após, o Decreto de 21 de fevereiro de 1824 alterou a denominação Procurador da Coroa e da Fazenda para Procurador da Coroa e Soberania Nacional.

Com a criação do *Tribunal do Tesouro* Público Nacional, os Procuradores da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional atuavam na primeira instância, enquanto que os Procuradores dos Feitos da Fazenda atuavam em segunda instância. Até então, as funções da Procuratura confundiam-se com a Magistratura, e até com as do Ministério Público.

Com a instalação da República, em 1889, o Judiciário foi radicalmente reestruturado, e as funções foram se especializando. O Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, criou a Justiça Federal e previu a criação do Ministério Público, com os cargos de Procurador-Geral da República e o de Procurador da República.

O Decreto nº 967, de 2 de janeiro de 1903, criou o cargo de Consultor Geral da República, que deveria ser ouvido em extradições, expulsão de

estrangeiros, execução de sentenças estrangeiras, alienação, aforamento, locação e arrendamento de bens nacionais, aposentadorias, reformas, jubilações, pensões e montepios de funcionários federais, ou seja, matérias notadamente consultivas. O Procurador-Geral da República, portanto, permanecia com a atividade judicial.

O Decreto nº 1.166, de 17 de dezembro de 1892, atribuiu ao Tesouro⁷ Federal o mister de promover a cobrança da dívida ativa da União. Em complemento, o Decreto nº 1.220, de 17 de janeiro de 1893, conferiu aos Procuradores da Fazenda Federal a representação judicial da Fazenda Pública. O Decreto nº 848/1890 conferiu essa função também aos Procuradores da República. Em 23 de dezembro de 1909, o Decreto nº 7751 criou a Procuradoria-Geral da Fazenda Pública.

A Justiça Federal foi extinta por um período de trinta anos aproximadamente, vindo a ressurgir somente com a edição do Ato Institucional nº 2, de 27/10/1965. Não obstante, o Ministério Público Federal continuou incumbido da defesa judicial da União, segundo o Decreto-Lei nº 986 de 27 de dezembro de 1938, cujo teor previa que o Procurador Geral da República representava a União junto ao Supremo Tribunal Federal; os Procuradores Regionais da República atuavam como “advogados da União” nas justiças locais dos Estados, Distrito Federal e Território do Acre, e os Promotores de Justiça representavam a União nas comarcas locais exceto nas capitais.

O Decreto-Lei nº 8.564, de 7 de janeiro de 1946, criou cargos consultivos de livre nomeação do Presidente da República, como o Consultor Jurídico de Ministérios e do Departamento Administrativo do Serviço Público, Consultor Jurídico no Ministério da Educação e Ministério da Saúde. O ato normativo também previu o processo de uniformização da jurisprudência administrativa e a colaboração com a defesa da União, da qual estava encarregada a Procuradoria-Geral da República.

A Lei 2.123, de 1º de dezembro de 1953, tentou unificar a representação jurídica das autarquias, transformando os cargos de Procurador, Consultor Jurídico, Advogado, Assistente Jurídico, Adjunto de Consultor Jurídico, Assistente de Procurador em Procurador das Autarquias Federais, conferindo-lhes garantias e prerrogativas do Ministério Público.

7 Conforme a ortografia à época da edição do Decreto

A Lei 2.642, de 9 de novembro de 1955, transformou os cargos de Adjunto do Procurador Geral da Fazenda Pública e de Procurador da Fazenda Federal nos Estados em Procurador da Fazenda Nacional, bem como criou o cargo de Procurador Geral da Fazenda Nacional.

A Lei 4.463, de 7 de novembro de 1964, concentrou a atividade consultiva na Consultoria-Geral da República, a ser exercida pelo Assistente Jurídico e pelo Assistente do Consultor Geral da República.

A administração indireta era representada judicialmente pelos Procuradores Autárquicos, Advogados, Assistentes e Procuradores, denominações essas que dependiam de qual ente pertenciam.

Derradeiramente, a Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova configuração da representação judicial e consultoria da União. A função de representação judicial da União é retirada da Procuradoria-Geral da República e a consultoria retirada da extinta Consultoria Geral da República. Essas funções foram repassadas à nova instituição criada pelo art. 131 da novel Constituição, a Advocacia-Geral da União, inserida dentre as funções essenciais à justiça, ao lado do Ministério Público, da Defensoria e da Advocacia.

A Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar nº 73/1993) previu os cargos de Advogado-Geral da União, como posto mais elevado, seguido do Procurador-Geral da União, Procurador-Geral da Fazenda Nacional, o Consultor-Geral da União e o Corregedor-Geral da Advocacia da União. Também foram previstos como membros, os cargos de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional e de Assistente Jurídico.

A Lei 9650, de 27 de maio de 1998, criou o cargo de Procurador do Banco Central do Brasil, e a Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001, posteriormente convertida na Lei 10.480 de 2 de julho de 2002, unificou a representação judicial e a consultoria de todas as autarquias e fundações federais (com exceção do Banco Central) na Procuradoria-Geral Federal, órgão adjunto à Advocacia-Geral da União.

A Lei 10.549, de 13 de novembro de 2002, extinguiu o cargo de Assistente Jurídico, incorporando seus detentores e atribuições ao cargo de Advogado da União.

1.2 Da Advocacia De Estado Nos Sistemas Jurídicos Estrangeiros

O Brasil adota o sistema jurídico da família romano-germânica, de origem europeia. Formou-se por meio da obra das universidades europeias, a partir das compilações do imperador Justiniano⁸. Em virtude do processo de colonização, diversos países adotaram essa família de Direito, especialmente na América Latina.

Outra grande família que influenciou o sistema jurídico de vários países é o da *common law*, cujas características são bem distintas da romano-germânica. A regra de direito da *common law*, menos abstrata que regra de direito da família romano-germânica, tem como escopo solucionar uma controvérsia, não a formulação de regras gerais e abstratas a serem aplicadas a situações futuras⁹. O direito inglês desenvolveu-se em quatro períodos: antes da conquista da Normandia, em 1066; até 1485, com o advento da dinastia Tudor, período em que se desenvolveu a *common law*, que vem a substituir o sistema de costumes locais; o período de 1485 a 1832, em que surgiu, à margem da *common law*, o sistema de regras de *equity*; e o quarto período, iniciado em 1832 até hoje, caracteriza-se pela crescente importância dada à lei, em um sociedade dirigida pela administração e pelo confronto constante com o direito comunitário europeu¹⁰.

No direito inglês, a distinção entre direito público e direito privado não é relevante, pois, nesse sistema, é rechaçada a ideia na qual o Estado e a Administração Pública não possam estar submetidas ao direito. Em seu lugar, é estudada a diferença entre *common law e equity*. A *equity* é um conjunto de remédios desenvolvidos nos séculos XV e XVI, sob a jurisdição do Conselheiro Real para complementar e, em casos específicos, revisar a *common law*, que, à época, restava insuficiente e defeituosa. Todavia, isso não significava que o desrespeito à *common law*. Ao revés, um dos axiomas proclamados pelo Conselheiro foi *equity follow the law*.¹¹ Outra distinção é que, enquanto a *equity* converteu-se em regras escritas, a *common law*, ao revés, caracteriza-se pela oralidade. Outra distinção reside em que a *common law* disciplina certos ramos do direito como o direito penal, contratos, responsabilidade civil, enquanto que a *equity* trata do direito real

8 DAVID, René; SPINOSI, Jauffret. Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos. 11. ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010. p.14

9 Ibidem, p. 15.

10 Ibidem, p. 211.

11 Ibidem, p. 236.

de propriedade, do trust, sociedades mercantis, insolvência, interpretação de disposições testamentárias e liquidação de sucessões.¹²

Os Estados Unidos da América, cuja colonização foi britânica, adotou, por óbvio, o sistema da *common law*, contudo, com algumas diferenças, especialmente em virtude do seu sistema federativo, diferentemente da Inglaterra, que é um Estado único. Outra importante diferença é a existência de um constituição escrita, ainda que sintética, nos EUA, a *Bill of Rights*, de 1789, enquanto que a constituição inglesa está dispersa em normas não escritas.

Cláudio Grande Júnior faz um breve relato da Advocacia de Estado no Reino Unido e *Commonwealth*:

Os *Law Officers of the Crown* são os conselheiros jurídicos da Coroa e representam os governos do Reino Unido e dos Estados Integrantes da *Commonwealth*. São chefiados pelos *Attorneys General*, em certos lugares chamado de *Advocate General*, como na Escócia, desde 1999. Restrito à Inglaterra e ao País de Gales, o *Her Majesty's Attorney General for England and Wales* assessora e aconselha juridicamente a Coroa e o gabinete, representa-os perante os tribunais, supervisiona a persecução penal a cabo dos *prosecutors* e atuam em processos judiciais de interesse público. Com efeito, os *Attorneys General's Offices* absorvem atribuições que, no Brasil, são divididas entre Ministério Público e Advocacia Pública.¹³

Os outros sistemas, basicamente são variações dessas duas grandes famílias, destacando-se o sistema russo, que, por ter se originado em um país socialista, possui várias idiossincrasias que merecem ser destacadas. A história da Rússia inicia-se no século IX, pela chegada de uma tribo escandinava. Em 989, essa sociedade converteu-se ao cristianismo. Em 1236, a invasão mongol destruiu a organização política então existente. Os costumes russos começaram a ser escritos na primeira metade do século XI, até o século XIV, quando foram escritas leis bárbaras e com características de um regime feudal. O direito bizantino também teve forte influência sobre o direito russo, com a regulamentação do direito civil e canônico.¹⁴

12 DAVID, op. cit. p. 241.

13 JÚNIOR, Cláudio Grande. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. In: GUEDES; SOUZA, op. cit., p. 75.

14 DAVID, op. cit., p. 122.

A revolução de outubro de 1917, que levou ao poder os bolcheviques, pertencentes ao partido comunista, iniciou uma nova história russa. O direito russo passou então por modificações nos períodos do comunismo revolucionário (1917-1921), no período da Nova Política Econômica (1921-1928) e no período da coletivização dos bens de produção (1928-1936).¹⁵ Após um longo período de estagnação econômica, em 1989-1991 ocorreu o fenômeno da *perestroika*, em que foram implementadas diversas reformas, com a consequente abertura da economia ao capitalismo e com a dissolução do partido comunista.

No período em que predominou o socialismo, havia uma instituição criada nos moldes do Ministério Público, a *Prokouratoura soviética*¹⁶, que fazia as vezes do *parquet*, atuando na persecução penal, como também tinha a função de “vigilância geral”, que impedia a tomada de decisões ilegais, analisando matérias administrativas que fossem postas a sua consideração. Limitava-se, todavia, a anular as resoluções contrárias à legalidade. Fazia as vezes, portanto da Advocacia de Estado.

O sistema chinês, por exemplo, semelhante ao japonês, baseia-se na diminuta possibilidade de se deduzir uma demanda em juízo, ante a forte influência da filosofia do confucionismo, que prega a aceitação, a não oposição. Assim, a paz social é garantida pelo comportamento passivo dos cidadãos em não se opor aos atos do Poder Público, conferindo um grande poder ao funcionário público.¹⁷

Segundo Cláudio Grande Júnior¹⁸, a Constituição da República Popular da China prevê a Suprema Procuradoria Popular, as Procuradorias Populares locais, Procuradorias Militares e outras Procuradorias populares especiais, que não podem sofrer ingerência dos órgãos administrativos, de organizações públicas ou de particulares. A aparente autonomia, contudo,

15 DAVID, op. cit. p. 126.

16 Ibidem, p. 143.

17 Ungranemperador del siglo XVII, K'ang His lo proclamó abiertamente: Los procesos tenderían a multiplicarse de manera tenebrosa si las personas perdiesen el temor de recurrir a los tribunales y ello les generase confianza de encontrar siempre una justicia fácilmente accesible y perfecta. El hombre está expuesto a hacerse ilusiones en lo que resulta bueno para él, se multiplicarían los cuestionamientos sin fin y la timidez de los súbditos de nuestro Imperio no bastarían para resolver las controversias de la tramitación de los súbditos. Es mi deseo expresado en consecuencia que los que se dirijan a los tribunales sean tratados sin ninguna piedad, de tal manera que se les aparte del derecho y que se estremezcan con la sola idea de comparecer ante un magistrado (Citado por S. Van Der Sprenkel, Legal Institutions in Manchu China, 1962, p. 77). In: DAVI, op. cit., p. 389.

18 GUEDES; SOUZA, op. cit., p. 70/71.

deve observar os princípios constitucionais da República, a saber: 1 – o socialismo, 2- a ditadura democrático-popular, 3- o marxismo-leninismo e o pensamento de Mao Tse-Tung, 4- a direção do Partido Comunista Chinês. Os órgãos de Estado da República Popular da China, segundo o citado autor, devem respeitar o centralismo democrático, em que as Procuradorias respondem perante os congressos populares. Assim, a Suprema Procuradoria Popular coordena as Procuradorias Populares em um nível hierárquico. A investidura dos seus membros é semelhante à dos membros do poder judiciário. O Congresso Nacional Popular elege e pode destituir o Procurador-Geral da Suprema Procuradoria Popular. Este, por seu turno, nomeia e exonera os Procuradores-Gerais Adjuntos, os Procuradores da Suprema Procuradoria Popular., os membros da Comissão da Procuradoria e o Procurador-Chefe da Procuradoria Militar, podendo aprovar a nomeação e a demissão dos procuradores-chefes das procuradorias populares das províncias, regiões autônomas e municipalidades diretamente dependentes do Governo Central. A Suprema Procuradoria Populares locais são responsáveis perante os órgãos de poder político que as estabelecerem e perante as Procuradorias Populares de nível superior. Os Congressos Populares locais, a partir do nível do distrito, elegem e podem destituir os Procuradores Chefes das procuradorias Populares do nível correspondente, além de superintenderem os trabalhos da Procuradoria Popular do respectivo nível. O auto ao comparar a Procuradoria Popular chinesa com a *Prokuratura* Soviética, diferindo no ponto em que nesta, os Procuradores de nível inferior estavam submetidos unicamente ao Procurador-Geral. A eleição ou a destituição dos Procuradores Chefes das Procuradorias Populares devem ser comunicadas às Procuradorias Populares de nível imediatamente superior, para efeito de aprovação pelos Congressos Populares do respectivo nível¹⁹.

O direito francês, a despeito de sua origem romano-germânica, possui peculiaridades, em razão de ter sediado o evento que rompeu o paradigma medieval, instaurando uma nova ordem mundial, fruto da revolução francesa, bem como por ter sido o berço do direito administrativo. Segundo relata Maria Sylvia Zanella di Pietro, em decorrência dos fatos históricos ocorridos na França, com a superação do Velho Regime pela revolução burguesa, a teoria da separação dos poderes foi adotada com robusto rigor. O poder judiciário era alvo desconfiança “pois a sua resistência ao poder real e às reformas que ele pretendia promover foi uma das principais causas do imobilismo que acabou por provocar a Revolução (cf. Georges Vedel,

19 – GUEDES; SOUZA, op. cit., p. 70/71.

1964:60).²⁰ Por isso, surgiu o modelo de contencioso administrativo, com base no art. 13 da Lei de 16-24 de agosto de 1790, segundo a qual “as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo, as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que estes exercem.”²¹ Nessa fase, portanto, o judiciário não podia se imiscuir nos assuntos afetos à administração. Contudo, com a criação do Conselho de Estado, as questões administrativas passaram a ser submetidas à jurisdição Estatal, embora formalmente não fossem proferidas pelo Poder Judiciário, mas pelo órgão do Executivo. A partir de 1872, quando se tornou independente, as decisões deixaram de ser apreciadas pelo Executivo, passando a ser um verdadeiro órgão de jurisdição administrativa.²² Di Pietro, *apud* Georges Vedel²³ ressalta que o Direito Administrativo francês “é, em grande parte, não legislativo, porque formulado pelo juiz [...] que, nesse ramo do Direito, o repúdio ao Código Civil e ao direito privado e a imensidão de lacunas legislativas levaram o juiz a fazer verdadeiramente o direito.” Trata-se de um sistema em que a jurisprudência administrativa, portanto, é deveras relevante.

A depender do sistema jurídico, o judiciário pode ter mais ou menos importância, e o controle interno pode ser exercido com mais rigor do que o controle externo. Como a Advocacia de Estado está incumbida da função de controle dos atos estatais, sua formatação varia a depender da família jurídica adotada.

Ante a análise dos sistemas jurídicos estrangeiros, pode-se chegar à conclusão de que uma Advocacia Pública forte e independente tem relação direta com o Estado Democrático de Direito, que necessita de instituições independentes para realizar o controle dos atos estatais com imparcialidade, forçando as políticas públicas e demais atos a se conformarem à juridicidade. No sistema socialista, marcado pela hegemonia do partido socialista, há um controle formal dos atos estatais. As procuradorias desses Estados exercem o papel de Advocacia de Governo, ante sua dependência política e submissão aos interesses partidários.

20 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 26.

21 *Ibidem*.

22 *Ibidem*, p. 27.

23 *Ibidem*, p. 28.

1.3 A Advocacia de Estado e as demais funções essenciais à justiça

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁴, a Emenda Constitucional nº 19/98 cometeu um equívoco ao alterar o título da Seção II do Capítulo IV do Título IV para “Advocacia Pública”, confundindo-a com o conceito menos amplo de “Advocacia de Estado”. A Advocacia Pública contrapõe-se à Advocacia Privada. Ambas, contudo, são igualmente funções essenciais à justiça.

Para aquele autor, o Ministério Público e a Defensoria Pública também fazem parte da Advocacia Pública, uma vez que o *Parquet* exerce a advocacia dos interesses difusos e indisponíveis da sociedade e a Defensoria, a advocacia dos interesses dos hipossuficientes. A Advocacia de Estado exerce a “advocacia dos interesses públicos constitucionalmente cometidos à administração do Estado”.

Moreira Neto defende, ainda, que à Advocacia de Estado podem ser conferidas outras funções além da representação judicial e a assessoria jurídica, como a direção jurídica de empresas e outras funções burocráticas, desde que não conflitantes com a advocacia dos interesses públicos estatais.

Vê-se, portanto, que as três Procuraturas são igualmente importantes, atuando cada uma, em uma determinada área, a defesa do interesse público.

Todavia, o legislador não lhes conferiu o mesmo grau de importância ao estabelecer os respectivos regimes jurídicos. O Ministério Público foi o mais privilegiado, ao serem conferidas aos seus membros quase todas as prerrogativas conferidas aos membros da Magistratura, como a inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e a independência funcional, além de um período de férias de 60 dias e porte funcional de arma de fogo. Além disso, institucionalmente, o Ministério Público possui importantes garantias como a autonomia financeira, garantindo-lhe dotação orçamentária própria e a nomeação do chefe da instituição dentre os membros da carreira, de forma a manter a integridade contra ingerências políticas.

A Advocacia de Estado, no âmbito dos entes federativos, também está assimetricamente organizada. Na esfera federal recebe o tratamento mais precário: não há um regime de prerrogativas para seus membros exercerem seu mister com independência e imparcialidade.

24 MOREIRA NETO, op. cit. p. 25

A Advocacia-Geral da União não possui autonomia financeira; seu cargo de chefia da instituição, o Advogado-Geral da União, pode ser ocupado por pessoas estranhas à carreira. No âmbito estadual, muitas procuradorias possuem o merecido tratamento isonômico com as demais carreiras de Estado, possuindo autonomia financeira, prerrogativas da magistratura para os seus membros, bem como a equiparação de remuneração percebida pelos membros da Magistratura e Ministério Público. Além disso, é permitido que a importante função de consultoria seja feita por detentores de cargos em comissão, por não concursados.

Ao que parece, à Advocacia de Estado não vem sendo conferido o tratamento que merece. Para o governante mal-intencionado, é melhor que essa Procuratura permaneça dependente e desestruturada. A indicação política de seu dirigente máximo, a falta de independência funcional de seus membros, a dependência financeira da instituição e a consultoria feita por não concursados são condições ideais para o aparelhamento governamental. Assim, o dirigente pode passar a comandar a instituição de acordo com os interesses do governante, realizando a famigerada advocacia de governo. Os membros, por seu turno, não têm garantias contra represálias políticas caso sua atuação venha a ser contrária a interesses políticos.

1.4 A Advocacia de Estado no paradigma do Estado Democrático de Direito

Para se abordar esse tema, faz-se necessário definir o momento histórico atual do Estado brasileiro. Para isso, deve ser definido qual é o pano de fundo ou paradigma do modelo de Estado brasileiro.

O conceito de paradigma é o primeiro passo para a compreensão do problema. Ele advém da obra “A Estrutura das Revoluções Científicas”, de Thomas Kuhn, segundo o qual a ciência é influenciada pelas condições históricas do período em que é desenvolvida, pois não se origina de um cientista isoladamente, mas no seio de uma comunidade científica. Os cientistas desenvolvem seus trabalhos nos padrões necessários para que haja reconhecimento pela a comunidade científica. Dentro de um paradigma há, portanto, uma “ciência normal²⁵”. No momento em que surge uma

25 A ciência normal, atividade na qual a maioria dos cientistas emprega inevitavelmente quase todo seu tempo, é baseada no pressuposto de que a comunidade científica sabe como é o mundo. Grande parte do sucesso do empreendimento deriva da disposição da comunidade para defender esse pressuposto – com custos consideráveis, se necessário. Por exemplo, a ciência normal frequentemente suprime novidades fundamentais, porque estas subvertem necessariamente seus compromissos básicos. Não obstante, na medida em que esses compromissos retêm um elemento de arbitrariedade, a própria natureza da pesquisa normal assegura que a novidade não será suprimida por muito tempo. (KUHN, op. cit., p. 24, 1998)

instabilidade de um determinado paradigma, surgem novas teorias que culminam numa revolução científica e, por conseguinte, numa mudança de paradigma.

Os três grandes paradigmas constitucionais são o Estado de Direito, pertencente ao período liberal, em que o Estado possuía um papel mínimo; o Estado Social, constituído pelo clientelismo e pelo intervencionismo exacerbado, e o Estado Democrático de Direito, baseado na proteção e promoção dos direitos e garantias fundamentais.

O Estado de Direito surgiu da quebra do paradigma antigo-medieval. Visava a garantir a liberdade do indivíduo perante o Estado, de forma que se pudesse fazer tudo o que não era proibido por lei. Devido à excessiva liberdade dada aos agentes econômicos, que exploravam em demasia a mão de obra, causando condições de vida degradantes às pessoas, bem como pelo esgotamento do modelo de Estado mínimo, surge o Estado Social (*WelfareState*), de cunho extremamente intervencionista. Esse modelo de Estado também sofreu um processo de desgaste. Primeiro porque, ao tornar as pessoas dependentes do Estado, numa forma de clientelismo, acabou por eclodir o surgimento dos Estados totalitários. Também porque sua manutenção tornou-se inviável, pois demandava uma estrutura muito grande, causando a ineficiência estatal. Surge então o Estado Democrático de Direito, um modelo que prima pela proteção dos direitos e garantias fundamentais.

Os citados grandes paradigmas causam forte influência na interpretação de valores como a liberdade e a igualdade. A liberdade no Estado burguês consiste do direito de fazer tudo o que não é proibido, com a liberdade de cada um terminando no ponto em começa a liberdade para o outro indivíduo. A igualdade, nesse contexto, é representada pelo tratamento isonômico de todos perante a lei.

No Estado Social, esses conceitos adquirem outra conotação. A liberdade passa a ser o reconhecimento, pela lei, das diferenças materiais entre as pessoas, e a igualdade passa a ser o tratamento igual de acordo com suas desigualdades. Nesse momento, a igualdade passa a ser material, cabendo ao Estado atuar para que determinado indivíduo, desprovido do direito à moradia, por exemplo, passe a também ter esse direito.

No Estado Democrático de Direito, a liberdade e a igualdade passam a ter uma nova concepção, consistente na liberdade de participação do processo democrático e em condições de igualdade.

A Advocacia de Estado, no Brasil, existe desde os tempos do Império, em que era denominada Procuradoria dos Interesses da Coroa. Como o Estado brasileiro era patrimonialista, a Advocacia de Estado tinha um viés compatível com esse modelo, baseado na proteção do interesse da Família Real, uma vez que não havia a noção da existência de um patrimônio público.

Com as mudanças paradigmáticas do Estado brasileiro, a Advocacia de Estado passou a ter outro mister, a de defesa do Estado Democrático de Direito, exercendo, nas palavras do de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “advocacia dos interesses públicos constitucionalmente cometidos à administração do Estado”²⁶.

2 DA ADVOCACIA DE ESTADO

2.1 Distinção entre Advocacia de Estado e Advocacia de Governo

A Procuratura Constitucional incumbida da defesa do interesse público da Administração do Estado ainda não recebeu, pela legislação pátria, a regulamentação adequada ao seu mister. Em muitos de seus regimes jurídicos, pertinentes ao ente político a que estão vinculados, a Advocacia de Estado é tratada como mero escritório de advocacia da Administração Pública, e mais especificamente dos interesses governamentais de ocasião.

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “enquanto governos e governantes são transitórios e refletem segmentos de maiorias, Estado e Advocacia de Estado são projeções institucionais permanentes de toda a sociedade, o que se reflete nas condições de suficiência e na própria natureza das respectivas investidas constitucionais.”²⁷

2.2 Aspectos negativos do tratamento da Advocacia de Estado como Advocacia de Governo

É muito comum que a atividade mais importante da Advocacia de Estado, que é a consultoria, seja delegada a pessoas estranhas à instituição, ou até mesmo a escritórios de advocacia privada. Isso se dá, em grande medida, por conta do inciso II do art. 25 da Lei 8.666/93, que reputa por inexigível a licitação para “a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais

²⁶ GUEDES, op. cit., p. 26, 2009.

²⁷ MOREIRA NETO, op. cit, p. 24.

ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação. ”

A esse respeito, a Súmula 04/2012 do Conselho Pleno do Conselho Federal da OAB aduz que:

ADVOGADO. CONTRATAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. Atendidos os requisitos do inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, é inexigível procedimento licitatório para contratação de serviços advocatícios pela Administração Pública, dada a singularidade da atividade, a notória especialização e a inviabilização objetiva de competição, sendo inaplicável à espécie o disposto no art. 89 (*in totum*) do referido diploma legal.

É de se indagar, porém, como se justifica essa inexigibilidade se a Administração está equipada com um corpo jurídico de profissionais selecionados por concurso público, altamente capacitados, que trabalham em núcleos especializados nas diversas Procuradorias, no âmbito federal, estadual e municipal? Tal inexigibilidade acaba, em muitos casos, servindo como uma brecha para fraudes por representantes mal-intencionados dos entes políticos, que podem alegar a necessidade de pareceres especializados com muita frequência sob a proteção do inciso II do art. 25 da Lei de Licitações e se locupletar de parte do dinheiro a ser pago ao jurista contratado. Se a atividade consultiva fosse exclusiva dos membros da Advocacia Pública, essa brecha não existiria.

Há uma previsão polêmica que admite que a Advocacia-Geral da União defenda agentes públicos por atos praticados no exercício de suas atividades. O art. 22 da Lei 9028/95 prevê²⁸ essa

28 Art. 22. A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, ficam autorizados a representar judicialmente os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, inclusive promovendo ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar habeas corpus e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo. (Redação dada pela Lei nº 9.649, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001)

possibilidade, e a Portaria nº 408/2009 da AGU regulamenta o esse dispositivo²⁹.

De um lado, a medida é louvável, eis que garante a livre atuação dos agentes públicos dentro da juridicidade, promovendo a segurança jurídica e a independência técnica. De outro, poder-se-ia argumentar que o agente deveria contratar um advogado particular para defendê-lo, na medida em que não cabe à AGU a defesa de pessoas físicas, mas tão-somente do ente político União.

Na minha opinião, essa defesa é essencial para a atuação isenta de ingerências políticas dos agentes públicos. Caso contrário, o agente se sentiria inseguro ao praticar seus atos, o que iria de encontro com o interesse público.

O aspecto, contudo, que mais chama a atenção, em se tratando do descaso com a Advocacia de Estado, é a possibilidade do preenchimento de cargos em comissão por pessoas que não pertencem à carreira da respectiva

§ 1o O disposto neste artigo aplica-se aos ex-titulares dos cargos ou funções referidos no caput, e ainda: (Incluído pela Lei nº 9.649, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001)

I - aos designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei no 6.024, de 13 de março de 1974, e nos Decretos-Leis nos 73, de 21 de novembro de 1966, e 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, e para a intervenção na concessão de serviço público de energia elétrica; (Redação dada pela Lei nº 12.767, de 2012)

II - aos militares das Forças Armadas e aos integrantes do órgão de segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, quando, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responderem a inquérito policial ou a processo judicial. (Incluído pela Lei nº 9.649, de 1998) (Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001)

29 As autoridades protegidas são as seguintes descritas: Art. 3º A AGU e a PGF poderão representar em juízo, observadas suas competências e o disposto no art. 4º, os agentes públicos a seguir relacionados: I - o Presidente da República; II - o Vice-Presidente da República; III - os Membros dos Poderes Judiciário e Legislativo da União; IV - os Ministros de Estado; V - os Membros do Ministério Público da União; VI - os Membros da Advocacia-Geral da União; VII - os Membros da Procuradoria-Geral Federal; VIII - os Membros da Defensoria Pública da União; IX - os titulares dos Órgãos da Presidência da República; X - os titulares de autarquias e fundações federais; XI - os titulares de cargos de natureza especial da Administração Federal; XII - os titulares de cargos em comissão de direção e assessoramento superiores da Administração Federal; XIII - os titulares de cargos efetivos da Administração Federal; XIV - os designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, nos Decretos-Lei nºs 73, de 21 de novembro de 1966, e 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; XV - os militares das Forças Armadas e os integrantes do órgão de segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, quando, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responderem a inquérito policial ou a processo judicial; XVI - os policiais militares mobilizados para operações da Força Nacional de Segurança; e XVII - os ex-titulares dos cargos e funções referidos nos incisos anteriores.

Procuradoria. Isso afronta veementemente o princípio da impessoalidade³⁰ e o princípio do concurso público (art. 37 da CF).

O concurso público é necessário para o preenchimento de cargos técnicos e de membros das carreiras de Estado, pois concede aos cidadãos igualdade de condições de ingresso, evitando assim o repudiado apadrinhamento.

2.3 NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DE UMA IDENTIDADE DA ADVOCACIA DE ESTADO

A Advocacia de Estado carece de um regime jurídico que estabeleça as prerrogativas e limites de atuação, assim como há na Magistratura e nas demais Procuraturas (Ministério Público e Defensoria Pública). *De lege ferenda*, necessita-se de uma lei orgânica³¹ que abranja toda a Advocacia de Estado, em todos os entes federativos, que fixe esses pontos, de modo a consolidar a Advocacia Pública como instituição. Deve ser criado um modelo de Advocacia Pública a ser instituído nos diversos entes da federação.

Dentro desse tópico, há questões importantes que são tratadas de maneiras diversas por cada Procuradoria.

A possibilidade de seus membros exercerem a advocacia privada é uma delas.

2.3.1 O exercício da advocacia fora das atribuições institucionais

Segundo o art. 12 do Código de Processo Civil:

“Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

30 Segundo DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 18. ed. 2004. p. 71: Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que nortear o seu comportamento...No segundo sentido, o princípio significa, segundo José Afonso da Silva (2003:647), baseado na lição de Gordilho que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal.

31 Atualmente só há a Lei Complementar 73/93, que estrutura a Advocacia-Geral da União.

I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores;

II - o Município, por seu Prefeito ou procurador;”

Infere-se, portanto, que aos procuradores foi outorgado mandato *ex lege* para representar os entes a que estão vinculados. Em tese, portanto, não é necessária a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil para que atuem em juízo. Como já abordado nesse trabalho, a Advocacia de Estado, ontologicamente, exerce a mesma função que o Ministério Público e a Defensoria Pública, apenas diferindo quanto ao interesse que cada um defende. O *parquet* é o defensor dos direitos públicos difusos e coletivos, a Defensoria defende os direitos dos desprovidos de recursos econômicos, e a Advocacia de Estado exerce a advocacia dos interesses públicos acometidos à Administração do Estado. Por que então não se exige inscrição na OAB dos membros do Ministério Público e dos Defensores Públicos, já que eles também atuam em juízo?

Enfim, foi criado um arquétipo no qual todas as Procuradorias exigem que seus membros sejam inscritos na OAB, não obstante tal requisito ser dispensável processualmente, eis que os procuradores já possuem capacidade postulatória em virtude de lei.

Além das Procuradorias exigirem inscrição nos quadros da OAB, muitas restringem a atuação profissional dos procuradores, não permitindo que eles exerçam a advocacia fora de suas atribuições funcionais.

A Lei Complementar 73/93, em seu artigo 28, proíbe expressamente o exercício da advocacia privada aos membros da Advocacia-Geral da União.

O Estatuto da Advocacia, Lei nº 8.906/94, no parágrafo 1º do art. 3º estabelece que:

[...] exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime própria a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

Os artigos 29 e 30 do Estatuto da Advocacia, trazem as seguintes restrições aos advogados públicos:

art. 29. Os Procuradores Gerais, Advogados gerais, Defensores Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam, durante o período da investidura.”

Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:

I- os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora.

O inciso XII do art. 5º da Constituição Federal estatui que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Trata-se, dessa maneira, de norma constitucional de eficácia contida, eis que a lei pode restringir a liberdade constitucional de livre exercício da profissão.

Note que, com exceção dos membros da Advocacia-Geral da União, não há a restrição legal mencionada no inciso XII do art. 5º da CF.

2.4 Atuação da Advocacia de Estado em prol da eficiência

A formatação atual do Poder Judiciário concentrou muitas atribuições nas mãos dos Juízes. Esse processo foi relatado na obra de Mauro Capeleti, *Acesso à justiça*, em que o autor relata a existência de três ondas renovatórias. A primeira foi a assistência judiciária, depois veio a representação dos direitos difusos e, por fim, o acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça³².

As reformas do Código de Processo Civil que criaram o poder geral de cautela - especialmente o art. 273, que permite ao juiz, conceder medidas liminares *inaudita altera parte* de acordo com o entendimento do Magistrado - concentraram ainda mais poderes e atribuições no Judiciário.

A mudança ontológica sofrida pelo Supremo Tribunal Federal, com o advento do novo pressuposto recursal da repercussão geral, que passou

32 O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra a sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos ‘o enfoque do acesso à Justiça’ por sua abrangência. CAPPELLETTI, op. cit., p. 11.

de instância recursal a Corte Constitucional, foi outro fato que demonstra a existência do ativismo judicial.

Enfim, o Judiciário tem ganhado relevo em detrimento de outros poderes. Com isso houve uma explosão no número de ajuizamento de demandas, o que enseja o aumento de gastos com estrutura dos Tribunais, lentidão no julgamento de processos, e queda na qualidade da prestação jurisdicional.

Ao revés, por que não se cogitou melhorar a prestação dos serviços públicos? Funcionários públicos melhor remunerados, melhor preparados e com mais estrutura pareceria uma solução óbvia, mas olvidada nas decisões políticas.

Muitas atribuições poderiam ser exercidas pela Advocacia do Estado, como a execução fiscal administrativa, que será abordada a seguir.

Outra medida, esta que já foi implementada, são as Câmaras de Conciliação da Advocacia-Geral da União, que promovem a conciliação entre entes políticos, evitando o ajuizamento de demandas judiciais, que, em tese, não deveriam ser judicializadas.

2.4.1 EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA

A Execução fiscal administrativa é um projeto polêmico que é muito criticado por membros do poder judiciário. O Ministro Cesar Asfor Rocha não aprova a inovação pois não vê “como é possível permitir que o credor seja o formulador e o executor do seu direito sem a mediação feita pelo Judiciário”³³. O Ministro também pondera que a questão “vem na onda de um clamor para diminuir o acervo de processo nos tribunais, cujo principal gargalo é a execução fiscal”. O Ministro Napoleão Nunes maia Filho ataca a alternativa com veemência, dizendo que é “mais do que ilegal. É uma violência inconstitucional”. Outro argumento contra a medida, ponderado pelo Ministro Castro Meira é que “a parte que toca ao Judiciário não está parada por culpa dos juízes, mas porque os órgãos administrativos não conseguem localizar devedores.”

Como pondera Humberto Gomes de Barros,

33 VASCONCELOS, Marcos. Ministros do STJ são contra execução fiscal sem juiz. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-08/ministros-stj-execucao-fiscal-administrativa-naufragar>>. Acesso em: 18 nov. 2013.

O Estado-Administração é capaz de, visando a interesses sociais, expropriar um proprietário que nada lhe deve. No entanto, se o proprietário é inadimplente, na sagrada obrigação de honrar dívidas para com o Erário, a Administração queda-se impotente. Nesse caso, é necessário acionar o Estado-Juiz, fazendo com que este efetive a desapropriação. Em tal hipótese, o juiz desenvolverá mero procedimento. É que a execução por desapropriação envolve apenas relação linear, em cujos extremos estão o Estado e seu devedor.³⁴

A execução fiscal administrativa não é um devaneio uma mente inconsequente. Ela existe em muitos países desenvolvidos como Espanha, EUA, Alemanha e Suécia³⁵.

Segundo a exposição de motivos do anteprojeto de lei de execução fiscal administrativa, traz, como novidades, a transação tributária, e a cobrança administrativa dos créditos da Fazenda Pública “sem prejuízo das garantias de defesa do executado, de forma a reduzir a necessidade dos atuais instrumentos indiretos de cobrança, como a exigência de apresentação de certidões negativas de débito”.³⁶

Apesar de muitas críticas e resistência, principalmente do poder judiciário, a Fazenda Pública encontra muita dificuldade de recuperar seus créditos. Isso mesmo com as prerrogativas processuais concedidas à Fazenda na execução fiscal.

A execução fiscal, por seu turno, chegou a um ponto de colapso, pois, além de ocasionar o abarrotamento dos cartórios judiciais, não consegue reaver créditos de pequeno valor.

Por isso, são salutares e merecem fomento as medidas alternativas ora apresentadas, uma vez que desestimulam a inadimplência para com as Fazendas Públicas, com um custo operacional muito menor e mais rapidez comparativamente à execução fiscal tradicional.

34 BARROS, Humberto Gomes de. *Execução Fiscal Administrativa*. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/941/1114>>. Acesso em: 19 nov. 2013.

35 VASCONCELOS, op. cit. p. 8.

36 *Exposição de motivos e anteprojeto de lei de execução fiscal*, p. 2. Disponível em: <<https://www.fazenda.gov.br/divulgacao/noticias/2008/abril/r040408c.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2013

2.4.2 CÂMARAS DE CONCILIAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

A Portaria nº 1281 de 27 de setembro de 2007 criou a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, órgão incumbido de efetuar o deslinde administrativamente, “de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração, por meio de conciliação ou arbitramento, no Âmbito da Advocacia-Geral da União.”³⁷ A conciliação pode ocorrer, portanto, entre os órgãos da Administração Federal, entre esses e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Por meio de solicitação dos Ministros de Estado, dos dirigentes de entidades da Administração Federal indireta, do Procurador-Geral da União, Procurador-Geral da Fazenda Nacional, Procurador-Geral Federal e Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria, a conciliação poderá ser realizada pela CCAF, pelos Núcleos de Assessoramento Jurídico ou por outros órgãos da Advocacia-Geral da União, quando determinado pelo Advogado-Geral da União.

Um exemplo do trabalho da CCAF foi a homologação de um acordo para findar a discussão judicial entre a União e o estado do Ceará, ocasionada após um município daquele estado ter ajuizado uma ação por não concordar com as inscrições no cadastro de inadimplentes em virtude de irregularidades em convênios firmados com o Ministério da Cultura e a Secretaria de Cultura e Desporto estadual. As questões de conflito federativo que tramitam no STF surgiram de Ações Cíveis Originárias. O STF, com o fito de reduzir demandas dessa feita, tem encaminhado as partes à CCAF. Em 2013, o Supremo Tribunal Federal encaminhou à CCAF, 35 processos envolvendo litígios entre órgãos da administração.³⁸

São temas de controvérsia: atos da administração, tributário, econômico, financeiro, patrimônio público, infraestrutura, educação, cultura, desporto, meio ambiente, saúde, previdenciário, assistência social, desenvolvimento social, desenvolvimento urbano, agrário, urbanístico, defesa do estado, segurança pública, internacional, indígena, quilombola, direitos humanos.³⁹

37 Art. 1º da Portaria 1281 de 27 de setembro de 2007.

38 Segundo reportagem acessada no sítio eletrônico: <http://agu.jusbrasil.com.br/noticias/112303886/agu-encerra-disputa-judicial-entre-a-uniao-e-estado-do-ceara-em-caso-envolvendo-convenios-com-o-ministerio-da-cultura>. Acesso em: 20 ago. 2015.

39 Advocacia-Geral da União, Consultoria-Geral da União, Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Referencial de Gestão da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF*. Brasília: AGU, 2013, atualizada

Há um projeto de lei em tramitação na Câmara dos Deputados (PL 7169/2014), que disciplina a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Segundo o citado projeto de lei, os entes políticos poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, com competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição e promover a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Como forma de evitar a judicialização de conflitos entre entes da Administração Pública Federal, o ajuizamento de ação que envolva órgãos ou entidades públicos desta esfera deverá ter autorização do Advogado-Geral da União.

2.5 Atuação na defesa da juridicidade

A função primordial da Advocacia de Estado não se junte à defesa da lei, mas à manutenção do Direito, da juridicidade, que é um conceito muito mais amplo.

A Constituição Federal, em seu art. 103, § 3º, determina que “quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

Interpretando essa norma, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal direcionava-se no sentido de que o Advogado-Geral da União tinha o dever de defender a constitucionalidade da lei em sede de controle abstrato de constitucionalidade, como se depreende do voto do Ministro Celso de Mello, *in verbis*:

A função processual do Advogado-Geral da União, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, é eminentemente defensiva. Ocupa, dentro da estrutura formal desse processo objetivo, a posição de órgão agente, posto que lhe não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República. Atuando como verdadeiro curador (defensor legis) das normas infraconstitucionais, inclusive daquelas de origem estadual, e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade e validade jurídicas no âmbito do sistema de direito, positivo, não cabe ao Advogado-Geral da União, em sede de controle

normativo abstrato, ostentar posição processual contrária ao ato estatal impugnado, sob pena de frontal descumprimento do “munus” indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República. (ADI 1254 MC-AgR / RJ, DJ de 19.09.97)

A interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal só isentava o Advogado Geral da União de se manifestar quando já havia entendimento acerca da inconstitucionalidade consolidado pela Corte. Nesse sentido:

O *munus* a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, § 3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade. Ação julgada procedente para declarar inconstitucional a Resolução Administrativa do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região, tomada na Sessão Administrativa de 30 de abril de 1997”.(ADI 1616/PE, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 24.08.01)

No julgamento de questão de ordem na ADI 3.916/DF, o STF abriu um precedente em que foi permitido ao Advogado Geral da União proferir parecer contrário à constitucionalidade de uma lei do Distrito Federal que prejudicava os interesses da União. Como abordou o Ministro Gilmar Mendes nos debates do julgamento da citada ADI:

Então, nesse caso, muitas vezes acontecia uma situação realmente delicada, em que o Advogado-Geral da União procurava o Procurador-Geral da República para que ele fizesse aquela arguição. Agora, já temos até casos em que o Presidente da República, ele próprio, vem subscrevendo as ações diretas. Claro que, nesse caso, elas foram preparadas pelo Advogado-Geral da União. E como fica então essa defesa? Na verdade, essa defesa fica sem consistência. Por isso [...] para fazermos uma interpretação adequada, optar por uma interpretação sistemática, que concede ao Advogado-Geral da União um direito de manifestação. Não há uma obrigatoriedade de fazer a defesa do ato impugnado, até porque, em muitos casos, nós podemos ter uma situação quase que de conflito[...]

Nota-se, destarte, a mudança de posicionamento quanto à função da Advocacia de Estado representada pelo Advogado-Geral da União. Não há mais, segundo o precedente, a obrigatoriedade incondicional de defesa da constitucionalidade da lei, mas a defesa da juridicidade, podendo, a citada autoridade, manifestar-se pela inconstitucionalidade da lei.

O microsistema processual coletivo contém um bom exemplo do papel de defesa da juridicidade pela Advocacia de Estado. O §3º do art. 6º da Lei 4717/65 (Lei da Ação Popular) permite que “a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”. O §3º do art. 17 da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) remete à aplicação do citado dispositivo da Lei de Ação Popular quando a ação principal for proposta pelo Ministério Público. Note-se que o representante da pessoa jurídica de direito público não está vinculado à defesa incondicional do ente, podendo até mesmo atuar em seu desfavor, caso seu ato seja contrário à ordem jurídica.

O Advogado de Estado deve, portanto, na sua atuação, zelar não simplesmente em prol da legalidade, mas pela prevalência do “bom Direito”. Não somente o Ministério Público pode se intitular *custos legis*, eis que à Advocacia de Estado cumpre fiscalizar a lei; eis que, dentre suas atribuições funcionais, se encontra a de controlar os atos da Administração por meio de emissão de pareceres vinculantes e súmulas administrativas.

3 CONCLUSÃO

A despeito de a Advocacia de Estado ser uma instituição que surgiu quase que concomitantemente com a Magistratura e Ministério Público – até porque representa a dialética processual pertinente aos interesses públicos – sua estruturação e aperfeiçoamento tem sido procrastinada em todos os níveis, federal, estadual e municipal. As Procuradorias vêm sendo tratadas como grandes escritórios de advocacia dos Governos e seus membros vêm sentido desinteresse na carreira, como se vê nos grandes números de evasão para outras carreiras que melhor os valorizem.

Na Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e demais atos normativos que fixam seu regime jurídico, não há menção da palavra prerrogativa aos seus membros. A independência funcional, inamovibilidade e vitaliciedade deveriam ser garantidas aos membros da Procuratura dos interesses públicos acometidos à administração do Estado. Até mesmo o porte funcional de arma deveria ser garantido, para a preservação da incolumidade física de seus membros, que, muitas vezes trabalham em lugares perigosos pelos rincões do Brasil, a exemplo dos Procuradores Federais que trabalham no Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) em áreas de conflitos de terras e nas autarquias que tratam de questões indígenas, como a Fundação Nacional do Índio (FUNAI).

A independência das procuradorias é fundamental para o Estado Democrático de Direito, que necessita de instituições independentes que promovam a conformação das políticas públicas e demais atos estatais à juridicidade. Por isso, as procuradorias devem ter orçamento próprio e sua autoridade máxima eleita pelos membros da instituição e dentre um deles, além de condições estruturais para que seus membros possam exercer seu mister da melhor forma possível. Assim, os membros dessa Procuratura devem ter a sua disposição um corpo técnico de profissionais que o auxiliem na execução das atividades-fim da Advocacia-Pública, assim como uma repartição com condições decentes de trabalho e sem falta de materiais de escritório.

As Procuraturas: Advocacia de Estado, Ministério Público e Defensoria Pública são instituições fundamentais ao Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal de 1988, ao equiparar as garantias e prerrogativas do *parquet* com a Magistratura, deu um importante passo na consolidação das instituições. Recentemente, o mesmo vem acontecendo com as Defensorias Públicas⁴⁰, cujos membros estão recebendo tratamento equiparado à Magistratura e Ministério Público. Agora é a vez da Advocacia de Estado, que merece ser consolidada como instituição independente.

REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A Administração Pública Brasileira no Contexto do Estado Democrático de Direito*. Texto base da disciplina de Direito Administrativo do programa de pós graduação lato sensu em Direito Público da UnB.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Consultoria-Geral da União. Câmara de conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Referencial de Gestão da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF*. Brasília: AGU, 2013, atualizada.

BARROS, Humberto Gomes de. *Execução Fiscal Administrativa*. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/941/1114>>. Acesso em: 19 nov. 2013

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. São Paulo: Sergio Fabris, 1998.

40 A propósito, a Defensoria Pública da União conseguiu a autonomia funcional e administrativa com a edição da Emenda Constitucional nº 74 de 2013.

- DAVID, René; Spinosi, JAUFFRET. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. 11. ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de Souza (coordenadores). *Advocacia de Estado – Questões Institucionais Para a Construção de um Estado de Justiça* – obra coletiva. Fórum, 2009.
- KUHN, Thomas S. *Estrutura das Revoluções Científicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- LYRA, Roberto. *Teoria e Prática da Promotoria Pública*. 2. ed. Editora Sérgio Antônio Fabris, 1989.
- MAGALHÃES, Breno Baía. Repensando o Papel do Advogado-Geral da União no Controle de Constitucionalidade: Aproximações Teóricas. *Direitos Fundamentais e Justiça*, ano 6, nº 19, p. 50-68, Abr/Jun 2012 . Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/19_Dout_Nacional%201.pdf>. Acesso em: 23 set. 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- Neto, Diogo de Figueiredo Moreira. *A Advocacia de Estado revisada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito*. Texto da coletânea Advocacia de Estado – questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça, 2009.
- NETTO, Menelick de Carvalho. *Texto base 1 da disciplina de Direito Constitucional do programa de pós graduação lato sensu em Direito Público da UnB*.
- _____. *Texto base 2 da disciplina de Direito Constitucional do programa de pós graduação lato sensu em Direito Público da UnB*.
- _____. *Texto base 5 da disciplina de Direito Constitucional do programa de pós graduação lato sensu em Direito Público da UnB*.
- SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- VASCONCELOS, Marcos. *Ministros do STJ são contra execução fiscal sem juiz*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-08/ministros-stj-execucao-fiscal-administrativa-naufragar>>. Acesso em: 18 nov. 2013.