
OS DIREITOS SOCIAIS E A ATIVIDADE CONSULTIVA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

*THE SOCIAL RIGHTS AND THE GENERAL ATTORNEY OF THE
UNION'S CONSULTING ACTIVITY*

Clemens Emanuel Santana de Freitas
Advogado da União em exercício na Conjur/MDIC

SUMÁRIO: Introdução; 1 Breves considerações acerca da evolução histórica dos direitos fundamentais; 1.1 A evolução histórica no âmbito brasileiro; 1.2 As gerações (dimensões) dos direitos fundamentais; 2 Os direitos sociais e as políticas públicas; 3 A Advocacia-Geral da União: evolução e breves considerações acerca da atividade consultiva; 4 Os direitos sociais e atividade consultiva da Advocacia-Geral da União; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo intenta demonstrar a importância da atividade consultiva e de assessoria jurídicas desempenhadas pela Advocacia-Geral da União na formulação e implementação das políticas públicas e, conseqüentemente, na concretização dos direitos sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais. Advocacia-Geral da União. Consultoria e Assessoramento Jurídicos.

ABSTRACT: The present article intends to demonstrate the importance of the consulting activity and judicial counseling performed by the Office of the Attorney General of the Union in the formulation and implementation of public politics and, by consequence, in the concretization of the social rights.

KEYWORDS: Social Rights. Office of the Attorney General of the Union. Judicial Consulting and Counseling.

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais, considerados direitos de segunda geração, exigem uma atuação positiva do Estado, razão pela qual, são denominados direitos prestacionais. Em decorrência dessa característica, a sua concretização demanda maior esforço do poder público.

Com a promulgação da Constituição de 1988, a Advocacia-Geral da União passou a ser a instituição responsável pela representação judicial e extrajudicial da União, bem como pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal.

Ademais, ante a inegável ligação entre os direitos sociais e as políticas públicas desenvolvidas pelo Poder Executivo, importante tecer considerações acerca da conceituação da política pública e seus estágios.

Assim, considerando que a atividade consultiva da Advocacia-Geral da União possui papel fundamental na implementação das políticas públicas do Poder Executivo Federal, o presente artigo analisa de que forma a atuação do Advogado Público contribui para a concretização dos direitos sociais.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de tratar especificamente sobre a questão, vale ressaltar que parte da doutrina faz uma diferenciação entre o significado de direitos fundamentais e o significado de direitos humanos. Para esta vertente doutrinária, a expressão “direitos humanos” é apropriada para os documentos internacionais. Já “direitos fundamentais” são entendidos como os direitos humanos positivados no ordenamento interno de cada Estado. Nesse sentido, afirma Lúcia Barros Freitas de Alvarenga¹ (1998, p.):

Observa, portanto, grande tendência em reservar a expressão direitos fundamentais para os direitos humanos positivados em nível interno e direitos humanos para as declarações e convenções internacionais. Assim, o critério distintivo baseia-se, única e exclusivamente, nos graus de concreção positiva destas duas categorias.

Esse posicionamento é também defendido por Ingo W. Sarlet ao afirmar que a expressão “direitos humanos” tem maior amplitude que a expressão “direitos fundamentais”, que é mais restrita. Segundo o referido

¹ ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

autor², direitos fundamentais podem ser entendidos como “conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado”.

Contudo, sem desconhecer tal celeuma doutrinária, e para não transbordar o cerne do presente artigo, as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” serão aqui utilizados como sinônimos.

Com efeito, o reconhecimento da importância da proteção dos direitos fundamentais surgiu e criou força, sobretudo, no decorrer da história, depois de grandes mudanças no quadro político e social da sociedade. A consciência da dignidade do ser humano, considerando seus direitos básicos, pode ser compreendida como o reflexo dessas mudanças, as quais passaram a exigir urgentemente normas concretas que reconhecessem e garantissem, de certa forma, os direitos do ser humano, até então carentes de um amparo no bojo do ordenamento jurídico.

Esses aspectos supramencionados podem ser facilmente detectados e compreendidos com base numa breve análise acerca de alguns acontecimentos que marcaram e propiciaram a conscientização da importância dos direitos fundamentais como ponto base para a organização de um Estado de Direito.

O ponto chave para a formação desse Estado de Direito pode ser considerado a limitação do poder dos governantes. Para essa limitação, foi de fundamental relevância o surgimento de leis escritas, com eficácia geral, que abrangem todos os indivíduos que convivem em uma sociedade.

A sociedade que é considerada como pioneira no advento das leis escritas foi a sociedade grega de Atenas. A lei escrita na sociedade ateniense recebia o nome *nomos* que, como definiu Aristóteles, é uma regra que emana da prudência (*phrônesis*) e da razão (*noos*). Porém o *nomos* tinha uma importância muito mais ampla e profunda do que as leis modernas. No entanto, as leis não escritas também tinham importância nessa sociedade.

A sociedade ateniense era regida pela soberania popular ativa, em que o cidadão ateniense, além de escolher seus representantes, votava de forma direta as grandes questões políticas. É prudente ressaltar, contudo, que mulheres, estrangeiros e escravos eram excluídos desse processo de participação política.

Em se tratando da sociedade romana, a forma utilizada para a limitação do poder do governante foi um sistema complexo de controles

2 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

recíprocos da sociedade pelos diferentes agentes políticos, conforme afirma ainda Fábio Konder Comparato³, que trata o governo romano como um “governo moderado”. A lei escrita, na sociedade romana, era a *leges latae* ou a *leges rogatae*. Nesse contexto, surgiu na sociedade romana a expressão *jus gentium*, que pode ser considerada como o direito comum a todos os povos, que não pode ser entendida como um direito internacionalmente reconhecido, como se vê atualmente. A *jus gentium*, assim sendo, tratava de normas apenas para o vasto Império Romano.

Com o fim do Império romano, começou o período da Idade Média, marcada em sua maior parte pelo feudalismo, em que as questões políticas e econômicas ficaram um pouco esquecidas, tendo os valores cristãos grande importância, período este chamado de “Alta Idade Média”. Nessa época, os reis, que até então eram apenas considerados como uma classe privilegiada, passaram a reivindicar por maior poder, até então pertencente à nobreza e ao clero. Por conta dessa tentativa de concentração de poder, que havia perdido força desde o período da sociedade ateniense, surgiram as primeiras insatisfações, marcadas pela criação da Magna Carta, em 1215, na Inglaterra.

No período conhecido como “Baixa Idade Média”, a classe dos comerciantes passou a ganhar espaço e a reivindicar maior importância perante a sociedade. Essa classe de comerciantes passou a ser conhecida como burguesia, que habitava os burgos novos, locais à margem dos grandes castelos da época e que podiam ser considerados como o “território da liberdade individual”, conforme Fábio Konder Comparato⁴.

Depois da Idade Média, iniciou-se uma época em que o que predominava era a concentração de poder nas mãos dos monarcas (monarquia absoluta). Foi em decorrência desse panorama que o valor de liberdade sobressaiu como uma forma da burguesia (classe em ascensão) disputar por um espaço diante dos desmandos do poder monárquico. Porém, inicialmente, essa liberdade defendida nesse período não beneficiava todas as pessoas, e, sim, preferencialmente, o clero e a nobreza. Apenas mais tarde é que esse valor de liberdade se estendeu à burguesia rica, que já possuía bastante importância no período.

Ainda nesse período, a igreja possuía um imenso poder, na medida que atribui o poder do soberano como um poder que emanava de Deus, fazendo que o cidadão se tornasse submisso ao Estado.

Portanto, é importante ressaltar que o cristianismo, até então, foi o que mais defendeu os direitos fundamentais, sempre, porém, fazendo a

3 COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

4 COMPARATO, op. cit.

ligação entre o ser humano e o ser divino. Acontece que a igreja defende a importância do reconhecimento dos direitos inerentes ao homem, sem, no entanto, instrumentalizá-los diante do Estado, como se infere do que afirma Vanessa Flain dos Santos⁵:

De qualquer sorte, não serviu, o Cristianismo, para institucionalizar os direitos da personalidade contra o Estado. Ou seja, houve um poder advindo de Deus, valorizando a pessoa humana, mas não houve instrumentalização às garantias ou mecanismo a sua proteção.

A Revolução Francesa, por sua vez, trouxe em seu bojo uma ratificação dos mesmos princípios de liberdade e igualdade, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, art. 1º, que prevê: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”.

Surge, assim, a “democracia moderna”, que tem como objetivo primordial a garantia à classe em ascensão de uma liberdade necessária para o desenvolvimento de suas atividades comerciais. Percebe-se, portanto, que a democracia surgida nesse período foi um meio político criado pela burguesia para alcançar a tão almejada liberdade e acabar, de certa forma, com os privilégios do clero e da nobreza, que eram as classes privilegiadas até então.

Sendo assim, a liberdade e a igualdade almejadas nesse período não eram conquistas voltadas para o povo, mas, sim, direcionadas, sobretudo, para a camada burguesa rica, com o objetivo de acabar com os privilégios das classes estamentais e com a hegemonia monárquica, que eram um entrave para o desenvolvimento comercial. Mesmo assim, as conquistas relacionadas à liberdade e à igualdade da pessoa humana alcançadas na Revolução Francesa espalharam-se por todo o mundo em pouco tempo e serviram como uma importante base para as futuras declarações voltadas para a proteção e reconhecimento dos direitos humanos.

O reconhecimento e proteção desses direitos passam a ter ainda mais relevância com o advento do Iluminismo, quando aparece também a ideia do Contrato Social. Nessa fase, o racionalismo possui grande influência e o ser humano passa a ser considerado, assim, o centro do universo. Com isso, direitos como o direito à vida, à propriedade, à liberdade, à igualdade passaram a fazer parte do sistema sócio-político do Estado, que não era responsável pela introdução desses direitos no ordenamento, mas apenas tinha o Estado o dever de preservar a observância desses direitos, visto que eles eram considerados inerentes a todo e qualquer ser humano.

5 SANTOS, Vanessa Flain dos. *Direitos Fundamentais e Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

Sendo assim, fica evidente que tais direitos tiveram nesse momento histórico, sobretudo, o condão de servir como limite ao poder concentrado do Estado, além de garantir à burguesia o espaço necessário para que esta crescesse e formasse a base do capitalismo atual.

A partir daí, surge a necessidade de se reconhecer os direitos fundamentais relacionados aos aspectos econômicos e sociais, tendo em vista as grandes mudanças ocorridas na sociedade nesse sentido, como a Revolução Industrial, sobretudo após as declarações de direitos norteamericanas e a declaração francesa, de 1789.

Ao se tratar dessa necessidade de reconhecimento dos direitos do homem de caráter econômico e social, vale ressaltar a influência do movimento socialista, iniciado na primeira metade do século XIX. A imagem da pessoa humana deixa de ser vista como algo abstrato, passando a ser relacionada com a realidade da época, na qual a miséria, a fome e outros problemas sociais se alastravam pela sociedade.

Da segunda metade do século XIX até a 2^o Guerra Mundial, houve a primeira fase de internacionalização dos direitos fundamentais, manifestando-se em três setores, conforme afirma Fábio Konder Comparato⁶: o direito humanitário, a luta contra a escravidão e a regulação dos direitos do trabalhador assalariado. Sobre esses setores, três documentos podem ser observados e considerados como marcos, quais são: a Convenção de Genebra, em 1864; o Ato Geral de Conferência de Bruxelas, em 1890; e a Organização Internacional do Trabalho.

Com a Segunda Guerra Mundial, depois de toda a catástrofe e sofrimento, a sociedade foi mais uma vez obrigada a valorizar cada vez mais a proteção dos direitos fundamentais. Sendo assim, em 10 de dezembro de 1948, foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual pode ser considerada como ponto inicial dessa fase atual, em que se verifica uma total internacionalização dos direitos fundamentais.

1.1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA NO ÂMBITO BRASILEIRO

Considerando o âmbito brasileiro, o reconhecimento da importância dos direitos fundamentais começou desde a Constituição do Império de 1824. Em se tratando dos direitos fundamentais, essa carta constitucional era bastante evoluída para o período, pois além de defender direitos essencialmente individuais, baseada nas declarações americana e francesa, defende também a garantia ao socorro público, à instrução primária gratuita, assim como o ensino médio e as universidades onde seriam ensinadas as ciências e as artes. No entanto, a garantia a esses

6 COMPARATO, op. cit.

direitos era restrita apenas à classe aristocrática da população, logo, excluindo a maioria das pessoas.

A Constituição da primeira República de 1891, promulgada em 24 de fevereiro de 1891, não alterou muita coisa no que diz respeito aos direitos fundamentais. Esta acrescentou apenas o direito à associação e de reunião, além de incluir o habeas corpus como garantia constitucional, excluindo, porém, o direito ao socorro público e o direito à instrução pública gratuita, previstos na constituição anterior.

Após a revolução de 1930, a próxima constituição só foi promulgada em 1934. O que merece destaque nesta Constituição é que ela pode ser considerada a primeira constituição brasileira a inserir, em seu texto, a garantia aos direitos sociais e econômicos. Porém, a Constituição de 1934 acabou durando apenas aproximadamente três anos, em decorrência do golpe de Estado em 1937, com sua Carta ditatorial.

Em 1946, foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, que apresentou capítulos acerca do direito à nacionalidade, do direito político e das garantias individuais. Foram incorporados também nesta constituição, assim como a Constituição de 1934, os direitos econômicos, sociais e culturais.

Com o golpe militar de 1964, duas constituições foram formuladas, prevendo também as declarações de direitos, mas o princípio da segurança nacional sobrepairava sobre a eficácia das demais normas constitucionais, com a criação de uma normatividade excepcional sem contemplação acerca dos direitos da pessoa humana, conforme exprime José Afonso da Silva. Foi, assim, nesse período, de regime fechado, que mais se aprendeu sobre a relevância da proteção dos direitos fundamentais, não apenas de forma abstrata, mas, sobretudo, no sentido da efetivação das normas que tratam da defesa do homem.

A Constituição de 1988 surgiu a partir dessa busca pela efetivação das normas dos direitos fundamentais a partir do Estado. Infere-se, portanto, que a Constituição de 1988 incorporou todo o anseio de um povo que lutava não apenas pelo reconhecimento formal da relevância da proteção desses direitos, como acontecia até então, mas pela aplicação, por meio do Estado Democrático, dessas normas constitucionais de direitos fundamentais do homem como forma imperativa da preservação da dignidade humana.

Partindo desse sentido, a Constituição de 1988 consagra: os direitos fundamentais do homem-indivíduo, os direitos fundamentais do homem-nacional, os direitos fundamentais do homem-cidadão, os direitos fundamentais do homem-social (direitos relativos ao trabalhador,

à seguridade, à educação e à cultura) e os direitos fundamentais do homem-membro da coletividade.

1.2 AS GERAÇÕES (DIMENSÕES) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A partir da evolução histórica, os direitos fundamentais podem ser classificados em gerações: direitos de primeira geração, direitos de segunda geração e direitos de terceira geração. Cada geração possui a sua particularidade de acordo com a situação histórica na qual surgiu, tendo em vista que os direitos fundamentais refletem os anseios da sociedade, podendo mudar a depender do período histórico analisado.

Frise-se que não há uma relação de substituição entre as gerações, mas, sim, de complementariedade. Por isso, o termo “gerações” vem sendo substituído pelo termo “dimensões”, uma vez que aquele passa a ideia de sobreposição entre as diferentes gerações.

Nesse sentido, afirma Flávia Piovesan⁷:

[...] adota-se o entendimento de que uma geração de direitos não substitui a outra, mas com ela interage. Isto é, afasta-se a idéia da sucessão “geracional” de direitos, na medida em que acolhe a idéia da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente complementares e em constante dinâmica de interação. Logo, apresentando os direitos humanos uma unidade indivisível, revela-se esvaziado o direito à liberdade, quando não assegurado o direito à igualdade e, por sua vez, esvaziado revela-se o direito à igualdade, quando não assegurada a liberdade.

A primeira dimensão costuma ser relacionada com a revolução francesa e com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. Baseia-se no iluminismo e no jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII. Pertencem a essa dimensão os direitos à vida, à liberdade, à propriedade privada, dentre outros.

Afirma Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004, p.22): “[...] Esses direitos declarados são os que derivam da natureza humana, são naturais, portanto”.

Esses direitos considerados direitos de primeira dimensão surgiram a partir do anseio da burguesia de conseguir uma maior liberdade para desenvolver suas atividades econômicas, uma vez que a interferência do Estado na economia era um obstáculo para o progresso econômico dos burgueses, em ascensão nesse momento histórico. Verifica-se que

7 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

o reconhecimento desses direitos foi imprescindível para a expansão da burguesia e, conseqüentemente, para a expansão do capitalismo.

A principal característica dos direitos humanos de primeira dimensão é a exigência de uma atitude negativa por parte do Estado, ou seja, a principal exigência dessa dimensão é a diminuição da interferência do Estado. Esses direitos de primeira dimensão eram, portanto, direitos voltados ao próprio indivíduo. Eram direitos que resguardavam as liberdades civis e políticas do indivíduo.

Contudo, não era suficiente que o Estado apenas não interferisse nas relações individuais, era necessário que ele garantisse de forma eficaz que esses direitos não fossem violados e, se fossem violados, que fosse garantida a sua restauração.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁸ compartilha o mesmo entendimento:

Em contrapartida desses direitos, o sujeito passivo, em princípio não deve senão uma abstenção, um não fazer. Mas é claro que se o Estado deve, por um lado, abster-se de perturbar o exercício desses direitos, tem, por outro, a tarefa de, preventivamente, evitar sejam eles desrespeitados, e, também, a de, repressivamente restaurá-los se violados, inclusive punindo os responsáveis por esta violação.

Os direitos considerados de segunda dimensão passaram a ser reconhecidos, sobretudo, após o fim da primeira Guerra Mundial, com a Constituição alemã de Weimar em 1919. Porém, antes desta Constituição, outras constituições já consagravam esses direitos, como a Constituição francesa de 1848, a Constituição mexicana de 1917 e a Declaração russa de 1918.

Esses direitos surgiram a partir da evolução do liberalismo econômico, um momento histórico em que enquanto a burguesia enriquecia, a classe trabalhadora (o operariado) sofria uma profunda repressão por conta das deploráveis condições de trabalho.

A partir dessa situação de opressão da classe trabalhadora passou a surgir a necessidade de se conseguir uma forma de reconciliação entre as classes. Nesse sentido, surgiram como formas de resolução para a crise o socialismo democrático, o positivismo e o cristianismo social.

Nessa época, as ideias de Marx, que pregava dentre outras coisas a extinção das classes, ganharam grande influência, servindo de base para o reconhecimento desses direitos. Nesse período, ocorreu o que ficou conhecido por alguns doutrinadores como a “luta de classes”.

8 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

É importante notar que o reconhecimento desses direitos e a reaproximação entre as classes foram as maneiras encontradas pelo capitalismo para combater a crise e não perder a hegemonia diante da ameaça do socialismo que ganhava bastante espaço.

A principal característica da segunda dimensão dos direitos fundamentais é a exigência de uma atuação positiva por parte do Estado. Percebe-se, com isso, que enquanto os direitos de primeira dimensão exigem uma omissão do Estado, os direitos de segunda dimensão têm como característica a interferência do Estado, como forma de reduzir a disparidade social entre as classes burguesa e a trabalhadora.

Os direitos da segunda geração, portanto, devem ser considerados como direitos sociais e econômicos. Uma das formas utilizadas pelo Estado para tentar garantir esses direitos é a garantia institucional, pautada na criação de instituições públicas para a prestação de serviços à população.

Porém, com o reconhecimento desses direito, surge a possibilidade de se exigir do Estado a solução para os problemas sociais, o que pode ocasionar um sobrecarregamento desse Estado. Com isso, é imprescindível se pensar na possibilidade de o Estado conseguir suportar todo esse encargo e não apenas na necessidade da sociedade.

Os direitos de terceira dimensão podem ser entendidos como direitos da solidariedade. A existência e a natureza dessa geração de direitos ainda geram certa discussão entre a doutrina, tendo em vista que se trata de uma dimensão bastante recente, surgida no século XX. Podem ser considerados como direitos de terceira dimensão: o direito à paz, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à conservação do patrimônio histórico da humanidade dentre outros.

Esses direitos surgiram, sobretudo, com a segunda Guerra Mundial, momento histórico em que a interferência do Estado, almejada na época da segunda geração de direitos, ganhou proporções fora dos limite, a ponto de formar os Estados totalitaristas modernos. Uma das consequências dessa interferência estatal exagerada é a violação de alguns direitos pelo próprio Estado.

Tal entendimento pode ser detectado na afirmação de Claude Lefort, citado por Rogério Gesta Leal⁹:

[...] o totalitarismo dos Estados modernos denuncia a formação de uma sociedade despolitizada, em que a indiferença em relação aos assuntos públicos, a atomização, o individualismo, o desencadeamento da competição não mais encontram limites, o que

9 LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997.

acarreta o desmoronamento do sistema de classes e a liberação das massas, de seus quadros sociais, tornados tradicionais; isto é, homens literalmente desinteressados, já que eles não mais possuem interesses para defender, e estão, nesse sentido, prontos para tudo.

Continua Rogério Gesta Leal:

A partir desse quadro e durante a Segunda Guerra Mundial, se produzem em quase todos os territórios envolvidos consideráveis agressões às liberdades pessoais, sociais e econômicas, inclusive envolvendo, no ritmo do terror irascível, indivíduos absolutamente distanciados do tema da guerra.

São direitos pertencentes à coletividade, sendo, assim, direitos difusos. Esses direitos, em sua maioria, não encontram respaldo nas constituições internas, mas, sim, nos textos normativos internacionais.

Quanto às dimensões, vale ressaltar, por fim, que essa classificação encontra alterações na doutrina, tendo em vista que alguns doutrinadores já defendem a existência de uma quarta e quinta dimensões de direitos. Para eles, essas dimensões surgiram, preponderantemente, a partir do avanço tecnológico ocorrido nas últimas décadas.

2 OS DIREITOS SOCIAIS E AS POLÍTICAS PÚBLICAS

Os direitos sociais, tidos como de segunda dimensão, exigem, para a sua concretude, uma atuação positiva do Estado. Ou seja, eles estão umbilicalmente ligados a uma atividade prestacional do poder público, sendo denominados pela doutrina como direitos prestacionais. Acerca da caracterização dos direitos sociais, afirma Paulo Gustavo Gonet Branco¹⁰, *in verbis*:

[...] Como consequência, uma diferente pleora de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – *direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos.* Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.

10 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

*O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de *direitos sociais*, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados. (grifos nossos)*

As políticas públicas, por sua vez, caracterizam-se como atividades desenvolvidas pelo Estado para a satisfação do interesse público, assegurando à sociedade o efetivo exercício dos seus direitos fundamentais, dentre os quais, merece destaque a garantia de uma vida digna (dignidade da pessoa humana).

Políticas públicas são ações governamentais voltadas a realizar os objetivos socialmente relevantes, ações estas que são traçadas pela própria Constituição, cabendo ao poder público a difícil tarefa de implementá-las. Conceitua Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior¹¹:

Pode-se afirmar que são um conjunto de políticas, programas, projetos e atividades promovido pelo Estado brasileiro, por intermédio de seus órgãos e entidades, destinado a ofertar bens e serviços públicos à população de modo a tornar efetivos os direitos individuais, econômicos, sociais e ambientais previstos no texto constitucional e no ordenamento infraconstitucional.

Ao tratar das políticas públicas, a doutrina costuma dividi-las em etapas/estágios, quais sejam: agenda, elaboração, formulação, implementação, execução, acompanhamento e avaliação.

A agenda consiste na definição de uma determinada necessidade dentre as prioridades do Poder Executivo. Ou seja, dentre os vários anseios da sociedade, a agenda caracteriza-se pela definição de qual ou quais desses anseios serão implementados.

Os conceitos de elaboração e formulação estão umbilicalmente ligados. A elaboração diz respeito à análise das opções disponíveis e possíveis para a concretização de determinada política pública. Já a formulação está relacionada à escolha, dentre as possíveis formas elaboradas, daquela opção que apresentará melhor custo benefício.

A implementação, por sua vez, é a organização do aparato administrativo para a efetivação da política pública incluída na agenda, elaborada e formulada. A execução é a efetiva realização da política pública almejada.

11 VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. *A advocacia pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União.*

O acompanhamento e a avaliação consistem, respectivamente, na fiscalização e mensuração da política implementada e executada, permitindo que o administrador público tenha uma noção da real efetividade do programa.

Da análise das etapas sinteticamente conceituadas acima, constata-se que as políticas públicas exigem um constante atuar do Estado.

Assim, resta evidente a relação entre os direitos sociais e as políticas públicas.

3 A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: EVOLUÇÃO E BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ATIVIDADE CONSULTIVA

Antes da Constituição de 1988, as atribuições hoje atribuídas à Advocacia-Geral da União eram desempenhadas pelo Ministério Público da União e pela Consultoria-Geral da União. Nesse contexto histórico, a representação judicial da União estava a cargo do MPU e as atividades de consultoria e de assessoramento do Poder Executivo Federal eram realizadas pela Consultoria-Geral da União.

Ao Ministério Público, portanto, cabia o papel de fiscal da lei e o papel de representante judicial da União. Ou seja, a mesma instituição, a depender da situação, ocupava polos contrapostos na mesma relação processual.

A Consultoria-Geral da União possuía como instância máxima a Consultoria Geral da República e era assim composta: Consultoria Geral da República; Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (Ministério da Fazenda); Consultorias Jurídicas (demais Ministérios, Estado-Maior das Forças Armadas e Secretarias da Presidência da República); Procuradorias-Gerais e departamentos jurídicos das autarquias e fundações; e órgãos jurídicos das empresas públicas, das sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União.

A Carta de 1988, consciente da necessidade de se promover à separação das funções desempenhadas pelo Ministério Público e pela Advocacia Pública, criou a Advocacia-Geral da União, atribuindo a esta os papéis de representação judicial e extrajudicial da União, bem como as funções de consultoria e de assessoramento jurídico do Poder executivo Federal. Nesse sentido, precisas as lições de Jefferson Carús Guedes¹²:

12 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. e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciene Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

A Terceira Fase é marcada pelo processo de redemocratização e de estabilização representado pela Constituição de 1988, que, também por isso, pode ser considerado como outra etapa, agora redefinida principalmente pela separação das funções do Ministério Público da União daquela própria da Advocacia da União, como já eram, anteriormente, esses cargos e funções no âmbito estadual. Além disso, inova a Constituição de 1988 pela classificação de diferenciada de instituições que, embora atendam ao objetivo da justiça, não se encontram propriamente inseridas dentro dos Poderes da República: as Funções Essenciais à Justiça, entre as quais está a Advocacia Pública, ao lado da Advocacia, da Defensoria Pública e do Ministério Público.

[...]

A Constituição de 1988 foi, portanto, o grande marco na reestruturação das carreiras jurídicas ligadas ao Estado Federal, e especialmente em relação à Advocacia Pública e o foi também, por prever que no âmbito dos Estados federados existirá, como já existia na maioria deles, uma carreira própria de Procurador para a representação judicial e consultoria desses entes.

A Advocacia-Geral da União encontra guarida constitucional no art. 131 da CRFB, dentre as funções essenciais à justiça. Conforme o texto constitucional, a AGU é a instituição que representa, judicial e extrajudicialmente, a União, cabendo-lhe “as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”. Por oportuno, segue transcrito o art. 131 da Constituição da República, *verbis*:

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

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

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

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

Com a atual Carta, portanto, concentraram-se numa única instituição as funções de representação judicial e extrajudicial e de consultoria e assessoria jurídica. A partir da criação da AGU, o Ministério Público deixou de ser o responsável pela representação judicial da União. Vale salientar que o art. 129, inc. IX, da CRFB impede que o Ministério Público exerça “a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

Outro ponto merece destaque: a AGU foi inserida dentre as funções essenciais à justiça. Ora, considerando que o acesso à justiça é direito de todos, direito fundamental, conclui-se que a criação da AGU dá concretude, conjuntamente com as demais funções essenciais, ao princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do poder judiciário, plasmada no art. 5º, inc. XXXV, da CRFB, segundo o qual, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em atenção à determinação do supramencionado dispositivo constitucional, foi editada a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. Dispõe o art. 1º da LC 73/1993:

Art. 1º - A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente.

Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar.

Tratando da atividade consultiva, escopo do presente trabalho, estabelece o art. 10 da LC 73/93 que cabe à Consultoria-Geral da União, principalmente, colaborar com o Advogado-Geral da União no assessoramento jurídico ao Presidente da República produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição. Consoante o parágrafo único do mencionado dispositivo, a Consultoria-Geral da União é composta pelo Consultor-Geral da União e pela Consultoria da União.

As atribuições das Consultorias Jurídicas, por sua vez, foram estabelecidas pelo art. 11 da citada lei complementar, *verbis*:

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

- I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;
- II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;
- III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;
- IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;
- V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;
- VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:
 - a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;
 - b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

Em relação às Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios, vale ressaltar, também, a sua competência para fornecer informações à Consultoria-Geral da União e aos órgãos de representação judicial da União, subsidiando e otimizando, assim, a atuação destes.

Consoante o art. 42 da LC 73/93, os pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, obrigam, também, os respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas.

Por fim, destaca-se que a consultoria e a assessoria jurídica das autarquias e fundações competem à Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à Advocacia-Geral da União.

4 OS DIREITOS SOCIAIS E ATIVIDADE CONSULTIVA DA ADVOCA-CIA-GERAL DA UNIÃO

Como restou assentado acima, a concretização dos direitos sociais demanda uma atuação positiva do Estado, um agir estatal. Nesse contexto, é latente a inter-relação existente entre os direitos sociais e as políticas públicas, tendo em vista que, em regra, tais

direitos são implementados por meio da realização dos programas governamentais.

A escolha das políticas públicas que vão sair do papel está umbilicalmente ligada ao juízo de conveniência e oportunidade do Administrador público. Ou seja, a inclusão de determinada demanda social dentre as prioritárias é uma decisão política.

Evidentemente, a Constituição de 1988, por ser analítica e programática, estabelece os direitos fundamentais que devem ser perseguidos pelos poderes públicos. Por tal razão, esse processo escolha das políticas públicas encontra um “norte” no texto constitucional, sendo, portanto, uma discricionariedade relativa ou limitada. Assim, a atuação do gestor público deve estar pautada nas normas constitucionais e infraconstitucionais.

Diante desse contexto, “salta aos olhos” a importância da atividade consultiva, porquanto incumbe ao consultivo a difícil tarefa de propiciar a aproximação da realidade política da realidade jurídica. Isso não quer dizer que compete ao advogado público, simplesmente, dizer sempre “sim” para a política pública, “arrumando” a melhor forma para a sua implementação. A tarefa do advogado público é, sim, uma tarefa de controle prévio. Determinada política pública só subsiste se estiver de acordo com os contornos constitucionais.

A partir da escolha de um determinado programa governamental para a satisfação do anseio social, é imprescindível a análise acerca da adequação dessa decisão política às normas constitucionais e infraconstitucionais. No âmbito federal, tal análise é realizada pela Advocacia-Geral da União.

Não é exagero afirmar que o advogado público participa do nascedouro da política pública, tendo em vista que ele participa da própria formulação dessa política.

Ao tratar das etapas da política pública, afirmou-se que a formulação consiste na definição, dentre os possíveis, do meio que apresenta o melhor custo benefício para sua execução. Nesse ponto, é salutar que antes dessa definição, o gestor público busque o apoio do advogado público, para que este possa verificar qual das opções planejadas encontra maior lastro legal e constitucional. Ou seja, o advogado público realiza uma análise prévia da legalidade e da legitimidade do programa estatal.

Ao tratar do tema, Rommel Macedo¹³ destaca, de forma salutar, diferencia a consultoria da assessoria jurídica, nos seguintes termos:

13 MACEDO, Rommel. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e de legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciene Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões*

Destarte, cumpre salientar que o assessoramento se distingue da consultoria jurídica. No assessoramento, o advogado apenas orienta a instância decisória, não tendo qualquer responsabilidade sobre a decisão a ser tomada; por sua vez, na consultoria, o advogado possui inequívoca responsabilidade sobre a decisão que será proferida com base no seu parecer jurídico. Mediante o exercício da consultoria jurídica, o advogado emite uma verdadeira “vontade estatal”.

Acerca da vinculação ao parecer jurídico produzido pelo advogado público, assim decidiu o Supremo Tribunal Federal¹⁴, *verbis*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo; (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público

institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

14 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, MS 24631, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00276 RTJ VOL-00204-01 PP-00250.

pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido. (grifo nosso)

No tocante à atividade consultiva quando da formulação das políticas públicas, merece destaque a atuação do advogado público na análise e elaboração dos atos normativos que dão substrato a tais políticas. No dia a dia da Consultoria Jurídica junto aos Ministérios, por exemplo, é frequente a necessidade de se analisar previamente os atos normativos relacionados às competências afetas ao respectivo Ministério. Tais atos normativos, não raras vezes, objetivam dar concretude, por meio de programas governamentais, aos direitos sociais.

No mesmo sentido, afirma Lilian Barros de Oliveira Almeida¹⁵, *verbis*:

Assim, as Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios, ao assessorarem juridicamente os Ministros de Estado e demais autoridades na elaboração de projetos de lei relacionados à área de sua competência, de iniciativa privativa do Presidente da República (art. 61, §1º, da CF/88), bem como na elaboração de minutas de Decretos, Portarias e Resoluções, contribuem para a promoção e concretização dos direitos fundamentais.

Outra importante vertente da atuação do consultivo da Advocacia-Geral da União é a fixação da interpretação a ser seguida pelo Poder Executivo Federal quando do surgimento de dúvidas acerca do comando constante de determinada norma constitucional e/ou legal.

Assim, quanto maior a participação do Advogado Público na formatação da política pública, menor será o risco de questionamento judicial da opção política adotada pelo Poder executivo.

Ademais, outro ponto importante da atividade consultiva é o fornecimento de informações aos órgãos que cuidam da representação judicial da União, como forma de subsidiar e de otimizar o trabalho da Instituição na eventual hipótese de necessitar defender judicialmente determinada política pública. É imprescindível, portanto, a aproximação entre o consultivo e o contencioso da AGU.

15 ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. A atividade consultiva da Advocacia-Geral de União na promoção dos direitos fundamentais. In: *Revista da AGU – Advocacia-Geral da União*, Brasília-DF, ano XI, n. 32, abr./jun. 2012.

5 CONCLUSÃO

Constata-se, portanto, que a consultoria e o assessoramento jurídicos desempenhados pela Advocacia-Geral da União possuem fundamental importância na efetivação dos direitos sociais previstos no texto constitucional.

Nos termos do art. 131 da CRFB, a AGU é a instituição que representa, judicial e extrajudicialmente, a União, cabendo-lhe as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo.

Como a política pública necessita estar em conformidade com as determinações constitucionais e infraconstitucionais, a atuação efetiva do Advogado Público na sua formulação possui importância fundamental na concretização dos direitos sociais, que exigem a atuação do Poder Público.

Para tanto, demonstrou-se que a atividade de consultoria e de assessoramento da AGU contribui para a formulação das políticas públicas, ao realizar o controle prévio de tais políticas, ao analisar e/ou elaborar os atos normativos correspondentes, bem como ao fornecer informações aos órgãos responsáveis pela representação judicial da União.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. A atividade consultiva da Advocacia-Geral de União na promoção dos direitos fundamentais. In: *Revista da AGU – Advocacia-Geral da União*. Brasília-DF, ano XI, n. 32, abr./jun. 2012.

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

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: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciene Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997.

MACEDO, Rommel. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e de legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. In: GUEDES, Jefferson

Carús; SOUZA, Luciene Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciene Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

SANTOS, Vanessa Flain dos. *Direitos Fundamentais e Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>. Acesso em: 27 ago. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. A advocacia pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciene Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.