
CONSULTORIA JURÍDICA COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA

LEGAL CONSULTING AS ESSENTIAL FUNCTION OF JUSTICE

Enivaldo Pinto Pólvara

Advogado da União

Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina – UEL

SUMÁRIO: Introdução; 1 A missão constitucional da AGU; 2 Consultoria como meio de realização da justiça; 3 A construção de políticas públicas; 4 Legalidade e interesse público; 5 Uma atuação consultiva adequada à nova conceituação; 6 O parecer substantivo; 7 Conclusão; Referências.

RESUMO: A relevância da missão consultiva está definitivamente marcada na Constituição Federal de 1988. A AGU nasce, ao lado do Ministério Público, com a característica de essencialidade na missão de buscar a realização da justiça. Não se pode fazer justiça sem a formatação adequada de políticas públicas, decididas no jogo democrático, as quais implementarão a Constituição real que buscamos. É um consultivo forte, independente, porém harmonizado com as áreas assessoradas em verdadeira parceria, que propiciará a execução das escolhas públicas, tendo sempre em vista que o interesse público primário não poderá ser alcançado sem se resguardar o chamado interesse público secundário. Daí a importância de se superar essa dicotomia. A lei é o meio para a realização do interesse público, não o fim em si mesma. A consultoria é uma atividade essencialmente criativa, especialmente quanto aos sentidos possíveis da norma que também evolui com a sociedade. Não se pode fazer justiça, em qualquer dos sentidos, sem uma atividade consultiva que assessoro o Poder Executivo na missão de tornar possível a materialização dos direitos fundamentais preconizados pela Constituição, mediante a execução de políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia-Geral da União. Consultoria. Políticas Públicas. Justiça.

ABSTRACT: The relevance of the consultancy mission is definitely fixed in the Federal Constitution of 1988. AGU born beside MPF, with the feature of essentiality in the mission to seek the realization of justice. There is no justice without proper formatting policies decided in the democratic game, which will implement the real Constitution we seek. A strong consultancy independent but harmonized with the areas advised, in true partnership, that will provide the implementation of public choices, always bearing in mind that the primary public interest can not be achieved without protecting the public interest called secondary. Hence the importance of overcoming this dichotomy. The law is the means to the realization of the public interest, not the end in itself. The consultancy is an essentially creative activity, especially regarding the possible meanings of the norm which also evolves with society. We cannot do justice in any way without a consultative activity for assisting the Executive in the mission of making possible the realization of fundamental rights envisaged by the Constitution, through the implementation of public policies.

KEYWORDS: Advocacia-Geral da União. Consultancy. Public Policy. Justice.

INTRODUÇÃO

Dispus-me a escrever sobre o tema após a palestra do doutor Arnaldo Sampaio de Godoy Filho, Consultor-Geral da Advocacia-Geral da União, proferida no curso de formação de Advogados da União, ocorrido em maio de 2013. O presente artigo está, fundamentalmente, baseado no conteúdo dessa ministração.

Obviamente, como recém-egresso da advocacia privada, o tema para mim é repleto de novidades – o que me desperta o interesse, porém não encontro dificuldades em compreender o papel do Advogado da União na sua missão consultiva quando me lembro dos tempos de banca; daí minha afinidade com a mencionada palestra.

A mim me parece, todavia, que o assunto não se encontra bem resolvido, havendo aqueles que se propõem a discordar, seja no desenvolvimento de argumentos contrários seja na execução de suas tarefas diárias. Há, portanto, campo fértil para a discussão que ora pretendo aderir com devotado respeito à divergência.

Eu mesmo reconheço que não é fácil consolidar uma mudança comportamental baseada em uma moderna visão de consultoria de estado, da lei, do interesse público, das políticas públicas, de democracia e de governo. Vez por outra sou pego tratando uma questão nova sob o enfoque de conceitos antigos.

Enfim, o presente artigo pretende apenas retomar o debate sobre o papel da consultoria na realização de políticas públicas.

1 A FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DA AGU

A Constituição de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, criando instituições independentes para o correto funcionamento da Justiça, delineando suas competências e áreas de atuação.

O constituinte, reformulando o modelo tradicional da tripartição de poderes, conferiu ao Ministério Público Federal (MPF), e à Advocacia de Estado, representada pela Advocacia Geral da União (AGU), posição de destaque na ordem jurídica nacional, estabelecendo-as com o caráter de essencialidade. Após tratar dos demais poderes de Estado sem, contudo, integrá-los subordinadamente, o Ministério Público e a Advocacia Geral foram erigidos à categoria de instituições constitucionais, em um passo ousado e inovador do constituinte originário, de relevante significado para a sociedade na sua constante busca pela realização de justiça.

A AGU nasceu com o objetivo basilar de defesa dos interesses do Estado, atribuição que antes era desempenhada pelo Ministério Público Federal.

Na década de 80, o fenômeno da capilaridade estatal, resultante do crescimento de demandas sociais num Estado voltado à implementação de políticas públicas de atendimento aos direitos fundamentais, gerou uma situação interpolar de grave conflituosidade interna. O Ministério Público agregava as funções de defesa do Estado e defesa da sociedade, em uma acumulação de tarefas extremamente prejudicial ao desempenho de ambas as funções, vez que era possível que o mesmo órgão atuasse em prol do autor e do réu na mesma demanda.

Então, não é desarrazoado dizer que a AGU e o MPF, no modelo delineado pela Constituição de 1988, nasceram do mesmo tronco, tiveram a mesma origem, têm suporte no mesmo fundamento (a defesa do interesse público), mas, para se resolver a antiga esquizofrenia jurídica de atuação, foram concebidos como instituições diversas.

Desobrigando o MPF de tal tarefa, a Constituição Federal outorgou à AGU dupla competência: a primeira postulatória ou contenciosa, pressupondo a judicialização de um conflito de interesses, e outra consultiva, eminentemente preventiva.

No âmbito contencioso, exerce a AGU a representação judicial e extrajudicial de todos os poderes da União e suas autarquias e fundações, bem como das demais instituições constitucionalmente independentes, como o próprio Ministério Público da União e a Defensoria Pública da União. No consultivo, presta auxílio ao Poder Executivo Federal, sob a forma de consultoria e assessoria no que tange à constitucionalidade e legalidade de seus atos.

Preservando a origem, tanto o MPF quanto a AGU foram vinculados ao atendimento do interesse público, visto que ambas instituições estão formatadas no capítulo constitucional das funções essenciais à justiça.

2 CONSULTORIA COMO MEIO DE REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Realizar a justiça, no sentido estrito e orgânico do termo¹, representa um exercício direcionado ao correto funcionamento do aparato judiciário como um dos poderes-funções do Estado, atuando concretamente na missão constitucional de resolver os conflitos sociais representados por demandas judicializadas, visando à obtenção da pacificação social e à garantia da ordem jurídica.

No sentido amplo, a realização da justiça atrai a ideia de atribuir a cada um que lhe é devido, não apenas no sentido do direito material violado

1 Cf. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 127.

na acepção clássica aristotélica de justiça comutativa², mas também a construção de novos caminhos para realizar a igualdade material, mais próxima de uma concepção distributiva, objetivada na Constituição Federal, tendo como vetor principal a dignidade da pessoa humana, essencial à construção de uma sociedade justa e solidária, firmada sobre o primado de um Estado Democrático de Direito (RAWLS³).

A distonia natural, porém indesejável, entre a Constituição material e a Constituição formal (LASSALE⁴) só pode ser superada se a realização da vontade de constituição (HESSE⁵) estiver fortalecida nas instituições permeadas da característica constitucional de essencialidade.

Ao criar a Advocacia-Geral da União no capítulo intitulado “Das Funções Essenciais à Justiça”, logo em seguida às disposições reservadas aos três poderes do Estado, o constituinte de 1988 conferiu-lhe *status* especial⁶ nessa missão de realizar a justiça, aí se incluindo a função de prestar consultoria e assessoramento ao Poder Executivo⁷.

2 Segundo MORAIS, Aristóteles diz que as pessoas não são iguais, deste modo, não receberão coisas iguais, o que ocasiona reclamações, afirmando que as distribuições devem ser feitas “de acordo com o mérito de cada um”. (MORAIS, Márcio Eduardo. *Pensar A Justiça No Século Vinte e Um*: um breve estudo sobre os pensamentos de Aristóteles e de Rawls sobre a justiça e sua aplicabilidade no Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://marcioeduardomorais.blogspot.com.br/2010/08/pensar-justica-no-seculo-vinte-e-um-um.html>>. Acesso em: 29 ago. 2013).

3 Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos. RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 64.

4 Segundo LASSALE, não há valor em uma constituição jurídica dissociada da realidade. A “constituição de papel” só é boa quando reflete a constituição real. Em LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002. p.48.

5 HESSE reconhece a importância de fatores históricos, políticos e sociais para a força normativa da Constituição, porém realça o aspecto da vontade de Constituição, destacando a necessidade de disposição e consciência geral, especialmente dos poderes constituídos, de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: 1991. p. 5.

6 Como bem delineado no Parecer AGU/SFT n. 001/2009, o tratamento constitucional conferido à Advocacia Pública, tem por objetivo fazer o órgão assessorado alcançar a vontade da lei e a satisfação do interesse público.

7 Conforme MACEDO, a influência da Advocacia de Estado Italiana (Avvocatura Dell Stato) está marcada no legislador constituinte de 1988. Ressalta, entretanto, que, diferentemente da instituição italiana, a AGU tem fundamento constitucional, integra a organização do Estado e, por consequência, não pode sofrer mitigações decorrentes das alternâncias do poder político. MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p. 15.

A expressa menção constitucional à consultoria não foi por acaso. Significa dizer que o discurso constitucional sobre a Advocacia-Geral da União como instituição permanente e essencial à justiça perpassa, necessariamente, pela apropriação da ideia de que não se pode fazer justiça, em qualquer dos sentidos possíveis, sem uma atuação consultiva de qualidade na construção das ações do Estado.

3 A CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Sabendo-se que a consultoria e o assessoramento do Executivo se dão na fase da implementação do ato da Administração, temos de repensar o papel da função consultiva como elemento fundamental à concretização do Estado constitucional desejado pela Ordem de 88.

Atuando por mandamento constitucional na formação do ato estatal, a Advocacia-Geral da União exerce a precípua função de tutela dos postulados da supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o privado, a fim de garantir a presunção geral de constitucionalidade e legalidade dos atos da administração⁸. O consultivo, em regra, atua previamente ao estabelecimento do conflito, com vista a oferecer conformidade e segurança jurídica aos atos administrativos que precisam ser praticados na materialização das políticas públicas sempre dependentes da viabilização de licitações, contratos, controles do patrimônio, serviços e servidores públicos, na proposição e análise de atos normativos, dentre outras.

Nesse sentido, a advocacia pública consultiva é essencial à justiça quando orienta, sob a forma de assessoramento ou de consultoria, a atuação dos gestores na construção da vontade estatal e na materialização da sua ação, sob a forma de atos administrativos e atos da administração, que visam, em última análise, tornar real a Constituição formal.

Considera-se que, distintamente do Poder Executivo, os poderes Judiciário e Legislativo, no que tange às suas funções precípua, não aplicam a lei de ofício, de forma que seus atos (julgar e legislar) não materializam políticas públicas. Daí a razão da advocacia pública consultiva funcionar apenas em favor do poder que tem a função de executar as escolhas públicas, pois é o executivo quem as implementa, cabendo ao legislativo aprová-las e ao judiciário julgar se sua execução está de acordo com a ordem jurídica.

8 Dentre as atribuições do Advogado Geral da União, previstas no art. 4º, da LC nº 73/93, destaca-se a de curador da constitucionalidade das leis.

A advocacia consultiva se apresenta, metaforicamente, como o cimento de ligação entre o materialmente e o juridicamente possível na construção de políticas públicas, que não são apenas uma decisão de plano de governo, mas, antes, uma decisão de políticas de estado que realize as escolhas constitucionais previamente definidas como estruturantes da sociedade que queremos ser. Estas escolhas são fundadas em direitos individuais e direitos coletivos, que somente se tornarão efetivos mediante ações de governo definidas no confronto parlamentar da disputa democrática.

É na análise da legalidade e da constitucionalidade que a consultoria e o assessoramento conferem legitimidade aos atos do Estado⁹. Essa legitimidade deve ser entendida na sua concepção ampla, representando a chancela política do jogo democrático, não apenas das maiorias parlamentares ocasionais, mas da que resulta do respeito às minorias, sintetizando as divergências em uma vontade democraticamente construída. O advogado de Estado na atuação consultiva é, pois, um ator constitucional no controle da legitimidade do exercício do poder, controle que se faz por meio da análise da juridicidade dos atos executivos.

Essa atuação conforme o direito pressupõe a observância da legalidade. É clássica a afirmação de que, diferentemente da pessoa física ou jurídica de natureza privada, que tem liberdade para atuar onde a lei não proíbe, à Administração Pública só compete agir quando autorizada expressamente pela lei. Ainda que seja necessária a releitura do postulado pelas rápidas transformações sociais hodiernas que reclamam imediata atuação dos poderes públicos mesmo nos espaços da vida comum ainda não disciplinados pela lei formal, ninguém olvida que a atuação administrativa depende do respeito absoluto à ordem jurídica, resultando na decantada máxima que administrar é aplicar a lei de ofício¹⁰.

Não pode o administrador público ir de encontro à lei, aos princípios e preceitos constitucionais, nem tampouco ferir as demais regras infralegais que se apoiam no dever de realização da vontade da Constituição. Na execução de políticas públicas, cabe ao Executivo pautar sua conduta visando ao atendimento do interesse público.

9 Segundo o Princípio da Juridicidade, defendido por CARMEM LÚCIA, o administrador tem certa liberdade de agir frente ao caso concreto, desde que paute sua conduta de acordo com os vetores constitucionais, que orientam e condicionam sua atuação administrativa.

10 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 03.

4 LEGALIDADE E INTERESSE PÚBLICO

Nesse quadro, a consultoria preventiva, historicamente relegada, veio ao cenário com importância ímpar. Pois, a lei não é um fim em si mesma. O interesse público não é o mero cumprimento da lei. A lei não é o interesse público, mas é o meio necessário a persegui-lo. O modelo legal nada mais é que a moldura e o jogo de pincéis e aquarelas de que dispõe o artista na realização de sua obra¹¹. Na arte, a concepção se dá na alma, mas se exterioriza na pintura, delimitada pela sua moldura e instrumentos. A lei são os instrumentos possíveis à execução da arte de construir a justiça. Há, sem dúvida, relação de interdependência entre legalidade e justiça, mas são categorias distintas de um mesmo universo. A legalidade é o meio. A justiça é o fim. E é na justiça que se materializa o interesse público. O interesse público é o destinatário do todo arcabouço legal e de toda argumentação jurídica.

Calha considerar que a clássica dicotomia entre interesse público primário e secundário há de ser superada¹². A realidade prática impõe a evolução dos conceitos, pois os conceitos têm a função de estabelecer o conhecimento e, por isso, não podem estar dissociados da realidade. São os casos reais e os confrontos do dia a dia que promovem a releitura de institutos e o revisitar as convicções¹³. Essa abertura se faz especialmente importante quando se trata da atuação consultiva da advocacia pública.

Na construção da vontade do Estado, seria hercúlea e inaproveitável à consultoria a tarefa de fazer distinção entre interesse público primário

11 KELSEN afirma que a lei não tem a amplitude de determinar com absoluta exatidão uma conduta, segundo ele “esta determinação nunca é, porém, completa. A norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer. Se o órgão A emite um comando para que o órgão B prenda o súdito C, o órgão B tem de decidir, segundo o seu próprio critério, quando, onde e como realizará a ordem de prisão, decisões essas que dependem de circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever”. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 246.

12 Conforme a distinção clássica, enquanto os interesses públicos primários retratam a os interesses da coletividade ou a dimensão pública dos interesses individuais, os secundários representam os objetivos particulares do Estado quando se comporta como pessoa jurídica titular de direitos e obrigações na ordem civil.

13 Segundo o constitucionalista BARROSO, a nova hermenêutica constitucional é a que exige do intérprete uma ação construtiva do direito, visando garantir a concretização dos comandos constitucionais. BARROSO, Luis Roberto. *O começo da História. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc;revproc2003/arti_histdisbras.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2013.

e secundário. A consultoria deve conduzir o administrador público a uma atuação administrativa legítima, democrática e em sintonia com os valores constitucionais, que busca a realização dos vetores principiológicos que regem o Estado Democrático de Direito, concretizando os direitos que a Constituição criou, e que somente se materializam em políticas públicas escolhidas pelo Governo democraticamente eleito, o qual age sob o poder da representação outorgada pela Carta Constitucional. É o Governo, assim entendido administração pública no sentido subjetivo, quem está constitucionalmente obrigado a propor e executar políticas públicas

Propor e executar políticas públicas é condição de sua legitimidade¹⁴, de modo que eventual omissão é corrigível pela intervenção judicial¹⁵.

Num regime republicano, essas políticas públicas são formatadas em um programa de governo, que longe de serem meras decisões

14 FRISCHEISEN assevera que: “Nesse contexto constitucional, que implica também na renovação das práticas políticas, o administrador está vinculado às políticas públicas estabelecidas na Constituição Federal; a sua omissão é passível de responsabilização e a sua margem de discricionariedade é mínima, não contemplando o não fazer. [...] Como demonstrado no item anterior, o administrador público está vinculado à Constituição e às normas infraconstitucionais para a implementação das políticas públicas relativas à ordem social constitucional, ou seja, própria à finalidade da mesma: o bem-estar e a justiça social. [...] Conclui-se, portanto, que o administrador não tem discricionariedade para deliberar sobre a oportunidade e conveniência de implementação de políticas públicas discriminadas na ordem social constitucional, pois tal restou deliberado pelo Constituinte e pelo legislador que elaborou as normas de integração. [...] As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, cabendo ao Juiz dar sentido concreto à norma e controlar a legitimidade do ato administrativo (omissivo ou comissivo), verificando se o mesmo não contraria sua finalidade constitucional, no caso, a concretização da ordem social constitucional”. FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*, Max Limonad, São Paulo: 2000. p. 59, 95 e 97.

15 Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do AI 766942 AgR, relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 13/08/2013, com a seguinte ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. DEFENSORIA PÚBLICA. INSTITUIÇÃO DE REGIME DE PLANTÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. DEBATE DE ÂMBITO INFRACONSTITUCIONAL. PODER JUDICIÁRIO. IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 30.10.2008. O exame da alegada ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, dependeria de prévia análise da legislação infraconstitucional aplicada à espécie, o que refoge à competência jurisdicional extraordinária, prevista no art. 102 da Constituição Federal. A matéria constitucional versada no art. 37 da Carta Federal não foi analisada pelas instâncias ordinárias, tampouco opostos embargos de declaração para satisfazer o requisito do prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282/STF e 356/STF. Inexiste violação do artigo 2º da CF/88. O Supremo Tribunal Federal entende que é possível ao Poder Judiciário, em situações excepcionais, determinar ao Estado a implementação de políticas públicas, assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos, não havendo que se falar, nessas situações, em violação do princípio da separação de poderes. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.

discricionárias de quem foi eleito, estão definidas nas leis orçamentárias¹⁶ votadas pelo parlamento.

Mas, executar programas que materializem as escolhas políticas constitucionalmente amparadas requer muito mais que boa vontade e disposição. Requer recursos de toda espécie: materiais, humanos, financeiros, tecnológicos e econômicos. Requer ainda planejamento com uma adequada administração do tempo, bem como decisão política de prioridades. Isso demanda uma administração voltada a executar as possibilidades e a proteger, com máximas forças, sua capacidade de execução. Sem preservar-se o interesse da Administração não se preservará o interesse da coletividade, pois o interesse daquela deve se fundar em adquirir capacidade para a realização deste. É uma correspondência biunívoca, com a reciprocidade de elementos existentes em conjuntos distintos.

Assim, o papel constitucional da AGU na função consultiva só restará bem desempenhado quando empreender todos os seus esforços e argumentos na proteção dos interesses da União, possibilitando ao Poder Executivo executar seu programa de governo, que, em última análise, são as escolhas democráticas constitucionais.

5 UMA ATUAÇÃO CONSULTIVA ADEQUADA À NOVA CONCEITUAÇÃO

A justiça que se faz no judiciário é a reparatória, posterior à instauração do conflito. É na fase consultiva, preexistente ao conflito, que se pode, de forma mais célere e adequada, concretizar os direitos constitucionais. Não se dará, porém, sem um consultivo forte que tanto contribui para diminuir a judicialização como viabiliza a imediata atuação do Poder Executivo na sua missão constitucional de fazer justiça por meio de políticas públicas.

O fortalecimento do consultivo, preconizado pela Constituição Federal, propicia a diminuição dos conflitos, a racionalização do serviço

16 KASHIWAKURA afirma que “o Orçamento-Programa, de acordo com Schubert, surgiu nos Estados Unidos, na década de 50, nas grandes empresas privadas, com o nome de Planning-Programming Budgeting System - PPBS, onde podemos citar empresas como Du Pont, General Motors e Ford, em um esforço para planejar os seus desenvolvimentos empresariais. [...] No Brasil, o orçamento moderno também está representado, também, no Orçamento-Programa, que foi sistematizado originalmente pela Organização das Nações Unidas (ONU), cuja concepção básica foi extraída da experiência federal americana obtida com a implantação do Orçamento de Desempenho (Performance Budget). A CONTABILIDADE GERENCIAL APLICADA AO ORÇAMENTO-PROGRAMA COMO INSTRUMENTO DE AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO, Helder Kiyoshi Kashiwakura, disponível em: <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/IIPremio/sistemas/MH2tefpIIPN/KASHIWAKURA_Helder_Kitoshi.pdf>. página 12/13, acesso em: 28 ago. 2013.

público e o atendimento das necessidades sociais, pois é ele quem garante, ao fim e ao cabo, a observância do princípio da juridicidade, como ato de controle, garantidor da finalidade pública. Políticas públicas mal-formatadas geram grande quantidade de demandas. A advocacia do futuro é necessariamente consultiva, pois tem como mote antever os problemas e equacioná-los para evitar o contencioso, reduzindo o universo de judicialização. A Constituição exige a intervenção da AGU na formatação da vontade estatal, orientando a ação, antecipando ao gestor público eventuais riscos e proporcionando elementos para ponderá-los.

A parceria com o gestor marca, portanto, a finalidade da existência da AGU como consultoria e assessoria. Construir soluções juridicamente possíveis para a efetivação da escolha política, decorrente do jogo democrático eleito, é atuar com efetividade na realização do interesse público. Essa parceria impõe um comprometimento intelectual com as políticas públicas, não necessariamente um comprometimento emocional, tendo como base a inafastável visão de complementaridade e transversalidade existente entre decisões democráticas de governo e interesse público.

A AGU atua como órgão auxiliar, na melhor acepção do termo, como ferramenta de unidade e de aproximação entre o dever e o poder, de forma tal que a sociedade sempre sairá fortalecida, qualquer que seja o resultado da consulta.

Essa contribuição se dá, essencialmente, na edição de pareceres em processos e procedimentos administrativos, bem como pareceres normativos, que dirimem dúvidas de interpretação da legislação, protegem o patrimônio público, asseguram direitos aos cidadãos e viabilizam programas governamentais.

6 O PARECER SUBSTANTIVO

O parecer, por ser orientador, não pode pecar pela falta de conclusividade. A cláusula clássica do salvo melhor juízo, opina pela impossibilidade. Evitar-se-á o “parecer ao lixo”. Quando determinada ação de política pública deve ser implementada, o que o gestor quer saber é como fazer, não basta dar-lhe um não. O desenho da obrigatoriedade constitucional da implementação de políticas públicas contempla as realidades de fato e de direito, e deve ser visto por olhos mais fechados para as impossibilidades e mais abertos para as possibilidades. Não se trata de ser advogado do “sim” ou advogado do “não”, mas ser o advogado do “possível”. Prestigiar-se-á a interlocução entre órgãos, as

visitas e reuniões que possibilitem uma visão adequada da realidade, nem sempre retratada na monocromática letra dos códigos. Há de se superar a tradicional opacidade existente entre os órgãos consultor e executor. A necessária inversão do papel dos atores no cenário da controvérsia colabora com eventuais recuos ou revisões de entendimentos, salutares na construção de possibilidades. Relewa conhecer as demandas sociais e ponderar os entendimentos contrários, evitando prejulgamentos baseados em conceitos estanques formados em convicções políticas quase sempre partidárias.

Objetividade e clareza evitam pareceres oceânicos afogados em uma linguagem rebuscada, que nada dizem. O gestor espera o parecer adequado e razoável, que traz opiniões divergentes e analisa riscos e consequências; não espera o belo.

A individualidade deve ceder à unidade, para conferir tratamento isonômico ao administrado e aos gestores responsáveis pelo cumprimento de atos de governo. Nesse passo, impõe-se quebrar o formalismo excessivo que impede a aproximação entre o consultivo e o contencioso, a fim de buscar a uniformização de entendimentos jurídicos sem perder a necessária independência de opinião, característica própria à função consultiva.

A análise do mérito cabe ao gestor. A missão maior do parecer consultivo é viabilizar atos de governo na realização de políticas públicas já decididas. Até a resposta negativa de possibilidade deve revestir-se de concretização do ideal de justiça, sem perder a noção de que a lei é instrumento, o meio, não o fim. A conclusão pela necessidade de mudança da legislação deve ser concretamente enfrentada se o sistema legal atual impõe óbices diretos ou indiretos à realização das escolhas democraticamente eleitas.

O risco de perda judicial não torna uma política inviável, pois, eventualmente, em prol do interesse público, deve-se avaliar a necessidade de correr certos riscos. Forte no princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, a palavra do judiciário sempre é a última, mas não será inexoravelmente a mais justa. Também nossos tribunais passam momentos de revisão de entendimento, mesmo sem ter havido qualquer mudança legislativa. Os fundamentos jurídicos das antigas decisões, longe de terem sido equivocados, nem sempre continuam a atender o interesse público. A dinâmica social requer que seja assim. Enfrentar e bancar riscos, desde que seja defensável perante os órgãos julgadores administrativos e judiciais não é uma questão de coragem ou irresponsabilidade, mas uma questão de convicção de que os argumentos se substituem e que sem enfrentamento não se obterá uma evolução. Fatos novos podem e devem rechaçar as melhores teses antigas. O consultivo é, por excelência, um construtor de teses.

O desempenho dessa cognição construtivista de mundo nos afirma como seres criativos das possibilidades jurídicas na formatação, implementação e viabilização de um Estado Democrático de Direito. Portanto, deve o parecer ser elaborado com base na doutrina e na jurisprudência, sem desprezar a atividade do advogado como intérprete construtor dos sentidos possíveis da norma dada.

7 CONCLUSÃO

A origem da AGU, ao lado do novo Ministério Público, impregnada das características de independência e essencialidade, tem suscitado grandes debates sobre a sua atuação constitucional, especialmente no que tange ao papel a ser desenvolvido pela consultoria jurídica junto aos órgãos do Poder Executivo.

A relevância da consultoria está constitucionalmente afirmada e destinada à materialização de políticas públicas, daí a razão da Norma Fundamental. Sem a implementação das escolhas públicas realizadas no jogo democrático do confronto parlamentar entre maiorias e minorias, não se pode fazer justiça. O gestor público é o constitucionalmente responsável por essa implementação; a missão constitucional da AGU é ajudá-lo.

O consultor de Estado deve ter essa consciência da responsabilidade, sempre buscando novos meios defensáveis para obstáculos antigos.

Atuando decisivamente em parceria, construindo teses e viabilizando as políticas públicas mediante a formatação jurídica das ações da Administração, o consultor estará contribuindo decisivamente para a realização da justiça.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Carmem Lucia Rocha. *Princípios constitucionais da Administração pública*. Belo horizonte: Del Rey, 1984.

BARROSO, Luis Roberto. *O começo da História*. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc;revproc2003/arti_histdisbras.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2013.

BRASIL, *Parecer AGU/SFT n. 01/2009*. Compete exclusivamente à Advocacia-Geral da União e aos seus órgãos vinculados, por meio de seus membros, o desempenho das competências previstas no art. 131 da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Impossibilidade legal de contratação excepcional de

serviços particulares de advocacia por órgãos e entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional. Advocacia-Geral da União: Brasília, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo de Instrumento nº 766942*. Primeira Turma. Relatora Ministra Rosa ROSA WEBER. STF: Brasília, 13 de agosto de 2013.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

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

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas Públicas – A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, 1991.

KASHIWAKURA, Helder Kiyoshi. *A contabilidade gerencial aplicada ao orçamento-programa como instrumento de avaliação de desempenho*. Disponível em: <http://www3.tesouro.fazenda.gov.br/Premio_TN/IIPremio/sistemas/MH2tefpIIPPTN/KASHIWAKURA_Helder_Kitoshi.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2006.

MACEDO, Rommel, *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1998*. São Paulo: LTr, 2008.

MORAIS, Márcio Eduardo. *Pensar a justiça no século vinte e um*: um breve estudo sobre os pensamentos de Aristóteles e de Rawls sobre a justiça e sua aplicabilidade no Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://marcioeduardomorais.blogspot.com.br/2010/08/pensar-justica-no-seculo-vinte-e-um-um.html>>, acesso em: 29 ago. 2013.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.