

---

**POR UMA INTERPRETAÇÃO PLURALISTA DA  
CONSTITUIÇÃO: A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA  
DA INTERPRETAÇÃO NORMATIVA REALIZADA  
PELAS CONSULTORIAS JURÍDICAS DA  
ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO**

---

***ABOUT A CONSTITUCIONAL PLURAL INTERPRETATION: THE  
DEMOCRATIC LEGITIMACY OF LAW CONSULTING SERVICE DONE  
BY THE UNION GENERAL ADVOCACY***

*Andréa Maria dos Santos Santana Vieira  
Advogada da União*

*Mestra em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV – Faculdade de Direito de Vitória*

*Pedro Gallo Vieira  
Advogado da União*

*Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV – Faculdade de Direito de Vitória*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A estruturação das Consultorias Jurídicas da União e a necessidade de abertura das manifestações segundo um procedimento racional; 2 A estruturação das Consultorias Jurídicas da União e a necessidade de abertura das manifestações segundo um procedimento racional; 3 O debate democrático em uma esfera plural de legitimação.

O exercício de Democracia Deliberativa pautando a elaboração de notas e pareceres; 4 O modelo interpretativo que deverá guiar a atuação das Consultorias jurídicas da AGU; 5 O futuro das Consultorias Jurídicas da AGU por meio do implemento de uma correta abordagem constitucional; 6 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** O presente estudo busca abordar a existência das Consultorias Jurídicas da União Federal como órgãos habilitados a promover direitos fundamentais pela via de uma hermenêutica aberta e legítima, tendo como instrumento formas dialéticas de democracia deliberativa. Dentro de uma sociedade aberta de intérpretes, não somente os Poderes Legislativo e Judiciário nacionais estariam aptos a dizer o que é constitucional, mas também o Poder Executivo. Esse mister em âmbito nacional se dará fundamentalmente com a participação das Consultorias Jurídicas, que deverão, sempre que chamadas, invocar o discurso da democracia e dos direitos fundamentais, deixando a análise política a cargo dos Administradores. Quanto mais valorizada for a atividade jurídico-consultiva menor será a busca pelo Poder Judiciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Consultorias. Democracia Deliberativa. Hermenêutica. Direitos Fundamentais.

**ABSTRACT:** This work intends approaching the existence of Federal Government Consulting Legal Services as empowered organs to promote fundamental rights through an open and legitimate hermeneutic, having as instrument the dialectical ways of deliberative democracy. Inside an open society of interpreters, not only the national Legislative and the Judicial branches are able to say what is constitutional, but also the Executive branch. This activity in national sphere will fundamentally happen with the participation of Consulting Legal Services which will invoke the democracy and the fundamental rights discourses, whenever they are asked for it, letting the political analysis in administrators' charge. The more valorized a juridical advisory activity is, the less will be the search for Judiciary.

**KEYWORDS:** Consulting Services. Deliberative Democracy. Hermeneutics. Fundamental Rights.

## INTRODUÇÃO

A criação das Consultorias Jurídicas da União foi mais um passo para a consolidação da Advocacia Pública em sede consultiva<sup>1</sup> – atividade muito pouco lembrada dentre as funções jurídicas por força de um vício de natureza dos juristas em somente visualizar o direito com sentimento ao contencioso. As Consultorias Jurídicas são instituições que, apesar de sua subutilização, em grande parte relegadas a questões meramente licitatórias, poderiam ser melhor aproveitadas para fazer surgir um novo modelo com vista à consolidação democrática, transparência e efetivação de direitos fundamentais.

Para que a atividade consultiva tome tal fôlego, necessário repensá-la como instituição de grande relevância num Estado Democrático de Direito, para o exercício da plena democracia, com todos os consectários que o rótulo democrático carrega. Constituem as Consultorias da União fontes de embasamento de um sem número de decisões estatais do Poder Executivo Federal, sendo demasiada sua importância. Sendo assim, não podem permanecer em segundo plano, acobertadas sob o manto da falta de transparência, tendo notas e pareceres omitidos, rechaçados sem a devida argumentação e sem o devido processo democrático deliberativo; via essencial à construção de decisões legítimas.

A palavra final para as decisões do Executivo serão sempre de cunho político, mesmo porque o Poder Executivo é, dentre os três poderes, o de maior carga majoritária. Todavia, a escolha ou os caminhos, ao menos jurídicos, para se chegar as suas decisões deveriam ser matéria de debate, mesmo que no âmbito interno deste Poder, onde a atividade jurídico-consultiva terá fundamental importância. A despeito de ser tratar de decisões políticas, a racionalidade do discurso é fundamental como forma legitimadora de qualquer decisão democrática. Os debates não podem perder sua racionalidade sob pena de subverterem o jogo democrático em autoritarismo. Mesmo questões políticas apaixonadas devem conter conteúdo racional para não deformarem a própria democracia.

Decisões administrativas do Poder Executivo, se bem construídas, poderão representar marcos na defesa da democracia e dos direitos fundamentais. Apenas para se ter uma idéia de como a atividade jurídico-consultiva tem um papel importantíssimo no reconhecimento de direitos fundamentais, quando o Supremo Tribunal Federal admitiu os mesmos

---

<sup>1</sup> É a Advocacia-Geral da União por força do artigo 131, caput da Constituição Federal a instituição responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

efeitos da união estável às uniões homoafetivas<sup>2</sup>, a Consultoria-Geral da União já havia, de forma pioneira, pugnado pelo entendimento<sup>3</sup>, colocando o Poder Executivo na vanguarda deste tipo de interpretação constitucional, a frente do Legislativo e do Judiciário.

De se ver, as Consultorias Jurídicas da União representam os interesses e anseios da população, razão pela qual, necessário se faz desmistificar a visão restritiva de atuação em favor do Estado, senão quando e se presente o interesse de todos, visto que, este sim, representa o interesse soberano.

## **2 A ESTRUTURAÇÃO DAS CONSULTORIAS JURÍDICAS DA UNIÃO E A NECESSIDADE DE ABERTURA DAS MANIFESTAÇÕES SEGUNDO UM PROCEDIMENTO RACIONAL**

As Consultorias da União funcionam basicamente da seguinte forma: o Administrador insta a Consultoria<sup>4</sup> a se manifestar sobre determinada questão. O Advogado da União emite nota ou parecer sobre o assunto em consulta. Esta peça consultiva é levada ao aprovo do coordenador, que em seguida a devolve ao Administrador.

O Administrador que, dependendo da Consultoria, poderá ser um Ministro de Estado, uma chefia regional de algum órgão da Administração Direta Federal ou até mesmo o Presidente da República, poderá endossar suas razões ou não. A manifestação consultiva, em qualquer hipótese, não vincula o Administrador, que poderá fazer uso ou não da consulta.

Este será o momento para formação de uma arena de debates tendentes à deliberação. Os agentes participantes devem ser comunicados da formação da arena para o diálogo. O ambiente dessa arena terá de ser aberto, livre e igualitário, no qual qualquer exercício de pressão, ou influências hierárquicas nocivas ao debate, poderá macular o processo democrático.

Ameaças como a perda da função de confiança ou o uso indevido do poder hierárquico em casos de entendimentos divergentes, apenas para

---

2 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo.

3 PARECER N° 38/2009/RM/DENOR/CGU/AGU emitido em abril de 2009 pelo Departamento de Análises de Atos normativos da Advocacia-Geral da União.

4 A atividade consultiva no âmbito da Administração Direta Federal é exercida pelas Consultorias Jurídicas nos Ministério no Distrito Federal e pelas Consultorias da União nos Estados nas formas da Lei Complementar n° 73, de 10 de fevereiro de 1993, Lei n° 9.028, de 12 de abril de 1995, Ato Regimental n° 3, de 10 de abril de 2002 e Decreto n° 7.392, de 13 de dezembro de 2010.

demonstrar uma falsa conciliação ou concordância entre os participantes do debate, resultarão em malferimento do espírito do discurso e da verdade. A existência do diálogo deverá abarcar o povo, os agentes políticos e o corpo técnico da consultoria, todos com opiniões livres, abertas e iguais dentro da arena. Essa igualdade no diálogo não significa poder decisório para as consultorias, mas relevância argumentativa para uma decisão deliberativa da Administração.

O contraditório no processo dialético de confecção de notas e pareceres se dará por parte do Coordenador revisor e por fim, do Administrador. A nomenclatura do órgão – Consultoria – já esclarece de pronto o seu papel de fornecer consultas, substrato de decisões. O Coordenador revisor acatará ou não a peça e em seguida submeterá à Autoridade as conclusões do procedimento administrativo da consulta.

Enfim, o Administrador, quem inicia o processo consultivo, poderá ou não pugnar pela peça, devendo fazê-lo de forma motivada, sob pena de não exercício da dialética.

### **3 O DEBATE DEMOCRÁTICO EM UMA ESFERA PLURAL DE LEGITIMAÇÃO. O EXERCÍCIO DE DEMOCRACIA DELIBERATIVA PAUTANDO A ELABORAÇÃO DE NOTAS E PARECERES**

Quanto mais transparente o discurso para a elaboração de uma nota ou parecer, maior a possibilidade da ocorrência do debate para a construção de uma norma democrática. A transparência do discurso será alicerce para maior legitimidade e respeito às decisões da Administração. Como demonstra Oliveira:

[...] o Direito democraticamente produzido seria um meio de integração social que poderia controlar os riscos de dissenso, garantindo a estabilização de expectativas de comportamento e, a um só tempo, produzindo legitimidade, de tal forma que os destinatários das normas jurídicas (sujeitos privados), fossem os seus autores (cidadãos), sobre o pano de fundo de uma crescente distinção<sup>5</sup>

A mera escolha de representantes por meio do sufrágio ou até mesmo possibilidade de uma democracia direta são insuficientes para resguardar os valores democráticos de decisões majoritárias e respeito às minorias dentro de uma sociedade plural como é a brasileira. O

---

5 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.59.

discurso também será fundamental para salvuardarmos os valores democráticos.

Não há que se confundir Democracia Deliberativa com Democracia Direta. O modelo deliberativo se destaca pelo intenso debate e pela deliberação, enquanto na Democracia Direta tem-se a decisão pela participação direta do povo. A Democracia Direta, sem a devida deliberação, poderá se dar de forma tão autoritária quanto a democracia elitista, face a manipulação da propaganda e ausência de debates<sup>6</sup>.

Não é somente o voto que irá deflagrar o exercício democrático, mas também a possibilidade de participação no discurso acerca das decisões. Esse processo político nunca será adstrito da interpretação constitucional. Esta, no entanto, não é exclusividade de Poder algum. Todos somos intérpretes em potencial da Constituição; e, portanto, a atividade consultiva não seria diferente. Ao contrário, caberá às Consultorias da União trazer subsídios jurídicos aos governantes e administradores públicos em geral. Em regra, são as Consultorias da União que darão início e aprimorarão o debate constitucional sob o aspecto jurídico. E porque não denominar, tomando por empréstimo as lições de Häberle<sup>7</sup>, a atividade consultiva como intérpretes diretos da Constituição?

Por se tratarem também de intérpretes da Constituição, não podem as Consultorias da União atuar como meros órgãos de subordinação, mas de consulta propriamente dita, devendo primar sempre, em seu mister, pela obediência às determinações constitucionais.

O exercício da consulta jurídica mostra-se então totalmente moldado aos princípios da Democracia Deliberativa; uma ideia que surge nas últimas duas décadas do século XX, opondo-se à democracia tradicional, qual repartia interesses privados entre as elites dominantes<sup>8</sup>. O processo democrático não se restringe à participação eleitoral, mas à participação para efetiva deliberação, que trará mais racionalidade e legitimidade às decisões estatais, inclusive às decisões do Poder Executivo.

---

6 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.88.

7 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição-contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p.24-27.

8 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 104-143, jan./mar. 2007.

Tem-se então que a Democracia Deliberativa é conhecida como dialógica, consensual, inclusiva ou discursiva<sup>9</sup>. As decisões são feitas com base em intenso debate, num modelo comunicativo-inclusivo. Assim nascerão as decisões em âmbito administrativo, vindas das consultorias, baseadas no diálogo racional e amplo entre todos. O modelo dialógico visa promover embates profundos de ideias e pontos de vista em um momento de ampla discussão, de forma franca e racional.

O modelo de decisão unilateral do Administrador, típico da ideia tradicional de democracia, com a tentativa de lançamento à irrelevância das Consultorias, não é mais aceitável face o caráter plural de nossa sociedade. Mesmo que o Administrador seja um agente político eleito pela maioria do povo, apenas por meio do diálogo é que, de fato, ocorrerá a legitimidade dos seus atos, sob pena de supressão de minorias ou realização de meros interesses das elites.

A deliberação, com o amplo diálogo é a forma mais legítima e democrática para a tomada de decisão não só no Legislativo e no Judiciário, mas também para o Executivo. A Democracia Deliberativa vai além da prerrogativa de eleições, mas da troca de argumentos legitimadores e racionalizadores das decisões<sup>10</sup>. Neste pormenor é que se dará o contributo das Consultorias da União para a efetivação de questões nacionais, de respeito e resgate de direitos fundamentais.

É necessário haver ética no discurso entre o povo – eleitor e opinião pública –, o Administrador ocupante de um cargo político e as Consultorias Jurídicas para fazer valer a democracia deliberativa. Deve haver um diálogo responsável em que os participantes atingirão um ponto comum por meio de um convencimento racional. Não serão permitidas pressões ou violência ao Advogado da União presente na Consultoria, para obtenção da decisão encomendadas, sob pena de lesão do processo democrático.

A tomada de decisões democráticas depende muito de como se dará o ambiente do diálogo. As condições para a comunicação são essenciais. Para Oliveira:

A Teoria discursiva da Democracia sustenta que o êxito da política deliberativa depende da institucionalização jurídico-constitucional dos procedimentos e das condições de comunicação correspondentes, e considera os princípios do Estado Constitucional como resposta

9 TAVARES, André Ramos. *Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 79-103, jan./mar. 2007.

10 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.10.

consistente à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas comunicativas de uma formação democrática da vontade e da opinião políticas<sup>11</sup>.

Por óbvio que do debate não se chegará ao consenso, mas se atingirá uma concordância, em especial face os direitos fundamentais. As questões difíceis são melhor aceitas na democracia deliberativa por força da capacidade pacificadora dessa forma de tomada de decisões. A deliberação proporciona uma constante rediscussão e revisão das grandes decisões. Haja vista a decisão pioneira em sede de Poder Executivo aos beneficiários de relações homoafetivas no serviço público federal.

Imprescindível, entretanto, firmar que as razões de deliberação devem guardar um mínimo de concordância entre todos os argumentos para que as decisões sejam erigidas sob um mínimo de consenso. Daí a importância do reconhecimento do outro para a realização democrática e implementação de direitos fundamentais.

A publicidade do debate deve se encaminhar sempre para as esferas institucionais democráticas tradicionais sob pena de perder seu valor, mas isso não exclui de maneira alguma a participação popular. Os pareceres ou notas elaboradas pelas Consultorias da União devem ser amplamente divulgados, mesmo que reprovados pela Administração, pois o discurso democrático deverá ser feito de forma transparente e sincera. Somente no discurso transparente e sincero é que serão firmadas as decisões democráticas.

As decisões devem ser precedidas de intenso debate em que se justifique a razão de decidir, mesmo em sede de Poder Executivo. A comunicação, a livre apresentação e a troca de argumentos são parte essencial do processo decisório. As razões debatidas devem ser de aceitação mínima entre os participantes, obviamente com a preponderância argumentativa final do agente Administrador, detentor de legitimidade política.

O debate e a democracia deliberativa em âmbito nas Consultorias da União refletirão um fórum permanente para que a sociedade possa extravasar sua vontade para além das eleições. O debate daria legitimação material às decisões estatais<sup>12</sup>.

O caráter deliberativo busca afastar a noção de democracia sob o modelo agregativo, onde os homens racionais e as elites interessam-se

11 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 110-111.

12 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.43.

apenas em suas próprias rendas, jogando ao esquecimento a efetivação de direitos fundamentais por falta de um caráter econômico. As decisões na dimensão agregativa do processo decisório democrático ficam a cargo da elite e não do povo, que é alijado do debate<sup>13</sup>. O povo, sob um modelo tradicional de democracia, só tem importância para decidir quem será a elite em comando por meio do processo eleitoral. Num modelo de Democracia Deliberativa, o debate se perpetra para além do pleito eleitoral, inclusive com a participação das Consultorias, que fará valer os objetivos fundamentais da República, trazendo o discurso do debate político de volta ao foco constitucional.

Na América latina em geral, a ideia de democracia agregativa foi bem visível no início dos anos noventa. As elites disputavam as eleições e o povo apenas chancelava qual destas seria a governante. A partir daí, essa elite tomaria suas decisões de acordo com suas conveniências particulares<sup>14</sup>. No Brasil, em particular, não foi diferente. Com o nascimento de uma Advocacia de Estado forte na esfera federal é que essa visão vem se alterando.

A democracia que agrega interesses particulares é insuficiente para decidir sobre política de direitos fundamentais porquanto sua ótica é a ótica de mercado e não dos debates constitucionais. Também é insuficiente para explicar outras escolhas fora as econômicas<sup>15</sup>, como a efetivação dos direitos fundamentais e a busca pelos objetivos da República. Ademais, não se pode, numa sociedade plural e heterogênea, criar o tipo ideal de um cidadão comum homogeneizante.

As decisão estatais alheias às Consultas Jurídicas, não postas em debate no ambiente consultivo, não serão expostas a novas informações, nem tampouco ao desvelo de supostas intenções obscuras que possam ter os maus Administradores. Daí a necessidade do diálogo com o consultivo. Dentro de um modelo deliberativo, as decisões da Administração federal serão tomadas após intenso debate e diálogo, entre sociedade, Administrador, Coordenador e Advogado. Isso trará mais racionalidade às decisões.

A deliberação em sede consultiva deverá ser aberta quanto aos resultados, tendo por única restrição as condições que afetem o procedimento. Aqui, os princípios constitucionais servirão apenas para garantir as condições procedimentais da deliberação e a Consultoria deverá gozar de liberdade no seu atuar, sob risco da ausência de diálogo.

13 Ibidem, p.73.

14 Ibidem, p.77-78.

15 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de janeiro: Renovar, 2006. p.83.

#### 4 O MODELO INTERPRETATIVO QUE DEVERÁ GUIAR A ATUAÇÃO DAS CONSULTORIAS JURÍDICAS DA AGU

Mostra-se como dimensão central da Democracia Deliberativa a tentativa de fusão entre Soberania e Estado Democrático de Direito. Soberania no sentido de imposição da vontade do Estado e Estado Democrático de Direito enquanto salvaguarda de minorias e de direitos fundamentais. A Democracia Deliberativa é a junção entre a liberdade dos modernos, do Estado de Direito com a participação popular<sup>16</sup>, mas também o momento dialógico de justificação que antecede às decisões políticas<sup>17</sup>.

Por questão de ordem, necessário extinguir por vez a classificação dicotômica acerca da existência de um interesse público primário - interesse do Estado em sentido amplo - e o interesse público secundário - interesse do Estado como pessoa jurídica. O interesse público, dentro de uma sociedade plural, não é secundário, primário, tampouco uno; mas múltiplo, e sua construção se dará pela dialética até que os participantes atinjam o consenso. A verdade no discurso<sup>18</sup>, no caso o interesse público, será desvelada, no seio da Administração Pública federal, por um debate dialético entre o administrador federal, o Advogado da União, e o Coordenador do órgão consultivo.

Da mesma forma que o Poder Judiciário e o Poder Legislativo asseguram ou deveriam assegurar a participação no discurso e na construção de decisões de forma igual entre as partes possivelmente afetadas pela decisão a ser tomada<sup>19</sup>, o Poder Executivo, em vias ou iminência de tomada de decisões, não poderá se eximir do debate, sob pena de atuar de forma autoritária e antidemocrática. Daí o processo de construção da decisão ou deliberação edificada pelo diálogo transparente e racional entre o Administrador, o Advogado da União e o Coordenador. O extrato desse discurso interno, com a participação popular, moldará a decisão de legitimidade e consequente aceitação.

Devemos, entretanto, fazer uma advertência. A construção hermenêutica constitucional diferencia-se em cada Poder. Não seria recomendável, dentro de um Estado Democrático de Direito uma

---

16 Ibidem, p.57.

17 Ibidem, p.70-71.

18 Para Aristóteles apenas o discurso dialético era fonte segura para se desvelar a verdade, diferente da escola sofista que entendia a retórica como forma de encobrir a verdade ou de Platão que só via a verdade nos iluminados. (BARZOTTO, 2003, p. 39-44).

19 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. p. 133.

revisão interpretativa baseada na mesma forma discursiva para todos os Poderes sob pena de aniquilarmos as funções constitucionais. Essa diferenciação deve existir a fim de que se dê azo ao sistema de freios e contrapesos, natural de uma democracia. A lógica argumentativa do processo hermenêutico para o Poder Legislativo tem por alicerce o discurso carregado de cunho ético, moral, econômico, político e prático.

Os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente, à luz do princípio democrático assim caracterizado.<sup>20</sup>

O discurso de justificação será amplo – pleno de argumentos como éticos e morais e aberto a todos os falantes – mas não poderá extrapolar a racionalidade, que será seu freio democrático. Por sua vez, o Poder Judiciário fará uso de outra forma discursiva. Será o discurso de aplicação, que segundo Oliveira são

[...] discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, nos termos do Princípio da Adequabilidade, sempre pressupondo um “pano de fundo de visões paradigmáticas seletivas”, a serem argumentativamente problematizadas: ...”o critério formal de adequabilidade só pode ser a coerência da norma com todas as outras e com as variantes semânticas aplicáveis na situação”.<sup>21</sup>

Em outras palavras, o Poder Legislativo se guiará por argumentos práticos e políticos em geral, em seu mister legiferante. Contudo, o Poder Judiciário terá que se ater a argumentos de validade e adequabilidade, quando a norma for coerente com todas as outras normas e com as variantes semânticas aplicáveis.

Pois bem, a questão que nos envolve agora é como se dará o discurso constitucional no âmbito da Administração federal. Sendo discurso e consenso levados por argumentos minimamente aceitáveis à realização democrática, teremos que traçar um padrão procedimental hermenêutico próprio para a atividade consultiva.

20 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p.62.

21 *Ibidem*, p.63.

Por serem órgãos de substrato eminentemente técnicos, as Consultorias da União devem prestar interpretação adstrita da práxis. Os argumentos práticos, morais, éticos, econômicos, políticos devem ficar a cargo do Administrador solicitante da consulta. O Advogado da União não foi eleito pelo povo, tampouco nomeado por cargo de confiança de um representante popular. Seu mister se dá conforme o caráter técnico de sua atividade.

Sendo assim, não poderá a atividade consultiva basear suas notas, pareceres ou consultas em geral em argumentos políticos, éticos, morais ou religiosos. Esse tipo de argumentação não lhe é cabível, pois não tem legitimidade de fazê-lo. A legitimação de seu discurso se dará em torno do diálogo racional. O discurso em sede consultiva deverá ser de aplicação, tendo por foco a validade e a aplicabilidade da norma.

O momento dialógico de justificação que antecede às decisões políticas<sup>22</sup> será garantido pela decisão do Administrador. A este sim, ocupante de cargo político, caberá estabelecer o discurso com argumentos políticos e práticos em geral, que se dará a partir da consulta solicitada, podendo, posteriormente, utilizá-la ou rejeitá-la no todo ou em parte.

As Consultorias da União, dentro de uma postura de democracia deliberativa e na busca da efetivação democrática dos direitos fundamentais, devem agir com argumentos contramajoritários, sob o viés democrático, desatentas às restrições constitucionais da vontade das maiorias quando em benefício da manutenção ou promoção da democracia<sup>23</sup>, e sobretudo, com o discurso de aplicação.

As decisões da Administração Pública federal devem seguir essa lógica, sendo as Consultorias da União responsáveis pelo discurso de aplicação; livres de caráter político. Essa divisão de diálogos entre Advogado e Administrador se dá como uma mitigação entre a ideia de soberania fechada e de poder uno face a pluralidade advinda da democracia<sup>24</sup>, ou nas palavras de Moreira<sup>25</sup>, “o limite do poder soberano encontra-se na sua generalidade, ou seja, na sua possibilidade de atuar apenas através de determinações direcionadas a todos os cidadãos.”. Desta forma, o Administrador, agente do Poder Executivo, eleito por

---

22 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.70-71.

23 *Ibidem*, p.7.

24 MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2002. p.27.

25 MOREIRA, Nelson Camatta. O dogma da onipotência do legislador e o mito da vontade da lei: a “vontade geral” como pressuposto fundante do paradigma da interpretação da lei. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 15, p. 127 - 142, jan./mar. 2011. p.131.

uma votação majoritária, terá de contra-argumentar também com o Advogado da União para realizar suas decisões.

Neste caminho, a democracia terá que fundir a lei, o direito e a justiça de forma racional e legitimadora <sup>26</sup>. As questões, mesmo que debatidas pela atividade consultiva, a despeito de seu discurso despido de caráter político, terão sua argumentação levada ao Administrador porquanto dará a última palavra sobre o assunto; este sim, com o discurso político, sob pena de subversão da autoridade política eleita.

Em uma concepção de Estado Democrático de Direito, a atividade de consultoria deve desenvolver-se basicamente por processo de democracia deliberativa qual deverá se estabelecer segundo debate entre os membros da AGU, advogados e coordenadores, gestores e administradores, e a sociedade em geral. Será esse discurso que dará validade à norma em gestação. Segundo Habermas,

De acordo com a ética do Discurso, uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela chegarem (ou possam chegar), enquanto participantes de um Discurso prático, a um acordo quanto à validade dessa norma. <sup>27</sup>

Somente depois da realização desse diálogo é que se desenvolverá uma hermenêutica defensora de direitos fundamentais no âmbito da Administração Pública federal.

## 5 O FUTURO DAS CONSULTORIAS JURÍDICAS DA AGU POR MEIO DO IMPLEMENTO DE UMA CORRETA ABORDAGEM CONSTITUCIONAL

No artigo “O Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã”, Maus<sup>28</sup> aponta a tendência, não só em seu país, mas em vários outros Estados Europeus, em se levar diversas questões ao Poder Judiciário. Tanto questões de ínfima relevância como outras mais, quais a sociedade não teve maturidade para solucionar, vão parar nas barras da Justiça. Maus elenca a infantilização de uma sociedade órfã da figura do pai, fazendo uma alusão ao fim do

26 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.8.

27 HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro. 1989. p.86.

28 MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEbrap. São Paulo, n. 58, p. 183–202, nov. 2000.

totalitarismo nazista quando o Führer era a grande figura de tomada de decisões.

O Poder Judiciário tornou-se a única instância de debates sobre valores e decisões, passando a ser o poder custodiador dos rumos sociais. Entretanto, esse Poder pode fluir para abusos ou autoritarismos, vez que relega, a segundo plano, a democracia e a participação social.

A sociedade perdeu seu pai com o fim dos Estados absolutistas e ditatoriais. A figura do pai, representado pelo monarca absolutista ou pelo ditador, deixou de existir com a democracia, e com ela a definição do ego. O cidadão, então, terá que agir de acordo com uma consciência individual para construir as diretrizes sociais, sem ter que fazer uso de nenhuma figura superior ou que se encontre em pedestal. Todavia, a sociedade democrática sente-se órfã, pois não consegue desenvolver suas diretrizes morais por si só. Na democracia não existe mais um chefe da grande família social, ditador de regras e definidor da moral. A sociedade está infantilizada e carente da figura deste tutor <sup>29</sup>.

A democracia deu fim ao pai e agora todos devem caminhar com suas próprias pernas. Entretanto, pelo caráter infantil qual essa sociedade democrática possui, não é fácil caminhar por si só ou construir a consciência individual sem o apoio da figura patriarcal. Toda essa carência de um pai faz desaguar no Poder Judiciário, que vem gradativamente se tornando o “superego” dessa sociedade “órfã”.

A democracia deve se pautar na construção de uma sociedade consensual, aberta ao diálogo. Essa atitude deve ter início na própria atividade consultiva. O Judiciário deve figurar apenas como construtor do consenso, quando todos os instrumentos dispostos pela democracia já tenham sido utilizados.

Todavia o que se vê é a sociedade submetida ao monarca pai, porquanto não sabe ou não quer assumir seu desígnio de decidir por si só, de criar sua consciência individual, por ainda ser criança. Então surge a necessidade de apoiar-se num pai, qual seja o Poder Judiciário. É o que Maus classifica como a “transferência do superego”.

O consenso imanente à democracia não pode ter a via judicial como única. Entretanto, o fato é bem explicitado pela falta de importância dada à atividade consultiva. A ausência de debate, desde o nascedouro das decisões é imanente à ausência de legitimação democrática. Assim estarão também as decisões despidas de consenso.

---

29 MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEbrap. São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

Questões simples da atuação administrativa estão sendo cada vez mais questionadas em juízo devido a falta de diálogo legitimador. Os foros de debates, qual deveriam estabelecer de início as razões do discurso no âmbito da Administração não são levados a sério, vez que a única forma de se atingir o consenso é entregar a questão aos tribunais.

Neste quadro de pouco desenvolvimento democrático devido à infantilização da sociedade, as Consultorias da União mostram-se como um belo antídoto ao monopólio interpretativo constitucional exercido pela Justiça. Como vimos, o exercício da democracia deliberativa pode se dar em sua plenitude na esfera Administrativa, qual teria neste processo um forte aliado para o reconhecimento de seus atos.

Esta questão em nosso país é primordial, vez que o Estado Brasileiro é o maior cliente do Supremo Tribunal Federal<sup>30</sup>. Os atos da Administração, por sua falta de transparência, de um diálogo aberto e racional, fazem com que seus destinatários – a sociedade em geral – desconfiem e não o reconheçam. O resultado é a judicialização absurda e excessiva.

A Democracia Deliberativa é crítica à judicialização da política. O Judiciário é poder subsidiário e não protagonista da deliberação popular. Deve somente atuar em casos onde haja risco aos direitos fundamentais e para resguardar a democracia deliberativa<sup>31</sup>.

A sociedade questiona demais os atos da Administração. O faz com toda razão. A Administração, por sua vez, se esquece dos preceitos do Estado Democrático de Direito, no qual as decisões são construídas após um debate racional. Ao contrário, acredita que possa legitimar seus atos pelo mero exercício de soberania, que dá presunção de legitimidade àquilo que faz. A legitimidade também se constrói no discurso amplo, transparente e, sobretudo racional; não num mero rótulo de presunção de legitimidade para o exercício de império, que mais soa como ato de Estados totalitários ou ditaduras.

Como bem lembra Maus, as democracias que não conseguem o consenso por si só, buscam na Justiça a legitimação de suas decisões. Tal fato denota a falta de maturidade democrática. Certamente, essa falta de maturidade advém também de uma falta de diálogo amplo e racional em todos os patamares, onde enxerga-se legitimidade apenas no Poder Judiciário.

---

30 Disponível em: <<http://diretorio.fgv.br/supremoemnumeros-merval>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

31 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.8. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p.276.

Para que a sociedade possa se emancipar, reconhecendo por legítima de fato as decisões da Administração, é fundamental a valorização da atividade consultiva. Se a sociedade é chamada a participar de um processo transparente e edificador das decisões em âmbito administrativo, certamente os questionamentos judiciais iriam diminuir.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vê-se atualmente, que o exercício da soberania não prescinde da participação do povo, verdadeiro legitimado do poder soberano. Para que se coloque lado a lado os representantes do povo, necessário um elo de ligação entre os vários partícipes de um Estado que se pretende Democrático de Direito. Neste contexto, surge como primordial a atuação das Consultorias Jurídicas alicerçadas em um procedimento racional de amparo as suas manifestações.

Não de outra forma, várias questões levadas ao conhecimento dos órgãos consultivos servirão de fundamento à atuação estatal. Com efeito, a função hermenêutica das Consultorias Jurídicas da AGU deve se pautar por um debate racional de legitimação. Para tanto, necessário permitir a abertura das manifestações consultivas à ampliação por meio do debate instrumentalizado pelo discurso ético e transparente de construção da deliberação democrática.

Configura de fundamental importância permitir a realização de um debate livre de amarras determinadas pelo Estado, a exemplo de perseguições aos legitimados à construção aberta visando à realização de um entendimento pautado no esteio constitucional. Permitir a abertura da Constituição a todos os verdadeiros legitimados contribuirá e muito para a diminuição de demandas judiciais. Em apresentando as Consultorias Jurídicas da AGU o papel de fornecer substrato a diversas decisões estatais, quanto maior o espaço de deliberação, maiores as chances de reconhecimento popular.

## REFERÊNCIAS

BARZOTTO, Luis Fernando. *A Democracia na Constituição*. São Leopoldo: Unisinos, 2003.

Fundação Getúlio Vargas. *O Supremo em Números: o Executivo é o maior usuário do Supremo, tanto como autor quanto como réu* Disponível em: <<http://diretorio.fgv.br/supremoemnumeros-merval>>. Acesso em: 22 jul. 2011.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição- contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro. 1989.

MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. Novos Estudos CEbrap. São Paulo, n. 58, nov. 2000.

MORAIS, José Luis Bolzan de Morais. *As crises do estado e da Constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2002.

MOREIRA, Nelson Camatta. O dogma da onipotência do legislador e o mito da vontade da lei: a “vontade geral” como pressuposto fundante do paradigma da interpretação da lei. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 15, jan./mar. 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (org). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007.

TAVARES, André Ramos. Democracia deliberativa: elementos, aplicações e implicações. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007.

