
A ADVOCACIA PÚBLICA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

Pedro Vasques Soares

*Advogado da União. Delegado da Associação Nacional dos Advogados da União em
MG. Coordenador do Grupo Temático Rede Ferroviária Federal SA da Procuradoria
da União no Estado de - MG. Integrante da Comissão de Advocacia Pública da
Ordem dos Advogados do Brasil Seção MG.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Advocacia Pública e Sua Normatização Contitucional; 2 Evolução dos Paradigmas Estatais 2.1 Estado Liberal de Direito.2.2 Estado Social de Direito; 2.3 Estado Democrático de Direito; 3 Elementos Principais do Estado Democrático de Direito; 3.1 Da Democracia Participativa; 3.2 O Diálogo e o Consenso; 3.3 Jurisdicidade; 4 A Advocacia Pública do Estado Democrático de Direito Brasileiro; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: Trata-se de sintético artigo destinado a analisar a adequação fática e jurídica da Advocacia – Geral da União, em sua dinâmica, ao paradigma do Estado Democrático de Direito consubstanciado pela Constituição Federal de 1988, saindo da normatização da Advocacia – Pública nas Constituições anteriores, passando pela evolução do Estado e suas principais características e chegando ao quadro jurídico atual, com a confrontação do que seriam os elementos do Estado Democrático de Direito e a Advocacia - Geral da União, no cumprimento de seu papel constitucional, em especial, com a atuação dos seus membros nas questões judiciais e extrajudiciais.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Pública. Evolução do Estado. Constituição Federal de 1988. Elementos do Estado Democrático de Direito. Atuação da Advocacia Geral da União

ABSTRACT: This is a short article that analyzes the factual and legal conformity of the Advocacia-Geral da União (the Office of the General Counsel for the Federal Government), in its dynamic, with the paradigm of the Rule of Law adopted by the Federal Constitution of 1988. The starting point is the regulation of Public Advocacy in the previous Brazilian constitutions, followed by a study about the evolution of the State and its primary characteristics and finishing at the current legal framework, with the confrontation between the elements of the Rule of Law and the Advocacia-Geral da União, in the performance of its constitutional role, especially the work of its members in and out of court.

KEYWORDS: Public Advocacy. Evolution of The State. Federal Constitution of 1988. Elements of The Rule of Law. Work of the Advocacia Geral da União (The Office of The General Counsel for the Federal Government).

INTRODUÇÃO

Inserida no contexto do Estado Democrático de Direito Brasileiro, resta à Advocacia Pública Pátria demonstrar sua essencialidade quanto à formação e efetivação desse paradigma, atuando dentro do âmbito de suas atribuições constitucionalmente estabelecidas, conforme os nortes axiológicos historicamente consagrados com a evolução social e política do Estado.

Assim, espera-se com o presente texto, longe de que seja um estudo aprofundado sobre o tema, demonstrar o papel da Advocacia Pública no atual estágio de desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, utilizar-se-á de pesquisa legislativa (constituições pátrias) e doutrinária, no que concerne ao quadro histórico constitucional brasileiro da Advocacia Pública e quanto aos estágios de evolução Estatal. Forte nesses contornos teóricos, buscar-se-á verificar a prática da Advocacia-Geral da União, com pesquisa em seus informes internos, notícias de sítio cibernético e outros, para que se conclua sobre sua adequação, como instituição, ao Estado Democrático de Direito.

Parte-se, então, da própria evolução constitucional da Advocacia Pública para a evolução dos Estados, fazendo-se rápido e objetivo histórico sobre o Estado Liberal e o Estado Social de Direito. Os elementos fundamentais destes, naquilo que se pode considerar avanço social e político, compõem também (evidentemente apreendidos sob a nova perspectiva da relação do Estado com o Cidadão e entre cidadãos), os elementos do Estado Democrático de Direito e, somados aos valores e finalidades consagrados no Texto Constitucional de 1988, tornam-se nortes imprescindíveis à correta configuração da Advocacia Pública.

Daí que, passando pela Teoria pós-positivista e forte numa percepção de democracia participativa e de consenso, como elementos verificadores da legitimidade da atuação Estatal, busca-se demonstrar que a Advocacia Pública, exemplificadamente na prática da Advocacia-Geral da União, adota procedimentos administrativos, tanto em atuação contenciosa como em consultiva, que refletem e colaboram para a efetivação do Estado Democrático de Direito.

1 A ADVOCACIA PÚBLICA E SUA NORMATIZAÇÃO CONSTITUCIONAL

Analisando-se os textos Constitucionais pré e pós-república, cabe ressaltar que a normatização constitucional da Advocacia Pública, como Advocacia de Estado por ente específico, somente surgiu mesmo com o texto de 1988.

Anteriormente, não existia a previsão constitucional da Advocacia de Estado por ente específico, cabendo lembrar que o papel de defesa do Estado cumpria ao Ministério Público, o que gerava famosa ambigüidade de atuação.

De fato, a mistura da defesa do Estado com a defesa da Sociedade gerava situações conflitantes dentro do próprio Ministério Público, em detrimento da eficiência, o que não podia prosseguir se o objetivo era efetivamente implementar um Estado Democrático de Direito. Daí a relevância da Constituição de 1988, a separar os entes responsáveis pela defesa do Estado (Advocacia pública) e pela defesa da Sociedade (Ministério Público).

A título de menção, veja-se que no Brasil Império, com a Constituição de 1824, não existia espaço para uma Advocacia de Estado, mesmo porque, à época, o Estado se confundia com a figura do Monarca

Daí a previsão apenas de um Poder Moderador forte e um Poder Executivo promiscuamente misturado à figura do Imperador.

Veja-se:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolavel, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

Art. 100. Os seus Titulos são "Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil" e tem o Tratamento de Magestade Imperial.

Art. 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

I. Nomeando os Senadores, na fôrma do Art. 43.

II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio.

III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Art. 62.

IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87.

V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua.

VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado.

VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Art. 154.

VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença.

IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

CAPITULO II.

Do Poder Executivo.

Art. 102. O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado.

São suas principaes attribuições

I. Convocar a nova Assembléa Geral ordinaria no dia tres de Junho do terceiro anno da Legislatura existente.

II. Nomear Bispos, e prover os Beneficios Ecclesiasticos.

III. Nomear Magistrados.

IV. Prover os mais Empregos Civis, e Politicos.

V. Nomear os Commandantes da Força de Terra, e Mar, e removellos, quando assim o pedir o Serviço da Nação.

VI. Nomear Embaixadores, e mais Agentes Diplomaticos, e Commerciaes.

VII. Dirigir as Negociações Politicas com as Nações estrangeiras.

VIII. Fazer Tratados de Alliança offensiva, e defensiva, de Subsidio, e Commercio, levando-os depois de concluidos ao conhecimento

da Assembléa Geral, quando o interesse, e segurança do Estado permittirem. Se os Tratados concluidos em tempo de paz envolverem cessão, ou troca de Territorio do Imperio, ou de Possessões, a que o Imperio tenha direito, não serão ratificados, sem terem sido approvados pela Assembléa Geral.

IX. Declarar a guerra, e fazer a paz, participando á Assembléa as communicacões, que forem compatíveis com os interesses, e segurança do Estado.

X. Conceder Cartas de Naturalisação na fórma da Lei.

XI. Conceder Titulos, Honras, Ordens Militares, e Distincções em recompensa de serviços feitos ao Estado; dependendo as Mercês pecuniarias da approvação da Assembléa, quando não estiverem já designadas, e taxadas por Lei.

XII. Expedir os Decretos, Instrucções, e Regulamentos adequados á boa execução das Leis.

XIII. Decretar a applicação dos rendimentos destinados pela Assembléa aos varios ramos da publica Administracão.

XIV. Conceder, ou negar o Beneplacito aos Decretos dos Concilios, e Letras Apostolicas, e quaesquer outras Constituições Ecclesiasticas que se não oppozerem á Constituição; e precedendo approvação da Assembléa, se contiverem disposição geral.

XV. Prover a tudo, que fôr concernente á segurança interna, e externa do Estado, na fórma da Constituição.

Art. 103. O Imperador antes do ser aclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Politica da Nação Brazileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber.

Art. 104. O Imperador não poderá sahir do Imperio do Brazil, sem o consentimento da Assembléa Geral; e se o fizer, se entenderá, que abdicou a Corôa.

A primeira Constituição Republicana, de 1891, também não previu um ente responsável pela defesa do Estado, mesmo porque incipiente a idéia de um Estado separado de seu Governante, o que não permitia desenvolver-se uma Advocacia de Estado.

As Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 (e 1969) também não previram órgão autônomo responsável pela defesa jurídica do Estado, restando tal incumbência ao Ministério Público, o que, como dito, gerava situações institucionalmente conflituosas.

Realmente, foi a Constituição de 1988, forte em um paradigma de Estado Democrático de Direito, com elementos norteadores louváveis, como se verá, que, não somente reestruturou o Ministério Público como também retirou-lhe suas atribuições pertinentes à defesa do Estado, atribuindo-as a ente específico, qual seja, no âmbito da União, à Advocacia-Geral da União.

É o texto Constitucional:

Seção II

DA ADVOCACIA PÚBLICA

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

De fato, é essa a origem da normatização constitucional da Advocacia Pública independente no Estado brasileiro.

E, se assim o é, certo o é também que o Texto Constitucional buscou dar a essa Advocacia prerrogativas e atribuições dignas de um ente republicano do Estado Democrático.

Ou seja, em nosso sentir, intencionalmente a Carta de 1988 concedeu à Advocacia Pública papel constitucional essencial à caracterização do paradigma estatal que buscou implementar.

Assim, pois, é a Advocacia Pública, em sua existência, uma garantia fundamental à efetivação dos objetivos e princípios constitucionais, com reflexos positivos diretos nas prerrogativas e direitos dos cidadãos.

Resta analisar, em rápidas linhas, que paradigma seria este.

2 EVOLUÇÃO DOS PARADIGMAS ESTATAIS

Desde a sua origem, o Estado de Direito reflete a manifestação jurídica da democracia liberal. Entretanto, a evolução do Estado provocou a queda do liberalismo, implementando um paradigma redesenhado e conceituado como Estado Social de Direito, carente, em determinados contextos, de conteúdo democrático. Aprimorando-se o paradigma, surge o Estado Democrático de Direito, cuja tarefa primordial é romper as desigualdades sociais e regionais, por meio de um regime democrático capaz de promover a justiça social.

Assim, mostra-se claro que os elementos consubstanciadores do Estado Democrático de Direito também se compõem dos elementos sociais, políticos, econômicos e jurídicos dos estágios anteriores de

evolução Estatal, acrescentando este, porém, novos valores a caracterizar o avanço social decorrente da própria evolução histórica humana.

Certo é, então, que as instituições públicas integradoras da figura Estatal, conforme o paradigma em que inseridas, apresentam características a refletir os valores, objetivos e finalidades respectivos, necessitando, portanto, de nova leitura e configuração, se almejam adequadamente compor o Estado em que existentes e, no que é mais relevante, legitimamente exercer o poder sobre o cidadão.

Daí a lógica compreensão de que a Advocacia Pública de um Estado Democrático de Direito deve ter, como norte essencial em sua atuação, os elementos integradores do novo paradigma Estatal, sejam eles efetivamente novos, ou seja, os que já integravam os paradigmas anteriores, desde que devidamente apreendidos e ambientalizados conforme o estágio da evolução política social e econômica consagrado no Texto Constitucional.

Para que se perceba essa evolução no núcleo da Advocacia Pública, faz-se, então, necessário, verificar, em breve síntese, o que caracterizava o Estado Liberal de Direito e o Estado Social de Direito.

2.1 ESTADO LIBERAL DE DIREITO

O Estado de Direito tem a sua origem no Estado Liberal de Direito, caracterizado pela submissão ao império da lei, divisão de poderes, enunciado e garantia dos direitos individuais.

Ressalte-se que a liberdade era o elemento primordial no contexto político e buscava dar ao direito o significado de garantia das liberdades individuais.

Contudo, o Estado Liberal de Direito apresentava significados ambíguos, com classificações divergentes quanto ao conteúdo material, podendo ser concebido como Estado de Justiça, no qual a Justiça é tida como um conceito absoluto, idealista e abstrato, cuja essência converge para o conceito do Estado Ético.

Nesse sentido, no Estado de Direito, a “liberdade” era negativa, ou seja, de proteção ou defesa em relação ao Estado.

Certo é, portanto, que a Advocacia Pública, da maneira que se podia compreender algum ente como tal à época, perfazia papel diminuto à caracterização do Estado, pois a pouca intervenção estatal em prol das liberdades individuais não favorecia qualquer atuação desta na seara judicial ou extrajudicial.

A história revelou, por fim, a insuficiência do Estado Liberal de Direito, cedendo espaço a um novo paradigma que se constituiu no Estado Social de Direito.

2.2 ESTADO SOCIAL DE DIREITO

A consolidação da percepção da necessidade de justiça social emerge como mecanismo de combate a inúmeras injustiças suportadas por movimentos sociais durante o Estado Liberal de Direito, dissolvido pelo seu individualismo, atos abstencionistas e ações neutralizantes.

Surge a conveniência de se acolher um conjunto de anseios sociais, na busca de se promover a justiça social por meio do Estado Social de Direito, afirmando-se o alcance dos direitos sociais.

No entanto, ainda que se admita que o Estado Social de Direito possua uma tendência a difundir situações de bem-estar generalizado, o que estimularia o desenvolvimento da pessoa humana, não há como negar a sua ambigüidade, posto que o próprio conceito de social congrega diversas interpretações (com registro de regimes políticos antagônicos, tais como a democracia e o fascismo), mostrando-se irrelevante para o Estado ser qualificado pelo social, quando, no cerne do sistema, deveria qualificar o Direito.

Daí, parecer correto afirmar-se que a Advocacia Pública inserida no contexto de Estado Social, apesar de apresentar maior relevância jurídica política - até como *longa manus* da atuação Estatal quando submetida questão à seara judicial, nessa etapa o Estado quer mostrar-se presente em quase todas as relações sociais - acabou incorporando o modo de atuação deste, desprestigiando o legítimo e isonômico procedimento legal na relação com o cidadão, impondo-lhe condutas e mostrando-se arbitrária, até mesmo por intermédio de leis formalmente válidas, mas materialmente não jurídicas, em claro afastamento ao Direito, como ciência de valores.

Nesse contexto, configurada a insuficiência do Estado Social de Direito, tornou-se relevante avançar e instituir um novo paradigma conceituado de Estado Democrático de Direito.

2.3 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Frustrada a realização da igualdade promovida pelo Estado de Direito, fundada na generalidade das leis e inatingível pela ausência de base material, objetivou-se, como propósito de correção do paradigma, instituir o Estado Social de Direito, que, por sua vez, mostrou-se incapaz

de assegurar a justiça social e legítima participação democrática do povo no processo político.

Aprimorando-se o paradigma estatal, surge, mais recentemente, o Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa, promotor de uma sociedade democrática, capaz de instaurar e garantir um processo de efetiva incorporação do povo nos mecanismos de controle das decisões.

Assinale-se que o Estado Democrático de Direito, como exigência democrática para o exercício da cidadania, compreende um processo de convivência social numa sociedade livre, justa, solidária, participativa e pluralista, extrapolando o simples reconhecimento formal de direitos individuais, políticos e sociais para viabilizar a existência de fatores econômicos que favoreçam o seu pleno exercício, fundado na dignidade da pessoa humana.

A propósito, diz Carmem Lúcia Antunes Rocha (Antunes Rocha, 1994):

O 'império' da lei não tem mais lugar no Estado Democrático de Direito material, pois neste o que se adota é o 'Império da Justiça', sob cuja égide ainda se forma e se informa a ordem jurídica contemporânea. A 'legalidade' não é cogitada, pois, senão com o significado de ser aquela que veicula a materialidade da Justiça concebida e desejada pelo povo de um Estado, segundo suas necessidades e aspirações. A dimensão do Estado haverá que ser, pois, a desta Justiça realizadora do bem de todo o povo, da universalidade das pessoas que o compõem, mais, ainda, sem prejuízos graves ou fatais para toda a humanidade, pois não poucas vezes, agora, os interesses públicos não são apenas locais, mas transnacionais, como ocorre quando se cuida de meio ambiente, saúde e, especialmente, direitos humanos.

Com efeito, o Estado Democrático de Direito assegura a realização do princípio da igualdade e da justiça, com a pretensão de obter a equalização das condições dos socialmente desiguais, fundamentando-se nos princípios da constitucionalidade, democrático, sistema de direitos fundamentais, da justiça social, da igualdade, da divisão de poderes, da legalidade e da segurança jurídica.

Assim, resta saber os contornos da Advocacia Pública nesse contexto, de modo pouco mais aprofundado, partindo-se dos elementos do Estado Democrático de Direito e da Teoria pós-positivista e de seus reflexos nas instituições públicas componentes da figura Estatal, como

a Advocacia - Geral da União, expressamente constitucionalizada como função essencial à Justiça.

3 ELEMENTOS PRINCIPAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.1 DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

O conceito de democracia vem sofrendo uma nova alteração em sua dinâmica trajetória. O sistema representativo já não responde aos anseios da sociedade, e a democracia direta parece inviável. Como resultado, começa a se fortalecer o conceito de democracia participativa, com característica semidireta, ou seja, não desconsidera os representantes, mas aproxima a sociedade da arena decisória. De acordo com alguma doutrina, a democracia participativa passa a configurar-se como um *continuum* entre a forma direta e a representativa.

Tal marco conceitual deverá encontrar grande repercussão na Advocacia Pública. Assim, efetivar a democracia participativa no âmbito de atuação da atividade jurídica estatal representará traço forte de legitimidade ao ente com tal atribuição.

A título de exemplo, a Advocacia – Geral da União caminha nesse sentido, valendo ressaltar recente criação institucional que, ao mesmo tempo em que demonstra evolução tecnológica, evidencia a busca pela participação do cidadão na atividade judicial estatal. Trata-se do chamado “CANAL DO CIDADÃO”, ícone existente no sítio cibernético da Advocacia – Geral da União¹ em 2007, que permitia a todo cidadão interessado denunciar a atividade ilícita de jogos eletrônicos e bingos em sua cidade, motivando, e até mesmo obrigando, a atuação dos Advogados Públicos no combate judicial civil de atividades contrárias aos interesses da União e aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores.

Entretanto, e voltando ao campo doutrinário, é crucial, para se tratar qualquer tema ligado à democracia, no processo, estudar a teoria de Jürgen Habermas, fundada no princípio do discurso, pois sempre citado pelos estudiosos da matéria.

Desde que voltaram a ocupar o centro do debate teórico-político, no contexto cultural da modernidade, as idéias centrais do pensamento democrático têm tido, como contraponto fundamental, preocupações relacionadas com *limites de poder da maioria*, que tomam por base, em

1 Advocacia-Geral da União. *Canal do Cidadão*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 16 jun. 2008

especial, a necessidade de proteção de certos direitos que não devem estar submetidos à vontade ocasionalmente majoritária.

Uma das grandes questões sobre as quais os autores que tratam do tema buscam refletir diz respeito à legitimação do que se pode denominar “agentes de moderação”. É bastante problemático conciliar a teoria democrática com a existência de certos agentes estatais cuja função seja limitar o princípio majoritário. Pode-se obter essa legitimação através da previsão constitucional dos órgãos de controle, sendo essa a forma tradicional de legitimação do judiciário.

Nessa linha, não se permitiria que os ideais de sociedade se desvencilhassem de uma carga fática, em puro discurso abstrato ou filosófico. Da mesma forma, não se permitiria que a realidade perdesse as potencialidades ideais a que serve, em uma sociologia do direito estritamente descritiva. E é com base nesses fatos que se demonstraria a preocupação em não estudar a tensão entre faticidade e validade numa única orientação disciplinar, adotando-se, então, caráter nitidamente interdisciplinar.

Ainda nesse sentido, o respeito aos direitos fundamentais seria condição essencial do processo democrático, sendo que o próprio processo de concretização constitucional deveria ser democratizado.

Desse ponto, importante seria reconstruir o Direito, a partir da teoria do discurso, da razão comunicativa, através da participação efetiva dos cidadãos no processo de reconstrução e legitimação do Direito, com a chamada democracia participativa.

De qualquer forma, é justamente dessa visão de reconstrução do Direito a partir da participação efetiva dos cidadãos na construção e legitimação do próprio Direito, e, conseqüentemente, do Estado, que deve partir a Advocacia Pública em sua atuação.

Deve, pois, utilizar-se de mecanismos de intromissão direta do cidadão e assim obter o devido selo de ente público estatal alinhado com o paradigma do Estado Democrático de Direito, já que detentor de legitimidade em seu labor, restando, ainda, e neste ponto, imune a alterações ou subordinações casuísticas típicas da Política e do Governo.

3.2 O DIÁLOGO E O CONSENSO

Ainda segundo a teoria de Habermas, a argumentação jurídica tem como objetivo promover não apenas o convencimento do jurista, mas também o do homem comum. Nesse sentido teria de abrir mão de justificar apenas tecnicamente as decisões judiciais. Deve se valer, outrossim, de argumentos emergentes da realidade social; deve buscar

satisfazer as expectativas normativas geradas espontaneamente no espaço público.

Daí cogitar-se na aplicação da tópica na metodologia constitucional, tornando operativa essa convergência entre argumentos técnicos e “comuns”, o que geraria uma amplificação do rol de intérpretes da Constituição.

A teoria do discurso, assim, inclui-se no chamado paradigma pós-positivista, tanto no âmbito da filosofia geral quanto no campo da filosofia do direito. Representa uma resposta aos questionamentos surgidos originalmente no campo da epistemologia, relativos às condições e possibilidades de produção do conhecimento (que se construiu na modernidade sob a hegemonia das ciências naturais), mas busca também dar conta do impasse a que chegou o pensamento jurídico de tradição juspositivista.

Um dos pontos centrais da crítica habermesiana ao positivismo jurídico circunscreve-se ao fato de que o juspositivismo promove a exclusão do discurso prático da metodologia jurídica. Autores positivistas, principalmente aqueles filiados ao normativismo kelseniano, buscaram observar apenas a forma. Isso acabou excluindo a razão prática da atividade jurisdicional, para considerar o ato jurisdicional como ato de vontade.

E é nessa linha, evidentemente que limitada à natureza de suas atribuições, que a Advocacia Pública deve avançar, e já o faz, mais uma vez concentrando o exemplo na Advocacia-Geral da União. É que essa busca pelo “diálogo ideal” de Habermas se dá, ao que parece, em dois campos na Advocacia Pública - tanto no interno como no externo.

Pode-se denominar participação no diálogo externo pela Advocacia-Geral da União o papel desempenhado por esta, por exemplo, nos processos de controle concentrado de constitucionalidade, que, mesmo delimitada, representa objetivamente os argumentos jurídicos racionais existentes a confirmar a presunção de constitucionalidade da lei, caracterizando relevante contraponto e colaborando para o diálogo necessário à definição da validade das normas do Estado Democrático de Direito, com reflexos diretos nas prerrogativas, garantias e direitos dos cidadãos.

A atuação da Advocacia-Geral da União na histórica 1ª Audiência Pública junto ao Supremo Tribunal Federal, realizada em 20.04.2007, tendo como tema discussão em torno da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510, Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República e que contesta dispositivos da Lei de Biossegurança, bem representa essa tentativa de

consenso através da racional e precisa discussão dos temas, a conferir mais legitimidade institucional ao ente.

Por outro lado, salutar experiência a tangenciar o diálogo no campo interno da Administração e, conseqüentemente, a configurar elemento institucional caracterizador de um ente conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito, se dá com a criação, em 2004, das *Câmaras de Conciliação e Arbitramento*, com o objetivo de resolver administrativamente as pendências entre órgãos e entidades federais para evitar que sejam levadas à Justiça.

Salienta-se o que foi noticiado no sítio cibernético da Advocacia-Geral da União²

Mesmo funcionando em caráter experimental, 52 questões foram levadas para discussão nas câmaras nos últimos três anos. Deste total, em 35 as negociações estão em andamento e 17 já foram resolvidas, sendo 12 por conciliação e cinco por arbitramento. Apenas em 2006, 26 casos chegaram às Câmaras de Conciliação e Arbitramento. O desfecho mais rápido ocorreu em 23 dias de negociações entre as partes e o mais demorado levou onze meses. Se os conflitos fossem levados ao Poder Judiciário dificilmente teriam uma solução definitiva em um prazo menor do que dois ou três anos. Além da rapidez, as câmaras evitam os custos da tramitação dos processos em juízo.

Uma vez definidos os pontos controvertidos, se as partes desde logo chegarem a um acordo, encerra-se a atuação da câmara. Caso não haja consenso, o assunto é levado à decisão por parecer a ser submetido ao advogado-geral da União, e, posteriormente, à aprovação do presidente da República, tornando-se vinculante para os órgãos e entidades da administração envolvidos. Se esse parecer for também publicado no Diário Oficial da União, passa a ter força de lei para toda a administração pública federal.

A idéia de fazer funcionar oportunidades de conciliação surgiu da evidência de que órgãos se digladiavam em juízo representando interesses que pertencem ao mesmo Poder. “Por definição, não é possível que dois órgãos públicos tenham propósitos ou finalidades tão opostos que não possam ser compatibilizados com o interesse público genérico a que ambos atendem”, disse o consultor-geral da União, Manoel Lauro Wolkmer de Castilho, encarregado na AGU de coordenar as câmaras.

² Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 12 jan. 2007

Em abril de 2005, o advogado-geral da União, ministro Alvaro Augusto Ribeiro Costa, recomendou às procuradorias de cada órgão da administração pública federal que evitem a judicialização dos conflitos entre a União e suas autarquias e fundações. A previsão é de que esta recomendação passe a ser uma obrigatoriedade em 2007.

Dá tal iniciativa representar forte indício da mínima adequação da Advocacia Pública aos parâmetros do Estado Democrático de Direito, conferindo-lhe, também, traço de legitimidade e relevância institucional.

3.3 JURISDICIDADE

Desde o início da formação da jurisdição constitucional, a legitimidade dos órgãos judiciais, para rever normas produzidas por órgãos legislativos, tem sido objeto de intensa polêmica. Via de regra, as críticas ao controle judicial da constitucionalidade, mormente aquelas baseadas no pensamento democrático, giram em torno do contraste entre a legitimidade conferida pelo povo, durante o processo eleitoral, aos órgãos legislativos e a alegada ilegitimidade de órgãos judiciários e cortes constitucionais não eletivos.

Em outras palavras, a estabilidade dos juízes impede que se reflita nos julgados a variação da vontade popular. (Bittencourt, 1997).

Nessa linha, Habermas ressalta que *a concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas* (Habermas, 1997) Para ele *o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador e a transmissão dessa competência para um tribunal constitucional implica uma fundamentação complexa.*(iden)

Essa concepção pode ser entendida em termos de diferenciação das funções estatais. Enquanto o legislador constrói a ordem jurídica, o juiz a reconstrói. O modelo proposto pelo autor é caracterizado como reconstrutivo. A função do magistrado é de reconstruir racionalmente a ordem jurídica vigente, identificando os princípios fundamentais que lhe dão sentido.

Por isso um passo importante no processo de identificação dos princípios se situa na investigação, por parte dos tribunais, dos conteúdos teleológicos (diretrizes) e princípios morais (princípios em sentido estrito) assimilados pelo legislador político.

Na concepção positivista, a forma jurídica pode se adequar a qualquer conteúdo, inclusive aos de grande irracionalismo. Além disso, o positivismo negligencia o fato importante de que os jurisdicionados possuem expectativas normativas em relação ao texto legal.

Para a efetividade social do direito, é importante não somente sua dimensão de validade (que se define como referência ao direito produzido pelas autoridades estatais), e o aspecto de coerção, que a acompanha. É necessário, também, que o direito seja legítimo, que as decisões possam ser aceitas pela comunidade de jurisdicionados. Dessa forma, a racionalidade do ordenamento jurídico é fundamental para legitimá-lo, provocando o assentimento espontâneo do grupo social atingido.

Nesse contexto, a essencialidade da Advocacia Pública, reconhecida pela Constituição da República Federativa do Brasil, reveste-se de especial importância no processo comunicativo de reconstrução e legitimação do Direito, quer no desempenho das atribuições de consultoria e de assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, a fim de se efetuar a compatibilização da política a ser implementada com as normas e princípios vigentes para a perfeita satisfação dos interesses públicos; quer na representação judicial e/ou extrajudicial da União nos termos do art. 131 da Constituição da República.

4 A ADVOCACIA PÚBLICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO

No Brasil, a Constituição de 1988 inseriu a Advocacia Pública do Capítulo referente às Funções Essenciais à Justiça, fazendo questão de distinguir as suas competências de outras instituições (Ministério Público e Defensoria Pública), num claro reconhecimento da relevância do seu papel para a consagração de valores essenciais ao Estado Democrático de Direito.

A Advocacia de Estado, no Estado Democrático de Direito, passou a assumir funções além daquelas pertinentes à mera defesa do Estado em juízo. Nesse ponto, é importante trazer à colação as lições de José Afonso da Silva (Silva. 2006, p. 45):

A Advocacia Pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos direitos patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente, e veementemente, a defesa da moralidade pública que se tornou um valor autônomo constitucionalmente garantido. Não é que essa defesa lhe espacasse antes do regime constitucional vigente. Mas, então, o princípio da moralidade tinha uma dimensão estritamente administrativa, quase como simples dimensão da legalidade, ligada aos problemas dos desvios de finalidade. Agora não, porque a Constituição lhe deu sentido próprio e extensivo, e abrangente da ética pública. O

exercício de uma tal missão requer garantias específicas contra ingerências e contra atitudes mesquinhas de congelamento de remuneração.

Ademais, deve-se ter em vista que a Advocacia de Estado não se confunde com a Advocacia de Governo. Trata-se, sim, de um papel mais relevante, que guarda comprometimento com valores permanentes da sociedade e do Estado Democrático de Direito, como a Justiça e o respeito à Ordem Jurídica.

Dentro do novo rol de atribuições a cargo da Advocacia Pública, pode-se visualizar uma bipartição de suas funções em consultiva e contenciosa.

Na função consultiva, a atividade do Advogado Público assume o papel primordial de controle prévio da legalidade, ou seja, a verificação sobre a obediência da Administração Pública ao ordenamento jurídico. Como exemplo dessa atuação, pode-se citar a previsão contida na Lei 8.666, art. 38, parágrafo único, que dispõe que, nos processos de licitação, deve haver manifestação obrigatória da assessoria jurídica do respectivo órgão público.

Por se tratar de uma atuação eminentemente preventiva, a atividade consultiva da Advocacia Pública possui a função de evitar o aumento do número de demandas administrativas e judiciais, uma vez que a sua atuação possui um caráter pedagógico em face ao administrador. Assim é que ao Advogado Público compete verificar a compatibilidade das políticas sociais e econômicas em face da ordem constitucional, o que contribui para a observância dos direitos fundamentais.

Em outras palavras, pode-se dizer que compete ao Advogado Público, no exercício deste relevante mister, o dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, bem como o aconselhamento dos agentes políticos, no intuito de que sejam adotados os atos destinados à afirmação dos valores jurídicos e democráticos tão pertinentes ao Estado Democrático de Direito. (Moreira Neto. 2005)

No que tange à atividade contenciosa, a Advocacia Pública também tem grandes objetivos a serem atingidos.

Em sua atuação judicial, os Advogados Públicos buscam resguardar o interesse público, patrimonial ou não. Sobre a questão, assim se manifesta Leonardo José Carneiro da Cunha (Cunha.2005, p. 78):

Com efeito, a Fazenda Pública revela-se como fauzil do interesse público, devendo atender à finalidade da lei de consecução do bem comum, a fim de alcançar as metas de manter a boa convivência dos indivíduos que compõem a sociedade. Não que a Fazenda Pública

seja titular do interesse público, mas se apresenta como o ente destinado a preservá-lo.

A atuação dos Advogados Públicos em juízo não se orienta tão-somente pelo interesse pecuniário. Por meio dessa atuação, busca-se a manutenção e estabilidade da ordem jurídica, o cumprimento dos princípios constitucionalmente estabelecidos, bem como a viabilização das atividades administrativas.

Em função justamente desse amplo leque de atuação é que são conferidas à Fazenda Pública prerrogativas processuais, como os prazos em dobro.

Ademais, há que se ressaltar que não procede a argumentação simplista de que tais prerrogativas são privilégios sem fundamento. É que o ente público, além de ser o responsável pelo interesse público, está sujeito a uma burocracia própria da Administração Pública, o que dificulta o acesso a documentos e fatos imprescindíveis à atuação em juízo. Outrossim, o volume de trabalho imposto aos Advogados Públicos é sabidamente grande, haja vista que, diferentemente do que ocorre com os advogados particulares, um Advogado Público não pode recusar causas que lhe pareçam ingratas.

Com efeito, ante a relevância das funções atribuídas à Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito, impõe-se que seja feita uma nova compreensão da importância dessa instituição, como um instrumento da sociedade na consagração de valores consubstanciados pela ordem jurídica, bem como no controle dos atos administrativos.

Certo é, então, que a Advocacia Pública adota papel essencial na consolidação do Estado Democrático de Direito, vez que se apresenta como uma das formas de atuação prática e direta (*“longa manus”*) da figura Estatal na concretização de direitos fundamentais, além de representar garantia de harmonização e manutenção das estruturas e funções estatais.

Em suma, a Advocacia Pública Consultiva colabora com a boa versação do patrimônio público e com o respeito aos princípios da impessoalidade, da moralidade e da legalidade administrativa (não-criação de direitos subjetivos sem respaldo legal), além do devido processo e do contraditório nos atos e processos administrativos.

Por outro lado, a Advocacia Pública Contenciosa defende a correta implementação dos direitos subjetivos, o que, em observância ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, garante a todos a solvência Estatal.

Ora, como se pode exemplificar com a atuação da Advocacia-Geral da União, busca-se garantir a correta e razoável implementação

de direitos, ou seja, o respeito à legalidade (no sentido de juridicidade e não de legalismo) e aos princípios constitucionais, e não só pelo Estado, mas também pelo administrado, que deve impedir as pretensões não legítimas justamente para que as legítimas tenham a certeza de sua implementação. E é isso que faz a Advocacia Pública Contenciosa.

Assim, ambas as faces da Advocacia Pública colaborariam com o respeito à juridicidade, ou seja, com a atuação Estatal justa, razoável e principalmente legítima, não só conforme lei, mas conforme princípios fundamentais do direito, consubstanciados expressamente ou não na Carta Constitucional, o que, por evidente, leva à integração e efetivação dos valores, finalidades e objetivos do Estado Democrático de Direito.

Frisa-se que a legitimidade da atuação da Advocacia-Geral da União, por exemplo, decorreria não só da expressa previsão constitucional (art. 5º, 37, 131 e 132 da CF/88), mas também do respeito à legalidade e ao devido processo legal e administrativo, com a garantia do contraditório, não só na investidura em seus cargos, mas também em sua atuação contenciosa ou consultiva.

Assim, a legitimidade decorre do justo, regular e razoável *procedimento* de formação do quadro de integrantes da Advocacia-Geral da União, através de concursos públicos de provas e títulos, nos termos do art. 37 da Constituição Federal de 1988,

Da mesma forma, há legitimidade quando de sua atuação democrática no contencioso, exemplificando-se com a existência da súmula de enunciados administrativos que impedem a interposição de recursos judiciais quando reconhecido o direito subjetivo, a tutelar a regular aquisição e implementação de direitos subjetivos, e também de sua atuação consultiva, com pareceres apresentados após a participação prévia dos interessados, indicando ao Administrador o correto caminho para a aplicação das normas e, por outro lado, opinando favoravelmente à pretensão do administrado, quando posta pretensão em face do Estado, a bem garantir a efetivação dos direitos e garantias consubstanciadas no Texto Constitucional.

Dá a essencialidade da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito, se compreendida e exercida conforme os nortes axiológicos do atual paradigma Estatal

5 CONCLUSÃO

Pode-se concluir, então, que os elementos formadores do Estado Democrático de Direito, consagrados pela Constituição Federal de 1988, compreendidos conforme o estágio de evolução política, social,

econômica e jurídica Estatal, devem representar norte de caracterização e atuação de todos os entes componentes do Poder Público.

Nesse contexto, a Advocacia Pública e, em especial, a Advocacia-Geral da União, somente apresentar-se-á apta a integrar e a contribuir para a efetivação do Estado Democrático de Direito, se adotar o regular procedimento, a participação democrática e o respeito às normas jurídicas, sejam regras ou princípios, no exercício de suas atribuições.

Adotando tais elementos como imprescindíveis à sua legitimidade no atuar público, como parece fazê-lo, a Advocacia Pública caracteriza-se, então, como função essencial à Justiça e, principalmente, como ente integrador e efetivador do Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, como legitimamente garantidora na prática contenciosa ou consultiva dos princípios constitucionais administrativos e da solvência estatal, ou seja, do interesse público primário e secundário, a Advocacia-Geral da União mostra-se essencial à efetivação dos objetivos da República (art. 3º da CF/88), à consolidação de seus fundamentos (art. 1º, especialmente quanto à dignidade da pessoa humana) e, conseqüentemente, essencial à consubstanciação do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANTUNES ROCHA, Carmem Lúcia; *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994

BITTENCOURT, C. A L. *O controle jurisdicional de constitucionalidade das leis*. Atualizado por José Aguiar Dias. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. p.2.

BRAGA, Luziânia Carla Pinheiro; MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira. *A Advocacia-Geral da União como função essencial à Justiça*. *Revista de Direito e Política*, v. IV, p. 29-42, jan./mar.2005.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. Trad. De Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro..v.1.1997.

KIRSCH, César do Vale. A necessária participação da Advocacia-Geral da União no processo de políticas públicas . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4139>>. Acesso em: 28 ago. 2008

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. Direito administrativo e pós-positivismo: a crise da legalidade e o império do Direito. *Revista da AGU n° 6*. Brasília: Centro de Estudos Victor Nunes Leal / Advocacia-Geral da União, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado Revisitada – Essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Revista Debates em Direito Público. Revista de Direito dos Advogados da União Ano IV, N° 4*. Campinas, Editora Millennium, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros 2006.