

# NOTAS SOBRE A CONFIGURAÇÃO CONSTITUCIONAL PÓS-MODERNA DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

Com considerações sobre riscos à independência funcional inerente às funções essenciais à justiça de advogados de estado, em atos advocatícios próprios de consultoria jurídica.

**Diogo de Figueiredo Moreira Neto\***

**Sumário** - 1. Apresentação; 2. Introdução; 3. O novo cenário constitucional; 4. O conceito prático de policracia a superar a rigidez do esquema rousseauiano; 5. A importância do pluralismo dos canais de expressão da vontade popular para imprimir maior legitimidade democrática ao processo político contemporâneo; 6. Uma breve conclusão parcial; 7. As missões das funções essenciais à justiça e a absoluta necessidade de independência funcional para servir de canal apartidário de expressão proativa e reativa de legítimos interesses; 8. Os pareceres jurídicos como *atos próprios de consultoria de estado* e a competência para o controle sobre seus prolores; 9. Desdobramentos de considerações formuladas ao tempo das primeiras interpretações redutoras, no tocante às consultorias e aos pareceres no setor público; 10. Conclusões finais.

## 1. Apresentação

Este estudo, preparado para ser apresentado em grandes linhas ao *ISEMINÁRIO DA CDPAP – COMISSÃO DE DEFENSORES, PROCURADORES E ADVOGADOS PÚBLICOS DA OAB/RJ*, realizado em 8 de julho de 2013, no Rio de Janeiro, refunde, atualiza e enriquece alguns escritos e exposições sobre a matéria, iniciados para uma apresentação feita ao XII Congresso Brasileiro de Advocacia Pública, realizado em Campos de Jordão, SP, em 18 de maio de 2008.

É consabido e fartamente repetido, que a inovativa configuração das *Funções Essenciais à Justiça* na Constituição de 1988 tem representado um extraordinário avanço no sistema de freios e contrapesos regulador do equilíbrio juspolítico no País, uma vez que o seu complexo orgânico central de *controle de juridicidade*, o Poder Judiciário, depende da provocação desse outro complexo orgânico, conformado pelos órgãos instituídos no Capítulo IV, do Título IV, da Carta Magna do País.

\* Procurador do Estado do Rio de Janeiro

O que não se poderia prever é que os avanços nos processos políticos do País, em grande parte resultante dos progressos sócio-econômicos registrados nas últimas décadas, cada vez mais sintonizados com os movimentos registrados no cenário global, demandariam o aperfeiçoamento de *canais institucionalizados* para dirigir adequada e ordeiramente um crescente e diversificado volume de demandas e reivindicações notadamente da população, mesmo com características de contra poderes, às estruturas tradicionais do Estado.

Assim, constitucionalmente destacados e independentes, instituídos como necessários instrumentos para a atuação concertada dos órgãos do Legislativo, do Executivo e, notadamente os do Judiciário, os órgãos das Funções Essenciais à Justiça desempenham hoje um papel absolutamente fundamental não apenas para assegurar a lei e a ordem, como para sustentação dos valores democráticos.

É, portanto, sob esta perspectiva, que aqui são apresentadas estas despretensiosas notas, em torno da nova configuração constitucional e da necessidade de fazer valer a *independência funcional* desses órgãos, assim elevados a indispensáveis instrumentos da cidadania.

## 2. Introdução

1. De início, cabe um esclarecimento sobre a nomenclatura adotada. Este estudo optou pela expressão *Advogado de Estado* em lugar de *Advogado Público* para designar especificamente o causídico que desempenha suas funções sob vínculo estatutário em favor de *entidades estatais, de direito público*.

2. A razão mais evidente dessa opção é que a designação de *advogado público*<sup>1</sup> é equívoca, confundindo o *Advogado de Estado* com o *Defensor Público*, pois que este é, também, etimologicamente, um advogado público (e até duplamente público, porque não só a sua função é pública, como também o é o destinatário de seu atendimento, pois que dirigido ao público).

3. Por outro lado, a alternativa que se tem alvitado para superar a ambigüidade – a de *procurador público*<sup>2</sup> – *suscita outra confusão, com o cargo de procurador de justiça*, cujas funções, exercidas junto ao Poder Judiciário, se dirigem à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Parece, assim, de todo preferível manter-se a referência central neste artigo ao *Advogado de Estado, para individualizar, sem equívoco, o profissional do direito que exerce as especialíssimas funções previstas nos artigos 131 e 132, insertas na Seção II, do Capítulo IV, do Título IV da Constituição*.

<sup>1</sup> A expressão foi lamentavelmente retirada, com perda de rigor semântico, da denominação da Seção II, do Capítulo IV, do Título IV da Constituição, pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, substituindo a designação original - Advocacia Geral da União - que era a correta, não obstante parcial, por isso a intenção de ampliar-lhe o sentido pretendida pelo do legislador constitucional.

<sup>2</sup> Como empregado por DARCIO AUGUSTO CHAVES FARIA, em *A Ética Profissional dos Procuradores Públicos* (Revista Forense, Vol 321, 1993 ps. 22 a 39), em primoroso trabalho pioneiro, no qual justifica seu uso pela preeminência do procuratório judicial: por ser o “*encarregado de representar o ente estatal em juízo e promover sua defesa*” (p. 22).

4. Com efeito, consoante já se vem expondo desde 1989<sup>3</sup>, todas as *Funções Essenciais à Justiça* são essencialmente *ministérios advocatícios lato sensu*, constitucionalmente instituídos não apenas para a tradicional defesa de pessoas, de bens, de interesses e de direitos - que milenarmente tem caracterizado a *advocacia* - como, em acréscimo, culminando a evolução histórica da instituição, para a sustentação de valores fundantes da civilização e, por isso, a dos próprios ordenamentos jurídicos que os exprimam.

5. No direito público brasileiro, a *especialização de funções advocatícias*, que se vem processando desde há muito tempo, alcança seu zênite na Constituição de 1988, com a introdução do Capítulo especialmente dedicado às *Funções Essenciais à Justiça*, que não apenas alça todas as expressões das *advocacias*, aqui ainda em sentido amplo, ao patamar constitucional, como define os seus dois ramos básicos - o *privado* e o *público* - e sub-ramos, em função da natureza dos interesses cuja cura lhes são respectivamente cometidos.

6. Assim é que foram destacados os dois grandes ramos advocatícios: (1) o da *advocacia privada*, como a sua *manifestação genérica*, à qual cabe a defesa de todos os tipos de interesses, salvo os reservados privativamente às suas *manifestações estatais*, que compõe (2) o da *advocacia pública*, aqui tomada em sentido pleno e geral, que foi subdividida no Texto Magno em três *manifestações específicas*.

7. Esses três sub-ramos funcionais, de criação constitucional brasileira, em que se dividiu a *advocacia pública*, caracterizam os diferentes *ministérios públicos da advocacia lato sensu*, distinguidos, bem como as suas respectivas carreiras, segundo a *especial tutela de interesses a que se dirigem*, como se segue: *primo*, a *advocacia da sociedade*, cujas funções se voltam à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, configurando a tradicional instituição do *Ministério Público*, expressão empregada agora com maiúsculas, para enfatizar o seu sentido estrito<sup>4</sup>; *segundo*, a *advocacia das entidades públicas*, cujas funções se especializam na defesa dos interesses públicos primários e secundários cometidos aos diversos *entes estatais*, políticos ou administrativos, constituindo, por isso, os diversos ramos da *Advocacia de Estado*<sup>5</sup>, e, *tertio*, a *advocacia dos*

<sup>3</sup> Na bibliografia do Autor sobre o tema, os dois primeiros trabalhos foram: a tese - *O Procurador do Estado na Constituição de 1988* - apresentada ao XV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, em Natal, RN, 1989, e o artigo - *As Funções Essenciais à Justiça na Constituição de 1988* - publicado na *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Vol. 43, 1991, ps. 30 a 40.

<sup>4</sup> Art. 127 e ss., CF. As funções do Ministério Público, embora necessariamente pressupondo a *plena condição originária de advogado*, devidamente inscrito em seu órgão colegiado corporativo, própria para concorrer ao ingresso em suas carreiras, são incompatíveis com o exercício da advocacia (art. 128, II, b, CF), ficando, por isso, os seus membros, apartados do quadro da Ordem dos Advogados do Brasil, com um distinto, autônomo e exclusivo sistema de controle funcional.

<sup>5</sup> Art. 131 e 132 CF. As funções de Advocacia de Estado estão explicitamente disciplinadas na Constituição Federal apenas as referidas ao serviço da União, dos Estados membros e do Distrito Federal, remanescendo para as Constituições Estaduais e para a Lei Orgânica do Distrito Federal disporem sobre suas respectivas carreiras. Quanto aos Municípios, as suas respectivas Leis Orgânicas Municipais são competentes para instituir regimes próprios de prestação da advocacia a serviço desses entes e de suas autarquias e fundações públicas, tanto se valendo de advogados ou procuradores municipais institucionais, investidos com ou sem exclusividade de funções, como de advogados privados, neste caso, sob contratação civil ou trabalhista.

*hipossuficientes*, cujas funções se dirigem à defesa dos *interesses dos necessitados*, cometida à denominada *Defensoria Pública*<sup>6</sup>.

8. Desde a instituição constitucional dessas funções e de suas respectivas carreiras públicas, o Autor do presente estudo tem sustentado, em mais de duas dezenas de sucessivos artigos e conferências produzidos durante esse quarto de século, os seguintes dez *princípios constitucionais informativos das carreiras jurídicas de Estado*: a essencialidade, a institucionalidade, a igualdade, a unidade, a organicidade unipessoal, a independência funcional, a inviolabilidade, a autonomia administrativa e a autonomia de impulso, todos expostos como um modesto adinículo à construção e aperfeiçoamento de uma *doutrina integrada e consistente* sobre essas delicadas funções, na medida em que o Direito Público, e, em especial, o Direito Administrativo, ganham crescente importância na dinâmica era pós-moderna, posto como o *direito comum das progressivamente mais intensas e complexas relações jurídicas que se travam entre cidadão e Estado*.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Art. 134, CF.

<sup>7</sup> Estes princípios foram assim descritos e caracterizados no artigo mencionado na Nota 4, acima: *A essencialidade está afirmada na própria designação constitucional das funções. Estas não podem deixar de existir com as características e roupagem orgânica que lhes são próprias, e nem tolhidas ou prejudicadas no seu exercício. Sua essencialidade, em última análise, diz respeito à manutenção do próprio Estado Democrático de Direito e à construção do Estado de Justiça.*

*A institucionalidade também resulta evidente da própria criação constitucional; explícita, no caso do Ministério Público (art. 127), da Advocacia Geral da União (art. 131) e da Defensoria Pública, e implícita, quanto aos Procuradores de Estado e do Distrito Federal (art. 132).*

*A igualdade decorre da inexistência de hierarquia entre os interesses cometidos a cada uma das funções essenciais à Justiça; a igual importância das funções determina a igualdade constitucional das procuraturas que as desempenham.*

*A unidade, que consiste na inadmissibilidade de existirem instituições concorrentes, com a mesma base política e com chefias distintas, para o exercício das funções cometidas a cada procuratura, está explícita no art. 127, § 1º, ao tratar do Ministério Público, e no art. 127, § 1º, quando faz menção à Advocacia Geral da União; implícita, para os Procuradores de Estado e do Distrito Federal e para a Defensoria Pública, conforme revelação dos arts. 132 a 134.*

*A organicidade unipessoal decorre da fundamental e genérica condição de advogado, tal como estabelecida no artigo 133 da Constituição. Cada agente das procuraturas constitucionais é um órgão individual, para empregar nomenclatura de Marcelo Caetano, com sua natureza institucional. Isso está explícito para os Procuradores dos Estados e Distrito Federal (art. 132), mas fica implícito para os membros das demais procuraturas constitucionais.*

*A independência funcional diz respeito à insujeição das procuraturas constitucionais a qualquer outro Poder do Estado (ou a outra função constitucionalmente autônoma) em tudo o que tange ao exercício das funções essenciais à justiça.*

*A inviolabilidade é um consectário da independência funcional no que respeita às pessoas dos agentes públicos das procuraturas constitucionais. Assim como nenhum dos Poderes pode interferir no desempenho das funções essenciais à justiça, nenhum deles pode constranger, por qualquer modo, até mesmo pela manipulação de remuneração ou de qualquer outro modo, o agente nelas investido. O princípio ficou explícito genericamente, no artigo 135 da CF, para todas as funções essenciais à justiça, mas há garantias específicas de vitaliciedade e de inamovibilidade que privilegiam os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública. Ainda assim, a mobilidade dos membros da Advocacia Geral da União e das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal não poderá ser arbitrária, mas, ao contrário, sempre com motivação transparente, para que não encubra e mascare atentados à independência funcional e à inviolabilidade de seus agentes.*

*A autonomia administrativa consiste na outorga às procuraturas constitucionais, da gestão daqueles meios administrativos necessários para se lhes garantir a independência para atuar, mesmo contra os interesses de qualquer dos Poderes, notadamente do Poder Executivo, de cuja estrutura administrativa*

se vale. Trata-se, portanto, de uma condição constitucional para que prevaleçam, na prática, todos os demais princípios, tal como a Carta Política de 1988 veio a reconhecer também como imprescindível a expandir a auto-administração do Poder Judiciário (art. 96, I, II e III, e 99). Da mesma forma, para o Ministério Público, o alcance dessa autonomia está definido explicitamente no artigo 127, § 2º, deixando-se implícito, o princípio, no tocante às demais procuraturas, para ser considerado nas respectivas Constituições e leis orgânicas, conforme o caso.

A autonomia de impulso, por fim, é o princípio fundamental da atuação de todas as procuraturas constitucionais. Ele preside e orienta o poder-dever desses órgãos de tomar todas as iniciativas que lhes são abertas pela Constituição Federal, pelas Constituições Estaduais e pelas leis, para o velamento e a defesa dos interesses que lhes fora, respectivamente confiados. Em termos gerais, cabe-lhes zelar pela juridicidade, desenvolvendo seu controle institucional de provedoria através de atividades consultivas, de fiscalização (de ofício), e de atividades postulatorias, tudo conforme os âmbitos de competência funcional e territorial próprios a cada uma delas.

Assim é que nos subseqüentes trabalhos do Autor, desenvolvidos desde então, se tem mantido e reforçado essas convicções, notadamente nos seguintes escritos e pronunciamentos: tese: *O Procurador do Estado na Constituição de 1988*, apresentada ao XV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, Natal, RN, 1989; artigo: *As Funções Essenciais à Justiça na Constituição de 1988*, publicado na Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Vol. 43, 1991, ps. 30 a 40; conferência no Encontro Nacional de Valorização da Advocacia Pública, sobre o tema *Advocacia Pública e Advocacia do Estado - Perfil Constitucional*, promovido pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, em 1º de setembro de 1992; conferência no Simpósio sobre Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, sobre o tema *Defensoria Pública como Função Essencial à Justiça*, em Corumbá, em 18 de setembro de 1992; conferência no IV Congresso Nacional de Defensoria Pública e IV Encontro de Defensores Públicos do Estado do Mato Grosso do Sul, sobre o tema: *Defensoria Pública como Função Essencial à Justiça*, outubro de 1992; conferência no Encontro Regional de Procuradores do Estado de São Paulo, sobre o tema *Funções Essenciais à Justiça*, em Ubatuba, SP, outubro de 1992; conferência sobre o tema *Funções Essenciais à Justiça e a Advocacia Pública*, Manaus, AM, dezembro de 1992; conferência sobre o tema *As Funções Essenciais à Justiça na Constituição*, Porto Velho, RO, dezembro de 1992; artigo: *Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*, publicado em separata da Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, a. 29, número 116, outubro/dezembro de 1992; conferência sobre o tema *Aspectos Constitucionais da Defensoria Pública*, na Procuradoria de Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, março de 1993; conferência no VII Encontro dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, sobre o tema *Defensoria Pública e Revisão Constitucional*, 13 de maio de 1993; tese: *As Provedorias de Justiça no Estado Contemporâneo - Guardiãs da Ética e da Cidadania*, apresentada ao XIX Congresso Nacional de Procuradores de Estado, Manaus, AM, maio de 1993; tese: *Defensoria Pública e a Revisão Constitucional*. Publicada nos Anais do VII Encontro dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, e em *Suelto*, maio de 1993; artigo: *Defensoria Pública e a Revisão Constitucional*, publicado nos Anais do VII Encontro dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, e em *suelto*, maio de 1993; artigo: *Ética e Funções Essenciais à Justiça no Presidencialismo Moderno*, in *Advocacia de Estado*, órgão da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, a. II, n.º 5, julho de 1993, e na Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, Brasília, DF, a. 30, n.º 120, out./dez. 1993, p. 67; tese: *A Cidadania e a Advocacia no Estado Democrático de Direito*, aprovada no XXII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, em Belo Horizonte, MG, novembro de 1996; artigo: *Advocacia de Estado e as novas competências federativas*, publicado na Revista de Informação, Senado Federal, ano 33, n.º 129, 1996, p.275. Artigo: *Cidadania e Advocacia no Estado Democrático de Direito*, in Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Vol. 50, 1997, ps. 11 e ss.; conferência: *A Advocacia de Estado e seu Aperfeiçoamento*, apresentada no X Encontro Estadual dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, em Canela, no dia 29 de setembro de 2001; conferência de abertura do V Congresso Nacional de Procuradores Federais, sob o título *A Advocacia Pública como Função Constitucional Essencial à Existência do Estado Democrático de Direito*, realizada em Fortaleza, Ceará, em 18 de outubro de 2004. Artigo *A Advocacia de Estado Revisitada - essencialidade ao Estado Democrático de Direito*, texto consolidado a partir de duas conferências pronunciadas em Seminários realizados no País versando sobre Advocacia de Estado, provocadas pelos debates suscitados pela Emenda Constitucional da Reforma do Judiciário: *A Independência Técnico-funcional da Advocacia de Estado* - proferida no Seminário *A Procuradoria do Estado na Reforma do Judiciário*, promovido pela Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro - APERJ, em 19 de novembro de 2004, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do

9. Não é de se estranhar, portanto, que amiúde seja necessário enfrentar sempre novos problemas práticos referentes às próprias definições ônticas dessas funções (e de suas respectivas carreiras), que vão surgindo em razão mesmo da necessidade de afeiçoar aquelas características institucionais relativamente novas, à progressiva e rápida extensão dos interesses envolvidos e à conseqüente crescente complexidade de que se vão revestindo as suas funções.

10. Tal é o caso do problema aqui exemplificativamente enfrentado, da *responsabilidade do Advogado de Estado* no exercício de suas reservadas funções constitucionais e como surge e se apresenta a sua *responsabilização* pela prolação de *Pareceres jurídicos*, atos próprios de seu ministério, que devem ser necessariamente apreciados sob a óptica dos princípios constitucionais aplicáveis, notadamente o da *independência funcional* e o da *inviolabilidade*.

11. Não se trata, porém, de um tema inexplorado, pois que mesmo antes da Carta de 1988 já se examinava-se a *responsabilidade de advogados* ainda sob o prisma civilista, como o fizeram os já clássicos AGUIAR DIAS<sup>8</sup>, em 1950, e GARCEZ NETO<sup>9</sup>, em 1975, TRABALHANDO SOBRE INSTITUIÇÕES DE ENTÃO. PROMULGADA, PORÉM, A CONSTITUIÇÃO DE 1988, SUAS GRANDES MUDANÇAS INSTITUCIONAIS PROVOCARAM NOVOS ESTUDOS ENFOCADOS SOB A CONCEPÇÃO DE ADVOCACIA DO SETOR PÚBLICO, DEFININDO SEUS LIMITES ÉTICOS E, DESTACADAMENTE, A SUA *RESPONSABILIDADE FUNCIONAL*, COMO, ENTRE OUTROS, OS EMPREENDIDOS POR DARCIO AUGUSTO CHAVES FARIA<sup>10</sup>, GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA<sup>11</sup>, MARCIO CAMMAROSANO<sup>12</sup>, SÉRGIO CAVALIERI FILHO<sup>13</sup>, JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES<sup>14</sup>, CLÁUDIO RENATO DO CANTO FARÁG<sup>15</sup>, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO<sup>16</sup>, CARLOS PINTO COELHO DA MOTTA<sup>17</sup> e, destacadamente, por

Rio de Janeiro, e conferência *A Advocacia Pública e a Reforma do Judiciário*, proferida no Seminário *Advocacia Pública em Debate*, promovido pela Procuradoria Regional da União na 4ª Região, em Porto Alegre, em 10 de dezembro de 2004.

- <sup>8</sup> JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1950, ver ps. 317 a 327.  
<sup>9</sup> MARTINHO GARCEZ NETO, *Prática das responsabilidades civil*, São Paulo, Saraiva, 1975, ver ps. 3 a 15 e 126 a 132.  
<sup>10</sup> DARCIO AUGUSTO CHAVES FARIA, *A ética profissional dos procuradores públicos*. Revista *Forense*, Ed. Forense, Vol. 321, 1993, ps. 23 a 39.  
<sup>11</sup> GUSTAVO HENRIQUE JUSTINO DE OLIVEIRA, *O Procurador do Estado e a plenitude do exercício da advocacia*. *Boletim de Direito Administrativo*, Ed. NDJ, Ano XIII, n.º 11, 1997, ps. 760 a 764.  
<sup>12</sup> MARCIO CAMMAROSANO, *Da responsabilidade de autoridades governamentais por atos que expedem tendo por suporte pareceres jurídicos, e dos efeitos destes*. *ILC Informativo licitações e contratos*, Ano IV, n.º 37, março de 1997, ps. 228 a 230.  
<sup>13</sup> SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo, Malheiros, 3ª ed., 2002, ps. 333 a 336.  
<sup>14</sup> JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, *Responsabilidade do órgão jurídico*. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte, Editora Fórum, Vol 2, n.º 13, 2002, ps. 468 e 469.  
<sup>15</sup> CLÁUDIO RENATO DO CANTO FARÁG, *Responsabilização dos advogados públicos nas licitações e contratos administrativos*. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*. Belo Horizonte, Editora Fórum, Vol. 1, n.º 4, 2002, ps. 403 e 404.  
<sup>16</sup> RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Advocacia do setor público: riscos e obstáculos no limiar do novo milênio*. *Revista dos Tribunais*, Ano 92, Vol. 807, 2003, ps. 27 a 55. E também *A advocacia no setor público e os limites da responsabilidade funcional*. In *Estudos de Direito Constitucional, em homenagem a José Afonso da Silva*, São Paulo, Editora RT, 2007, com o artigo datado de 2002.  
<sup>17</sup> CARLOS PINTO COELHO DA MOTTA, *Responsabilidade e independência do parecer jurídico e de seu subscritor*. *Fórum administrativo - Direito Público*, Belo Horizonte, ano 3, n.º 28, 2003, ps. 2369 a 2375.

12. Além desses monografistas, têm contribuído para a bibliografia da Advocacia de Estado, entre outros, toda uma nova geração cultos pensadores do Direito, como MARCOS RIBEIRO DE BARROS, LIA RAQUEL PRADO E SILVA CRAVEIRO, GUILHERME JOSÉ PURVIN FIGUEIREDO, CÉSAR DO VALE KIRSCH, WALDEMAR DE OLIVEIRA LEITE, PEDRO LENZA, LUZIÂNIA CARLA PINIPIRO, CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA MACIADO, MARCOS ALLAN CARLOS MOREIRA MAGALHÃES, COSTA VIANNA MOOG, DERLY BARRETO E SILVA FILHO, JOÃO CARLOS SOUTO, NESTOR ALCEBLADES MENDES XIMENES, E ROMMEL MADREIRO DE MACEDO CARNEIRO, que, entre outros nomes em ascensão, são os que, auspiciosamente, vieram a se somar aos que, pioneiramente, delinearão os fundamentos da Advocacia de Estado, como o fizeram SÉRGIO D'ANDREA FERREIRA, HUGO NIGRO MAZZILLI, GILMAR FERREIRA MENDES, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, MARIO BERNARDES SESTA, JOSÉ AFONSO DA SILVA, MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO E LEON FREIDA SZKLAROWSKY; nomes que serão sempre lembrados entre os que contribuíram para a formação de uma necessária doutrina brasileira das funções essenciais à justiça, e, mais particularmente, nas listas acima (infelizmente sempre incompletas), os que trataram especificamente da função de Advocacia de Estado.

### 3. O novo cenário constitucional

1. Não é necessário repisar que, como produto da vontade política, recolhida por via das instituições democráticas, o Poder atribuído ao Estado, com sua exclusiva origem no povo, é hoje pacificamente entendido como uno e indivisível, repartindo-se apenas o seu exercício, consideradas as várias funções que lhe são cometidas pela sociedade e, por isso, atribuídas a diversos órgãos, que são para tanto criados, todos capitulados no Título IV da Constituição, por isso exclusivamente dedicado à Organização dos Poderes.<sup>19</sup>

2. Por outro ângulo, sob rigorosa exatidão científica, portanto, não mais faz sentido nos dias de hoje sustentar essa denominação clássica de “poderes” do Estado<sup>20</sup>, pois que, não importando como sejam eles designados, todos

<sup>18</sup> MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, *Responsabilização de advogado ou procurador por pareceres em contratação direta de empresa*. In *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro, Procuradoria Geral do Estado, 2006, n. 61, ps. 260-272.

<sup>19</sup> Na literatura recente já se observa que na nomenclatura empregada na pós-modernidade, tal como vem ocorrendo na França, já se anuncia preferência à expressão autoridade ou função à de poder, como, por exemplo, registrando autoridade judicial, em vez de poder jurisdicional, como em DOMINIQUE D'AMBRA (*Le Reequilibre du Pouvoir Juridictionnel*; Paris: Dalloz, 2013).

<sup>20</sup> MONTESQUIEU, refletindo sobre a constituição inglesa, descreveu o que via em seu sistema de governo como uma separação de poderes, conceito dos que mais influenciaram os constituintes norte-americanos, juntamente com as idéias de BOLINGBROKE, de LOCKE, de ROUSSEAU e de outros próceres liberais da época. Sua preocupação, todavia, era a redução do poder da monarquia absoluta, vendo, por isso, nas assembleias, a possibilidade de controlar os abusos reais, daí a conhecida expressão “só o poder freia o poder”. Para tanto, era necessário que cada ramo do “poder” fosse independente. Interpreta-se hoje que seu objetivo não era o de defender uma absoluta estanqueidade entre esses três conjuntos orgânicos, propondo um esquema rígido de separação, mas, ao contrário, o que se extrai do

esses desdobramentos, tanto os antigos, como os novos, nada mais são que diferenciadas expressões funcionais independentes de uma única fonte de vontade soberana. Assim, a metonímica expressão tradicional -“separação de poderes”- há de ser reinterpretada como mera figura de linguagem, e não como fórmula que expresse um rigoroso conteúdo técnico e, ainda, muito menos, como um dogma político, acaso sugestivo da existência de uma cisão constitucional na unidade do Poder Estatal para conformar divisões estanques. Tal equívoco, por longo tempo mantido e disseminado, tem conduzido a conseqüências radicais e a hegemonias históricas corruptoras da democracia, e, por isso, deformadoras de um preciso e necessário conceito juspolítico, que assente não apenas na independência do exercício de funções, mas, com igual ênfase, na interdependência colaboradora e fiscalizadora de quaisquer das funções de Estado, toda sua utilíssima razão de ser.

3. Não obstante, a seqüência das três revoluções liberais, com seus respectivos enfoques – a inglesa, nas funções legislativas do Parlamento; a americana, nas funções jurisdicionais da Suprema Corte; e a francesa, nas funções executivas da Administração Pública – enraizaram no pensamento ocidental a idéia da existência de um trifido poder estatal, que, acentuando um viés radicalmente autônomo, acabou induzindo um conceito exacerbado de independência orgânico-funcional de cada expressão, perdurado por todo o modernismo.

4. Durante esse período, timidamente, iniciou-se uma prolongada saga evolutiva da sadia doutrina da contenção jurídica do poder, manifestando-se em pequenas, mas sucessivas mudanças do constitucionalismo moderno. Não obstante, a capital modificação só viria a ocorrer no final do século passado, já sob crescente pressão de sociedades pluralistas, refletindo-se nas estruturas poliárquicas do Estado pós-moderno, com fortes demandas por uma democracia pós-censitária, responsiva a valores e não apenas a maiorias, tudo concorrendo para a passagem, nesse percurso, de um avelhantado dogma da “tripartição de poderes”, em direção a um princípio organizativo do Poder Estatal, que ditou a especialização de novas funções com independência constitucional, como as que recebemos com a introdução de um quarto Capítulo no Título tradicionalmente dedicado a uma tripartite Organização dos Poderes do Estado. Assim sendo, com essa dispersão policrática das funções estatais, os três tradicionais complexos orgânicos, não obstante manterem, por tradição, a designação de “poderes”, passaram progressivamente a coexistir e a se inter-relacionar com os complexos orgânicos instituídos ou reinstituídos especialmente para desempenhar um

seu célebre Livro Sexto do *Espírito das Leis* está mais para uma defesa pioneira do pluralismo, tal como poderia ser entendido em sua época, ou seja, como um sistema de equilíbrio em que a independência seria, sem dúvida importante, mas temperada com harmonia e interdependência entre os ramos que exercitam o poder.

*conjunto de novas funções constitucionalmente independentes.*<sup>21</sup>

5. Essas novas estruturas, atualmente existentes no País, compreendem: o sistema de órgãos de controle de contas, contando com o Tribunal de Contas da União, vinte sete tribunais de contas estaduais e do Distrito federal e dois tribunais de contas municipais; os Conselhos Nacionais, da Magistratura e do Ministério Público, o sistema da Ordem dos Advogados do Brasil, conformado por seu órgão central federal e os seus vinte e sete órgãos federativos e o complexo sistema de órgãos exercentes das Funções Essenciais à Justiça, que conta, por sua vez, com três subsistemas específicos: o do Ministério Público, o das Procuradorias e Advocacias de Estado e o da Defensoria Pública, cada um com seus respectivos órgão central da União e vinte e sete órgãos das unidades federadas.

6. Todos esses novos e renovados órgãos, tanto os de natureza coletiva como os individuais, gozam, da mesma forma que os que conformam os três Poderes do Estado, de *independência funcional*, embora estejam todos sujeitos a *controles recíprocos*, na forma constitucional, reservada a última palavra em termos de *jurisdição* ao Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do sistema judiciário, que compreende os tribunais federais, os dos Estados membros e o do Distrito Federal.

#### 4. O conceito prático de policracia a superar a rigidez original do esquema representativo rousseauiano

1. O conceito de *policracia*, que exprime a multiplicação dos centros de poder independentes, embora *interdependentes*, teve como efeitos principais na Constituição de 1988, não apenas ampliar e flexibilizar a *federação*, como, ao multiplicar e aproximar os novos órgãos do povo, reforçar e aperfeiçoar também a *democracia*, ao criar novos, diferenciados e vibrantes canais institucionais, que permitiram uma participação popular mais intensa. O esquema representativo rousseauiano se vai superando, com este reconhecimento de novos canais políticos participativos, não mais exclusivamente *partidários*, mas, complementarmente *sociais* - com a imprensa e as redes eletrônicas de comunicação - como *técnicos* - com a evolução do papel democrático das *advocacias*, aqui designada em seu sentido histórico e mais amplo, designativo do conjunto de todas as funções essenciais à justiça.

2. Resulta dessa evolução, que tanto os órgãos tradicionais, que continuam inseridos na estrutura clássica dos Poderes do Estado, como aqueles outros, Essenciais à Justiça, que passaram também a gozar de *independência constitucional* - e, para tanto, *praticando atos próprios* - para o desempenho das respectivas funções estatais, a cada um deles cometida.

<sup>21</sup> São exemplos desses órgãos constitucionalmente independentes no constitucionalismo comparado pós-moderno, entre outros: os Bancos Centrais, o Ministério Público ou entidades de fiscalização assemelhadas, os *Ombudsmen* ou ouvidores populares de Estado, as Advocacias de Estado, as Defensorias Públicas, as Cortes de Contas e até Tribunais Constitucionais extra-judiciais.

3. Todavia, esses *atos específicos próprios das novas instituições*, que são *independentes* porque se lhes reconhece o exercício de correlatas e específicas manifestações do poder estatal, surgiram carentes não apenas de uma nova *nomenclatura*, que melhor os identifique, como de uma *elaboração doutrinária* que precisamente os caracterize, uma vez que nenhum tipo da tradicional classificação tripartite - que distinguiu apenas *atos legislativos*, *atos judiciais* e *atos administrativos* - não lhes assenta, considerando-se a caleidoscópica diversificação de elementos funcionais e estruturais introduzida nas sociedades pós-modernas, responsável pela elevação do *status* constitucional dessas funções.

4. Acresce que toda essa trama, assim adensada, de inter-relações, não mais se compatibiliza com o clássico debuxo organizativo do Estado, predominantemente *hierárquico* e *piramidal*, que teve longa vigência, desde o Renascimento até o fim do "século curto" de Hobsbawm, demandando, em razão dessa intensa complexidade das supervenientes interações inter-orgânicas, um dinâmico desenho *reticular* e *horizontal*, de relacionamentos entrecruzados e sem hierarquia, caracterizador das organizações pós-modernas.

5. Em conseqüência, a bem sucedida técnica de *controle através de freios e contrapesos*, que fora inovada pela Constituição norte-americana para harmonizar um governo dotado de três grandes centros funcionais, teve que necessariamente se expandir, para abranger as novas configurações - eu vinham sendo assumidas pelo Poder do Estado na pós-modernidade, pois que cada novo centro de exercício independente de funções que surgia, necessitava ser também devidamente controlado, dispondo-se, assim, novas *funções de fiscalização* e de *correção*, todas a comporem uma ampla e complexa técnica de *controles funcionais recíprocos*, por certo, com as suas devidas previsão e delimitação sempre constitucionalmente definidas.

6. Nessas condições, tanto as clássicas expressões "*harmonia*" e "*independência*" devem ser entendidas como qualidades necessárias ao desempenho não apenas das clássicas *três*, senão que de *todas as manifestações funcionais independentes*, na medida em que estas venham sendo introduzidas nas Cartas Políticas, antigas e novas.

#### 5. A importância do pluralismo dos canais de expressão da vontade popular para imprimir maior legitimidade democrática ao processo político contemporâneo

1. Com efeito, no cenário de *pluralismo* e de *redemocratização* do País, a nova ordem constitucional conferiu ao Supremo Tribunal Federal um papel protagônico na proteção dos direitos fundamentais e, *deinde*, da democracia<sup>22</sup>. Com base nessa mudança axiológica na atuação funcional dos Poderes da República, essa Corte Constitucional tem exercido com convicção e efetividade a sua reforçada legitimação para o desenvolvimento de práticas inovativas voltadas à resolução de controvérsias de relevância nacional<sup>23</sup>, para as quais, inexistiam soluções preceituais específicas

<sup>22</sup> SILVA, Cecília de Almeida *et al.* *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2011, p.29

<sup>23</sup> Confira-se, nesse sentido, o discurso proferido pelo Min. Celso de Mello, quando da posse de Gilmar

na legislação ou, para as quais, as leis existentes agrediam valores consagrados da democracia substantiva. Sua atividade contramajoritária, assim voltada à sustentação desses valores, passava a sobressair como um incômodo contraponto aos freqüentes abusos e omissões de casas legislativas com representatividade crescentemente desgastada.

2. Neste cenário veio a se caracterizar, portanto, o fenômeno do, assim denominado, *ativismo* do Poder Judiciário<sup>24</sup>, tornando-o protagonista na implementação da *democracia material*, uma saudável tendência global, justificada pela indeclinável necessidade de se garantir às sociedades uma proteção plena de valores expressos como direitos fundamentais, em face da vontade de maiorias políticas e partidárias eventuais.

3. Essa proeminência, assim justamente alcançada pelo Poder Judiciário pós-moderno, se insere, consoante apreciação de ilustres autores, no processo em marcha de construção de uma *sociedade livre*, na qual, aos olhos do homem comum, passam a ser os *tribunais*, porque conformados por imparciais cultores do Direito, selecionados, em sua maioria, por concurso público, mais confiáveis do que as *assembléias* de legisladores, mesmo que democraticamente eleitos, em razão de estarem cada vez menos preparados para suas funções essenciais e por demais ocupados e premidos por questões e demandas de mera política partidária, quando não, por manobras de acesso e manutenção de poder ou por preocupações ditadas por interesses pessoais ou populistas, desvios esses que os levam, tantas vezes, a ponto de tomarem decisões diametralmente antagônicas aos *fundamentos de valor da ordo juris*.<sup>25</sup>

4. Outros acatados doutrinadores, por sua vez, entendem que a razão de um apreciável deslocamento da autoridade do sistema representativo para o sistema jurisdicional se acentua no quadro criado pela profusão de normas inseridas em Constituições rígidas e dirigentes, nas quais se constata uma hiper-constitucionalização dos fenômenos sociais, em que se conferem abundantes direitos aos cidadãos, deixando embora a carga dos Poderes Legislativos e Executivos, a dificultosa missão de implementar uma extensa e caleidoscópica vontade constitucional embrionária<sup>26</sup>.

Mendes como presidente do Supremo Tribunal Federal: *Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.* Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursioCMposseGM.pdf>. Acesso em 23 de setembro de 2011

<sup>24</sup> VALLE, Vanice Regina Lirio do (Coord.) *Ativismo Judicial e o Supremo Tribunal Federal*. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá, 2009

<sup>25</sup> Cf. V. VIERA, Oscar Vilhena. *Superdemocracia. In Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Coordenador: Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 2009.

<sup>26</sup> Acerca do fenômeno da constitucionalização do direito e seus reflexos, inclusive quanto à profusão da jurisdição constitucional, cf. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. In BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial*. In BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional - Tomo IV*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp.61-120.

5. Esses fenômenos tornaram-se mais acentuados no Brasil, como já destacado, precisamente em razão do papel protagônico conferido ao Supremo Tribunal Federal pela Constituição Brasileira de 1998, de *intérprete final da ordem jurídica nacional*, no desempenho do qual esse Pretório passou a exercer, simultaneamente, várias funções relevantes: (1) a de *tribunal constitucional*<sup>27</sup>, por *cabêr-lhe um onímodo controle de constitucionalidade, tanto de modo difuso como concentrado*; (2) a de *órgão da cúpula do Poder Judiciário brasileiro*, por se constituir na última instância julgadora de recursos extraordinários; (3) a de foro especializado<sup>28</sup> para o *julgamento de autoridades* do mais elevado patamar hierárquico da República, bem como (4) a de garante último para as matérias definidas como de *relevante interesse* para o País, que implicam na salvaguarda de valores essenciais de uma democracia substantiva.

6. Tais funções se viram ainda mais ampliadas com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, ao introduzir uma reforma no Poder Judiciário brasileiro, que dilargou consideravelmente a *vinculação aos precedentes*<sup>29</sup> da *Suprema Corte e, por consequência, conferindo maior relevância à sua atuação, o que a posta como uma espécie de “poder moderador”* quando se trata da proteção de direitos fundamentais.

7. Institutos novos, como as *súmulas vinculantes*, a *exigência de repercussão geral* na interposição de recursos extraordinários, os efeitos conferidos aos *mandados de injunção e às reclamações*, confluíram para reforçar essa missão e encarecer a responsabilidade da Suprema Corte na resolução de demandas de repercussão social, tudo denotando, com nitidez, um processo de “substituição parcial” à atuação do Poder Legislativo<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> Confira-se o teor do artigo 102 da Constituição Brasileira: Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (...) p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; (...) II - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

<sup>28</sup> Vejam-se algumas dessas competências previstas na Constituição Brasileira: Art. 102. (...) I - processar e julgar, originariamente: (...) b) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente; d) o “habeas-corpus”, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o “habeas-data” contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal; (...)

<sup>29</sup> Sobre o tema, confira-se MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Precedente: O desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

<sup>30</sup> Consulte-se, a respeito, alguns dos novos dispositivos acrescentados no ordenamento constitucional brasileiro: Art. 102, § 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade *produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante*, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004). Art. 103-A - O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre

8. Sob outro prisma, a própria atuação defectiva do Poder Legislativo não só permitiu como induziu a ampliação desse espaço de proeminência do Judiciário na vida social e política brasileira. Com efeito, está-se, como tudo indica - e não apenas no Brasil - diante de uma grave crise de *representatividade*, quiçá de um certo envelhecimento da hegemonia política do bicentenário modelo assembleísta rousseauiano, pois que as sociedades já não mais vêm como legítimas muitas das decisões de seus representantes políticos, como tampouco se vêm por eles representadas, notadamente por senti-los mais preocupados, como já referido, com assuntos pessoais, partidários e de disputa de espaços de influência do que com os legítimos interesses populares, daí o deslocamento da confiança cidadã em instituições outras, que sentem mais próximas e responsivas ao dia-a-dia de suas necessidades e de seus valores,<sup>31</sup> o que se pode observar claramente nos movimentos populares de protesto, instrumentos amorfos da democracia direta que se disseminam mundialmente.

9. Por outra lado e complementarmente a esse processo espontâneo das sociedades que se auto-convocam para a ação, eis a razão porque se observa que os *novos órgãos de exercício da democracia* se estão destacando no desempenho de suas respectivas missões, atuando como *canais híbridos de expressão legítima e constitucionalizada de contrapoderes*, como, aqui em estudo, os rejuvenescidos *órgãos exercentes das Funções Essenciais à Justiça*, que conformam todas as advocacias *lato sensu*, postas capilarmente à disposição e ao serviço da cidadania - as *procuraturas constitucionais*.

10. Agravando esse preocupante quadro, no caso brasileiro, os constantes e lamentáveis escândalos de corrupção, de acobertamento de irregularidades, de morosidade na atividade legiferante, de abusos legislativos das maiorias parlamentares e, em alguns casos, de sua omissão diante de um nítido dever de legislar, também podem ser apontados como fortes concausas desse difundido fenômeno contemporâneo de hiperatividade do Poder Judiciário e, como contraparte, acrescidas responsabilidades dessas renovadas procuraturas, como órgãos de intermediação aos quais o Estado incumbe de levar aos Poderes constituídos as questões suscitadas pelos anseios e interesses de toda e qualquer pessoa: natural ou jurídica - pública ou privada.

11. Por fim, um observado descolamento entre os textos legais e a realidade fática deixa um grande número de questões *sem resposta satisfatória da ordem jurídica positiva*, daí porque, cada vez com mais freqüência, o apelo popular é dirigido ao

matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (Vide Lei nº 11.417, de 2006).

<sup>31</sup> Pesquisas recentes mostram que 33% da população crê na confiabilidade do Judiciário, enquanto que apenas 20% confia no Congresso Nacional. Demonstrando também o problema, a confiança nos partidos políticos foi avaliada em espantosos 8% da população nacional. Apenas a título de comparação, a confiança nas Forças Armadas é de 60%, enquanto que a Igreja Católica possui credibilidade de 56%. A Pesquisa foi feita pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. Fonte: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/7837/ReIJCJBrasi4TR12010%27.pdf?sequence=1>. Acesso em 21 de setembro de 2011.

Estado-juiz, para que solucione as demandas decorrentes da *ausência ou imprecisão de uma previsão normativa preceitual adequada e atualizada*, que atenda aos interesses da sociedade brasileira no contexto conjuntural.

12. Na hipótese do acesso aos órgãos jurisdicionais, essa atuação tanto mais legítima tornará o produto jurisdicional, se o *processo de interpretação* não for apenas um exercício hermético, circunscrito aos tribunais, mas, como de fato se está tornando, *uma legítima expressão das aspirações e dos valores de toda a sociedade*, tal como iluminadamente preconizado por PETER HÄBERLE, ainda na década de setenta do século passado, em sua clássica *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*, obra seminal que influenciou e continua a influenciar positiva e fortemente os rumos do Direito na Pós-Modernidade.

13. Não mais se apregoa, portanto, a idealização da imagem de um “juiz Hércules<sup>32</sup>”, tal como concebida por RONALD DWORKIN, porque dela, afinal, não se necessita, senão que se aspira a um sistema judiciário cada vez mais *aberto à sociedade*, para que esta participe das soluções em importantes julgamentos, para os quais às cortes tanto faleçam os conhecimentos de mérito necessários, como a sensibilidade social, própria da sabedoria popular difusa, que é produto da interação de várias mentes, cuja oportuna audiência capacitará os tribunais a antecipar as conseqüências, mesmo as mais remotas, de suas decisões de impacto social.

14. Será graças a essa efetiva *participação cooperativa* da sociedade nos processos judiciais - que resulta da intensa e eficiente atuação de seus *intérpretes habilitados* - que pouco restará para se arguir acerca de uma eventual dificuldade contramajoritária dos tribunais<sup>33</sup>, pois sua *legitimação* sempre decorrerá da observância do *devido processo* e do *resultado* justo de suas decisões.

15. Será, portanto, por meio da necessária participação das funções essenciais à justiça - a advocacia privada, os ministérios públicos, as advocacias de Estado e as defensorias públicas - a que cumpram, necessariamente ou não, promover e atuar em suas respectivas competências, que será possível alcançar-se os mais elevados níveis de excelência decisória nos três ramos do Poder, mas particularmente no sistema judiciário, por lhe caber a última palavra em matéria de juridicidade.

16. Complementarmente ainda, com a vantagem de trazer imenso desafogo aos juizados e tribunais, será cada vez mais importante contar também com uma ampliada *participação social em prestações pré-jurisdicionais*, como, por exemplo, em audiências de *mediação* e de *conciliação*<sup>34</sup>, *bem como na própria fundamentação de decisões judiciais de interesse geral, em audiências públicas*<sup>35</sup>, e na coleta

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.

<sup>33</sup> O debate acerca do argumento contramajoritário é tradicional em solo norte-americano, atribuindo-se a BICKEL a sua definição. (BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: the Supreme Court at the bar of the politics*. 2.ed. New Haven: Yale University, 1986).

<sup>34</sup> Uma prática cujo fortalecimento está na atualíssima pauta do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro impulsionada pela clarividência de sua atual Presidente, a Desembargadora Leila Mariano.

<sup>35</sup> As previsões legais para a instauração de audiências públicas em sede de controle de constitucionalidade se encontram no artigo 9º, §1º da Lei nº 9.686/99, que trata da Ação Direta de Inconstitucionalidade e da Ação Declaratória de Constitucionalidade, e no artigo 6º, §1º da Lei nº 9.882/99, que trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

de depoimentos de autoridade por pessoas com experiência e nomeada na matéria conflituosa, seja abrindo o ingresso de *amicus curiae*<sup>36</sup> em casos de controle abstrato de constitucionalidade, seja convocando entidades direta ou indiretamente interessadas nas futuras decisões a serem prolatadas<sup>37</sup>.

Está-se, pois, diante de um importante fator de crescente pluralização e legitimação<sup>38</sup> do debate judicial, o que se torna ainda mais relevante para uma boa prestação jurisdicional, sempre que suas decisões possam repercutir e se estender no espaço e no tempo, como geralmente ocorre em se tratando de matéria contenciosa constitucional.

## 6. Uma breve conclusão parcial

1. A regra da maioria não se deve ter como obsoleta no que toca à realização da democracia, só que ela não poderá prevalecer quando se questionem princípios fundamentais constitucionalmente tutelados, casos em que será a regra de valor aquela que deverá ser aplicada. Assim, a regra majoritária continua a bem servir para legitimar a investidura dos agentes políticos eletivos, bem como a tomada de suas decisões coletivas nos foros políticos, sempre na realização da democracia formal.

2. Todavia, quando se trata da preservação dos valores fundamentais e, assim, da sustentação dos fundamentos da democracia material, deverá prevalecer a regra contramajoritária, que se legitimará, em sua aplicação, pela atuação cooperativa e coordenada dos agentes políticos legalmente habilitados, que devam desempenhar funções político-partidariamente neutrais, sempre atidas ao rigor dialógico dos devidos processos legais.

3. Com efeito, a regra majoritária, embora utilíssima, não é uma panacéia - e a História já o demonstrou cabalmente, em várias ocasiões, com as catastróficas decisões que alçaram ditadores e tiranos de toda sorte ao poder, sempre causando imensos danos a seus países e à humanidade - por isso, há de ser temperada pelo emprego corretivo da regra contramajoritária, que se alça, assim, como a marca distintiva das sociedades livres e plenamente democráticas da pós-modernidade.

4. Neste sentido é que as maiorias, sejam populares, sejam parlamentares, podem se tornar, paradoxalmente, agressoras da democracia plena - que é a que só se realiza pela equilibrada dosagem entre a regra majoritária e a regra de valor. Isoladamente, a regra majoritária está apta para produzir democracias sustentadas em números - portanto, democracias meramente formais - e, por isso, sempre vulneráveis ao surgimento de ditaduras de número.

<sup>36</sup> Já a admissão da manifestação de *amicus curiae* encontra guarida no artigo 7º, §2º da Lei nº 9.868/99

<sup>37</sup> O autor se sente muito à vontade para mencionar esse instituto, uma vez que tem advogado a sua introdução no Brasil desde 1999, como se lê na obra *O Sistema Judiciário Brasileiro e a Reforma do Estado*, São Paulo: IBDC - Celso Bastos Editor, 1999, Cap. VI, item 4.9, p. 82.

<sup>38</sup> (...) Legitimação, que não há de ser entendida apenas em sentido formal, resulta da participação, isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão. Não se trata de um 'aprendizado' dos participantes, mas de um 'aprendizado' por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes" (HABÉRLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002. p. 31- 32.

5. Eis a razão porque a regra contramajoritária é o contraponto necessário para garantir um equilíbrio juspolítico, permitindo a instituição de democracias também sustentadas em valores - democracias complementarmente substantivas - que, por isso mesmo, se fazem mais resistentes aos assaltos de ditaduras de qualquer tipo, sejam as que partam do executivo, sejam do legislativo.

6. Parece não haver dúvida de que esses avanços se incorporaram definitivamente à prática do Direito nacional dos povos de vanguarda, para o aperfeiçoamento de suas respectivas instituições juspolíticas, bem como, este fenômeno não está mais apenas adscrito às linhas de fronteira dos países, pois já vem sendo observado em nível global, patente na nova dimensão do Direito transnacional, de modo que a democracia substantiva - esta que não se realiza apenas pela regra da maioria, mas pela supremacia de valores - pode ser considerada como uma conquista sem volta da civilização.

## 7. As missões das funções essenciais à justiça e a absoluta necessidade de independência funcional para servirem adequadamente de canais apartidários de expressão proativa e reativa dos legítimos interesses populares

1. A poliarquia, tão impressionantemente prenunciada nos escritos de MASSIMO SEVERO GIANNINI, se manifesta plenamente em vários institutos da Constituição de 1988, como o que ocorre com a instituição de novas funções e órgãos constitucionalmente independentes<sup>39</sup>, sendo certo que a tendência, que se evidencia nos debates atualmente em curso no País, é indicativa de sua progressiva expansão, o que faz sentido, tratando-se de atender a uma sociedade pluralista e complexa como a brasileira, tendência esta atualmente focada em vários Países e também no Brasil, que provoca debates contemporâneos sobre a necessidade de outorgar autonomia técnica ao Banco Central para a gestão da moeda, do crédito e do câmbio.

2. Nessas condições, cumpre ser de natureza funcional a interpretação a ser dada ao art. 2º da Constituição, quanto à aplicabilidade do princípio da independência, que deve ser entendida como relativa, pois que vem necessariamente temperada pela interdependência, tacitamente contida nos princípios da harmonia e da deferência, o que se manifesta nas diversas hipóteses constitucionais de interferências funcionais previstas. Nunca é demais ressaltar que, dado o caráter de exceção dessas interferências entre órgãos constitucionalmente independentes, todas hão de estar sempre expressamente previstas na Carta, tampouco podendo ser ampliadas ou estendidas por via interpretativa.

3. Expostas essas generalidades, a guisa de fundamentos, cabe, a seguir, pela ordem, examinar os princípios e as regras constitucionalmente positivadas,

<sup>39</sup> Destacam-se, no Brasil, como funções constitucionalmente independentes, as exercidas pelos Tribunais e Conselhos de Contas (arts. 73 e 75), pelo Ministério Público (art. 127), e pela Advocacia Pública, nesta incluídos os Advogados de Estado e os Defensores Públicos, com suas respectivas expressões orgânicas (arts. 131, 132, 133 e 134)



especificamente as atinentes à *função constitucional da Advocacia de Estado*, que se contém sob a rubrica, já inicialmente criticada, da “Advocacia Pública.”<sup>40</sup>

4. Desde logo, tal como indistintamente se estende a *todos os advogados*, assegura-se ao *Advogado de Estado*, a *inviolabilidade dos atos e manifestações no exercício da profissão*<sup>41</sup>, um *princípio autonômico* que faz de cada advogado um *órgão unipessoal* no exercício de uma parcela do poder estatal e, como tal, responsável por seus atos e por suas manifestações jurídicas *perante o seu órgão coletivo corporativo*, para esse fim, também elevado à previsão constitucional – a *Ordem dos Advogados do Brasil*.<sup>42</sup>

5. Ora, incluídos na categoria geral, os *Advogados de Estado* recebem, em *acréscimo*, outra classe de investidura especial em *cargos para tanto constitucionalmente diferenciados em suas funções híbridas - jurídicas e políticas* - não se tratando, por isso, de *cargos administrativos*, mas de *cargos juspolíticos próprios*, tal como estão expressamente *instituídos na Carta Magna*, especificamente voltados ao desempenho das *funções advocatícias públicas de promoção, defesa e controle de legalidade* (expressão a ser aqui entendida em sua acepção atual e mais ampla, de *juridicidade*).

6. São, inequivocamente, *funções de corte político*, inconfundíveis, portanto, por mais esse relevante diferencial constitucional *ratione materiae*, com as de servidores de gestão, que exerçam *funções administrativas*, pois sua especial investidura, *além de induzir uma responsabilidade corporativa geral*, perante os *órgãos colegiados de classe*, implica também em acrescida *responsabilidade corporativa especial* perante os *órgãos colegiados institucionais* que lhes são próprios<sup>43</sup>.

7. De resto, *inexiste qualquer dispositivo constitucional do qual se possa inferir alguma subordinação técnica da atuação profissional própria do Advogado de Estado a qualquer outro órgão de previsão constitucional*, salvo, evidentemente, a *onímoda e geral subordinação ao controle jurisdicional* que se estende a todo e *qualquer ato que importe em lesão ou ameaça a direito*.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> Arts. 131 e 132, a que se acresce o enunciado genérico do art. 133, que abrange todas as manifestações da advocacia: a privada e as públicas.

<sup>41</sup> Eis a íntegra do dispositivo:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão nos limites da lei.

SÉRGIO CAVALIERI FILHO, em comentário, aclara essa inviolabilidade nos seguintes termos:

“Para proporcionar ao advogado as condições necessárias ao pleno exercício de sua profissão, com liberdade, independência e sem receio de desagradar a quem quer que seja, a Constituição (art. 133) lhe assegura inviolabilidade por seus atos e manifestações nos limites da lei. Mas em contrapartida, deve responder pelos seus atos quando violadores de deveres profissionais.”

Como se pode observar, o reputado doutrinador sublinha (no texto aqui posto em negrito) a responsabilização do advogado à lei que regula a sua profissão, pois apenas esta (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994) define violações de deveres profissionais.

<sup>42</sup> Arts. 93, I, 103, VII, 129, § 3º e 132, caput.

<sup>43</sup> Os únicos órgãos institucionais colegiados mencionados na Constituição, além do da Ordem dos Advogados do Brasil, são os da advocacia da União: a Advocacia Geral da União; os demais órgãos institucionais das carreiras de advocacia de Estado são de criação e definição infraconstitucionais nas Constituições Estaduais, nas Leis Orgânicas distrital-federal e municipais e nas Leis Orgânicas dessas mesmas entidades.

<sup>44</sup> Art. 5º, XXXV, C.F. (*verbis*).

8. Assim é que, em nível *infraconstitucional*, na legislação federal dirigida à Advocacia de Estado, ordenam *cumulativamente* o exercício desta *função essencial de Estado*, tanto os dispositivos específicos do *Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil*<sup>45</sup> como os do *Código de Processo Civil*<sup>46</sup>.

9. No *Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil* destacam-se os seguintes dispositivos pertinentes à questão sob exame, que abrangem, em sua generalidade, *todos os ramos profissionais da advocacia*:

Art. 2º.

(...)

§ 3º No exercício da profissão, o advogado é *inviolável por seus atos e manifestações, nos limites desta lei*.<sup>47</sup>

Art. 3º. O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

§ 1º Exercem *atividade de advocacia*, sujeitando-se ao *regime desta lei*, além do *regime próprio a que se subordinem*, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

(...)

Art. 31. O advogado deve proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia.

§ 1º O advogado, no exercício da profissão, deve manter *independência* em qualquer circunstância.

(...)

Art. 32. O advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com *dolo ou culpa*.

Parágrafo único. Em caso de lide temerária, o advogado será *solidariamente* responsável com seu cliente, desde que coligado com este para lesar a parte contrária, o que será apurado em ação própria.

<sup>45</sup> Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 (na citação do texto legal recolhida adiante, destacados em negrito os pontos relevantes).

<sup>46</sup> Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (do mesmo modo, na citação do texto legal recolhida adiante, destacados em negrito os pontos relevantes).

<sup>47</sup> SÉRGIO CAVALIERI FILHO, em comentário, aclara essa inviolabilidade nos seguintes termos:

“Para proporcionar ao advogado as condições necessárias ao pleno exercício de sua profissão, com liberdade, independência e sem receio de desagradar a quem quer que seja, a Constituição (art. 133) lhe assegura inviolabilidade por seus atos e manifestações nos limites da lei.”

(in *Programa de Responsabilidade Civil*, São Paulo, Malheiros, 3ª edição, revista, aumentada e atualizada, 2002, p. 334).

10. Outrossim, encontram-se no *Código de Processo Civil* as disposições especificamente referidas à atividade de *representação judicial*:

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (Redação dada pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001)

Parágrafo único. Ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB, a violação do disposto no inciso V deste artigo constitui *ato atentatório ao exercício da jurisdição*, podendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, cíveis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável *multa* em montante a ser fixado de acordo com a gravidade da conduta e não superior a vinte por cento do valor da causa; não sendo paga no prazo estabelecido, contado do trânsito em julgado da decisão final da causa, a multa será inscrita sempre como dívida ativa da União ou do Estado. (Incluído pela Lei nº 10.358, de 27.12.2001).

11. Cumpre, portanto, *identificar as espécies de atos próprios* tipificados para o exercício das *funções constitucionais do Advogado de Estado*, *tipificação esta também constitucionalizada*, embora apresente uma pequena diferença entre as funções atribuídas aos Advogados de Estado da União (art. 131) e aos dos Estados membros e do Distrito Federal (art. 132).

12. Assim é que, para os Advogados de Estado incorporados à *Advocacia Geral da União*, ficaram definidas quatro funções próprias e, em consequência, *quatro espécies de atos próprios*, a saber:

1º - o de *representação judicial* da União – exercida por *atos processuais de representação* das pessoas jurídicas de direito público federais;

2º - o de *representação extrajudicial* da União – exercida por *atos negociais* de natureza pública e privada;

3º - o de *consultoria* do Poder Executivo – exercida por *atos opinativos* e

4º - o de *assessoramento* jurídico do Poder Executivo – exercido por atos de *assistência técnica* em matéria jurídica.

13. Todavia, quanto aos Advogados de Estado, incorporados às Procuradorias Gerais dos Estados membros e à do Distrito Federal, estão constitucionalmente definidas *duas funções próprias* e, em consequência, delas deduzidas duas espécies de *atos próprios*, referidas ambas às respectivas unidades da Federação:

1º - o de *representação judicial* – que é exercida por *atos processuais* forenses, e

2º - o de *consultoria jurídica* – a exercida por *atos opinativos*.

14. Não se afasta, em ambas as hipóteses, a possibilidade de as respectivas fontes infraconstitucionais lhes cometerem outras funções, obviamente *desde que sejam compatíveis com as características constitucionais da advocacia de Estado*, ou seja: *que essas funções agragadas não lhes retirem ou embarcem a independência de atuação*. É, tipicamente, o caso do cometimento de certas *funções de auto-administração interna*, como referidas ao pessoal, bens e serviços afetos aos mencionados órgãos coletivos – as Advocacias e as Procuradorias Gerais – enquanto órgãos corporativos, que lhes são implicitamente asseguradas em razão de sua *independência constitucional*. Tais funções infraconstitucionais ser-lhes-ão sempre impróprias, pois que não correspondem à atividade-fim da procuratura em questão, sendo, ao contrário, atividades meramente ancilares, em razão da peculiar conveniência de suas respectivas estruturas orgânicas, de modo que os Advogados de Estado, enquanto agentes públicos possam exercer essas *atividades administrativas* de escopo limitado, reiterar-se, sem que lhe prejudique a atuação principal – vale dizer: *exclusivamente para a prática de atos administrativos introversos*, como manifestações de eficácia meramente *interna* sobre pessoal, bens e serviços dos órgãos corporativos que os congregam.

## 8. Os pareceres jurídicos como *atos próprios de consultoria de estado* e a competência para o controle sobre seus prolores

1. A cada tipo de atividade, identificado e disciplinado pela ordem jurídica, correspondem respectivos *atos próprios*, a serem praticados por quem tenha a necessária *capacitação jurídica*, que tanto poderá ser a de um *status* profissional como a de uma competência legal. Assim, há *atos próprios* de médicos, de engenheiros, de advogados, etc., assim como *atos próprios de natureza política* de agentes parlamentares – os atos legislativos, de agentes do Executivo – os atos de governo, e de agentes do Judiciário – os atos judiciários, assim como *atos próprios de natureza administrativa*, afetos aos agentes administrativos de qualquer ramo – os atos administrativos.

2. Do mesmo modo, por caber constitucionalmente aos *Advogados de Estado*, além da função constitucional de representação, pela qual praticam atos judiciais, também o exercício da função constitucional de consultoria jurídica pública, estes atos de natureza opinativa, por eles praticados – os *Pareceres Jurídicos* – constituem, do mesmo modo, um tipo constitucional de atos próprios que são deles exclusivos.

3. O exercício dessa função opinativa – de dizer o direito nas hipóteses concretas que se apresentam – é um múnus público que recai sobre qualquer advogado, apenas pelo fato de se encontrar submetido ao seu próprio estatuto funcional, ao qual, reafirme-se, aderiu voluntariamente, não respondendo, no seu ministério, senão à sua consciência e perante os órgãos de tutela estatutária de juridicidade de sua atuação profissional para tanto instituídos.

4. No caso específico do *Advogado de Estado*, tal como, de resto, ocorre com as demais carreiras públicas das funções essenciais à justiça, a sujeição de controle se torna mais complexa, pois que remetida a um duplo sistema estatutário – sendo que, em ambos os estatutos se pressupõe adesão voluntária – nos quais são previstos os controles de sujeição especial sobre seus atos próprios, incluídos, portanto, os atos de consultoria jurídica: o primeiro, por um sistema geral, a cargo de seus pares, executado através dos órgãos corporativos competentes da *Ordem dos Advogados do Brasil*, e o segundo, por um sistema especial, também a cargo de pares, executado através de órgãos corporativos competentes do ramo da *Procuradoria* ou da *Advocacia de Estado* do respectivo ente estatal a que sirvam.

5. Assim é que, como segurança de um exercício independente da função de consultoria jurídica pelo *Advogado de Estado* e exatamente em razão desta referida dupla submissão a esses exclusivos sistemas de controle corporativo – que são os únicos que podem constitucionalmente regular e controlar o desempenho profissional da advocacia dos entes públicos – institui-se uma dupla presunção: a de juridicidade do comportamento profissional e a de juridicidade dos respectivos atos de ofício.

6. A presunção de juridicidade do comportamento profissional do advogado decorre, já como ensinava o clássico AGUIAR DIAS, do referido caráter de múnus público de que se reveste a advocacia, obedecendo a regulamentação especial “compendiada no Código de Ética Profissional” e, sobre isso, “a infração de seus dispositivos não estabelece, de si só, a responsabilidade civil do advogado, salvo quando as recomendações aí contidas coincidam com os deveres profissionais estritos.”<sup>48</sup>

7. Quanto à presunção de juridicidade dos atos de ofício do advogado inerente aos atos de consultoria de Estado, ela coexiste *si et in quantum*, com a sua conatural precariedade, uma vez que atos opinativos, mesmo os revestidos da roupagem institucional estatal, são sempre juridicamente reapreciáveis, daí tratar-se de uma presunção realativa, *juris tantum*.

8. Ora, a natureza desse juízo expresso pelo *Advogado de Estado* em atos próprios de sua função de consultoria de Estado – como é o caso da prolação de

<sup>48</sup> JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2ª edição, 1950, p. 318.

*Pareceres* para os órgãos da Administração Pública – é, indubitavelmente, de cunho exclusivo e estritamente jurídico, ou seja: a opinião expandida atine apenas à juridicidade das questões examinadas – e nada mais além desse aspecto – ainda porque, apenas conclusões estritamente de direito são as que ganham eficácia jurídica, o que vale dizer que, quaisquer opiniões emitidas de qualquer outra natureza, ainda que inseridas nos *Pareceres*, não são juridicamente eficazes, pelo simples fato de que desbordariam da competência profissional constitucionalmente delimitada de um advogado, seja privado ou público.

9. Assim é que os dados técnicos e fáticos, que, no Estado, sejam apresentados a seus Advogados pela Administração Consulente, bem como todos os demais aspectos caracterizados nas questões propostas e examinadas em Parecer jurídico, haverão de ser necessariamente submetidos a decisões administrativas, essas, portanto, atos próprios dos gestores administrativos, pois que são os que se revestem de competência, sob a linha hierárquica própria, para o exercício da função administrativa pública. Portanto, uma vez recebida, em Parecer jurídico, a definição jurídica a matéria que lhe compete, em ato próprio, caberá necessariamente aos agentes gestores considerar então, por seu turno, todos os aspectos exclusivamente técnico-administrativos, cuja apreciação e decisão constituem, por sua vez, os seus atos próprios e exclusivos dos órgãos da Administração Pública.

10. Assoma daí, que a imputação de uma esdrúxula *co-responsabilidade administrativa* ao *Advogado de Estado*, pelo mero fato de o agente administrativo acatar uma orientação jurídica contida no opinamento solicitado, prende-se, nada mais, que a um desarrazoado raciocínio *post hoc, ergo propter hoc*, que fatalmente conduz a um equívoco quanto ao real conteúdo do que deva ser a vinculação que a lei atribua a um Parecer, pouco importando se ela se apresente facultativa ou necessária, ou seja: uma vinculação do ato próprio decisório e final do órgão gestor da Administração ao ato próprio opinativo e preparatório do órgão jurídico da Advocacia de Estado.

11. Em outros termos: o conteúdo da vinculação será distinto nas duas distintas hipóteses de obrigatoriedade: primo, na hipótese em que o agente gestor administrativo esteja obrigado por lei à audiência do órgão jurídico como condição de validade do ato decisório, embora possa discordar motivadamente de suas conclusões de direito, e, secundo, na hipótese em que o agente administrativo esteja obrigado por lei não apenas à audiência como à observância obrigatória das estritas conclusões de direito do seu ditame, caso em que delas não poderá discordar, nem mesmo motivadamente, restando-lhe, apenas, como alternativa da decisão terminativa que lhe cabe prolatar, determinar novas providências com vistas ao aperfeiçoamento do feito sob sua responsabilidade.

12. Esta segunda hipótese, que é a de vinculação jurídica absoluta do agente administrativo – tanto à audiência do órgão jurídico, quanto ao seu conteúdo técnico – torna-se uma condição de validade de seu próprio ato decisório administrativo. Portanto, mesmo que o agente administrativo deixe de apreciar os aspectos administrativos a seu cargo, tais como os de conveniência e de oportunidade de seu ato – que, por sinal, lhe são exclusivos – limitando-se laconicamente à fórmula “de

acordo com o Parecer”, ainda assim, persistirá intocado o entendimento de que toda vinculação se confinará estritamente à conclusão jurídica nele contida.

13. Ora, da decisão administrativa, mesmo sinteticamente expressada, que possa vir expressa nessa tão reproduzida fórmula, em princípio não haverá como dela automaticamente se inferir que o agente administrativo se haja eximido de examinar as questões administrativas sobre as quais deva decidir, para, simplesmente, tomar a manifestação consultiva do agente jurídico - positivo ou negativo que seja - como se fora não apenas um opinamento, mas a própria manifestação decisória que lhe compete...

14. Desse modo, a presunção é de que, afinal e apenas, esse hipotético agente administrativo, muito embora parcimonioso de palavras, não teria visto necessidade de explicitar as suas próprias e necessárias conclusões sobre os aspectos administrativos residuais, técnicos e fáticos que são de sua exclusiva competência; não cabendo concluir o ter ele aceito, de plano, um opinamento jurídico solicitado como se fora um opinamento administrativo! Assim, aqui merece apor-se um caveat, pois essa preferência pela brevidade partida do agente administrativo, nem faz do órgão jurídico um órgão administrativo decisório, quer total quer parcialmente, nem, muito menos, transformaria o que seria a satisfação de uma condição de decidir... na própria decisão condicionada.

15. Observe-se que, ainda assim, o ato opinativo próprio do agente jurídico - que é por natureza limitado a declarar a existência ou a inexistência de uma determinada condição de validade de direito - não se convolará automaticamente em ato administrativo decisório, próprio do agente gestor, pelo simples fato de ter sido acatado pelo agente que, não obstante, detém a exclusiva competência final da decisão administrativa.

16. Repita-se, pois, que, embora o Parecer seja absolutamente vinculatório quanto aos aspectos de direito envolvidos, qualquer decisão administrativa que nele se respalde continuará sendo da exclusiva competência do agente legalmente intitulado a praticá-lo, na linha hierárquica administrativa própria, à qual, esclareça-se, por imposição constitucional, não se subordina funcionalmente o Advogado Público, pois sequer o seu tratamento institucional, distintamente do que ocorria nas Cartas Políticas anteriores, não se inclui no Capítulo dedicado ao Poder Executivo (Título IV, Capítulo II), mas em capítulo próprio (Título IV, Capítulo IV), portanto, pressupondo a sua independência em face de uma distinta linha hierárquica administrativa, que atua em paralelo.

17. Em suma: primo, nenhuma lei poderia transformar a investidura constitucional de um agente jurídico com função advocatícia essencial à justiça, para impor-lhe funções administrativas extroversas incompatíveis com sua investidura, bem como de seus inafastáveis requisitos de autonomia, como, tampouco e secundo, nenhuma lei poderia desnaturar-lhe a qualidade constitucional de seu ato próprio de controle de juridicidade, característico de seu ministério, que é o Parecer Jurídico - para transmutá-lo em mero ato de gestão administrativa...

18. Identifica-se, na origem do equívoco, além do inefável *post hoc, ergo propter hoc*, já apontado, uma quase ingênua simplificação esquemática de certas

distinções tipológicas doutrinárias básicas, que merecem, por isso, ser lembradas, tais como: primo, entre ato principal e ato acessório, secundo, entre as subcategorias de ato facultativo e de ato indispensável e, tertio, nesta última, entre ato disponível e ato vinculante. Pois bem, em se aplicando essa elementar classificação, tem-se que a decisão administrativa em relação ao Parecer jurídico que a instrui, é sempre um ato principal, ou seja: é a manifestação de vontade que contém e esgota a definição competente sobre uma questão administrativa, cabendo à peça jurídica opinativa, na qualidade de ato acessório, nada mais que trazer um aporte específico e parcial no tocante às relações de direito envolvidas e, portanto, como se expôs, tornando-se juridicamente eficaz apenas quanto a este específico adinículo.

19. Por outro lado, prosseguindo no emprego da classificação acima, o Parecer jurídico, tanto pode ser facultativo, dependendo de o órgão decisório solicitá-lo ou não, como poderá ser indispensável, caso em que o órgão jurídico deverá ser obrigatoriamente ouvido.

20. Finalmente, seja obrigatório ou não, o Parecer jurídico, pode constituir um mero apoio, para que nele se fundamente a decisão administrativa - tratando-se, neste caso, de um ato disponível - ou ser, uma vez emitido, de observância obrigatória por parte do órgão decisório - o Parecer denominado de vinculante. Ora, se a lei prescreve o obrigatório acatamento da opinião do órgão jurídico, implicitamente está a indicar que o legislador entendeu que o Parecer não mais poderá ser contestado em sede administrativa quanto a seu conteúdo técnico-jurídico; mas, nem por isso, se haveria de concluir que o agente gestor ficaria automaticamente eximido de apreciar e de decidir motivadamente todas as premissas técnicas e factuais administrativas próprias de sua competência e a seu cargo... ademais, por uma única e simples razão: o Parecer exarado apenas satisfaz a uma específica condição de validade do ato decisório - sem produzir qualquer outro efeito além deste.

21. Pois bem, se a natureza opinativa das manifestações jurídicas - mesmo se vinculante na matéria de direito para o agente administrativo - é a que resulta do legítimo exercício da interpretação do Direito por parte do Advogado de Estado, a presunção de juridicidade, tanto de seu comportamento funcional, quanto de sua manifestação nesta qualidade, só pode ser afastada pelos órgãos constitucionalmente competentes para estabelecerem culpa ou dolo em sua atuação profissional e, em consequência, de aplicar sanções em razão de um vicioso exercício profissional. Em outros termos: apenas os já referidos órgãos corporativos de controle interno por seus pares, a que está sujeito o advogado de Estado, e, por óbvio, por cláusula geral constitucional e sempre com a última palavra em termos de juridicidade, o Judiciário.

22. Em suma: o abuso na prática da atividade de advocacia não se presume, e haverá sempre necessidade da prova do dolo ou da culpa na prática de um ato opinativo de sua competência, sendo, esta apreciação de culpa, ato privativo dos órgãos constitucionalmente competentes para declarar o eventual abuso e aplicar a devida sanção, prevista nas legislações que rejam a Advocacia de Estado.

23. O *Parecer Jurídico*, mesmo como ato *vinculante*, apenas torna obrigatória para o órgão administrativo decisório a *observância de seu conteúdo interpretativo do direito*, e nada mais do que isto, pois jamais poderia um opinamento obrigar um agente administrativo competente a editar um ato decisório, incluindo-se, portanto, na *obrigatoriedade legal*, tão somente o *dever de respeitar os limites jurídicos opinados*, de modo que uma aceitação acaso estendida quanto ao *valor administrativo* atribuído aos dados técnicos ou fáticos considerados no Parecer não se inclui na *obrigatoriedade*.

24. E há mais: *uma eventual falha na apreciação da matéria de direito por parte do Advogado de Estado* não se confunde com qualquer falha de outra natureza, que se refira à *apreciação da matéria técnica e fática*, pois que incumbe exclusivamente ao agente administrativo. Só há uma possível exceção: *se vier a ser provado, em foro próprio, corporativo ou judiciário, o ter, o Advogado, procedido com culpa ou dolo*. Não há, portanto, como, de modo sumário e simplista, em *apreciação administrativa sem competência para aferir da juridicidade de um ato próprio de advogado*, deduzir uma pretendida *solidariedade* em razão da constatação de faltas, que poderiam ser até coincidentes, mas, na verdade, são *heterogêneas em seu conteúdo*: uma, a de *direito*, e se existente, que seria a do ato *opinativo*, e outra, a de *fato*, por sua vez se existente, que seria a do ato *decisório*.

25. Mas, ainda que se pudesse deduzir, *ad argumentandum*, essa pretendida *solidariedade* – o que, desde logo, sabidamente não se presume, pois só há de resultar de *lei expressa* – ainda assim, o *controle* constitucional dessa suposta *solidariedade*, desse modo inferida da prática de um *ato próprio* de consultoria de Estado, é, por *reserva constitucional*, uma *atribuição administrativa exclusiva dos referidos órgãos corporativos competentes de controle por pares* e, também, por óbvio, uma *atribuição jurisdicional, exclusiva do juiz natural do advogado de Estado*, uma vez que quaisquer *interferências entre órgãos dos três Poderes* e, por compreensão, *entre todos os demais órgãos constitucionalmente independentes entre si*, tal como se expôs exordialmente, *só podem ser consideradas se instituídas por expressa previsão constitucional – competência esta que não se deferiu nem a órgãos da Administração Pública, nem, tampouco, a órgãos de controle de contas*.

26. Com efeito, no caso das *Cortes de Contas*, operando no exercício de suas funções constitucionais, há uma nítida diferença na natureza dos distintos *controles a seu cargo*: *primo*, de um lado, o que se entende como *controle de legalidade da atividade de órgãos da administração pública*, que está estritamente dirigido à *“fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial...”* (art. 70, *caput*) e *secundo*, o *controle referido a atos de gestão* praticados por *“... qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda ou que, em nome desta, assumia obrigações de natureza pecuniária”* (art. 70, parágrafo único, CF). Vale dizer que *este segundo tipo de controle* – que é *administrativo* e não *jurisdicional* – se exerce *estritamente* sobre atos praticados por *gestores públicos* e sempre que estejam atuando *nesta condição*.

27. Distinto é, portanto, o que se entende como *controle de juridicidade pleno da atividade dos órgãos de consultoria jurídica de Estado*: na hipótese, o *referido a atos próprios de consultoria*, de previsão constitucional, praticados por Advogados de Estado, *atuando nesta distinta condição, no privativo desempenho de sua função opinativa de direito*.

28. Equivocado, portanto, com todas as vênias, o Acórdão nº 675/2006 do Plenário do Tribunal de Contas da União - TCU, prolatado em 10 de maio de 2006, que se tem referenciado como o *leading case* daquela colenda Corte, que justificaria a *imposição de sanções pecuniárias por má gestão administrativa* (!) a Advogados de Estado que atuaram no estrito cumprimento de suas funções constitucionais de *opinamento jurídico*, em adotando a linha de argumentação que abaixo se transcreve para ser a seguir comentada:

“Na esfera da responsabilidade pela *regularidade da gestão*, é fundamental aquilatar a existência do liame ou nexo de causalidade existente entre os fundamentos de um *parecer desarrazoado, omissivo ou tendencioso*, com implicações no controle das ações dos gestores da despesa pública que tenha concorrido para a possibilidade ou concretização do dano ao Erário”. (n/grifo).

29. Ora, é certo que os Tribunais de Contas *estão livres para reexaminar a matéria de direito* veiculada nos Pareceres jurídicos emitidos pelos órgãos jurídicos competentes do Estado para a Administração Pública, *para considerá-los, se entenderem, como insatisfatórios e para motivadamente repudiá-los* – ainda porque *existe sempre a possibilidade de qualquer reexame de um ato opinativo*, só cessando a possibilidade dessa reapreciação sucessiva depois de recobertas estas pelo *trânsito em julgado por decisões judiciais*. Portanto, até este limite, ou seja, contrariando as motivações do Pareceres, aqueles órgãos de contas estarão corretamente exercitando sua *competência interpretativa*. Todavia *não o estarão*, e dela extravasarão constitucionalmente, ao retirar, como consequência dessa reinterpretção (que é sempre possível), *uma conclusão apenativa nitidamente subjetiva com relação ao comportamento profissional do agente jurídico*, como a que a seguir se transcreve:

“Sempre que o parecer jurídico *pugnar* para o cometimento de ato danoso ao Erário ou com *grave ofensa à ordem jurídica*, figurando com *relevância causal* para a prática do ato, estará o autor do parecer alcançado pela jurisdição do TCU, não para fins de *fiscalização do exercício profissional*, mas para fins de *fiscalização da atividade da Administração Pública*.”(n/grifo)

30. Como se lê nessa conclusão, *data venia*, sibilina, pois que nela se introduz uma distinção que nem a Constituição nem a lei autorizam, sem atentar para a necessária distinção entre os distintos escopos da fiscalização, *o Acórdão labora em nítida confusão entre o ato próprio do exercício da Advocacia de Estado - enquanto*

tal, excluído do controle funcional e sancionatório do TCU - com o ato próprio de administração pública, este sim, sob seu integral controle constitucional.

31. Ademais, por “relevância causal” não fica claro o que o Acórdão pretendia expressar... vez que, afinal, qualquer ato condição, como, no caso, o é o Parecer juridicamente vinculatório da decisão administrativa, há de sempre apresentar esta legalmente definida relevância causal, já que não pode ser afastado do iter decisório e se o for, por omissão do Advogado de Estado, este incorrerá em sanção (como o do art. 42, § 1º da Lei de Processo Administrativo Federal). Assim, por consequência, todos os Pareceres jurídicos hão, necessariamente, de apresentar esta “relevância causal”, mesmo porque, desse modo o determina a lei (na hipótese examinada no Acórdão, assim a definiu o art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/93).

32. Resta, em consequência, completamente destorcida uma teatral conclusão que dessa fundamentação retira o Acórdão do TCU: “A mera inscrição do servidor ou empregado público, na Ordem dos Advogados do Brasil, não serve de passaporte para a impunidade por condutas que tenham papel determinante na ocorrência de danos ao Erário ou de atos praticados com grave violação à ordem jurídica, como intermitentemente tem ocorrido no âmbito do serviço público.” (n/grifo)

33. Mais uma vez, e ainda com a devida vênia, a surrada retórica da *reductio ad absurdum* empregada esconde o erro lógico sutilmente perpetrado: pois claro que é absolutamente certo que a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil não induz qualquer sorte de impunidade no exercício da advocacia... e ninguém em sã consciência sustentaria tal disparate, só que, a formação de juízo técnico sobre a conduta e sobre o ato do advogado, enquanto laborando em sua atuação profissional própria, não cabe aos órgãos de contas, que não são instâncias judiciais, senão que é constitucionalmente exclusiva dos órgãos competentes instituídos para o controle funcional dos agentes das funções essenciais à justiça, para que tais órgãos, que são para tal fim especificamente capacitados e apropriados, nela avaliem em processos próprios e sob as garantias constitucionais apropriadas, a possível existência de culpa ou de dolo acaso puníveis.

34. Não há, portanto, que se falar em impunidade... pois, sem refugir ao âmbito da fiscalização que lhe é própria, os Tribunais de Contas, sempre que for o caso em que cheguem à conclusão de ter ocorrido alguma transgressão das normas que regem uma conduta profissional advocatícia, não só poderá como deverá officiar aos órgãos competentes com vistas à imposição, por eles, de sanções próprias aos Advogados de Estado que porventura hajam atuado infringindo seus deveres profissionais,<sup>49</sup>

<sup>49</sup> Neste exato sentido, a seguinte Ementa (com nosso grifo):

“Mandado de Segurança. I- Considera-se eivado de ilegalidade o ato emanado do tribunal de contas, praticado em processo administrativo, que determinou à impetrante que pagasse valor certo a título de pena proporcional ao dano causado ao erário, ou se defenda. II- Compete exclusivamente ao conselho da seção da Ordem dos Advogados do Brasil o processo disciplinar dos advogados, relativo ao exercício da profissão. III - Ao Tribunal de Contas resguardar-se o poder de representar ao órgão competente as irregularidades e abusos no trabalho profissional da impetrante.”

(Classe do processo: mandado de segurança MSG362693 DF; registro do acórdão número: 71635; data de julgamento: 12/04/1994; órgão julgador: conselho especial; relator: Nívio Geraldo Gonçalves; publicação no DJU: 31/08/1994 pág.: 10; decisão: por maioria, em conceder a ordem.)

sanções essas com natureza totalmente distinta da imposição pecuniária de sua competência, e que, até, uma vez imposta pelos foros próprios, poderão alcançar patamares punitivos bem mais severos, tais como a exclusão do exercício profissional ou a destituição do cargo do agente julgado culpado em devido processo legal... o que desvalida a ironia de uma presumida “impunidade” dos advogados...

35. O que não lhes cabe, aos Órgãos de Contas, é, portanto, a usurpação das funções sancionatórias exclusivas dos órgãos constitucionalmente competentes, para procederem, sem a devida competência constitucional a um exame técnico de atos próprios do exercício da advocacia (que são as exclusivas atribuições dos respectivos Conselhos de pares – da OAB e das Procuradorias e Advocacias de Estado – e, por óbvio, em todos os casos, as do Judiciário) para aplicar administrativamente, a seu talante – e, como agravante, atropelando o devido processo legal adequado a que têm direito os advogados, para a formação de culpa e dolo no exercício profissional – sanções pecuniárias, por conta do que hajam tido como “atos praticados com grave violação à ordem jurídica”, ignorando totalmente a crucial distinção entre agentes administrativos - sob sua jurisdição enquanto gestores públicos, e agentes jurídicos – fora de sua jurisdição, enquanto Advogados do Estado, no exercício de atividade constitucional de natureza totalmente distinta, que é de dizer, de ciência e consciência, o direito aplicável.

36. Segue, portanto, absolutamente pertinente e irretocável em seu conteúdo, em contrapartida, a clássica jurisprudência unânime do Supremo Tribunal Federal, como se expressada na ADIn nº 2.652-6 DF, publicada no DJ de 14 de novembro de 2003, cujo Extrato de Ata assim se lê:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.652-6 DF

RELATOR: MIN. MAURÍCIO CORRÊA

REQUERENTE: ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS PROCURADORES DE ESTADO-ANAPE ADVOGADOS: MARCOS BERNARDES DE MELLO E OUTROS, REQUERIDO: PRESIDENTE DA REPÚBLICA REQUERIDO: CONGRESSO NACIONAL

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado na inicial da ação para, sem redução de texto, emprestar à expressão “ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB”, contida no parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, com a redação imprimida pela Lei federal nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001, interpretação conforme a Carta, a abranger advogados do setor privado e do setor público. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Marco Aurélio. Plenário, 08.5.2003.

Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio. Presentes à

sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Maurício Corrêa, Nelson Jobim, Ellen Gracie e Gilmar Mendes.  
Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.”

O âmago da questão decidida pelo STF, *que vem a ser exatamente o tema aqui examinado, da subsistência das prerrogativas de advogados, mesmo quando atuando investidos como agentes públicos*, assim está exposto no voto da relatoria:

“2. Com efeito, seria mesmo um absurdo concluir que o legislador tenha pretendido excluir da ressalva os advogados sujeitos a outros regimes jurídicos, além daquele instituído pelo Estatuto da OAB, como ocorre, por exemplo, com os profissionais da advocacia que a exercem na condição de servidores públicos. Embora submetidos à legislação específica que regula tal exercício, também devem observância ao regime próprio do ente público contratante. Nem por isso, entretanto, deixam de gozar das *prerrogativas*, direitos e deveres dos advogados, estando sujeitos à disciplina própria da profissão (Estatuto da OAB, artigos 3º, § 1º; e 18).”(n/grifo)

E, adiante, em conclusão:

“5. Por outro lado, entendimento em sentido contrário implicaria, aí sim, inconstitucionalidade do preceito em exame, *por manifesta violação à isonomia e à garantia da inviolabilidade que também detêm os advogados como um todo*. No exercício das funções próprias da advocacia, inexistente diferenciação entre uns e outros, ao menos suficiente para justificar o discrimen. Neste contexto, para dissipar eventual dúvida a respeito, creio devam ser explicitados os limites do alcance da norma, para que se afaste qualquer interpretação equivocada no que tange ao seu real significado.” (n/grifo)

37. No mesmo sentido, colha-se, também do Colendo STF, no Mandado de Segurança 24.073 -3, DF, com a seguinte Ementa (nosso destaque) o seguinte escólio da lavra do Ministro CARLOS VELLOSO, em que foi advogado proponente o hoje Ministro LUIS ROBERTO BARROSO:

“MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24.073-3 DISTRITO FEDERAL  
RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO

IMPETRANTES : RUI BERFORD DIAS E OUTROS ADVOGADO: LUÍS ROBERTO BARROSO  
IMPETRADO : TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO EMENTA CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 2 8.906, de 1994, art. 22, § 32, art. 72, art. 32, art. 34, IX.

I. Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, *dado que o parecer não é ato administrativo*, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros Ed. .134 ed. p. 377.

II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros. *se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido largo*: Cód. Civil, art. 159; Lei nº 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança deferido.” (n/grifo)

No voto do Ministro Relator CARLOS VELLOSO, à fls. 387, encontra-se o *fundamento adequado*, posto com absoluta clareza, de resto, peculiar a seus arestos:

“Examinemos a questão. O parecer emitido por procurador ou advogado de órgão da administração pública *não é ato administrativo*. Nada mais é do que a *opinião emitida pelo operador do direito*, opinião técnico-jurídica, que orientará o administrador na tomada da decisão, na prática do ato administrativo, na execução ex officio da lei. Hely Lopes Meirelles cuidou do tema e lecionou:

“Pareceres – Pareceres administrativo são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já então, o que subsiste como ato administrativo, não é o parecer, mas sim o ato de

sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinária, negocial ou punitiva. N (Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro, 26a. ed., Malheiros, pág. 185)". (n/grifo)

E prossegue o voto (ainda com nosso destaque em negrito):

*"É dizer, o parecer não se constitui no ato decisório, na decisão administrativa, dado que ele nada mais faz senão informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas, nos atos de administração ativa.*

*Posta assim a questão, é forçoso concluir que o autor do parecer, que emitiu opinião não vinculante, opinião a qual não está o administrador vinculado, não pode ser responsabilizado solidariamente com o administrador; ressalvado, entretanto, o parecer emitido com evidente má-fé, oferecido, por exemplo, perante administrador inapto.*

*Esse é o primeiro fundamento que me leva a deferir a segurança. Fundamento de maior relevância, entretanto, conducente à concessão do writ, é este: o advogado, segundo a Constituição Federal, "é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações; no exercício da profissão, nos limites da lei."*

E, a esta altura, o inclito julgador indica, como segue à risca este estudo, o *Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil*, como a lei competente.

No mesmo processado, com absoluta pertinência e até com um indisfarçado toque de ironia, ainda votou no mesmo diapasão o Ministro NELSON JOBIM a fls. 394:

*"O Sr. Ministro NELSON JOBIM - Sr. Presidente, pelas informações contidas no voto do Relator, só faltava o Tribunal de Contas também envolver os eventuais doutrinadores que embasaram o parecer dos advogados. E isso está perto. No momento em que se fala de ...doutrina pertinente", a impertinente pratica o ato de improbidade.*

*Tenho posição conhecida: empresas dessa natureza não estão sujeitas à verificação do Tribunal de Contas, mas essa não é a tese defendida, não é o caso sustentado. Só lembraria, na linha das observações do Ministro Gilmar Mendes, que, no Rio de Janeiro, um determinado juiz de Direito está respondendo a uma investigação no Ministério Público em relação à improbidade administrativa. Por questões de Direito, em algum momento do tempo, havia sido membro de um dos conselhos do Botafogo e, em certas ações envolvendo o time, ele não se deu por impedido.*

Por isso, Membros do Ministério Público entenderam que ele havia praticado improbidade administrativa. *O caso específico mostra claramente o exagero da visão, quase de pensamento único, pretendida pelo Tribunal de Contas quanto às questões jurídicas. Divergir dessa Corte é ter a responsabilidade em termos, inclusive, de análise de questões jurídicas, aplicadas em questões técnicas, podendo atingir até contadores, técnicos de contabilidade, economistas, etc."* (n/grifo).

38. Não obstante todos esses arrazoados coerentes, harmônicos e reiterados, duas outras supervenientes - e surpreendentes - decisões da Suprema Corte, em Mandados de Segurança, nº 24.631 e nº 24.584, ambos de agosto de 2007, têm preocupado os Advogados de Estado de todo o País, no exercício de suas funções, pois *esses dois arestos inauguram uma sensível discrepância quanto à tradicional e sadia orientação daquele excelso Pretório, tal como exposta nos Arestos mencionados e com o peso de seus inclitos prolores.* Na verdade, *nessas decisões de há seis anos, se inovou radicalmente o tratamento do tema* ao considerar que o art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, ao tratar do procedimento licitatório, imporia uma *responsabilidade solidária* aos Advogados de Estado, ao dispor que *"As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes "devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração"*<sup>50</sup>.

39. Examinavam-se, na hipótese, decisões do Tribunal de Contas da União a respeito de pareceres jurídicos emitidos por Procuradores Federais, em que esta Corte os responsabilizava pelo que considerava *"manifestações jurídicas errôneas"*, que redundaram na aprovação de aditivo de convênios administrativos. O Supremo Tribunal Federal levou em consideração certo argumento doutrinário, levantado pelo Tribunal de Contas, em que se distinguíam três hipóteses de Pareceres, *segundo a natureza da consulta.* Seriam, portanto, essas consultas: *"1ª) a facultativa, na qual a autoridade administrativa não se vincularia à consulta emitida; 2ª) a obrigatória, na qual a autoridade administrativa ficaria obrigada a realizar o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou não, podendo agir de forma diversa após emissão de novo parecer; e 3ª) a vinculante, na qual a lei estabeleceria a obrigação de 'decidir à luz de parecer vinculante', não podendo o administrador decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir"*<sup>51</sup>.

40. Vale dizer que, nessa hipótese, de *consulta vinculante*, a que a lei obriga o agente administrativo a seguir a *orientação jurídica do Parecer*, interpretar-se-ia que essa lei *cometeria ao Advogado de Estado uma função administrativa*, ou seja, o tornaria um *co-administrador público, ainda que despido de regular investidura...* sendo, por isso, solidariamente responsável com o agente competente.

<sup>50</sup> Artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993 (com a redação dada pela Lei 8.883/94). (n/grifo).

<sup>51</sup> MS 24.631, Relator o Ministro Joaquim Barbosa (nossos grifos para caracterizar a tipologia inovada nessas decisões).



41. Novamente, com a devida vênia da formação de então do Excelso Pretório, *essas decisões ecoam os mesmos equívocos em que incidiu o Tribunal de Contas da União ao ressuscitar a perigosa tese da co-responsabilidade administrativa dos Advogados Públicos...* – e, ainda, com a máxima vênia dos que pensam em desacordo, *é de se qualificar como tese extremamente perigosa para a sobrevivência de uma Advocacia de Estado independente e altaneira no País* – que é esta que se vem lentamente progredindo e aperfeiçoando em suas funções desde o novo *status* que lhe foi conferido pela Carta Política de 1988. E isso, porque decisões que não façam a necessária distinção entre funções de *gestão pública* e funções de *advocacia pública* concorrem para debilitar essa elevada conquista do Estado Democrático de Direito, ora em pleno desenvolvimento de suas potencialidades *em defesa da cidadania*, pois esta é, afinal, *tônica e finalidade última de todas as espécies instituídas de funções essenciais à justiça*, conforme *exordialmente se expôs*.

42. São sempre, ainda com a devida vênia dos seus respeitáveis prolores, sérios equívocos, *a demandar nova reflexão e reconsideração*, ainda porque, infelizmente, a manutenção dessa interpretação, *ao revés de concorrer para o aperfeiçoamento da Administração*, desestimulará toda uma geração de jovens Advogados de Estado concursados, pois que, entrando temerosos das conseqüências que possam decorrer do exercício independente e intemorato de sua profissão, *ante a possibilidade de serem acoimados de faltosos e de receberem sanções pecuniárias, ao serem tratados como se fossem agentes gestores solidários e, sobre tudo isso, privados da garantia do devido processo da lei perante seus órgãos próprios de tutela*, tão somente porque *seus opinamentos jurídicos não coincidiram com o das Cortes de Contas*, que os consideram “*errôneos*”. Possivelmente, preferirão estes jovens, que ingressam nas Procuradorias e Advocacias de Estado, ou a tibia comodidade da via de menor risco, ou seja, a falsa segurança de se inclinarem por uma negativa habitual que os desonere, ou, o que será igualmente catastrófico para todos os níveis da Federação, afastar-se-ão da Advocacia de Estado agentes de personalidade e de coragem, que são os que mais podem contribuir para a desejada boa administração, deixando esses órgãos em mãos imbeles e submissas.

43. Podem ser, em suma, alinhados os seguintes seis equívocos, que evidenciam o agravamento dessa generalizada angústia por parte dos agentes jurídicos da Advocacia de Estado, de modo que, quanto mais breve curso tenha, mais rapidamente se dissipará o temor de punições pecuniárias à conta de atos de terceiros e sem o devido processo próprio de suas prerrogativas, e melhor, afinal, *para a afirmação que em última análise se espera, da advocacia, como função constitucionalmente independente*.

#### 1º equívoco –

#### **Leis não podem alterar competências constitucionais.**

Com efeito, como a lei ordinária não se pode sobrepor à Constituição, tampouco se pode inferir que o artigo Art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21 de junho

de 1993, *haja criado uma exceção à autonomia constitucional dos advogados*, como operadores autorizados, aos quais incumbe a *locução de direito (oppinio iuris)*, e confundi-los com a própria Administração, que é a *parte consulente*.

#### 2º equívoco –

#### **A Lei de licitações, no artigo 38, parágrafo único, não comete ao Advogado de Estado qualquer competência administrativa.**

O Advogado de Estado nada tem a decidir *quanto à conveniência ou à oportunidade dos atos que lhe são submetidos*, mas, tão somente, sobre matéria de sua competência, ou seja, *de sua juridicidade*, tudo fazendo segundo sua *ciência e sua consciência*, pois que são esses, *apenas, os únicos referenciais de seu opinamento profissional*, sempre prolatado *sub censura*. Logo, a toda evidência, no desempenho desta função, de dizer o direito aplicável, *o Advogado de Estado não pratica um ato decisório típico de administração*. E assim o é, porque, de um lado, *nem tem investidura para prática de atos administrativos extroversos*, nem, por outro lado, tampouco dispõe *da formação e da informação burocráticas necessárias para praticá-los*.

#### 3º equívoco –

#### **O agente administrativo detém, em razão de sua competência funcional, própria de seu cargo, a plena decisão sobre a prática do ato sob questão, quer em sentido positivo, quer em sentido negativo, bem como para determinar os acertamentos que lhe pareçam oportunos e convenientes ou, de qualquer modo, necessários à *higidez administrativa* do ato. Assim, o que se lhe veda, com a vinculação de sua decisão ao conteúdo do Parecer emitido pelo agente jurídico, é tão somente divergir da *orientação jurídica* nele definida.**

Conforme já se deixou esclarecido, por serem duas *decisões de natureza distinta* – a *jurídica* e a *administrativa* – cabe sempre ao agente gestor competente, quando de sua *decisão, a exclusividade administrativa decisória*: tanto para concluir pela prática do ato sob exame, como para não praticá-lo, bem como, ainda, para condicioná-lo fática e tecnicamente do modo que julgar cabível, mas, em todos os casos, sempre com vistas *ao atendimento do interesse público específico, cujo atendimento administrativo foi posto funcionalmente a seu cargo* (e não, por óbvio... a cargo do Advogado de Estado).

#### 4º equívoco –

#### **A solidariedade, por decorrer *expressamente da lei*, não pode ser *implicitamente* admitida em razão da prática de um mero *ato-condição***

- como o é o Parecer vinculatório - no qual a manifestação de vontade opinativa, além de ser ancilar, está limitada a edição de um juízo exclusivamente jurídico, portanto, que se torna vinculante apenas sob este exclusivo aspecto.

O Parecer vinculante integrará, por certo, a decisão adveniente do agente administrativo, mas apenas no que respeita à eficácia própria de sua natureza, ou seja, a eficácia de uma opinião jurídica que se supõe apenas autorizativa, e sob este exclusivo aspecto, orienta a prática de um ato de gestão. O Parecer jurídico não vai, pois, a ponto de recomendar nem, ainda muito menos, de obrigar a prática do ato administrativo decisório, porque a vinculação, tal como na letra da lei se encontra, refere-se (*ipsis litteris*) a uma aprovação. Aprovar, assim, é admitir ou não a juridicidade – mas, frise-se, sempre e exclusivamente em termos de direito – ou seja, será sempre uma aprovação limitada à matéria jurídica opinada.

Tem-se, pois, como arriscado engano entender ampliada essa vinculação a ponto de se considerar que esse caráter vinculatório o seja com tal elasticidade e com tal desbordamento a ponto de obrigar o órgão gestor - que deve decidir administrativamente - a tomar determinada decisão pelo simples fato de existir uma aprovação (ou uma desaprovação) de direito... Portanto, por ter essa natureza, doutrinariamente entendida como a de um ato condição, apenas a desaprovação jurídica é vinculante de uma decisão administrativa, seja concludentemente negativa ou seja sanatória de alguma ilegalidade *lato sensu*, já que, nesta hipótese, lhe faltaria, ao agente gestor, um elemento legal essencial para exarar sua decisão.

#### 5º equívoco –

Apenas *ad argumentandum*: ainda que se considerasse que a emissão de um Parecer jurídico, tido pelas Cortes de Contas como errôneo, omissivo, com deficiente ou falso embasamento doutrinário ou jurisprudencial, tendencioso ou eivado de vícios técnicos ou de vontade, ainda assim, a responsabilização do Advogado de Estado, que legitimaria aqueles Órgãos a aplicar-lhe alguma sanção pelo presumido exercício faltoso de sua profissão, dependeria sempre da prévia prova de culpa ou de dolo, processualmente formada perante seus órgãos próprios de controle – sejam os corporativos, seja o Judiciário – e por estes decidida no exercício de suas próprias e indelegáveis competências e, assim, como tal, inafastáveis e inusurpáveis.

Realmente, a aplicação de sanção pecuniária ao Advogado do Estado, aplicada em razão da constatação de vício em sua atuação profissional, constitui-se em intervenção de uma função constitucionalmente autônoma (a própria dos Órgãos de Contas) sobre outra (a própria dos Órgãos Corporativos próprios da Profissão de Advogado); intervenção atípica e não prevista na Carta Política, que seria, na verdade, o único texto que poderia autorizar tal sorte de controle.

Ao contrário do afirmado, como débil argumento *ad terrorem*, um eventual abuso advocatício, se perpetrado fosse, jamais restaria incontrolável em tais hipóteses, pois, obviamente, os controle próprios aplicáveis estão todos cumpridos e devidamente previstos, sendo, como se expôs, de duas distintas naturezas: *primo*, o controle corporativo – exercido por qualquer dos órgãos estatutários colegiados a que está sujeito o presumido advogado infrator, e em duplicidade (os Conselhos das Procuraturas a que pertença e o Conselho competente da Ordem dos Advogados do Brasil), e, *secundo*, o onímodo controle *jurisdicional*, bastando apenas que o Órgão de Contas, nessas hipóteses, os acione, nada mais que por uma simples comunicação por ofício, para pôr em marcha os devidos processos constitucionalmente adequados para impor sanções administrativas a advogados.

#### 6º equívoco –

O texto do artigo 38, parágrafo único, não se refere exatamente a uma atividade de consultoria jurídica, mas a uma atividade de assessoria jurídica, atuação que também é técnica, mas legalmente distinta daquela.

Reza a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB:

“Art.1º. São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais.

II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.” (n/ grifo).

Em razão dessa diferença introduzida na Lei, é possível deduzir-se que uma interpretação conforme a Constituição desse dispositivo, para que a legislação infraconstitucional não conflite com a Lei Magna, é excludente da atividade tipicamente consultiva.

Com efeito, a atividade de consultoria jurídica reservada ao Advogado de Estado é atividade em que este, na qualidade de consultor, emite uma opinião própria e sempre vinculante, porque, pelo menos, como sua mínima eficácia própria, exigirá que a autoridade decisória motive cabal e explicitamente porque não segue o opinamento nele contido. Distintamente, porém, na atividade de assessoramento jurídico, embora também sob reserva legal do Advogado de Estado, este, como assessor, apenas coadjuva e supre o órgão assessorado com justificativas e motivações que podem, até mesmo, não serem de sua própria convicção jurídica, mas manifestadas *ad argumentandum tantum*, com vistas a colaborar no equacionamento do problema e, eventualmente, a suprir com argumentos jurídicos as conclusões do próprio assessorado, como órgão decisório. Nestas condições, jamais seria vinculante o exercício de uma função de assessoria desempenhada pelo Advogado de Estado, pois que só a de consultoria vincula.

Na hipótese de *assessoria*, o agente gestor assessorado colhe apenas os subsídios que pretenda de seu assessor, para chegar à sua *própria conclusão* a respeito da prática do ato de gestão que dele se espera. Assim, *em razão mesmo da independência funcional do Advogado de Estado, agindo em atividade de consultoria – e não de assessoria – seria tecnicamente impossível, como sustentado, cogitar-se de solidariedade* e, mesmo que se pudesse lidimamente suspeitar que o agente jurídico, nesta qualidade, teria agido com dolo ou culpa, *a apuração deste fato deveria seguir o devido processo da lei* - garantia geral de todo e qualquer cidadão - e, portanto, correr preliminarmente perante os órgãos competentes para processar e impor sanções a advogados transgressores. Mas culpa e dolo não se presumem nem podem ser objeto de afirmação fora dos órgãos de controle administrativo reservados ou dos órgãos judiciários naturais.

## 10. Conclusões Finais

1. Conclusivamente, é possível assentar que:

- A. A atividade de *advocacia pública* não se confunde com a atividade de *administração pública*.
- B. O *ato próprio de Advogado de Estado* não é *ato de gestão administrativa* de dinheiros, bens e valores públicos.
- C. O *Advogado de Estado* é *agente público sui generis*, de natureza política e *status* constitucional, pois exerce unipessoalmente uma parcela do poder do Estado que lhe é conferida para o seu ministério - de impulso, de defesa e de dicção do direito - inconfundível com um *agente administrativo*, que pratica atos de gestão sob ordens hierárquicas.
- D. O *Parecer jurídico* é *ato próprio da atividade advocatícia*, privada ou pública, e não um *ato próprio da Administração*.<sup>52</sup>
- E. A *solidariedade decorre expressamente da lei*, não podendo ser inferida de uma *autorização*, máxime quando se trate de uma apreciação parcial - ou seja, apenas referida à *legalidade* - de uma questão cuja *decisão administrativa* deva ser tomada à luz de outras premissas, tais como conveniência, oportunidade, legitimidade e economicidade - essas, portanto, as que estão constitucionalmente postas sob a competência das Cortes de Contas.

2. Não se questiona a competência das diversas Cortes de Contas do País de adotarem suas próprias interpretações do Direito, pois o critério de *juridicidade* contido nos Pareceres dos Advogados de Estado não se lhes obriga, ainda porque,

<sup>52</sup> A este respeito, até a promulgação da Carta Política de 1988 era perfeitamente plausível a inclusão do Parecer jurídico na categoria geral dos pareceres administrativos, porque não se havia destacado constitucionalmente as funções essenciais à justiça e, entre elas, a função de Advocacia de Estado.

são apenas atos opinativos, praticados *sub censura*, como, de resto, todos os atos interpretativos do Direito, até mesmo os judiciais até que transitem em julgado.

3. Assim é que as Cortes de Contas, por se tratarem também de *órgãos constitucionalmente autônomos no desempenho de suas respectivas funções*, tanto quanto o são autônomos os *órgãos exercentes das funções essenciais à justiça* na que *tange às suas funções próprias*, estão livres para adotar as *interpretações* que lhes pareçam mais adequadas, divergindo, criticando e repudiando quaisquer conclusões de direito contidas em Pareceres jurídicos. Todavia, mesmo que os entendam como documentos ineptos ou viciados, *não poderão impor aos Advogados de Estado sanções administrativas constitucionalmente reservadas a gestores públicos*, por entenderem que os profissionais de direito, teriam *errado culposa ou dolosamente*, até mesmo por lhes faltar qualquer competência para apreciar *vícios subjetivos acaso praticados no exercício de profissão jurídica*.

4. Com efeito, o *poder sancionatório* desses órgãos de fiscalização de contas do País, previsto no art. 71, VIII, da Constituição<sup>53</sup>, *está exclusivamente dirigido aos gestores administrativos referidos no supracitado art. 70, parágrafo único*, pois são esses que exercem *competência decisória* (administrativa) na prática de atos eivados de ilegalidade de despesa ou com irregularidade contábil.

5. Por outro lado, é evidente que, *pela aplicação de sanções* aos Advogados de Estado, *por considerá-los "co-autores" de ilegalidades ou de irregularidades de gestão administrativa pública em razão de sua atuação funcional*, os órgãos de contas *estariam se substituindo*, sem o devido fundamento constitucional e sem o devido processo legal, aos *órgãos colegiados de controle* e, ainda com maior razão, *se substituindo aos próprios órgãos judiciais, em suas respectivas funções constitucionalmente privativas de controle e de imposição de sanções a advogados*.

6. Todavia, *essa usurpação de funções sancionatórias para apenar Advogados de Estado* - a que se vem arrogando as Cortes de Contas - além de *inconstitucional*, por se dar em violação da *independência funcional* de que gozam os *órgãos das funções essenciais à justiça*, ainda é mais grave quando aplicada sob o fundamento de uma pretendida *"solidariedade"*, por que: *primo*, tanto no *juízo corporativo interno* do ato advocatício *tout court*, como atividade privativa dos órgãos colegiados, conformados por seus pares *advogados*; como, *secundo*, no *juízo corporativo interno* do ato advocatício de Estado, privativo dos órgãos colegiados, conformados por seus pares *Advogados de Estado*; e, *tertio*, quanto, por fim, no *juízo jurisdicional externo* do ato advocatício, não importando se é ato privado ou público, como competência dos órgãos do Judiciário - tem-se que *quaisquer sanções*, como seria o caso de uma imposição pecuniária, *que decorram de imputação de alguma falta profissional praticada por Advogado de Estado, dependem inafastavelmente da prova de culpa ou de dolo, inafastavelmente, também, formada em processo próprio, perante órgãos*

<sup>53</sup> "Art. 71.

(...)

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei..."

*competentes e no qual seja franqueada ampla defesa, pois, afinal, o Advogado de Estado, como qualquer cidadão, goza da garantia de não ser privado de seus bens sem a observância do devido processo legal (Art. 5º, LIV, CF).*

7. Por derradeiro - como de resto em qualquer dos ramos de ofício do Direito - todos os titulares dos antigos e respeitáveis ministérios jurídicos instituídos no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, necessitam dessa peculiar e sagrada *segurança* constitucional, indispensável ao exercício de seus respectivos cargos, para uma serena e intemorata atuação na realização dos sagrados valores que devem sustentar, no desempenho de quaisquer de suas respectivas funções, no Estado Democrático de Direito.

Tercsópolis, inverno de 2013.