

**VALDEMAR DE OLIVEIRA LEITE**

*ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO.  
INSTITUIÇÃO CONSTITUCIONAL  
INDEPENDENTE OU ÓRGÃO DO  
EXECUTIVO?*

BRASÍLIA (DF), MARÇO DE 2003

VALDEMAR DE OLIVEIRA LEITE

**Monografia apresentada à banca examinadora do Instituto  
Brasiliense de Direito Público – IDP, Curso Pós-Graduação,  
como exigência parcial para a obtenção do Título de Pós-  
graduado Especialista em Direito Público *Lato Sensu*.**

Orientador: *Prof. Inocêncio Mártires Coelho*

*BRASÍLIA(DF), MARÇO DE 2003*

## **RESUMO**

A Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88, inicialmente inspirada no sistema de governo parlamentarista, elaborou a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que, no seu Título IV, tratou da “ORGANIZAÇÃO DOS PODERES” e, nesse Título, designou o Capítulo I ao “PODER LEGISLATIVO”, o Capítulo II ao “PODER EXECUTIVO”, o Capítulo III ao “PODER JUDICIÁRIO” e o Capítulo IV às “FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA”, inserindo neste último Capítulo o MINISTÉRIO PÚBLICO, na Seção I, e a ADVOCACIA DE ESTADO, denominada na Carta como “Advocacia Pública”, na qual se inclui a ADVOCACIA-GERAL DE UNIÃO, na Seção II. O Constituinte situou a Advocacia-Geral da União fora dos três Poderes da República, para que pudesse atender, com independência, aos três Poderes, haja vista que a representação judicial da União, confiada à nova Instituição, envolveria os chamados “Três Poderes” da República. Também consignou que a Advocacia-Geral da União seria responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos somente do ‘Poder Executivo’, restrição não imposta aos Procuradores das Unidades da Federação.

Pela síntese do dispositivo constitucional, pelo apego à teoria Tripartite, pela proximidade com o “Poder Executivo”, em razão dos serviços que lhe presta com exclusividade na área de assessoramento e consultoria jurídica, e sendo o Chefe da Instituição de livre nomeação do Presidente da República, a Advocacia-Geral da União acabou por se subordinar àquele “Poder”, com isso não havendo tratamento igual entre as Instituições que compõem “AS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA”, fato que, numa interpretação lógica e sistemática, não encontra guarida na Lei Fundamental.

**VALDEMAR DE OLIVEIRA LEITE**

***ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO.  
INSTITUIÇÃO CONSTITUCIONAL  
INDEPENDENTE OU ÓRGÃO DO  
EXECUTIVO?***

*BRASÍLIA(DF) MARÇO DE 2003*

## **SUMÁRIO**

INTRODUÇÃO.....	07
<b>CAPÍTULO I – O Estado</b>	
1. Lei de Sociedade.....	15
2. O Poder.....	17
3. O surgimento do Estado.....	18
4. Funções do Estado.....	22
5. Equilíbrio entre Funções do Estado.....	23
<b><u>CAPÍTULO II - Distribuição dos Poderes no Estado Brasileiro</u></b>	
<b>1. Poder uno.....</b>	<b>26</b>
2. Inspiração Parlamentarista do Constituinte de 1987/88.....	28
3. Organização dos Poderes defeituosa.....	31
4. A Quarta Função Típica .....	39
<b>CAPÍTULO III – Advocacia Pública. Funções Essenciais à Justiça</b>	
<b>1. Evolução Histórica.....</b>	<b>42</b>
2. Conceito e finalidade.....	44
3. Autonomia e Posição Institucional.....	50
4. Equivalência entre as Instituições.....	54

## CAPÍTULO IV – A Advocacia-Geral da União

1. Definição.....	60
2. Criação.....	62
3. A Advocacia de Estado e o Direito Comparado.....	63
4. Assimetria na Advocacia de Estado entre a União e as Unidades da Federação.....	66
5. Natureza Jurídica.....	70
6. Consultoria e Assessoramento Jurídicos.....	71
7. Posição Institucional.....	76
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	97
BIBLIOGRAFIA.....	100

## INTRODUÇÃO

A escolha deste tema, abordando a posição institucional da Advocacia-Geral da União, surgiu do I Encontro de Integração dos membros da AGU, ocorrido em 22 de abril de 2002, na Capital do País, com a presença dos Excelentíssimos Senhores Presidente da República, Presidente do Supremo Tribunal Federal, Advogado-Geral da União, outras autoridades e Juristas de renome.

Nesse encontro, vários temas relacionados com a Advocacia de Estado foram abordados, entre os quais a finalidade e a posição Institucional da AGU, hoje, indevidamente, subordinada ao Poder Executivo, com *status* de Ministério.

Também foram motivadores os debates havidos pelos Advogados da União, via *Internet*, no espaço institucional restrito denominado “FÓRUM DA AGU”, onde muito se discutiu sobre as dificuldades, principalmente na área consultiva, (por ser esta, em face da Lei Complementar nº 73/93, subordinada a Ministros de Estado, Comandos Militares e Secretários), ante a falta de autonomia administrativa e orçamentária da Instituição, com isso prejudicando a missão de independência, frente aos administradores públicos, necessária para o controle da legitimidade dos atos administrativos.

Com efeito, atualmente a AGU encontra-se, por completo, subordinada ao Poder Executivo, eis que é o Presidente da República, na prática, seu comandante absoluto, o qual tem iniciativa de leis, edita Decretos, estabelece as linhas a serem seguidas, dita o orçamento, além da subordinação administrativa da área consultiva a órgãos do Executivo. Enfim, a AGU quase deixou de ser órgão de Advocacia de Estado para ser, simplesmente, advocacia de governo, privilegiando o transitório em detrimento do estável - o Estado.

É de suma importância a criação urgente, ou aperfeiçoamento, dos mecanismos de controle dos atos praticados pelo Administrador Público. Esse controle não é só com o escopo de punir o desvio, mas, principalmente, evitá-lo. O que anseia a sociedade é a certeza de que os poucos recursos financeiros disponibilizados pelo Estado, originados de uma pesada carga tributária, traduzam-se em verdadeiros serviços e bens colocados à disposição de todos, máxime daqueles economicamente menos favorecidos. Só assim se contribuirá para amenizar os efeitos nefastos desta odiosa e injusta distribuição de rendas.

Com a subordinação da AGU a órgão político, a independência funcional do Advogado do Estado fica comprometida, não podendo zelar pela legalidade, nem evitar que o Poder Judiciário se abarrote cada vez mais.

Sem independência, portanto, não é possível ao Advogado do Estado estabelecer o controle interno da Administração, para que esta cumpra, de forma inafastável, os princípios esculpados constitucionalmente; sem independência, não é também factível a defesa intransigente do interesse coletivo, assumindo o seu papel de advogado do povo.

Assim, o nosso propósito neste singelo trabalho é suscitar maior reflexão no tocante à posição institucional da Advocacia-Geral da União e, por conseguinte, das Funções Essenciais à Justiça, no sistema presidencialista de governo da República Federativa do Brasil. É, pois, uma tímida tentativa de provocar a rediscussão de um tema que foi, a nosso ver, precocemente olvidado pela literatura jurídica moderna.

Sem sombras de dúvida, há necessidade premente de que doutrinadores de escol, despojados de preconceitos políticos, com absoluta independência e espírito público - se debruçam mais detidamente sobre a matéria.

Frente à Constituição Federal, a Advocacia-Geral da União é função independente ou estaria subordinada à Função Executiva do Estado (“Poder Executivo da União”)?

Na verdade, com a abertura política em nosso País, instalou-se a Assembléia Nacional Constituinte 1987/1988. Os Constituintes eram, na sua maioria, simpáticos ao sistema

parlamentarista. Em conseqüência, a Carta Magna teve um espírito parlamentarista encarnado em um corpo presidencialista.

Ademais, como é de regra, as circunstâncias políticas ditaram as diretrizes da ANC, com isso o rigor técnico e a obediência regimental foram relegados ao segundo plano.

O resultado foi o constatado pelo sempre lembrado jurista, o saudoso Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup>, quando asseverou que a atual Constituição da República é, formalmente, mal redigida, assistemática e detalhista; tem a redação confusa, a matéria é distribuída sem sistema, encontrando-se o mesmo assunto em vários capítulos.

É de se destacar também que, relacionando-se com o tema deste trabalho, porque tem a ver com a organização dos poderes na Carta Magna, onde a Advocacia Pública, como gênero, é tratada como Funções Essenciais à Justiça em capítulo próprio, sem subordinação às outras funções típicas do Estado, despertaram a atenção as aulas de um ilustre Constituinte à época, o Ministro do Supremo Tribunal Federal NELSON JOBIM, ministradas no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Alertou o nobre professor que a redação atual do artigo 2º da Constituição Federal de 1988 não foi votada, em plenário, no 2º turno da Assembléia Nacional Constituinte.

---

1. MEIRELLES, Ely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, Malheiros, 24ª ed., 1999, p. 57.

Consoante o respeitável Professor, o art. 2º havia sido esquecido, ou omitido em face da conformação parlamentarista da Assembléia Nacional Constituinte, quando da versão final da Carta Magna. Em face desse inusitado fato, na Comissão que só tinha competência para redação, sem adentrar em qualquer outro mérito, por sugestão do também Constituinte Michel Temer, é que se reinseriu o artigo 2º, com a inclusão, sem votação, da expressão: *independentes e harmônicos entre si*.

Buscando o Diário da Assembléia Nacional Constituinte<sup>2</sup>, na Seção de Documentação Parlamentar da Câmara dos Deputados, somente se encontrou nos arquivos daquela Casa uma votação no primeiro turno, realizada no dia 29 de janeiro de 1988, da Emenda Substitutiva, do Sr. Paes Landim, nº 2004, quando o resultado foi SIM: 424, e NÃO: 27, abstenção 2. A emenda não continha, de fato, a expressão “*independentes e harmônicos entre si*”<sup>3</sup>.

Outrossim, como a redação atual do art. 2º foi matéria não votada em segundo turno, no Plenário da Assembléia Nacional Constituinte, é de se perquirir sobre sua legitimidade. Se não foi ilegítimo, foi conflitante, pois que não se encontra harmonizado com o título próprio, que trata da “Organização dos Poderes”,

---

2. Diário da Assembléia Nacional Constituinte, sexta-feira, 29 de janeiro de 1988, pp 6680/6683

3. “A Constituição manteve a cláusula “independentes e harmônicos entre si, própria da divisão dos poderes no presidencialismo, acrescentada, aliás, na Comissão de Redação.” Cf. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª ed. p.113

afetando a interpretação da posição institucional dos entes que compõem as Funções Essenciais à Justiça.

Por outro lado, é preciso admitir que, de fato, mesmo que de forma não organizada e com boa técnica, a Carta Política de 1988 do Estado Brasileiro inovou, quando colocou, em capítulo específico, no mesmo título da Organização dos Poderes, as Funções Essenciais à Justiça, compreendidas estas o Ministério Público, a Advocacia de Estado, a Advocacia privada e a Defensoria Pública.

Apesar do avanço, em face da forma assistemática, o Constituinte desavisado criou um conflito, quando, no artigo 2º, diz que “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, enquanto que, no título da Organização dos Poderes, o fez como se fossem quatro as funções típicas, de vez que distribui em quatro capítulos, independentes uns dos outros.

Em consequência dessa assimetria, fez com que as Funções Essenciais à Justiça, uma vez concebidas sob inspiração parlamentarista, ficassem soltas, não se firmando, explicitamente, como uma das Funções do Estado, já que aparentemente não se poderia cogitar haja mais que três funções típicas (“poderes”) no Estado Brasileiro, aferrado à teoria da “separação dos poderes” (tripartite de Montesquieu), de há muito obsoleta.

O Ministério Público, hoje, tem sua autonomia, com independência administrativa e orçamentária. Mas, a Advocacia-Geral da União e a Defensoria Pública da União, quiçá pela hipertrofia da Função Executiva do Estado, acabaram por se subordinar integralmente ao Chefe do “Poder Executivo da União”.

Defendemos que todas as Instituições que compõem as Funções Essências à Justiça, inclusive a Advocacia-Geral da União, não podem estar sob o comando do “Poder Executivo da União”, pois tal situação subverte a interdependência harmônica que deve existir, característica do sistema presidencialista, nas funções típicas do Estado, transformando o sistema atual em **presidencialismo imperial**, com um “Poder Executivo” hipertrofiado, distanciando-se do modelo clássico, de inspiração americana, no qual o Legislativo, o Executivo e o Judiciário se equilibram, no exercício de suas funções típicas, por intermédio do sistema de “checks and balances” (freios e contrapesos).

As Instituições que compõem as Funções Essenciais à Justiça não são afeitas à atividade administrativa do Estado (entre elas também a Advocacia-Geral da União), mas sim se prestam, como Procuraturas Constitucionais, ao impulsionamento do Poder Judiciário e na defesa ampla do interesse público (defesa da sociedade, do Estado e dos necessitados). Funcionam como uma espécie de “contra-poder”, harmonizando e equilibrando as demais funções do Estado. Por isso, suas autonomias deverão ser

respeitadas, sendo indevida a subordinação ao Poder Executivo, pena de o Estado democrático de direito sucumbir.

## CAPÍTULO I

### O ESTADO

1. *Lei de Sociedade;*
2. *O Poder;*
3. *O surgimento do Estado;*
4. *Funções do Estado;*
5. *Equilíbrio entre as Funções do Estado.*

#### 1. Lei de Sociedade

Celso Ribeiro Bastos<sup>4</sup> assevera que é um truísmo afirmar-se que o homem é um animal social. Ao que lhe parece, nunca será possível identificar uma razão específica para a formação da sociedade, pois ela se confundiria com o próprio evoluir do homem, perdendo-se, portanto, nas origens da própria espécie humana.

Com efeito, por uma admirável lei da Providência, tudo se encadeia, tudo é solidário na Natureza. Vivemos sob o império da Lei da Sociedade.<sup>5</sup>

---

4. BASTOS, Celso Ribeiro, 1938 – Curso de direito constitucional, 20 ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 1999, p.3.

5. LE LIVRE DES ESPRITS, Paris, 1857, título original, tradução de Guillon Ribeiro.

Como princípio geral, a vida social está na Natureza. Vida social existe até entre os animais irracionais, quiçá pelo instinto de conservação. Com o homem não poderia ser diferente. A natureza humana é de viver em sociedade. A Natureza não deu inutilmente ao homem a palavra e todas as outras faculdades necessárias à vida de relação.

É contrário à lei da Natureza o insulamento absoluto, pois que por instinto os homens buscam a sociedade. Com isso, todos concorrem para o progresso, auxiliando-se mutuamente.

Procurando a sociedade, não fará o homem mais do que obedecer a um sentimento pessoal. Há também nesse sentimento algum providencial objetivo de ordem mais Geral. O homem tem que progredir. Insulado, não lhe é isso possível, por não dispor de todas as faculdades. Falta-lhe o contacto com os outros homens. No insulamento, ele se embrutece e estiola.

Homem nenhum possui faculdades completas. Mediante a união social é que elas umas às outras se completam, para lhe assegurarem o bem-estar e o progresso. Por isso é que, precisando uns dos outros, os homens foram feitos para viver em sociedade e não insulados.

---

## 2. O Poder

Em face de o homem viver sob o império da Lei de Sociedade, na medida em que se formam grupos e comunidades, nasce a necessidade de uma função voltada para os interesses da coletividade, no fito de resolver os problemas que ultrapassem os indivíduos, os problemas transpessoais. E nessa Função, há que ser investido alguém com Poder.

Diz-se que o poder, a fé e o amor, unidos e entrelaçados, são tidos como os três incentivos fundamentais que dominam o homem em sociedade, regendo a totalidade das relações humanas.

Bertrand Russel, lembrado por KILDARE<sup>6</sup>, assevera que o conceito fundamental da ciência social é o poder, como o da física é a energia. O poder exprime, como substância, a idéia de força, energia, capacidade.

Marcelo Caetano<sup>7</sup> conceitua poder como: “A possibilidade de, eficazmente, impor aos outros o respeito da própria conduta ou de traçar a conduta alheia.”

Evidentemente que numa sociedade organizada, o poder há de vir representando a maioria de seus membros. Na idéia de que o poder não pode ser exercido pelo fraco, já que

---

6. CARVALHO Kildare Gonçalves. Direito constitucional ditático. 8. ed. , ver., atual., e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 54.

7. CAETANO, Marcelo. Direito Constitucional, v.1, p. 17.

poder subentende força, um ente abstrato, representativo, houve por surgir. Assim, numa sociedade civilizada, o poder se concentra no Estado.

### 3. O surgimento do Estado

Nos primórdios da humanidade, o poder era exercido pelo mais forte. Era a lei da selva. Depois, o poder se concentra nos grupos, mais ainda predominando a força física. Com o tempo, nos grupos maiores, surge o líder, nas mais das vezes também pela capacidade física, em face da bravura nas batalhas travadas com outros grupos rivais.

Assim, aos poucos, vai surgindo a sociedade pré-estatal, como a família patriarcal, o clã; a tribo, a *gens* romana, o senhorio feudal.

KILDARE<sup>8</sup>, lembrando Orlando Magalhães Carvalho, ensina que, antes do aparecimento do Estado, houve sociedades pré-estatais, como a família patriarcal; o clã (“divisão exógena de uma tribo, cujos membros são aparentados uns com os outros por meio de um laço qualquer comum, ou a posse comum de *totem*, ou a moradia em território comum”); tribo, que, composta de clãs, é o grupo social de espécies simples, cujos membros têm um

---

8. CARVALHO, Kildare Gonçalves. Ob. Cit., p. 17.

governo único e agem em conjunto para certo propósito, como a guerra.

O mesmo autor ainda afirma que as sociedades que contém os elementos mais próximos do Estado são os esquimós, os bosquímanos e os pigmeus.

Dizem os autores que a palavra Estado significou, na antiguidade romana, a condição ou situação de uma coisa ou pessoa.

Na Idade Média, os estamentos (clero, a nobreza e o povo) corpos sociais de rígida hierarquia, seriam o começo de “Estado”.

Surge, assim, o Estado. Foi em 1513 que NICOLAU MAQUIAVEL, em sua obra *O Príncipe*,<sup>9</sup> empregou o termo Estado (stato), com significado de unidade política: “Todos os Estados que existem e já existiram são e foram sempre repúblicas ou principados. Os principados ou são hereditários, quando por muitos anos os governantes pertencem à mesma linhagem, ou foram fundados recentemente. (...) Os súditos dos domínios assim adquiridos estavam previamente habituados ao governo de outro príncipe, ou então eram Estados livres, anexados pela força das

---

9. MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Coleção A obra prima de cada autor. Ed. Martin Claret, 2002, p. 29.

suas armas, ou de outrem, quando não pela força do seu próprio valor ou sorte.”

Também a doutrina<sup>10</sup> diz que o Estado tradicionalmente possui três elementos: povo, território e poder político.

O povo, elemento humano, comunidade de pessoas, seria o sujeito e destinatário do poder político. O território seria o espaço geográfico indispensável para sediar o poder político.

KILDARE<sup>11</sup> define esse poder político como: “o que preside, integra, harmoniza todos os grupos sociais, possibilitando a convivência entre os membros dos grupos sociais, mediante um conjunto de regras que compõe o direito comum a todos eles.”

“As formas do Estado moderno são: Estado estamental, Estado absoluto, a variante do Estado de polícia, e Estado constitucional, ou Estado de direito, com o surgimento do Estado social de direito.”<sup>12</sup>

As correntes doutrinárias e filosóficas buscam justificar a existência do Estado. Assim, o Estado seria uma necessidade à convivência humana, bem como a legitimidade do poder estatal, ou do domínio do homem pelo homem. Os fins dos Estado são a

---

10. CARVALO, Kildare Gonçalves. Ob. Cit., p.p. 42/46

11. CARVALHO, Kildare Gonçalves. Ob. Cit., p. 54.

12. CARVALHO, Kildare Gonçalves. Ob. Cit., p. 29.

realização da segurança, justiça e bem-estar econômico e social. “O Estado é meio e não fim.”<sup>13</sup>

Em síntese, o poder é exercido por meio do Estado. Esse poder é exteriorizado, em regra, por órgãos, ou por agentes públicos que os representam. O Estado, ente abstrato, é onde se concentram os governantes. Portanto, o Poder deve estar no Estado, que por seus agentes, assume a capacidade de exigir, legal e legitimamente, comportamentos dos Governados, a fim de conseguir realizar o bem comum. Esse poder deve ser limitado pelo próprio Estado, por meio de norma fundamental e demais normas componentes do ordenamento jurídico vigente.<sup>14</sup>

#### 4. Funções do Estado

---

13. ATALIBA NOGUEIRA. Monografia. O Estado é meio e não fim. 1945.

14. Ensina MARIO STOPPINO, mencionando MAX WEBER: “Para Weber, as relações de mando e de obediência, mais ou menos confirmadas no tempo, e que se encontram tipicamente na política, tendem a se basear não só em fundamentos materiais ou no mero hábito de obediência dos súditos, mas também e principalmente no específico fundamento de legitimidade. Deste poder legítimo, que é muitas vezes designado pela palavra autoridade, Weber especificou três tipos puros: o Poder legal, o Poder tradicional e o Poder carismático. O Poder legal, que é especificamente característico da sociedade moderna, funda-se sobre a crença na legitimidade de ordenamentos jurídicos que definem expressamente a função do detentor do Poder. A fonte do Poder é, portanto a lei, à qual ficam sujeitos não apenas aqueles que prestam obediência, como são os cidadãos e consócios, mas também aquele que manda. O aparelho administrativo do Poder é o da burocracia, com sua estrutura hierárquica de superiores e de subordinados, na qual as ordens são dadas por funcionários dotados de competência específica.” Dicionário de Política, vol. I, 10ª edição, 1997, ed. UnB, pg. 940.

Para que o Estado alcance os seus fins, mister que funções constitucionalmente lhes sejam atribuídas. Tais atividades são desenvolvidas por órgãos estatais.

Função do Estado, segundo Marcelo Rebelo de Sousa, é “a atividade desenvolvida, no todo ou em parte, por um ou vários órgãos do poder político, de modo duradouro, independente de outras atividades, em particular na forma, e que visa à prossecução dos fins do Estado”.<sup>15</sup>

DUGUIT<sup>16</sup> define as funções do Estado como legislativa, administrativa e jurisdicional.

Como se nota, as funções são “os poderes” integrados do Estado. A separação das funções se confunde com a separação dos poderes. Na verdade, poder e função não se confundem. O poder é uno. As funções são divisíveis. “Se, contudo, aceitarmos a tese de que o poder do Estado é uno, não podemos falar em separação dos Poderes. Devemos aceitar o fenómeno, isto sim, da separação ou distribuição de funções de Poder Uno.”<sup>17</sup>

## 5. Equilíbrio entre as Funções do Estado

---

15. SOUSA, Marcelo Rebelo de. Direito Constitucional, p 236.

16. DUGUIT, Leon. Traité de droit constitutionnel, v.1, p. 219.

17. CARVALHO, Kildare Gonçalves, Op. Cit., p. 89.

Montesquieu<sup>18</sup>, falando da Constituição da Inglaterra, asseverou que “Há em cada Estado três espécies de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil.” O terceiro poder, diz o renomado autor, seria “o poder de julgar”, conquanto não se refira exatamente a poder judiciário. Pelo poder legislativo, “o príncipe ou magistrado cria as leis para um tempo determinado ou para sempre, e corrige ou ab-roga aquelas que já estão feitas. Pelo segundo, determina a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as questões dos indivíduos.”

O fundamento da “separação dos poderes”, segundo Montesquieu, firma-se no sentido em que: “Tudo então estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou o dos nobres, ou o do povo, exercesse estes três poderes: o de criar leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes e as querelas dos particulares.”

De se registrar, como lembra Hely Lopes Meirelles, Montesquieu jamais empregou a expressão “separação de poderes”, referindo-se unicamente à necessidade do “equilíbrio

---

18. MONTESQUIEU. Texto Integral. De l'Esprit des Lois, ou du rapport que lês lois doivent avoir avec la constituin de chaque gouverneent, lês moeurs, lê climat, la religion, lê commerce, etc. (1ª edição, 1748). Ed. Martin Claret, 2002, p.165/166

entre os Poderes”, porque o Governo é resultante da interação dos Poderes.

KILDARE<sup>19</sup> assevera: “O princípio da separação dos Poderes, como se depreende desde Aristóteles, não é prévio à Constituição, mas se constrói a partir dela.

De fato, o princípio de Montesquieu passou, no Estado liberal, a ser um dogma. Na França, a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão diz que: “Toda sociedade em que a garantia dos direitos não esteja assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição.”

Modernamente, não há, na maioria dos Estados, a adoção rigorosa da separação dos poderes. Não existe, a princípio, separação dos Poderes, com divisão absoluta de funções. O que há é a distribuição das funções estatais precípua em órgãos independentes, harmônicos e coordenados. Assim é, pois o poder estatal é uno e indivisível. Ademais, pode acontecer, como efetivamente acontece, que determinados atos sejam praticados sem que sejam específicos da competência da Função, como acontece, por exemplo, quando o Poder Judiciário concede férias a um seu servidor, fato que nada tem a ver com a jurisdição.

---

19. CARVALHO, Kildare Gonçalves, ob. Cit. p 88.

## CAPÍTULO II

### DISTRIBUIÇÃO DOS PODERES NO ESTADO BRASILEIRO

1. Poder uno; 2. Inspiração Parlamentarista do Constituinte de 1987/88; 3. Organização dos Poderes defeituosa; 4. As Quatro Funções Típicas.

#### 1. Poder uno

Kildare<sup>20</sup> assevera com propriedade que devemos aceitar o fenômeno da separação ou distribuição de funções de Poder Uno. No Estado não há, propriamente, separação de poderes. Existe, isto sim, separação de funções típicas.

---

20. CARVALHO, Kildare Gonçalves, Op. Cit. p. 89

Destarte, no Estado brasileiro, conforme também afirma Guilherme Costa Câmara<sup>21</sup>, o Poder é uno e emana do povo. A divisão desse Poder advém de opção legislativa (originária). E, ao fatiar o Poder, o constituinte sofreu os influxos do sistema de Montesquieu.

De se reiterar que, na verdade, Montesquieu não usou a expressão divisão de poderes. Segundo Hely Lopes Meirelles<sup>22</sup>, lembrando Paul Visscher<sup>23</sup>, os apressados seguidores de Montesquieu é que lhe deturparam o pensamento e passaram a falar em “divisão” e “separação de Poderes”.

Com efeito, não nos filiando à corrente que adota, por razões históricas, a teoria “Tripartite” como separação de poderes, o Poder do Estado Brasileiro só pode ser uno. É uma atecnia chamar função típica de Poder.

---

21. CÂMARA, Guilherme Costa. O Poder Ministerial. In: Jus Navengandi, n. 20. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=281> [Capturado em 01/03/2003].

22. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 24ª ed., 1999, Malheiros, p. 56.

23. “Paul Visscher, em profunda análise da obra de Montesquieu, chega a considerar que o atribuir-lhe a concepção da separação absoluta dos Poderes é uma verdadeira escroquerie intelectual, pois representa a mais completa deturpação de seu pensamento político (cf. Les Nouvelles Tendances de la Démocratie Anglaise, Paris, 1947, pp. 21 e 22). No mesmo sentido, v. Louis Wodon, Considérations sus la Séparation et la Délégation des Pouvoirs, Bruxelas, 1942, p. 19; e tb. W Guy Debeyre, Le Droit Public dès Francais, Paris, 1956, pp. 26 e ss. (citado por MEIRELLES, Hely Lopes, Ob. Cit. p. 56).

## 2. Inspiração Parlamentarista do Constituinte de 1987/88

Tudo indica, o Constituinte de 87/88, *a priori*, manteve-se fiel ao dogma da “teoria Tripartite”. Na verdade, não foi tão fiel assim. Havia um namoro com o sistema parlamentarista de governo, onde não há espaço para os denominados “Três Poderes”, estritamente considerados. O Chefe do Executivo é Chefe de Governo, não acumulando a Chefia de Estado.<sup>24</sup>

De fato, o Constituinte inicialmente teve uma inspiração parlamentarista. Ou, pelo menos, não estava convicto da forma republicana e do sistema Presidencialista. Assim é, pois que designou o dia para o plebiscito, 7 de setembro, cinco anos após (art. 2º, do ADCT), data que foi antecipada para o dia 21 de abril pela EC nº 02/92.

Então, de 05 de outubro de 1988 a 21 de abril de 1993, o País teve uma forma e um sistema de governo ainda por se confirmar. Logo, os artigos que compunham o título I, Dos Princípios

---

24. Cf. FERREIRA, Pinto, 1918, Curso de direito constitucional – 7ª ed., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 454 - “Três são as características, se bem que essenciais, do parlamentarismo: (...) 3ª) a existência de dois titulares do Poder Executivo, que Bagehot chamou de Executivo de representação, que é o presidente da República nas repúblicas parlamentares ou o monarca nas monarquias, e o Executivo de ação, que o gabinete liderado pelo primeiro-ministro, sendo que raramente as duas figuras de presidente da República e a de chefe de gabinete são confundidas em uma só pessoa.”

Fundamentais, o art. 76, que trata do “Poder Executivo”, e os demais dispositivos com referência à forma republicana e sistema presidencialista, ficaram numa situação precária. Somente com o plebiscito é que se confirmaram a forma republicana e o sistema presidencialista.

Foi esta dúvida do Constituinte, talvez por uma circunstância política daquele momento, a causa de hoje estamos perplexos diante da organização dos “poderes” (funções típicas) do Estado Brasileiro.

Uma vez confirmado a forma republicana, máxime o sistema presidencialista, a Carta Magna de 1988 ficou com um espírito parlamentarista encarnado num corpo presidencialista, onde o Chefe de Estado se confunde com o Chefe de Governo (Chefe do Poder Executivo). Esta seja talvez a causa de o saudoso Hely Lopes Meirelles<sup>25</sup> declarar: “A nossa atual Constituição da República, do ponto de vista formal, é mal redigida, assistemática e detalhista: a redação é confusa, a matéria é distribuída sem sistema, encontrando-se o mesmo assunto em vários capítulos, e desce a detalhes impróprios de texto constitucional”.

Foi nesse clima que o art. 2º da Constituição Brasileira em vigor, uma vez confirmado o sistema presidencialista, diz que

---

25. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 24º ed., 1999, p. 57

são Poderes da União, independentes harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, onde o Chefe do Executivo é também Chefe de Estado. É a adoção, em parte, da teoria de Montesquieu.<sup>26</sup>

De outro lado, o Constituinte ainda sem saber se casava com o Parlamentarismo ou se noivava com o Presidencialismo, deu forma à Lei Fundamental, mas não uma forma bem acabada. Pela indefinição, por plebiscito, marcado para quase meia década depois, finalmente ficou definido pelo presidencialismo. Registre-se que o plebiscito determinado originariamente pelo art. 2º, do ADCT para o dia 07 de setembro de 1993 foi, para alguns de forma oportunista, antecipado, pela EC nº 02, para o dia 21 de abril de 1993<sup>27</sup>.

Assim, a Assembléia Nacional Constituinte não se fixou convicta nos chamados “Três Poderes da União”. Não se queria, a

---

26. MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. 1ª ed. 1748, Ed. Martin Claret, 2002.

27. “No caso, embora não dizendo com o exame jurídico-constitucional da questão, é de ser reiterado que a antecipação atendeu a razões meramente de manutenção do poder: à época em que foi apresentada a emenda que violou a imutabilidade de uma disposição transitória, antecipando o plebiscito, as pesquisas de opinião registravam um sensível aumento das intenções de voto em favor do parlamentarismo monárquico. Nada impedindo crer que essa corrente pudesse até mesmo terminar vencedora do pleito, se a data original – cinco meses a mais de campanha plebiscitária – fosse mantida.

Assim, a antecipação do plebiscito de 1993 foi inconstitucional: contrariou disposição temporal-material específica, estabelecida pelo constituinte originário. Representou um mais um golpe de Estado “branco” a atestar a pouca eficácia constitucional entre nós.. A propósito de tal antecipação, aliás, com argumentos algo diversos mas sustentando a mesma conclusão quanto à sua inconstitucionalidade, em 1992 já se manifestara pela imprensa Geraldo Brindeiro, então Vice-Procurador Geral Eleitoral.” (Cf. SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da, *Elementos de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.)

princípio, dar tanto poder ao Chefe de Governo.<sup>28</sup> Desta sorte, o art. 2º da Carta Magna, que adotou a teoria Tripartite, era ainda uma centelha, que muitos forçiam para que apagasse, não obstante outros a alimentasse.

### 3. Organização dos Poderes defeituosa

Enquanto isso, sob contemplação parlamentarista<sup>29</sup>, no título IV, que trata da Organização dos Poderes, o Constituinte colocou cada Poder em um capítulo. Sucede que, em vez de três capítulos, o fez em quatro. E é exatamente no IV capítulo que ficaram as Funções Essenciais à Justiça.

JOSÉ ROBERTO RODRIGUES AFONSO<sup>30</sup>, memorizando a Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88, conta que na última etapa de trabalhos da ANC, presidido e relatado, respectivamente, por Ulysses Guimarães e Bernardo Cabral, as matérias foram submetidas ao Plenário Geral. Todos os constituintes, pela ordem,

---

28. “No Brasil, como em geral nas Repúblicas latino-americanas, o presidente tem vastas atribuições, muito superiores àquelas concedidas aos presidentes norte-americanos, posto que tem até poderes legislativos, contrariando mesmo o dogma da separação dos poderes de Montesquieu.” (Cf. FERREIRA, Pinto, 1918, Curso de direito constitucional – 7ª ed., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 424)

29. “ O texto foi aprovado no segundo turno sem a cláusula independentes e harmônicos entre si, por que estava sendo adotado o parlamentarismo, que é um regime mais de colaboração entre poderes que de separação independente. Aquela clausula é mais no presidencialismo.” (Cf. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª Ed. Malheiros, 1999, p. 110).

30. AFONSO, José Roberto Rodrigues. Memória da Assembléia Constituinte de 1987/88: As Finanças Públicas

apreciaram as matérias em duas rodadas de votação; em seguida foi organizada uma Comissão de Redação Final para corrigir erros ortográficos da última versão.

Relata que os dois turnos de votação em plenário tinham características diferentes. Cabiam quaisquer mudanças no primeiro, e os trabalhos foram organizados a partir do Projeto da CS, que recebeu milhares de emendas, dentre as quais mereceram destaque as que implicavam substituição integral do texto do Projeto "A", oriundas de um bloco de constituintes (denominado "Centrão"), que, devido a mudanças que promoveram no regimento interno da ANC, tiveram precedência no processo de votação em Plenário relativamente ao projeto básico da CS. Como cabiam emendas de qualquer natureza (modificativa, substitutiva, aditiva e supressiva) e a apreciação era feita por todos os constituintes, através de votações nominais e públicas, essa foi a fase de trabalho mais importante e decisiva da ANC. A redação que resultou das votações do primeiro turno constituiu o relatório denominado "Projeto de Constituição (B)" (de julho de 1988).

No segundo turno não cabiam emendas modificativas, substitutivas ou aditivas. Então, foram votadas as emendas apresentadas ao Projeto "B". Nesta fase, portanto, elas só podiam ter caráter supressivo, integrais ou parciais.

Foi a votação do projeto “B”, pois, a última análise de mérito realizada pelos constituintes. O texto aprovado foi denominado de “Projeto de Constituição (B)” (de setembro de 1988).

Foi reunida a Comissão de Redação, visando à correção de erros e à realização de aperfeiçoamentos indispensáveis, **sempre sem alterar o mérito das matérias.**

Nesta fase, quando não se poderia alterar qualquer mérito, reiterou-se, apreciaram-se então as últimas emendas do relator-geral e as apresentadas pelos constituintes, **visando, apenas, adequar a redação do texto aprovado no segundo turno.** Adequando o texto, concluiu-se pelo relatório identificado como “Projeto de Constituição (D) – Redação Final” (de setembro de 1988).

**Tão somente para um *referendum*, essa redação corrigida foi submetida novamente a votação no grande plenário.**

Em 5 de outubro de 1988, a nova Constituição foi promulgada.

Reiterou-se, à Comissão de Redação só era permitida a correção de erros e à realização de aperfeiçoamentos indispensáveis; **não podia alterar o mérito das matérias.**

Mas, não foi isto o que aconteceu. Um único Constituinte, o Sr. Michel Temer, simplesmente suplantou toda a votação plenária da Assembléia Nacional Constituinte, ao sugerir acréscimo de matéria de essência fundamental.

De fato, conforme já nos referimos na Introdução deste trabalho, este episódio foi alertado em aula ministrada no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, pelo ilustre Constituinte à época, hoje não menos emérito Ministro do Supremo Tribunal Federal, NELSON JOBIM. Asseverou o emérito professor que o artigo 2º da Constituição Federal de 1988, na redação que tem hoje, não foi votado por todas as Comissões da Assembléia Nacional Constituinte. Na verdade, segundo o respeitável Ministro do Pretório Excelso, o art. 2º havia sido esquecido quando da versão final da Carta Magna, somente sendo inserido por sugestão de Michel Temer, na Comissão de Redação, porém modificado, já que com o acréscimo da expressão: *“independentes e harmônicos entre si.”*

Em face desse inusitado fato, somente por ocasião da redação final, é que se inseriu o artigo 2º, na redação atualmente em vigor. Registre-se, não havia autorização regimental para essa providência.

Para confirmar, buscando o Diário da Assembléia Nacional Constituinte<sup>31</sup>, na Seção de Documentação Parlamentar

---

31. Diário da Assembléia Nacional Constituinte, sexta-feira, 29 de janeiro de 1988, pp 6680/6683

da Câmara dos Deputados, somente se encontrou nos arquivos daquela Casa uma votação no primeiro turno, realizada no dia 29 de janeiro de 1988, da Emenda Substitutiva, do Sr. Paes Landim, nº 2004, quando o resultado foi SIM: 424, e NÃO: 27, abstenção 2.

A Emenda Substitutiva tinha a seguinte redação: “Art. 2º São Poderes da União, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Não existia, de fato, a expressão “independentes e harmônicos entre si”.

No Diário da Assembléia Nacional Constituinte nada mais se encontrou que dissesse respeito ao artigo 2º. Isto vem dar verossimilhança no que o nobre Constituinte NELSON JOBIM asseverara, fato também lembrado por José Afonso da Silva.<sup>32</sup>

Então, o art. 2º, na redação atual, foi inserido somente quando da revisão final da redação, quando não se podia alterar o mérito das matérias.

Como a redação atual do art. 2º foi matéria não votada em segundo turno na Assembléia Nacional Constituinte, pois que não estava inserida no Relatório do Projeto “B”, é de se perquirir sobre sua legitimidade. É, pelo menos, duvidosa a sua

---

32. Cf. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª Ed. Malheiros, 1999, p. 110, “A Constituição de 1988 manteve o princípio com o enunciado um pouco diferente. O texto foi aprovado no segundo turno sem a cláusula independentes e harmônicos entre si, por que estava sendo adotado o parlamentarismo, que é um regime mais de colaboração entre poderes que de separação independente. Aquela clausula é mais no presidencialismo. Como, no final, este

adequação regimental. Se não foi ilegítimo, foi conflitante, pois que não se encontra harmonizado com o título próprio, que trata da “Organização dos Poderes”. Lamentavelmente, ante a conjuntura daquele momento histórico, os trabalhos terminaram com grande dose de precipitação e inconsciência, conforme bem lembrou Celso Ribeiro Bastos<sup>33</sup>.

Isto tudo por conta, também, das indecisões do Constituinte sobre o sistema de governo. Se fosse o parlamentarismo, como o espírito comandava, não haveria lugar para o art. 2º, na redação atual, no corpo da Constituição, pois a função administrativa estaria centrada no Parlamento. Assim, o art. 2º foi esquecido por muitos e lembrado por poucos. Sua vida dependeu de UTI. Salvou-se, talvez, com o remédio milagroso – o plebiscito de 1993.

Mas, efeitos colaterais se verificam.

---

é que prevaleceu, na Comissão de redação o Prof. e então Dep. Michel Temer sugeriu a reinserção da regra da harmonia e independência que figura no art. 2º” (...)

33. “No final de julho de 1988 inicia-se o 2º turno de votação. As características aqui já foram muito diversas. A votação teve no fundo um caráter meramente chancelador ou homologatório do que houvera sido aprovado antes. Regimentalmente, eram admitidas apenas emendas supressivas. Outras só eram aceitáveis se contassem com a unanimidade das lideranças. Tudo isso, somado ao persistente absentismo de uma parcela dos constituintes e sobre a Nação, aliado à aproximação dos pleitos municipais, fez com que a Constituinte se voltasse para um trabalho denominado “concentrado”, que não deixou de trazer consigo uma grande dose de precipitação e inconsciência, surgindo ao final um clima festivo. Fica contudo por se saber se a alegria era devida à sensação do bom trabalho realizado ou se ao alívio de ver terminado o que já vinha tornando-se um verdadeiro tormento.” (Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional, 20 ed., atual. : Saraiva, 1999, p. 150)

Em conseqüência desse conflito, fez com que as Funções Essenciais à Justiça ficassem soltas, não se firmando, explicitamente, como uma das Funções do Estado, já que aparentemente não se poderia cogitar haja mais que três poderes no Estado Brasileiro, aferrado à teoria tripartite de Montesquieu.<sup>34</sup> Num sistema parlamentarista, não há uma separação de “poderes” tão rigorosa, uma vez que neste sistema existe comunicabilidade entre as funções executivas e legislativas.<sup>35</sup>

---

34. “É certo que não se pode acusar Montesquieu de não ter vislumbrado outras instituições de igual relevo no plano orgânico-constitucional dos Estados, algumas à época inclusive inexistentes, sendo mais apropriado indagar-se a razão do constituinte republicano brasileiro ter tanto insistido, ao longo já de mais de cem anos de República, na tripartição dos Poderes, quando a própria Constituição Imperial de 1824 evidenciava possível a existência doutros Poderes do Estado (quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial — artigo 9º da Constituição), por mais equívocos que se possa verificar na acumulação de funções distintas na mesma autoridade ou órgão. Mas mesmo a análise real da organização política imperial evidencia que o Poder Executivo, embora constitucionalmente atribuído ao Imperador, em verdade era exercido pelo Presidente do Conselho de Ministros (o Primeiro-Ministro, então efetivamente Chefe de Governo), segundo o sistema parlamentarista então adotado (e não previsto constitucionalmente), enquanto efetivamente o Imperador se desincumbia das funções de Chefia de Estado e órgão monocrático do Poder Moderador (“O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos”) OLIVEIRA, Alexandre Nery de Reforma do Judiciário (VIII): funções essenciais à Justiça. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. p. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=222>>. Acesso em: 25 fev. 2003

35. “Contemporaneamente, os estudos constitucionais evidenciam que a concepção de Estado já se destaca como estrutura política da Nação territorialmente organizada e definida, envolvendo, em autoridades ou órgãos distintos ou não, as funções de Chefia de Estado, Parlamento, Corte Constitucional, Governo, Tribunais, Ministério Público e Controladorias do Estado, sem mais a necessidade de definição própria de quaisquer de tais funções como integradas a certo ramo de Poder do Estado, notadamente porque o sistema parlamentarista de Governo demonstrou a comunicabilidade entre funções executivas e legislativas, inclusive nos mais modernos sistemas presidencialistas, sem que tal possa evidenciar quebra da separação de funções preconizada por Montesquieu, e esta sim cerne da contemporânea estrutura dos Estados Democráticos.” OLIVEIRA, Alexandre Nery de, Ob. Cit. p.

Ante a estas situações atípicas, como já nos referimos na Introdução deste trabalho, parece que, de fato, a nossa Constituição da República<sup>36</sup>, do ponto de vista formal, “é mal redigida, assistemática e detalhista: a redação é confusa, a matéria é distribuída sem sistema, encontrando-se o mesmo assunto em vários capítulos, e desce a detalhes impróprios de texto constitucional”.

#### 4. A Quarta Função Típica

Depois de tanta confusão do Constituinte de 87/88, é de se inferir, então, que a atual Carta Política, desconsiderando o art. 2º na redação atual, eis que, reitere-se, somente inserido depois (não votado no 2º turno, na redação final)<sup>37</sup>, organizou os Poderes, ou melhor organizou QUATRO funções típicas, numa espécie de organograma, significando que cada capítulo se destina a um Poder, ou seja, cada capítulo configura uma função do Estado, sendo que cada função deve assumir a condição de independente e harmônica com as demais.

---

36. Hely Lopes Meirelles – Direito Administrativo Brasileiro, 16ª Ed. pp. 51/53

37. A Constituição manteve a cláusula “independentes e harmônicos entre si, própria da divisão dos poderes no presidencialismo, acrescentada, aliás, na Comissão de Redação. Cf. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª ed. p.113

Exemplificando, no Título IV, tratando da Organização dos Poderes, temos:

Capítulo I = Poder Legislativo

Capítulo II = Poder Executivo

Capítulo III = Poder Judiciário

Capítulo IV = Funções Essenciais à Justiça

Seção I = Ministério Público

Seção II = Advocacia Pública

Seção III = Da Advocacia e da Defensoria Pública

Logo, como no título IV, para organizar os Poderes, inseriu as Funções Essenciais à Justiça como sendo o seu quarto capítulo, em que pese não estar expressamente escrito PODER (no sentido de função), na verdade assume essa condição, se interpretação sistemática for feita, não sendo outra exegese possível.

Forçoso reconhecer, assim, que as Instituições integrantes do capítulo IV assumem qualidade de poder (no sentido de função), eis que no mesmo Título IV (Da Organização dos

Poderes), já que cada capítulo deve corresponder a um Poder/Função.

Mesmo que assim não se conceba, é certo que as Instituições que compõem as Funções Essenciais à Justiça não se subordinam a quaisquer das outras funções típicas (Legislativa, Executiva e Judiciária).

Com efeito, o Ministério Público, a Advocacia de Estado e a Defensoria Pública, de regra, não legislam, não administram e não julgam. Se assim é, ou *As Funções Essenciais à Justiça* representam o “Quarto Poder”, no organograma da Carta Magna, ou então são mais um sistema de freios e contrapesos, equilibrando o poder do Estado Brasileiro.

## CAPÍTULO III

### ADVOCACIA PÚBLICA. FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTÇA

1. *Evolução Histórica;*
2. *Conceito e finalidade;*
3. *Autonomia e Posição Institucional;*
4. *Equivalência entre as Instituições*

#### 1. **Evolução Histórica**

Conforme lembra José Afonso da Silva<sup>38</sup>, no Império (Constituição de 1824), era o Ministério Público que cumpria a função de Advocacia de Pública, porém com preponderância para as atribuições típicas de *custos legis* e da *persecutio criminis*. Mas, foi a Constituição de 1934 que institucionalizou a Advocacia Pública da União, conquanto tenha denominado de Ministério Público. Neste momento, houve uma mudança fundamental. No nível federal, o Ministério Público deixou de suas funções típicas, ficando apenas com a representação e defesa da União em Juízo. Foi por esta razão que os membros da instituição passaram a se chamar Procuradores da República, ao invés de Promotores Públicos Federais. A competência penal e sobre interesses privados indisponíveis passou para as Justiças Estaduais e, conseqüentemente, para o Ministério Público das unidades da federação, cujos membros são os até hoje denominados de Promotores Públicos.

---

38. “(...) foi a Constituição de 1934 que institucionalizou a Advocacia Pública da União, embora com a denominação de Ministério Público. Ora, no Império, o Ministério Público já exercia as funções de Advocacia Pública, mas, então, as atribuições típicas de Ministério Público, ou seja, de custos legis e da *persecutio criminis*, preponderaram sobre as de defesa judicial dos interesses da Fazenda. Mas, na República Federativa, essa equação se alterou fundamentalmente. A competência penal e sobre interesses privados indisponíveis passou para as Justiças Estaduais e pois para o Ministério Público dos Estados. Quer dizer, descentralizaram-se as funções de Ministério Público, de tal sorte que o Ministério Público Federal se tornou fundamentalmente um órgão de defesa dos interesses da União em Juízo. As funções de Ministério Público se tomaram marginais, e mais ainda quando a Constituição de 1937 extinguiu a Justiça Federal. Não foi sem razão que os membros da instituição se chamaram Procuradores da República. Com a criação de Justiças Federais Especiais, Eleitoral, do Trabalho, pela Constituição de 1946, surgiram ramos do Ministério Público da União junto dessas Justiças, mas o ramo chamado Ministério Público Federal continuou sendo tipicamente Advocacia Pública da União, embora acumulasse também atividades típicas de Ministério Público, especialmente depois da recriação da Justiça Federal de primeira instância.” (CF. SILVA, José Afonso da, A advocacia pública, RPG E, Porto Alegre, 22(50): 11-15, 1994 )

Segundo afirma ainda José Afonso da Silva, as funções típicas do Ministério Público Federal se tornaram marginais, máxime com a Constituição de 1937, que extinguiu a Justiça Federal.

Com a Constituição de 1946, foram criadas as Justiças Federais Especiais, Eleitoral, do Trabalho, com isso surgindo os ramos do Ministério Público Federal da União funcionando perante essas Justiças, resgatando as suas atividades típicas.

Mas, foi a Constituição de 1988 que operou substancial modificação, separando as funções de representação e consultoria das funções típicas do Ministério Público, com a criação da Advocacia-Geral da União, que ficou incumbida da representação e consultoria e assessoramento ao Poder Executivo<sup>39</sup>.

## 2. Conceito e finalidade

As Funções Essenciais à Justiça, como já se disse alhures, seria a quarta função típica do Estado, uma vez que está em capítulo próprio, o título da “Organização dos Poderes”, da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em

---

39. Cf. SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 1997, pg. 558 “A Constituição desfez o bifrontismo que sempre existiu no Ministério Público Federal, cujos membros exerciam cumulativamente as funções de Ministério Público e de Procuradores da República no exercício da advocacia da União. Agora, o Ministério Público da União com seus Ministérios Públicos especiais só cumpre as funções típicas da instituição. Não são mais advogados da União.”

1988. Estão compostas pelo Ministério Público, Advocacia do Estado (AGU e Procuradorias Estaduais)<sup>40</sup>, e Defensoria Pública.

Na verdade, as Funções Essenciais à Justiça correspondem à Advocacia em sentido amplo, uma vez que os organismos que às compõe se destinam, em regra, a acionar o Poder Judiciário, mercê do princípio da inércia a que se submete a função judicial, a fim de garantir a imparcialidade no julgamento dos litígios.<sup>41</sup>

Existem para funcionamento da Justiça. *Nemo iudex sine actore*<sup>42</sup> (*Não há Juiz sem autor*) é a máxima que justifica bem

---

40. “A EC 19/98 renomeou a seção II, do capítulo IV, do Título IV, da Constituição Federal/88, substituindo a expressão “Da Advocacia-Geral da União” para “DA ADVOCACIA PÚBLICA”, pois que a seção também trata dos Procuradores do Estado e DF.. A atecnia permaneceu, pois que deveria denominar a seção “DA ADVOCACIA DE ESTADO”. A EC 19/98 está sendo questionada no STF – ADI 2135-4, ao argumento de que não houve aprovação em dois turnos de discussão e votação no Congresso Nacional, bem assim ter abolido direitos e garantias individuais, alterando o sistema de isonomia, assegurado como “cláusula pétrea”.”

41. Cf. BULOS, Uadi Lammêgo, Constituição Federal antodada – 4ª ed. Saraica, 2002, p.1006, “Como o designativo “Das Funções Essenciais à Justiça”, o constituinte traçou, no Capítulo IV, o perfil constitucional do Ministério Público (arts. 127 a 130), da Advocacia Pública (arts. 131 e 132), da Advocacia em geral (art. 133) e da Defensoria Pública (arts. 134 e 135). Ao fazê-lo, teve em vista a máxima *nemo iudex sine auctore*. Realmente, não há juiz sem autor. Daí a importância do Ministério Público, da Advocacia Pública, da Advocacia em geral e da Defensoria Pública, organismos que desempenham atividades essenciais à Justiça, porque provocam o Poder Judiciário a dirimir litígios. Esses organismos essenciais à Justiça, através de seus agentes, que exercem funções públicas ou privadas. v.g., advogados, promotores, procuradores, defensores, propulsionam a função jurisdicional do Estado. Sendo a jurisdição inerte, por natureza, evidente que a instituição judiciária atua por provocação, precisamente para preservar a imparcialidade dos magistrados, os quais medeiam, em posição de equilíbrio, os interesses em embate.”

42. “Esta velha máxima, que significa, ao pé da letra, que não há juiz sem autor, exprime muito mais do que um princípio jurídico, porque revela que a Justiça, como instituição judiciária, não funcionará se não for provocada, se alguém, um agente (autor, aquele que age), não lhe exigir que atue. É um princípio basilar da função jurisdicional que “o juiz deve conservar (...) uma atitude estática, esperando sem impaciência e sem curiosidade que os outros o procurem e lhe proponham os problemas que há de resolver”. “A inércia (lembra ainda Calamandrei) é, para o juiz, garantia de

a finalidade das Instituições que integram as Funções Essenciais à Justiça.

Então, as Funções Essenciais à Justiça nada mais são do que o conjunto das Instituições que advogam algum interesse público ou privado, judicial ou extrajudicialmente. É a soma das competências do Ministério Público, Advocacia genérica, e Defensoria.

A Advocacia Pública, em sentido amplo, destina-se, destarte, à **defesa dos interesses públicos** e até de interesses individuais, coletivos e difusos. A "advocacia pública", na leitura da Constituição feita por Diogo de Figueiredo<sup>43</sup>, subdivide-se, então, em "advocacia dos interesses da sociedade", "advocacia dos interesses do Estado" e advocacia dos interesses dos necessitados".

Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>44</sup> conceitua as "funções essenciais à justiça" como "um conjunto de atividades políticas preventivas e postulatorias através das quais interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados,

---

equilíbrio, isto é: de imparcialidade", que sendo "virtude suprema do juiz, é resultante de duas parcialidades que combatem" parcialidades dos advogados das partes em disputa. Nisso se acha a justificativa das *funções essenciais à justiça*, compostas por todas aquelas atividades profissionais públicas ou privadas, sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionará mal. São procuratórias e propulsoras da atividade jurisdicional, institucionalizadas nos arts. 127 a 135 da Constituição de 1988, dicriminadamente: o *Advogado*, o *Ministério Público*, a *Advocacia Geral da União*, os *Procuradores dos Estados e do Distrito Federal* (representação das unidades federadas) e a Defensoria Pública." (Cf. SILVA, José Afonso da, Curso de direito constitucional positivo, 16ª ed., Malheiros, 1999, p. 579)

43. NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, As funções essenciais à justiça e as Procuradorias Constitucionais – Revista de Informação Legislativa nº 116-1992.

44. NETO, Diogo de Figueiredo, Ob. Cit.

promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais."

Na verdade, dentro das Funções Essenciais à Justiça está a Advocacia Pública em sentido amplo: as chamadas, conforme Diogo, "Procuraturas Constitucionais". A Advocacia Pública, portanto, compõem-se de órgãos de defesa de interesses públicos. Formam, pois, o gênero Advocacia Pública a soma das espécies: a defesa da sociedade (Ministério Público), a defesa do Estado (AGU e Procuradorias Estaduais) e a defesa dos necessitados (Defensoria Pública).

Conforme lembra QUINTÃO<sup>45</sup>, essas três **procuraturas constitucionais** são públicas, como preleciona DIOGO DE FIGUEIREDO, no cometimento da função de "**controle institucional de provedoria**", não só quanto à finalidade, como no tocante a seus agentes públicos, pois são elas instituições do Estado, embora não integrem nenhum dos Poderes exercendo assim "**funções essenciais à justiça**." Atividades políticas preventivas e postulatórias, diz Diogo Neto, exercidas por órgãos técnicos no mister advocatício, privado ou público, vale dizer, nas atividades de consultoria e de representação."

---

45. QUINTÃO, Geraldo Magela da Cruz. Defesa do interesse público na constituição federal - advocacia de estado - função essencial à justiça (\*) Palestra proferida no I Congresso Brasiliense de Direito Constitucional - 1998, em Brasília, sob organização do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.

Sendo as Funções Essenciais à Justiça o próprio gênero Advocacia Pública, pois que na verdade, advogam interesses públicos, a "advocacia pública, então, destina-se à defesa dos **interesses públicos** como dos interesses individuais, coletivos e difusos que a ordem jurídica lhe cometer, com ou sem caráter exclusivo. A Advocacia Pública é praticada por profissionais do direito, agentes públicos, constituindo-se, no sentido amplo, no "ministério público", em contraposição ao "ministério privado", esse como **advocacia privada**, sendo seus órgãos singulares os advogados públicos e, órgãos coletivos, as procuradorias de pessoas jurídicas de direito público, entre os quais se destacam as denominadas **procuraturas constitucionais**, conforme Diogo Neto, citado por Quintão<sup>46</sup>.

**Ministério Público, Advocacia-Geral da União**, (integrando essa as Procuradorias da União, as Procuradorias da Fazenda Nacional; e as Procuradorias das autarquias e fundações públicas federais por vinculação legal); e no âmbito estadual as Procuradorias dos Estados, as Procuradorias do Distrito Federal), e, finalmente, a **Defensoria Pública** - (arts.127 a 134), cabendo a cada uma delas atribuições consultivas e postulatorias definidas a nível constitucional e infraconstitucional, são, portanto, as **três instituições** de feição pública, concebidas pela Constituição de 1988, com competência para defesa dos **interesses públicos**, em sentido amplo, e também para movimentar o Poder Judiciário,

---

46 QUINTÃO, Geraldo Magela da Cruz, Ob. Cit.

submetido ao princípio da inércia (não há juiz sem autor), com isso atendendo a máxima *nemo iudex sine auctore*. Por isso, exercem de funções essenciais à justiça.

Desta forma, coube ao **Ministério Público** a "**advocacia da sociedade**", na promoção e na defesa dos interesses **sociais e individuais** indisponíveis e dos interesses **difusos e coletivos em geral**, na defesa da ordem jurídica e do regime democrático, (arts. 127 e 129), além da proteção do patrimônio público e social, e do meio ambiente, sem olvidar a titularidade da pretensão punitiva do Estado e conseqüentemente na promoção da ação penal pública, de forma privativa, entre outros de igual realce. (art. 129).

Já com relação às **Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal**, a Carta Magna incumbiu-lhes a "**advocacia dos interesses dos necessitados**", por competir-lhes a defesa dos economicamente necessitados, em todos os graus (art. 134), cumprindo o Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV).

Quanto à "**advocacia dos interesses do Estado**", ou "**advocacia de Estado**", coube, no plano federal, à **Advocacia-Geral da União em geral**, pelas suas diversas Procuradorias da União, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, e suas Procuradorias, e pelas Procuradorias dos entes autárquicos e

fundacionais públicos, a ela vinculados; e no **plano estadual**, às **Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal**, ao atribuírem-lhes a Constituição da República (arts. 131 e 132) e as subseqüentes leis maiores estaduais a representação judicial, ativa e passiva, e a extrajudicial da União (art. 131), dos Estados e do Distrito Federal (art. 132), respectivamente, vale dizer a promoção e a defesa dos interesses públicos, fixados em lei e cometidos ao Estado em seus desdobramentos políticos (União, Estados e Distrito Federal).

### 3. Autonomia e Posição Institucional

Entre as Instituições que compõem as Funções Essenciais à Justiça, a que mais se destaca em termos de posição institucional é, sem dúvida, o Ministério Público, ante a sua autonomia e independência, em igualdade com o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Consoante asseverado por Alexandre de Moraes<sup>47</sup>, a Constituição da República operou, implicitamente, substancial alteração da Teoria da Tripartição: "Note-se, que nos referimos às garantias dos Poderes Legislativos, Executivo, Judiciário e da Instituição do Ministério Público, uma vez que se assemelham em virtude da autonomia e independência e finalidades constitucionais. Além disto, exercem todos funções do Estado,

dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece o Estado constitucional de direito assenta-se na idéia de unidade, pois, o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania.”

Todavia, se o capítulo das Funções Essenciais à Justiça corresponde a uma Função do Estado, não só o *Parquet*, mas toda a Advocacia Pública, como gênero, assim cada Instituição (Ministério Público<sup>48</sup>, Advocacia Pública e Defensoria Pública) deve

---

47. MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional, Ed. Atlas - São Paulo - 1997 - Pág. 281.

48. Cf. OLIVEIRA, Alexandre Nery, “ No Brasil, durante longo tempo o Ministério Público teve envolvimento direto com o Poder Executivo, notadamente no campo federal, enquanto acumulava as funções institucionais agora de representante da Sociedade e de Fiscal da Lei e doutro lado as de representante judicial do Estado (Poder Público), atividades que, vez por outra, colidiam entre si. Mais surpreendente era a transformação de um juiz do Supremo Tribunal Federal em Procurador-Geral da República, por designação do Presidente da República, conforme a Constituição de 1891, silenciando-se em tudo o mais pertinente ao Ministério Público, embora com a República houvesse advindo o Decreto nº 1030, de 14.11.1890, que pela primeira vez normatizou o Parquet como instituição; no entanto, restava inequívoca a condição dos membros do Ministério Público como agentes do Poder Executivo. A Constituição de 1934 deu relevo institucional ao Parquet ao colocá-lo como órgão de cooperação das atividades governamentais, ao lado do Tribunal de Contas e dos Conselhos Técnicos. No entanto, já em 1937, a Carta Polaca resumiu as referências ao Ministério Público, muito similarmente à Constituição de 1891. A Constituição de 1946 restabeleceu o Ministério Público como instituição de relevo constitucional, colocando-o, inclusive, em posição destacada e anômala, porquanto, em título próprio, não se fazia integrada aos disciplinamentos gerais dos Poderes da União, nem a quaisquer deles era expressamente integrado, estando as normas pertinentes de aplicação obrigatória para a União, Estados, Distrito Federal e Territórios — neste particular, cabe ressaltar a inequívoca problemática constitucional decorrente da adoção da tese montesquiana da tripartição do Poder do Estado, eis que o Ministério Público evidenciava não se enquadrar propriamente como órgão do Poder Executivo porque não se vinculava a políticas administrativas, mas igualmente, embora perante o mesmo exercesse a maior parte de suas funções, também não era órgão do Poder Judiciário, porquanto nada lhe competia nem lhe compete julgar (no sentido jurisdicional dos julgamentos proferidos pela Magistratura). A Constituição de 1967, por sua vez, retornando aos princípios editados por Montesquieu, colocou o Ministério Público na parte referente ao Poder Judiciário, embora, contraditoriamente, elencando a função de representação judicial da União em relação aos Procuradores da República. A Carta de 1969 (a Emenda Constitucional nº 1 à Constituição de 1967), como verdadeiro título revolucionário, novamente deslocou para o capítulo do Poder

ter o mesmo tratamento, pois que se assemelham, integrando, no conjunto, um “poder”, ou melhor, uma Função Típica de Estado, (“a Quarta Função Típica”) independente do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.

Parece existir equívoco ao se entender que quaisquer dessas instituições pertençam ao “Poder Executivo”. São, claramente, instituições autônomas, sem inclusão em qualquer dos outros “poderes”.

Mas, mesmo falando do Ministério Público em particular, a instituição mais autônoma e independente, existem autores que defendem que não há como existir Instituição que não esteja ligada a um dos Poderes descritos no art. 2º , ou seja: Legislativo, Executivo e Judiciário.<sup>49</sup> Conseqüentemente, se o Ministério Público não é autônomo, o que dizer das demais Instituições, menos tradicionais.

De outro lado, também existe quem defenda o contrário, ou seja, o Ministério Público seria um quarto poder.<sup>50</sup>

---

Executivo as normas pertinentes ao Ministério Público, posição que perdurou até a promulgação da Constituição de 1988.

49. Cf. SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª Ed. Malheiros, p. 583 “(...)não é aceitável a tese de alguns que querem ver na instituição um quarto poder do Estado, porque suas atribuições, mesmo ampliadas aos níveis acima apontados, são ontologicamente de natureza administrativa, sendo, pois, uma instituição vinculada ao Poder Executivo, (...)”

50. CÂMARA, Guilherme Costa. O Poder Ministerial. In: Jus Navengandi, n. 20. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=281> [ Capturado em 01/03/2003]. ” Vale ressaltar que atualmente a maioria dos doutos já cuidou de tentar retirar do Ministério Público qualquer

O Ministério Público tem, de fato, autonomia e independência dos demais “Poderes”. Todavia, para as demais Instituições, na prática não é o que se verifica. A Advocacia Pública e a Defensoria Pública, acabaram-se por se subordinar, de forma anômala, ao Poder Executivo.

#### **4. Equivalência entre as Instituições. Isonomia entre as carreiras jurídicas**

As Instituições que compõem as Funções Essenciais à Justiça estão inseridas no mesmo capítulo da “Organização dos Poderes”, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

---

pretensão de qualificar-se como um dos poderes estatuidos, pois, segundo racionalizam, a lume da clássica divisão tripartite de Montesquieu, não lhe sobeja qualquer espaço, classificando-o (natureza jurídica), simplesmente, como "instituição vinculada ao Poder Executivo, funcionalmente independente" (cf. José Afonso da Silva, "in" Curso de Direito Constitucional Positivo - 11ª Edição - Ed. Malheiros - Pág. 554). 9. Permissa maxima venia, assinalamos discordar, porque não se nos parece convincente o asserto, vez que descarta do "telos" insofreável da atuação ministerial : como Poder, reforçar o equilíbrio social e dar consequência aos injuntivos constitucionais, mediante fiscalização do plexo normativo em vigor, bem como, dos demais poderes . (...)29. Sói ocorrer que, no âmago, somos todos tradicionalistas (para Baruch Spinoza "Tudo, desde que esteja em si mesmo, esforça-se por persistir em seu próprio ser" - "in" Ética); idênticamente o legislador constituinte originário, quando, após armar a Instituição de todos os requisitos típicos de um poder político-institucional , alçando seus membros ao patamar de agentes políticos, dotados de garantias inconcedidas até mesmo aos agentes legislativos e administradores públicos, simplesmente olvidou encartá-la na divina trindade engastada no art. 2º do Texto Magno(...). 41. De feito, dentro de balizas hermenêuticas (interpretação sistemática, a cindir com a rígida literalidade do art. 2º), não há despistar, o Estatuto Político Supremo , criou a partir de um micro-poder (sub-poder)(cf. Microfísica do Poder - Michel Foucault - Ed. Graal 8ª Edição), um novel Poder: O Poder Ministerial .(...)43. Em suma, trata-se de um contrapoder volvido e vocacionado à defesa da cidadania (muito além da defesa do cidadão) e da sociedade , freqüentemente violadas ou ameaçadas pela ação das demais Forças Políticas, intervindo, outrossim , sempre e quando Interesses Públicos e Princípios Constitucionais sejam malferidos.”

Sendo todas essenciais à Justiça e ao exercício da própria função jurisdicional, não podem receber tratamento diferenciado, até mesmo entre os seus membros.<sup>51</sup> Contudo, as diferenças são gritantes: somente o Ministério Público possui autonomia administrativa e orçamentária, e seus membros têm seus vencimentos equiparados aos Magistrados.

Isto tanto é verdade que, originalmente, a igualdade entre as carreiras jurídicas era reconhecida no artigo 135. Com efeito, na redação primitiva, eram aplicadas às carreiras jurídicas disciplinadas no Título IV (Magistratura, Ministério Público, Advocacia e Defensoria Públicas) isonomia de vencimentos. Na redação original do art. 135 era assegurada, expressamente, a aplicação do disposto no inciso XII do art. 37 e do § 1º do art. 39, ou seja, impunha-se ao legislador ordinário o dever de reconhecimento de direito de igualdade de vencimentos. O fundamento dessa igualdade era a não existência de hierarquia entre as carreiras jurídicas, na verdade sendo complementares umas das outras.

---

51. “Em alguns casos poderá apresentar alguma dificuldade o dizer se determinado cargo tem funções senão iguais, ao menos assemelhados, como exige o dispositivo acima transcrito (art. 39, § 1º). Todavia, com respeito às carreiras do Ministério Público, da Advocacia Geral da União, das Procuradorias Estaduais e das Defensorias Pública em geral, não pode haver dúvidas quanto à sua inserção debaixo do preceito equiparador, por força do art. 135 da Constituição que manda à lei regulamentar dar implemento a essa medida isonômica.” (Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional, p. 342.)

Contudo, a Emenda Constitucional nº 19/98, considerado por muitos como inconstitucional<sup>52</sup>, alterou o art. 135, que na sua redação original garantia isonomia entre as carreiras jurídicas.

A diferença de tratamento dispensado às Instituições co-irmãs (Advocacia-Geral da União e Defensoria Pública) perante o Ministério Público é gritante.

Para começar, aos membros da Advocacia de Estado, é exigida a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, por força do Estatuto dos Advogados (§ 1º, do art. 3º, da Lei nº

---

52. Cf. ADI 2135-4, Petição Inicial, p.p. 39/40 **“Nova redação dada ao art. 135, suprimindo o princípio da isonomia entre as carreiras jurídicas.** Tão profunda é a decisão dos “reformadores” do Estado Brasileiro no sentido de desconstituir o Estado de Direito, que não hesitaram em propor e aprovar alteração ao art. 135 da CF de 1988 com o propósito, nesse caso específico, de **suprimir a garantia constitucional de isonomia de vencimentos entre as carreiras jurídicas disciplinadas no Título IV da Constituição.** Em sua redação primitiva, assegurava expressamente o art. 135 a tais carreiras a aplicação do dispositivo no inciso XII do art. 37 e do § 1º do art 39, **reconhecendo, entre elas, identidade de atribuições** suficiente para impor ao legislador ordinário a obrigação de reconhecer-lhes o direito a vencimentos iguais, **por força de suas semelhanças atributivas.** O dispositivo constitucional original, assegurando expressamente igualdade de tratamento entre as carreiras da Magistratura, do Ministério Público, da Advocacia e da Defensoria Públicas, objetivava não menos do que, mediante um princípio de tratamento igual, reforçar a tese de que *todos os cargos de carreira responsáveis por funções essenciais à Justiça e ao exercício da própria função jurisdicional* devem fazer jus ao mesmo tratamento remuneratório, por parte do Estado, uma vez que não há, entre eles, hierarquia, mas complementariedade. Contudo, a nova redação dada ao art. 135 ignora esse aspecto, resumindo-se a declarar, sinteticamente, que “os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo” que são os membros do Ministério Público da Advocacia e Defensoria (...) subsídio fixado por lei em parcela única, vedado o pagamento de quaisquer outras vantagens. Também que se vislumbra ofensa às cláusulas pétreas, pois o novo comando constitucional não assegura tratamento isonômico em termos de valor de subsídio, mas apenas quanto à *forma* como tais cargos serão retribuídos. A mitigação do art. 5º, praticada mediante a alteração promovida ao art. 135 da CF pelo art. 18 da Emenda Constitucional nº 18, deve, igualmente, ser expurgada do mundo jurídico, em face de sua completa e inarredável *inconstitucionalidade.*”

8.906/94)<sup>53</sup>, despesa que os Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores Federais não têm ressarcimento da União. Por outro lado, a União também não assume esse ônus perante a OAB.

Não se vê justificativa lógica para que a Ordem dos Advogados tenha em seus quadros parte dos membros da Advocacia Pública (Advogados do Estado), enquanto que a outra parcela está dispensada (Ministério Público). De qualquer forma, o dispositivo da Lei nº 8.906/94 é inconstitucional, pois que regula matéria destinada à Lei Complementar, que é a hierarquia da norma orgânica da Advocacia de Estado e da Advocacia Pública, de forma ampla, as quais não condiciona à tal inscrição.

Depois, a diferença vencimental é considerável. Um Advogado de Estado e um Defensor Público recebem quase a metade de um Advogado da Sociedade (Procurador da República). Ora, se as funções de Advogado de Estado e Advogado da Sociedade foram sempre desempenhadas por uma única Instituição e pelos mesmos membros, não há razão para essa discriminação.<sup>54</sup>

---

53. “ §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.”

54. Isso significa, como, aliás, já observara Tomás Pará Filho, no I Congresso Nacional de Procuradores de Estado, que, diante da tradição firmada em nosso sistema administrativo, que a

Advocacia Pública tem posição equivalente à do **Ministério público**,<sup>3</sup> tanto que ambas as funções foram sempre desempenhadas, na União, por uma única instituição, e, não só, mas até pelos mesmos membros. Portanto, nada há a estranhar quando a Constituição vigente distinguiu as atribuições de defesa da sociedade e do Estado, em instituições distintas: Ministério Público e Advocacia Pública (da União e dos Estados), tinha, como consequência, de manter o princípio da equidade entre os seus executores. 6. A propósito desse assunto, cabe invocar a lição de Francisco Campos, em um parecer dado exatamente para o Ministério Público de São Paulo, em defesa da igualdade de vencimentos de seus membros com os membros da magistratura, como previa o art. 61 da Constituição paulista de 1947. Eis o seu texto: "Toda vez que um serviço, por conveniência pública, é erigido em instituição autônoma, com capacidade própria de decisão, ou com a capacidade de decidir mediante juízos ou critérios da sua própria escolha, excluída a obrigação de observar ordens, instruções, injunções ou avisos de autoridades estranhas ao quadro institucional, com o fito de evitar infiltrações de natureza política no exercício da sua competência deliberativa ou decisória, impõe-se a garantia aos funcionários incumbidos de tomar as deliberações ou decisões institucionais, da necessária independência, mediante a única técnica eficaz, empregada em relação à Justiça, de lhes assegurar a estabilidade nas funções e nos soldos. "Como e quando se impõe o emprego dessa técnica de organização de determinado serviço público é uma questão de política legislativa no mais alto sentido da expressão. "Se a técnica em questão deva ser objeto de norma constitucional, dependerá tão-somente do grau de independência que o legislador constituinte queira assegurar ao serviço, pondo-o a coberto não somente da discreção do Executivo, como, por igual, do Poder Legislativo. Se, pela natureza do serviço, o legislador constituinte entende que deve imunizá-lo à ingerência de ambos os poderes, nada há que o impeça de fazê-lo. "O fato de que os vencimentos dos funcionários são fixados mediante iniciativa do Poder Executivo e deliberação do Poder Legislativo, não impede que na própria Constituição, para casos especiais, em que a conveniência pública aconselhe subtrair ao arbítrio do Executivo ou do Legislativo a fixação de vencimentos de determinados funcionários, o legislador constituinte não o possa fazer, sem que em nada desnature aquela competência privativa dos dois mencionados poderes. " 7. Ora, o que Francisco Campos quis dizer nessa longa passagem foi que a institucionalização de um serviço público, como o da Advocacia Pública, que resulta dos "novos reclamos da sociedade em transformação", importa, conseqüentemente, em lhe assegurar a estabilidade de funções e dos vencimentos. A Advocacia Pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente e veementemente a defesa da moralidade pública, que se tomou num valor autônomo constitucionalmente garantido. Não é que essa defesa lhe escapasse antes do regime constitucional vigente. Mas, então, o princípio da moralidade tinha urna dimensão estritamente administrativa, quase como simples dimensão da legalidade, ligada aos problemas dos desvios de finalidade. Agora não, porque a Constituição lhe deu um sentido próprio e extensivo e abrangente da ética pública. O exercício de uma tal missão requer garantias específicas contra ingerências e contra atitudes mesquinhas de congelamento de remuneração. Tomás Pará Filho relata um caso do Advogado do Estado", o Dr. Peno Fausto Pegado de Azevedo, que, no estrito cumprimento dos deveres de seu cargo junto ao Tribunal de Contas do Estado, opinara contra a aprovação de contas de antigo Secretário da Educação, concluindo, ainda, pela responsabilidade do mesmo pela malversação de dinheiros públicos; e, por assim o ter feito, fora intempestiva e arbitrariamente afastado de suas funções, pelo Governo da época".<sup>5</sup> É bem verdade que o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados de São Paulo deliberou, por unanimidade, no sentido de desagravá-lo, mas isso não lhe restituiu a função. 8. Isso tudo quer mostrar que a institucionalização da Advocacia Pública em nosso País é da tradição do nosso constitucionalismo, que a teve sempre de mistura com as funções do Ministério Público, de onde ressaí a equidade de funções que justifica igualdade de vencimentos. A Constituição de 1988 avançou nessa institucionalização, mas deixou dúvidas que serviram de anteparo a distorções contra a efetivação do princípio da isonomia que ela instituiu, exatamente como uma das garantias da função. (Cf. SILVA, José Afonso, A advocacia pública, RPGE, Porto Alegre, 22(50):11-15, 1994)

Tudo leva a crer que a diferenciação existe em razão da falta de possibilidade de iniciativa para proposição de lei, tanto pelo Advogado-Geral da União, como pelo Defensor-Geral da União, prerrogativa somente do Chefe do Poder Executivo. Essa distorção faz que as Funções Essenciais à Justiça não se equivalham, num tratamento que ofende o art. 5º da Constituição Federal, pois que não se justifica tratamento desigual para quem é igual perante a lei.

Essa ingerência do Poder Executivo, causada pela incongruência do Constituinte de 1987/88, que deixou as Funções Essenciais à Justiça soltas, mas continuou aferrado à tripartição dos Poderes, é grande responsável por esta superposição, fruto de um Presidencialismo Imperial.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> Vide o capítulo II deste Trabalho

## CAPÍTULO IV

### A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

1. Definição; 2. Criação; 3. A Advocacia de Estado e o Direito Comparado; 4. Assimetria na Advocacia de Estado entre a União e as Unidades da Federação; 5. Natureza Jurídica; 6. Consultoria e Assessoramento Jurídicos; 7. Posição Institucional.

#### 1. Definição

A definição da Advocacia-Geral da União está no artigo 131, da Lei Maior, assim:

*“Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos*

*termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo.”*

Definição repetida na Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, instituidora da lei orgânica da Advocacia-Geral da União, estabelecendo no seu art. 1º, que:

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

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

Das disposições transcritas, conclui-se ser a Advocacia-Geral da União a entidade que representa a União, em juízo ou fora dele, ou seja, representa o Estado, tanto nas funções Executiva, Legislativa e Judiciária, sem excluir as Instituições irmãs, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

## 2. Criação

Advocacia-Geral da União veio à luz pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nasceu como uma das Instituições Essenciais à Justiça, dentro do título IV, que trata da “Organização dos Poderes”.

Sua semente foi extraída do corpo do Ministério Público e da extinta Consultoria-Geral da República

Com efeito, em face da extinção da Consultoria-Geral da República, a infante AGU herdou todas suas competências, somando-se às que já estava no seu espírito.

Juntamente com as Procuradorias das Unidades Federadas e Distrito Federal, formam a Advocacia de Estado, espécie da Advocacia Pública.

O seu nascimento foi para residir entre os “Três Poderes”, mas não dependendo de nenhum deles. Porém, por ser ainda uma infante, vive até o momento sob as asas aprisionantes do “Poder Executivo”.

Conclui-se, portanto, a origem<sup>56</sup> da Advocacia-Geral da União está no Ministério Público Federal e na extinta Consultoria-Geral da República.

---

56 Tendo, assim, em vista um melhor aparelhamento da tutela do interesse público, a Constituição Federal de 1988, secundando antecedentes praticados, com sucesso, há mais de dez anos, em nível

### 3. Advocacia de Estado e o Direito Comparado

Como ocorria no Brasil anteriormente a 1988, países há em que as funções de defesa da sociedade, de defesa do Estado, de fiscal da lei e de titular da ação penal estão concentradas em um único órgão.

Por outro lado, também existem países, onde essas mesmas atribuições são cometidas a instituições diferentes.

Portugal é um exemplo onde o Ministério Público acumula funções e tem a incumbência de ser fiscal da lei, de defender a sociedade e o Estado e de exercer a titularidade da ação penal.<sup>57</sup>

Também na Espanha, os interesses públicos *lato sensu* são defendidos por um único órgão, denominado “Ministerio

---

estadual, optou por *dividir a instituição* incumbida da tutela judicial do interesse público, **atribuindo** à chamada “Advocacia da União”, à conta da influência do *modelo italiano, a atividade institucional originária*, isto é, a tutela do interesse público naquilo que diz respeito com os interesses do Estado, remanescendo ao “Ministério Público”, basicamente, as competências acusatória e fiscalizadora herdadas do *modelo francês*, a que se acrescentou a título revitalizador, a polêmica participação na tutela dos chamados “interesses difusos”

57 “Isto, em termos tendenciais, porque em Portugal o Ministério Público continua a ser ‘advogado do estado’, tarefa que noutros países é desempenhada por operadores jurídicos diferentes (‘advogados do Estado’ ou ‘advogados contratados’) .” (Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, ed. Almedina, 4ª edição, pg. 665)

Fiscal”, que está no Título do Poder Judiciário, conforme sua Constituição.<sup>58</sup>

Já na Itália<sup>59</sup>, o Ministério Público tem as atribuições de defesa da sociedade e de titular da ação penal. A Advocacia de Estado compete à Instituição específica.<sup>60</sup>

De notar ainda que na Itália, o Ministério público é órgão do Poder Judiciário.<sup>61</sup>

---

58. “Artículo 124 , 1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tienen como misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. 2. *El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.*3. *La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.* 4. *El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial.*”

59. “Na Itália, a defesa judicial dos interesses do Estado compete a "Avvocatura dello Stato", distinta do Ministério Público, instituída pelo RD n° 2.914, de 16 de janeiro de 1876, como "Avvocatura Erariale", tendo recebido a atual denominação por força do RD n° 1.483, de 20 de novembro de 1930.” (Cf. Sesta, Mário Bernardo, Advocacia de Estado: Posição Institucional., RIL, a. 30 n. 117,p. 189, Nota 4, Brasília, 1993)

60. “Já vimos como é mister que haja sempre um impulso externo para movimentar a função jurisdicional e já dissemos que, quando, o interesse insatisfeito for de natureza pública, o impulso provém do Ministério Público: que ‘tem a obrigação de exercer a ação penal’ (...) e a civil nos casos determinados pela lei (art. 69 do Cód. de Proc. Civil; e sua intervenção, por ex., é obrigatória nas causas matrimoniais ou de trabalho). O Ministério Público nunca é parte nos juízos cíveis (onde o Estado, eventualmente, é representado pela Advocacia do Estado); o é, ao contrário, por disposição do Código, não (sic) penais: onde intervém como acusador público.” (Cf. DI RUFIA, Paolo Biscaretti. Diritto Costituzionale – Istituzioni di Diritto Publico, 9ª edição, 1972, traduzido por MARIA HELENA DINIZ pela ed. Revista dos Tribunais, 1984, São Paulo-SP.

61. “O Ministério Público – que no passado, se apresentava com vestes nitidamente subordinadas ao Ministro da Justiça – hoje se tem subtraído a qualquer dependência hierárquica da administração

Comparando-se os modelos italiano e português, percebe-se que o modelo brasileiro atual de advocacia de Estado segue o exemplo italiano<sup>62</sup>, pois que, depois de 1988, o Ministério Público não mais pratica Advocacia de Estado, que ficou a cargo da Advocacia-Geral da União e dos Procuradores das Unidades Federadas e Distrito Federal.

---

e colocado entre órgãos da magistratura. A Constituição, com efeito, no art. 107 afirma que ‘o Ministério Público goza das garantias estabelecidas a respeito pelas normas sobre ordenação judiciária’; acrescenta, no art. 108 que ‘a lei assegura a independência’ do Ministério Público ligado às ‘jurisdições especiais’; e implicitamente, no art. 104, vem a incluir também os órgãos do Ministério Público entre os que elegerão os componentes desse Conselho Superior e ficarão subordinados à sua autoridade. Atualmente, o Ministério Público encontra-se constituído em cargo permanente ligado aos tribunais, aos Tribunais de Apelação e de Cassação, assim como ao Tribunal de Contas.” (Cf. DI RUFIA, Paolo Biscaretti. Ob. cit., pg. 439)

62. E, sob esse aspecto, a Constituição Brasileira de 1988 delineou sobre o legado lusitano, melhormente afeiçoado pela distinção institucional creditável ao modelo italiano, um traço de alta relevância, perfeitamente apto a caracterizar o *modelo brasileiro* de tutela do interesse público, na medida em que (a) distinguiu a custódia da lei, combinada com a acusação pública, tanto da Advocacia de Estado, quanto da Defensoria Pública; (b) conferiu, igualmente, a hierarquia de órgãos de Estado às instituições incumbidas daquelas atividades, definidas como "funções essenciais à justiça"; e (c) investiu constitucionalmente os respectivos agentes nas funções correspondentes. (Cf. Sesta, Mário Bernardo, Advocacia de Estado: Posição Institucional., RIL, a. 30 n. 117, p. 191. Brasília, 1993.

#### **4. Assimetria na Advocacia de Estado entre a União e as Unidades da Federação**

Apesar do destaque que a Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988 deu à Advocacia de Estado, tratando-a em capítulo próprio, fora dos demais “Poderes Clássicos”, o fez de forma assimétrica com relação às Unidades da Federação. Com efeito, mesmo após a Emenda Constitucional nº 19/98, cuidou de forma diferenciada a Advocacia de Estado da União e a Advocacia do Distrito Federal e das demais unidades federadas.

Assim, existem dois conceitos, um para a Advocacia da União e outro para a Advocacia Estadual e Distrital.

Para a União, a Advocacia de Estado é bem mais restrita. Conceitua-se como sendo a Instituição que, direta ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre a sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Preliminarmente, o Constituinte inseriu na Advocacia-Geral da União, ladeando com a consultoria jurídica, conforme o

art. 131<sup>63</sup>, o assessoramento do Poder Executivo, que nas palavras de Mário Bernardo Sesta<sup>64</sup>, é classificado como “Advocacia no Governo” com “sobrecaracterização políticopartidária”, mais afeita a cargos comissionados, e como “Advocacia do Governo”, que atende a conveniência administrativa, combinando com a conveniência política.

Com efeito, assessoramento e consultoria jurídica são coisas diferentes, por que assessoramento está mais ligado ao governo transitório, enquanto que consultoria é mais ligada às funções do Estado, de caráter estável, entendida esta como a “Advocacia de Estado”, que controla a legitimidade dos atos administrativos, em caráter vinculativo, e a “Advocacia no Estado”,

---

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

64. “Nesse mesmo nível de exigência institucional (de conveniência), podemos ainda distinguir, sempre no campo da atividade exclusivamente consultiva, o papel do Advogado no Estado do papel do Advogado do Governo; o primeiro, como se disse, despido de qualquer conotação política, constitui-se num agente administrativo, graduado em Direito, que se situa, orgânicamente ou não, no contexto da administração estatal, para atender à conveniência administrativa, em face do regime de legalidade peculiar à administração pública; o segundo, igualmente limitado ao nível do assessoramento, atende ao desiderato da conveniência administrativa, combinado com o da conveniência política. Nada mais razoável do que determinada administração, tendo em vista as diretrizes, decorrentes do programa partidário ou da ideologia que o informa, ou mesmo, os compromissos pertinentes ao processo de sua investidura, querer assessorar-se juridicamente, com vistas a que as opções políticas de sua atuação permaneçam dentro dos limites das respectivas possibilidades jurídicas. Isso posto, pode dizer-se dos Advogados no Governo que são Advogados no Estado, com sobrecaracterização político partidária. O que distingue melhormente o Advogado no Governo é sua investidura que, normalmente, é de caráter político. Tenha-se, porém, presente que a atividade do Advogado no Governo não é política no sentido de que pertina ao contexto institucional do país; político é o critério de sua investidura, que se concretiza, de regra, através do comissionamento.” SESTA, Mário Bernardo, *In* Advocacia de Estado: Posição Institucional, p. 194, RIL, nº 117. Brasília. 1993

“despida de conotação política, mas para atender a conveniência administrativa, em face do regime da legalidade peculiar à administração pública”.

No plano das Unidades Federadas, o art. 132 não traz a modalidade “assessoramento”, com isso se restringindo à consultoria jurídica somente, que caracteriza a “Advocacia de Estado, ou no Estado”. Aqui não se trata, paradoxalmente, de uma restrição, mas na verdade de uma maior independência para o Procurador, que não fica, pelo menos teoricamente, obrigado às conveniências políticas, portanto mais imune a pressões dessa natureza.

Ademais, nada falou dos integrantes da Advocacia de Estado no âmbito da União, se em carreira única ou em várias, conquanto tratou de carreira no plural (“ingresso nas carreiras”, art. 131, § 2º), dando a entender que deveriam existir mais de uma.

Ainda, a Advocacia-Geral da União representa-a, mas não a “assessora” e presta consultoria jurídica, por inteiro, vez que somente o faz no Poder Executivo. Com isso, o seu caráter de controladora interna da legitimidade dos atos administrativos, na área de consultoria jurídica, que é preventiva, restou parcial, em prejuízo do interesse público, pois praticam também atos administrativos os demais Poderes.

A *contrario sensu*, a Advocacia Pública nos Estados e Distrito Federal é mais ampla e independente. Além da representação, que se iguala à União, no que concerne ao controle da legalidade dos atos administrativos (Consultoria Jurídica, “Advocacia de Estado e no Estado”), não está restrita somente ao Poder Executivo. O art. 132 reza que os Procuradores exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. Vê-se que, além de qualificar a carreira de Procurador nos Estados e Distrito Federal, a consultoria jurídica se amplia a todos os Poderes das respectivas unidades da federação e não a tão somente ao Poder Executivo.<sup>65</sup>

Também o seu concurso público conta com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, condição que também se observa nos concursos públicos da Magistratura e do Ministério Público, garantindo maior legitimidade ao certame, exigência não observada no artigo que trata da AGU.

No caso da Advocacia Estado, do âmbito federal, inadvertidamente o Constituinte restringiu mais ainda, quando determina que o Chefe máximo da Advocacia-Geral da União é da livre nomeação do Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

---

65. “Art. 132 . Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem

Sendo de livre nomeação do Presidente da República o Chefe da Advocacia-Geral da União, como vimos, esta Instituição acaba por ser totalmente subordinada ao Poder Executivo, mais se parecendo com Advocacia de Governo da hora, descaracterizando a sua natureza jurídica de Advocacia de Estado. Aliás, esse defeito acaba se irradiando também para as Unidades Federadas, mercê do princípio da assimetria invertida.

## 5. Natureza Jurídica

A natureza jurídica da Advocacia-Geral a União é algo que ainda não se firmou no cenário jurídico.

É Instituição Independente e autônoma?

É permanente?

Tem interface com todos os Poderes?

Qual sua posição Institucional?

Tem equivalência com o Ministério Público?

Tem equivalência com a Defensoria Pública?

Estas perguntas não estão suficientemente respondidas pela comunidade jurídica brasileira. O que existe na verdade são teses, dos mais diferentes matizes.

---

dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.”

Por ora, pode-se dizer que a Advocacia-Geral da União tem natureza jurídica de Advocacia de Estado, corporificada numa Instituição Constitucional, dentro do gênero da Advocacia Pública, como representante da União, judicial e extrajudicialmente, não estando subordinada a nenhum dos demais “Poderes Clássicos”, cabendo-lhe, na forma de Lei Complementar dispor sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

## **6. Consultoria e Assessoramento Jurídicos**

A Advocacia-Geral da União, nos termos do art. 131, da Constituição Federal de 1988, exerce as atividades de assessoramento e consultoria jurídica do Poder Executivo.

A área consultiva e assessoramento jurídicos da AGU é composta pelo Advogado-Geral da União, pela Consultoria-Geral da União e pelas Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao

## Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, conforme a Lei Complementar nº 73/93<sup>66</sup>.

---

66 Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

(...)

II - despachar com o Presidente da República;

(...)

IV - defender, nas ações diretas de inconstitucionalidade, a norma legal ou ato normativo, objeto de impugnação;

V - apresentar as informações a serem prestadas pelo Presidente da República, relativas a medidas impugnadoras de ato ou omissão presidencial;

(...)

VII - assessorar o Presidente da República em assuntos de natureza jurídica, elaborando pareceres e estudos ou propondo normas, medidas e diretrizes;

VIII - assistir o Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos da Administração;

IX - sugerir ao Presidente da República medidas de caráter jurídico reclamadas pelo interesse público;

X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;

XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal;

### Capítulo V

#### Da Consultoria-Geral da União

Art. 10 - À Consultoria-Geral da União, direta e imediatamente subordinada ao Advogado-Geral da União, incumbe, principalmente, colaborar com este em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição.

### Capítulo VI

#### Das Consultorias Jurídicas

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

I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;

(...)

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

Preliminarmente, com apoio no escólio de Mário Bernardo Sesta, convém se diferencie “consultoria” de “assessoramento” jurídico.

Consultoria Jurídica é o aconselhamento do interesse público, proveniente de Advogado do Estado, numa linha de controle da legalidade administrativa que, em certas condições, tem caráter vinculativo<sup>67</sup>. É o caso, por exemplo, do Parecer do Advogado-Geral da União, quando aprovado pelo Presidente da República, vincula toda a Administração Pública.

Já o assessoramento jurídico é caracterizado pela “Advocacia no Estado”, objetivando instrumentalizar a decisão administrativa, para que esta saia nos contornos da legalidade, mas que não tem efeito vinculativo para o administrador, embora possa trazer-lhe responsabilidades.

Os membros efetivos da Advocacia-Geral da União, como Advogados de Estado<sup>68</sup> que são, pois que são investidos em

---

<sup>67</sup> “É por isso que, rigorosamente dentro de condições compatíveis com a própria dinâmica da administração, o aconselhamento do interesse público, no caso da Advocacia de Estado *deve*, obedecidas certas condições, ter *caráter vinculativo*.” SESTA, Mário Bernardo, *In* Advocacia de Estado: Posição Institucional, p.p. 196/197, RIL, n° 117. Brasília. 1993

<sup>68</sup> A *Advocacia de Estado*, enquanto modalidade diferenciada da *Advocacia* e enquanto atividade diferenciada no contexto da ação estatal, distingue-se por duas características

nível institucional, por meio de concurso de provas e títulos, e porque guardam em relação ao interesse público a indisponibilidade, já que seu constituinte é a coletividade, quando exercem as atividades de Consultoria e Assessoramento Jurídico, na distinção de Mário Bernardo Sesta<sup>69</sup>, o fazem na condição de Advogados de Estado, ou, no máximo, como Advogados no Estado.

Com efeito, na condição de Advogados de Estado, exercem controle da legalidade administrativa, que, obedecidas

---

fundamentais. *Primeira* delas, o seu *objeto* que, como já se disse e repetiu, é patrocínio judicial e o aconselhamento jurídico do interesse público; *segunda*, a modalidade de investidura de seus agentes que é, **em razão da natureza** mesma do seu objeto, estabelecida necessariamente em nível institucional. SESTA, Mário Bernardo, *Advocacia de Estado: Posição Institucional*, RIL nº 117. Brasília. 1993, p. 192

69. Nessa **linha**, faz-se necessário, distinguir quatro situações funcionais possíveis: (a) o Advogado no Estado; (b) o Advogado no Governo; (c) o Advogado do Estado; (d) o Advogado do Governo.

Num primeiro plano, deparamos com a salutar presença de Advogados dispostos em diversos pontos da malha administrativa, prestando assessoramento jurídico. Dito assessoramento objetiva instrumentalizar a decisão administrativa, tendo em vista mantê-la adstrita às balizas legais e constitucionais que consignam o contorno do regime de legalidade tutelar do interesse público. Tal assessoramento não tem efeito vinculativo para o administrador, nem expressa a chamada "vontade do Estado", conquanto possa, em determinadas circunstâncias, acarretar-lhe a responsabilidade.

Normalmente, tais Advogados estão inseridos no contexto administrativo sob o regime próprio do serviço público, titulando cargos de provimento efetivo, nomeados mediante concurso público, embora nada impeça serem providos mediante comissionamento e, não raro, vamos até encontrá-los admitidos mediante contrato.

Nesse mesmo nível de exigência institucional (de conveniência), podemos ainda distinguir, sempre no campo da atividade exclusivamente consultiva, o papel do Advogado no Estado do papel do Advogado do Governo; o primeiro, como se disse, despidido de qualquer conotação política, constitui-se num agente administrativo, graduado em Direito, que se situa, orgânicamente ou não, no contexto da administração estatal, para atender à conveniência administrativa, em face do regime de legalidade peculiar à administração pública; o segundo, igualmente limitado ao nível do assessoramento, atende ao desiderato da conveniência administrativa, combinado com o da conveniência política.

Nada mais razoável do que determinada administração, tendo em vista as diretrizes, decorrentes do programa partidário ou da ideologia que o informa, ou mesmo, os compromissos pertinentes ao processo de sua investidura, querer assessorar-se juridicamente, com vistas a que as opções políticas de sua atuação permaneçam dentro dos limites das respectivas possibilidades jurídicas. Isso posto, pode dizer-se dos Advogados no Governo que são Advogados no Estado, com sobrecaracterização políticopartidária.

O que distingue melhormente o Advogado no Governo é sua investidura que, normalmente, é de caráter político. Tenha-se, porém, presente que a atividade do Advogado no Governo não é política no sentido de que pertina ao contexto institucional do país; político é o critério de sua investidura, que se concretiza, de regra, através do comissionamento. SESTA, Mário Bernardo, *Ob. Cit.* p. 194.

certas condições, tem caráter vinculativo. Praticam consultoria jurídica.

Na condição de “Advogados no Estado”, praticam assessoramento jurídico, que não tem efeito vinculativo, objetivando instrumentalizar a decisão administrativa, em observância do princípio da legalidade.

Jamais, em tese, poderiam praticar a Advocacia de Governo, ou Advocacia no Governo. Não são advogados de governo porque são membros efetivos, oriundos de concurso público de provas e títulos, cuja investidura, por óbvio, não foi em caráter político. Também não são advogados no Governo, pois não podem quedar às conveniências políticas.

Teoricamente, os membros da AGU jamais poderiam se curvar aos Governos da hora. Porém, o mando exercido pelo Poder Executivo sobre a AGU faz com que a Advocacia de Governo muitas vezes seja até a mais observada, pois que é refletida a circunstância de ser o Advogado-Geral da União de livre nomeação do Presidente da República, que é sempre transitório, bem assim serem as Consultorias Jurídicas dos Ministérios e órgãos afins administrativamente subordinadas ao Chefe das pastas respectivas, situação que se impõe urgente mudança, pena de a Instituição não cumprir sua missão constitucional na incumbência

de assegurar a legalidade da ação administrativa e a preservação do patrimônio público.

## 7. Posição Institucional

Antes da Carta Magna de 1988, no que se refere à União em particular, os dois enfoques, igualmente de relevo, da custódia do interesse público, uma sob o ponto de vista do Estado, outra sob o ângulo da Sociedade, vinham sendo atribuídas, de forma cumulativa, ao Ministério Público.<sup>70</sup>

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve inovação significativa, ao se dar tratamento em seção

---

70 “A Constituição Imperial de 1824, no seu art. 48, menciona o *Procurador do Coroa e Soberania Nacional*, competente para o exercício cumulativo das funções da Advocacia de Estado e da acusação pública, como se depreende das disposições expressas do Decreto n° 5.618, de 2 de maio de 1874, que regulamentava as “Relações” (Tribunais) do Império (art. 19). O advento da República determinou a mudança da denominação daquele órgão para *Procurador-Geral da República* (CF/1891, art. 58, § 2°), mantido o mesmo complexo de competências. Durante a 1ª República, a Lei n° 221, de 20 de novembro de 1894, dispoñdo sobra a organização da Justiça Federal, regulava expressamente a competência do Ministério Público como órgão da Advocacia de Estado (art. 28) bem como sua competência em matéria criminal (art. 33). A mesma linha organizativa foi mantida em consolidação da Legislação referente a Justiça Federal, efetivada pelo Decreto n° 3.084, de 5 de novembro de 1898, conforme consta dos arts. 11, 123 e 124. Em 1937, o Decreto-Lei n° 6, de 16 de novembro, definia os “Procuradores da República” como Advogados de Estado (art. 17) . Em 1938, o Decreto-Lei n.9 986, de 27 de dezembro, novamente definiu o Ministério Público como órgão da Advocacia de Estado (arts. 6° e 9°, I) . A Constituição Federal de 1946 previa expressamente a competência do Ministério Público como órgão da Advocacia de Estado (art. 126, § único). Idem a Lei Federal n° 1.341, de 30 de janeiro de 1951 (Lei Orgânica do Ministério Público da União - arts. 30, I; 37 e 38, I). Idem as Constituições Federais de 1967 (art. 138, § 2°) e de 1969 (art. 95, § 2°) . Só a Constituição Federal de 1988, ao instituir a “Advocacia Geral da União” (art. 131) dividiu o exercício da Advocacia de Estado da custódia da lei e da acusação pública.” (Cf. SESTA, Mário Bernardo, *Advocacia de Estado: Posição Institucional*, Nota1, p.p. 187188, R.Inf. legisl. Brasília, a 30, n. 117, jan/mar. 1993)

específica à Advocacia de Estado. E o Constituinte fez tanto em nível da União (art. 131), quanto dos Estados e do Distrito Federal (art. 132). E ao fazê-lo, na esfera federal, aglutinou as competências de representação, que era do Ministério Público, e a de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, antes a cargo da Consultoria-Geral da República.

Deveras, no que se refere às atividades de consultoria e ao assessoramento jurídicos do Poder Executivo, tal incumbência estava a cargo da Consultoria-Geral da República, que era composta da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, das Consultorias Jurídicas nos Ministérios, das Procuradorias-Gerais e dos órgãos jurídicos das autarquias e fundações federais, órgãos jurídicos das empresas públicas e sociedades de economia mista e entidades outras controladas pela União<sup>71</sup>.

---

71 Antes da promulgação da Constituição da República de 5 de outubro de 1988 a representação judicial da União (Administração Direta) estava a cargo da Procuradoria-Geral da República e as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo estavam confiadas à Advocacia Consultiva da União,<sup>1</sup> que tinha como instância máxima a Consultoria-Geral da República<sup>2</sup> e era composta pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (no Ministério da Fazenda), pelas Consultorias Jurídicas (nos demais Ministérios, Estado-Maior das Forças Armadas e Secretarias da Presidência da República), pelos órgãos jurídicos dos Gabinetes Militar e Civil da Presidência da República, pelas Procuradorias-Gerais e departamentos jurídicos das autarquias e das fundações federais, e pelos órgãos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União. Exercia parcialmente a representação extrajudicial da União a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, como órgão do Ministério da Fazenda. A representação judicial da União esteve afeta à Procuradoria-Geral da República até o advento da Lei Complementar nº 73, de 11 de fevereiro de 1993, com exceção daquela referente às causas de natureza fiscal que passaram à antiga Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desde a promulgação da Carta Política, por força do art. 29, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Cf. VALENTE, Jovita Wolney Valente, *Advocacia-Geral da União, Antecedentes Históricos*, Brasília, 2002.

Portanto, a Carta Política 1988 condensou essas competências em um único órgão, a Advocacia-Geral da União.

Concebido o novo órgão no âmbito da União no art. 131, e no nível das Unidades Federadas, no art. 132, o Constituinte não os colocou dentro de quaisquer dos “Poderes” clássicos, mas deixou em capítulo próprio, nas denominadas “Funções Essenciais à Justiça”.

Porém, no caso da Advocacia de Estado, na esfera federal, a Carta Política determinou que o Chefe máximo da Advocacia-Geral da União é da livre nomeação do Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada. Por simetria, as Unidades Federadas também este disciplinamento deverão seguir.

Sendo de livre nomeação do Presidente da República o Chefe da Advocacia-Geral da União, esta Instituição, na prática, neste momento acabou por ser totalmente subordinada ao Poder Executivo.

De fato, aproveitando da prerrogativa que tem em nomear livremente o Advogado-Geral da União, o Presidente da República aproveita para editar Medidas Provisórias<sup>72</sup> e expedir

---

72. Medida Provisória nº 2. 216-37, que acrescentou o art. 22 à Lei nº 9.028/95, que trata da organização da AGU.

Decretos<sup>73</sup>, disciplinando situações na Advocacia-Geral da União, como se esta fosse diretamente subordinada ao Poder Executivo.

Nas Unidades da Federação, pelo princípio da simetria, o Supremo Tribunal Federal vem considerando inconstitucional dispositivo que coloque a Advocacia de Estado respectiva fora do Poder Executivo correspondente. Em conseqüência, de forma reflexa, entende o STF<sup>74</sup> que a Advocacia de Estado está subordinada ao Poder Executivo.

De outra parte, como já se disse alhures, a Lei Complementar nº 73/93, que é a lei orgânica da AGU, no seu art. 11, colocou as Consultorias Jurídicas como sendo órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças

---

73 O mais recente é o DECRETO Nº 4.434, DE 21 DE OUTUBRO DE 2002, que dispõe sobre a apuração da antigüidade dos integrantes das Carreiras Jurídicas da Advocacia-Geral da União.

74. “EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 135, I; E 138, CAPUT E § 3.º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA PARAÍBA. AUTONOMIA INSTITUCIONAL DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO. REQUISITOS PARA A NOMEAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL, DO PROCURADOR-GERAL ADJUNTO E DO PROCURADOR-CORREGEDOR. O inciso I do mencionado art. 135, ao atribuir autonomia funcional, administrativa e financeira à Procuradoria paraibana, desvirtua a configuração jurídica fixada pelo texto constitucional federal para as Procuradorias estaduais, desrespeitando o art. 132 da Carta da República. Os demais dispositivos, ao estabelecerem requisitos para a nomeação dos cargos de chefia da Procuradoria-Geral do Estado, limitam as prerrogativas do Chefe do Executivo estadual na escolha de seus auxiliares, além de disciplinarem matéria de sua iniciativa legislativa, na forma da letra c do inciso II do § 1.º do art. 61 da Constituição Federal. Ação julgada procedente.” “Informativo 281 STF - 13 de setembro de 2002 ADI N. 217-PB . RELATOR: MIN. ILMAR GALVÃO.

Armadas. Ora, pela natureza de Advocacia de Estado que tem os membros da AGU, de forma angustiante, muitas das vezes, têm que suportar as pressões dos Administradores, estas transmitidas pelo Consultor Jurídico Chefe, que tem cargo comissionado, sem obrigatoriedade de que seja membro, aliás quem lhes avalia, para fins remuneratório.

Registre-se, o membro da AGU atualmente não percebe subsídio, como determina o art. 135 da Constituição de 1988. Sua remuneração se compõe, também, de uma denominada Gratificação por Desempenho de Atividade Jurídica, a chamada GDAJ, no percentual de 30%, sujeitando o Advogado do Estado a avaliações periódicas, o fazendo a Chefia imediata, às vezes sequer com conhecimento jurídico, como é caso dos Advogados lotados em Unidades Militares. Ora, com este mecanismo de controle inconstitucional, e imoral, o Advogado de Estado pode ficar inibido de dar uma Consultoria Jurídica que contrarie o Chefe imediato, mesmo que o Parecer seja estritamente técnico e nas balizas da lei. É que a sua verba alimentar pode ficar comprometida.

Estes mecanismos de controle do Advogado de Estado mais são sentidos na área de consultoria, onde o Poder Executivo impera soberano, inclusive procedendo à iniciativa de leis, como por exemplo nos casos referidos.

Das três Instituições componentes das Funções “Essenciais à Justiça”, a mais subjugada ao Poder Executivo, é sem dúvida, a Advocacia-Geral da União, malgrado a Defensoria Pública<sup>75</sup> no momento também se encontrar totalmente encampada pelo Ministério da Justiça, fazendo inclusive parte da estrutura daquele Ministério, uma vez que, de fato, igualmente não possui autonomia administrativa e orçamentária.

O mesmo não acontece com o Ministério Público, eis que este ganhou mais destaque pelo Constituinte, auferindo autonomia administrativa e orçamentária, tendo seu Chefe, o Procurador-Geral da República, de ser nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira, maiores de trinta e cinco anos, após aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal (art. 128, § 1º).

Mas, parece com razão os que defendem que a Advocacia de Estado, tal qual o Ministério Público, fazendo parte do gênero Advocacia Pública, não está aferrada ao Poder Executivo, em que pese o conteúdo do art. 2º, da Constituição Federal de 1988, que revela um apego do Constituinte à teoria Tripartite, conquanto um apego, em parte, pois inicialmente era simpático ao sistema Parlamentarista, sendo este artigo colocado

---

75. O Art. 6º da Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, reza que a Defensoria Pública da União tem por chefe o Defensor Público-Geral, nomeado pelo Presidente da República, dentre integrantes da carreira maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida uma recondução, precedida de nova aprovação do Senado Federal.

na Carta de forma não regimental. Sobre este detalhe, pedimos licença para remeter o leitor ao Capítulo II, deste Trabalho.

No I Encontro Nacional dos Integrantes da Advocacia-Geral da União, realizado em abril de 2002, com a presença do Presidente da República à época, Fernando Henrique Cardoso,<sup>76</sup> o Chefe da Nação, em suas palavras aos ouvintes, traçou bem o momento da transmutação do Ministério Público: "Houve muito debate sobre essas matérias, muita incompreensão. Não são matérias fáceis. Aprovamos a criação da Advocacia Geral da União e a separação da Procuradoria Geral da República como um corpo independente, que velasse pela sociedade, olhasse a lei do ângulo da sociedade e um outro corpo que olhasse do ângulo do estado. Acho que foi certo, por mais que alguns critiquem, e às vezes, por mais que no embalo se critique o que foi feito no conjunto e deu positivo. Hoje, é indiscutível que não só a AGU presta serviços relevantes, como a Procuradoria Geral da República também os presta. E o equilíbrio necessário - sempre no espírito do "cheks and balances", que é o que preside o espírito da democracia - mostra que, às vezes, é preciso, aqui e ali, colocar certos contrapesos. Mas, no geral, no fundamental, as decisões

---

76. CARDOSO, Fernando Henrique - Presidente da República em abril/2002 (Texto sem revisão do autor) I Encontro de Integração dos Membros da AGU.

foram acertadas. Houve um progresso muito grande nesta idéia de que temos que ter um corpo de pessoas que olhe o Direito, mirando o interesse difuso, o interesse coletivo, o interesse da sociedade, e outro corpo que preste atenção àquilo que existe em função dos interesses do Estado. Podem se chocar. É da natureza das coisas, mas para isso existe o Judiciário: para interpretar e verificar quem tem razão em cada momento. Mas não se forma uma sociedade democrática sem que existam esses corpos que assegurem o Direito, e que asseguram diferenças e perspectivas." (...) A existência desses corpos organizados, que entrem em choque, que vão à lide é a essência do jogo democrático. Sou um defensor permanente do que foi feito nesse aspecto na Constituição de 88, porque ela assegura direitos e o modo de funcionamento do sistema democrático no seu todo. "

Portanto, como se vê, de fato, a AGU nasceu do Ministério Público, no fito de separar a defesa do Estado e da Sociedade, que as vezes se conflitavam, ante os interesses na maioria antagônicos .

Como situa o Prof. José Afonso da Silva,<sup>77</sup> a CF "desfez o bifrontismo que sempre existiu no Ministério Público Federal, cujos membros exerciam cumulativamente as funções de Ministério

---

77 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 5ª ed., 1989, pp. 508-509).

Público e de Procuradores da República no exercício da advocacia da União.

Agora o Ministério Público da União, com seus Ministérios Públicos especiais, só cumprem as funções típicas da instituição. Não são mais advogados da União".

Conforme argumenta Alfredo Cezar Ganzerli<sup>78</sup>, "a Advocacia Pública não é órgão do Poder Executivo e, sim, instituição constitucional, que faz parte da Organização do Estado, o que diferencia seus agentes afetos às funções institucionais, (ou seja, seus membros), dos demais agentes públicos, fazendo-os agentes distintos, portadores da competência mesma destinada à instituição.

Aliás, tais agentes, membros da AGU e das Procuradorias Estaduais, não exercem parcela alguma de função que tenha natureza administrativa, o que apenas reforça seu *status* institucional de natureza distinta da do Poder Executivo.

A AGU não é órgão jurídico de entidade estatal ou paraestatal; é ela instituição jurídica da pessoa política da União e, ainda, não só da União enquanto Estado-administração.

---

78 GANZERLI, Alfredo Cezar. Advogado da União, Debate Institucional. AGU. 2002

Entender a AGU como órgão da Administração Federal é corromper sua natureza, prevista, sinteticamente, na CF/88.

Essa natureza constitucional da AGU pode ter seus contornos aclarados com estudo do fator histórico da função que hoje compete à instituição.

Antes da CF de 88, a função estatal de representar a União em juízo cabia ao MPF. O constituinte passou para a AGU essa mesma função, acrescentando, ainda, a consultiva, somente para livrar o MPF de contradições em atuações processuais, onde tinha que agir, às vezes, como Advogado da União e como Advogado da Comunidade.

O Art. 131 tem pleno vigor e é revelado por coerente interpretação sistemática ou unitária da Constituição, que deve ser o ponto de partida legítimo de qualquer interpretação do direito, sendo inaceitável a revelação do direito que parta de normas transportadas por espécies normativas instituídas pela CF e que contrarie o espírito da Lei Maior.

O constituinte, se não quisesse criar uma instituição distinta do Poder Executivo, jamais conceberia a AGU em Seção própria do Capítulo IV, do Título IV da CF. Não faria sentido, também, apenas repetir a exigência de concurso público para ingresso nas carreiras próprias da instituição criada com finalidade

específica de defesa judicial da União (como um todo) e consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Outrossim, também não faria sentido, se à AGU o constituinte quisesse conceder apenas a natureza de simples órgão jurídico do Executivo, ter previsto e determinado que a instituição deve ter estatuto próprio (o que engloba seus órgãos e agentes incumbidos da função institucional), que deve vir a lume somente por lei complementar.

Ou seja, o constituinte não desejou explicitar com minúcias as normas jurídicas aplicáveis à AGU, tendo incumbido o legislador da lei complementar para a tarefa, não podendo este, jamais, delegar a outrem o que recebeu do constituinte como função exclusiva sua, sob pena de contrariar a Lei Maior. É o que parece ter ocorrido com o artigo 27 da LC 73, que faz remissão, quanto a alguns deveres dos membros da AGU, à Lei Ordinária 8112/90, lei adequada e própria aos servidores administrativos da União, segundo ensinam nossos melhores doutrinadores, sendo inaplicável a membros de instituições específicas que pertencem à estrutura constitucional do Estado, por inadequado às especiais funções destinadas ao exercício desses agentes (membros do Judiciário, do Legislativo, do Ministério Público e, com certeza, da AGU).”

Ainda no I Encontro Nacional de Integração dos membros da AGU<sup>79</sup>, vários assuntos foram debatidos, entre os quais a estruturação da Instituição. Na oportunidade, usando da palavra, este subscritor indagou ao Consultor-Geral à época, sobre seu entendimento no que se refere à natureza jurídica da AGU.

Asseverou-se que a AGU seria órgão da Administração Federal, estando, portanto, no âmbito do Poder Executivo, com *status* de Ministério.

A afirmação se baseou, segundo pontificou o Consultor-Geral da União em abril de 2002, no fato de o Advogado Geral da União, Chefe da Instituição, ser da livre nomeação do Presidente da República.

Ante a este argumento, este Subscritor escreveu no Fórum da AGU, local de debate via internet, no *site* oficial da Instituição:

“Estamos, pois, diante de duas teses, aparentemente antagônicas, já que defendi neste FORUM outra tese, em sentido contrário.

A primeira tese é no sentido de que a AGU é instituição do Poder Executivo, pois seu Chefe está subordinado ao

---

79. I Encontro Nacional dos Integrantes da Advocacia-Geral da União, realizado em abril de 2002, com a presença do Presidente da República à época, Fernando Henrique Cardoso.

Presidente da República, a quem diretamente assessora. A outra é a de que a AGU é uma instituição Constitucional da União, integrante da quarta função do Estado, disciplinada em capítulo próprio na Carta Política, em conjunto com o Ministério Público e a Defensoria Pública, compondo as Instituições ESSENCIAIS À JUSTIÇA.

Por amor à dialética, vamos, inicialmente, defender a primeira tese. O Chefe da AGU é de livre nomeação e destituição pelo Presidente da República. O Advogado-Geral da União assessora diretamente o Chefe do Poder Executivo. Assim, não teria sentido lógico ser a Instituição AGU independente, já que seu Chefe direto é subordinado ao Chefe do Poder Executivo, sendo, portanto, o verdadeiro Chefe da AGU o Chefe do Executivo.

De fato, a Carta Magna somente fala em livre nomeação, mas nada diz sobre o processo de destituição, diferentemente do Procurador-Geral da República, que deverá ter destituição precedida de autorização da maioria absoluta do Senado Federal.

Infere-se, portanto, que o Advogado-Geral da União é também de livre destituição pelo Presidente da República.

De outra parte, a AGU é órgão consultivo e de assessoramento do Poder Executivo.

Logo, a AGU só pode ser órgão do Poder Executivo.

Passemos a defender agora a segunda tese. Sendo as Instituições Constitucionais (Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública) filhas de cepa única (cap. IV, Tit. IV, CF/88), mesmo que adotada a AGU pelo Poder Executivo, legitimamente continua ligada a sua origem, já que entre as Instituições irmãs não pode haver discriminação ou diminuição de importância.

Por outro lado, a Carta Política de 88 teve conformação parlamentarista, onde o Chefe de Estado não se confunde com o Chefe de Governo. Entretanto, por plebiscito imposto na própria Carta, foi mantido o sistema presidencialista.

Pelo espírito parlamentarista adotado pela Carta Magna, a AGU seria comandada pelo Chefe de Estado, e não pelo Chefe de Governo. Como não vigorou o sistema parlamentarista, gerou confusão, dando a impressão de que a AGU é órgão do Governo, quando, na verdade, é Instituição do Estado, cujas carreiras são típicas.

Chefiar o governo nada mais é do que comandar a Administração Pública, na função executiva. A AGU não administra. Sua função é defender o Estado, a União e assessorar o Governo, para que o Estado cumpra o seu papel.

Assessorar não é se subordinar, pois sem independência técnica, o assessoramento perde o sentido.

Portanto, a função executiva é parte muito menor das funções do Estado e, de regra, não engloba as Instituições Essenciais à Justiça, assim como não encampa as funções legislativa e judiciária.

Ademais, não existem três poderes no Estado brasileiro, em conformidade com a teoria tripartite, mas sim funções harmônicas, no sistema de freios e contrapesos, já que o poder é uno.

Havia dois espíritos em um só corpo, chamado Ministério Público, que as vezes se chocavam. A Constituição de 88 tratou de solucionar a questão. Os espíritos ganharam corpos independentes. Assim, foi concebida a AGU.

(...)

Com todos os demais argumentos já expendidos nas manifestações anteriores, é de se adicionar ainda o art. 135, da Constituição Federal, acrescido pela EC 19/98. A remuneração dos integrantes da Advocacia Pública e Defensoria deverá ser na forma do art. 39, §4º, ou seja: subsídio em parcela única. Isto quer significar que os integrantes da AGU são membros de Poder. Se os integrantes da AGU são membros de Poder, sua instituição agregadora também o é.

Conforme este processo dialético, como está a nossa Constituição, mesmo sendo o Advogado-Geral da União nomeado

e destituído livremente pelo Presidente da República, tal fato não induz ser a AGU órgão do Governo. Seria também uma superposição de poder a interferência da AGU nos demais poderes, em desarmonização e desequilíbrio no sistema de freios e contrapesos, (uma vez que sem previsão constitucional); sendo a AGU apenas um órgão do Executivo, não poderia representar a União, a qual agrega também o Legislativo e o Judiciário.

Acrescente-se ainda que, sendo a AGU encarregada de dar consultoria e assessoramento ao Poder Executivo, sua subordinação a esse Poder lhe retiraria toda a sua independência técnica, perdendo a razão de ser a sua missão constitucional.

É a AGU Instituição Constitucional do Estado e não do Governo. O Executivo é parte da União e não o contrário, como é óbvio. A parte não pode ser mais que o todo.

Quando o Presidente da República nomeia o destitui o Advogado-Geral da União o faz como Chefe de Estado, e não como Chefe do Executivo. Portanto, ante os argumentos expendidos, ainda continuamos a sustentar que a AGU não é órgão do Poder Executivo, mas sim Instituição de defesa do Estado como um todo, por isso não podendo ficar restrita e subordinada à função executiva, por mais importante e grandiosa que seja a Administração Federal.”

No mesmo Fórum da AGU, conforme defende Márcio Amaral de Souza<sup>80</sup>, “não resta dúvida de que cada linha escrita na história institucional da Advocacia-Geral da União parece copiar um pouco da ficção de GEORGE ORWELL (“A Revolução dos bichos”), onde todo dia um novo dispositivo é inserto numa medida provisória para desvirtuar o matiz constitucional que inspirou a criação desta “Função Essencial à Justiça”; e como não ousamos refletir sobre as mudanças, logo esquecemos acerca do que anteriormente estava “escrito”.

Devemos sempre ter em mente que enquanto os “governos” são transitórios a AGU é uma instituição “perene”, enquanto vigente a presente Ordem Constitucional. Devemos, pois, idealizar uma instituição capaz de servir a todos os governos (independentemente do seu colorido ideológico) para que não nos deparemos com a necessidade constante de modificar o perfil de “nossa” instituição toda vez que se verificar a alternância de Poder. Vale dizer: os Órgãos Técnicos devem ficar livres de ingerência política. A Política deve resolver os problemas de natureza política, e para tanto foram criados órgãos próprios pela Constituição/88. À AGU foi conferida a missão constitucional de resolver os problemas de ordem jurídica do Estado.

Nesse passo, a politização da AGU (que tem seu marco mais acentuado com a atribuição ao cargo de Advogado-

---

80. SOUZA, Marcio Amaral de, Advogado da União. Debate Institucional. AGU,

Geral como tendo natureza de Ministro de Estado) se apresenta como um desserviço à toda sociedade bem como a manutenção do equilíbrio da ordem jurídica (do seu colorido ideológico) para que não nos deparemos com a necessidade constante de modificar o perfil de "nossa" instituição toda vez que se verificar a alternância de Poder. Vale dizer: os Órgãos Técnicos devem ficar livres de ingerência política. A Política deve resolver os problemas de natureza política, e para tanto foram criados órgãos próprios pela Constituição/88.

À AGU foi conferida a missão constitucional de resolver os problemas de ordem jurídica do Estado. Nesse passo, a politização da AGU (que tem seu marco mais acentuado com a atribuição ao cargo de Advogado-Geral como tendo natureza de Ministro de Estado) se apresenta como um desserviço à toda sociedade bem como a manutenção do equilíbrio da ordem jurídica. NIKLAS LUHMANN tem muito a contribuir para o desenvolvimento de um arcabouço teórico de atuação da AGU, bem como para iluminar reflexões sobre o momento atual pelo qual passa a Advocacia-Geral da União.

Diante desse quadro torna-se premente que passemos a refletir sobre a atuação institucional da AGU para que possamos construir um arcabouço teórico sólido para a Advocacia Pública Federal. ”

Em 20 de setembro de 2002, no exercício do cargo de Secretária-Geral de Consultoria da AGU, a Dra. MARIA JOVITA WOLNEY VALENTE<sup>81</sup> confirmou oficialmente que, de fato, a Advocacia-Geral da União não está subordinada ao Poder Executivo.

“A Constituição de 1988, no seu Título IV, dispôs sobre a ORGANIZAÇÃO DOS PODERES e, sob esse Título, destinou o Capítulo I ao PODER LEGISLATIVO, o Capítulo II ao PODER EXECUTIVO, o Capítulo III ao PODER JUDICIÁRIO e o Capítulo IV às FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA, inserindo neste último Capítulo o MINISTÉRIO PÚBLICO, na Seção I, e a ADVOCACIA PÚBLICA, na qual se inclui a ADVOCACIA-GERAL DE UNIÃO, na Seção II. Teve o Constituinte o cuidado de situar a Advocacia-Geral da União fora dos três Poderes da República, não para que formasse um “quarto poder”, mas para que pudesse atender, com independência, aos três Poderes, tendo presente que a representação judicial da União, confiada à nova Instituição, envolveria os três Poderes da República. Também deixou claro que a Advocacia-Geral da União ficaria responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos apenas do Poder Executivo. Portanto, o laço mais forte a unir a Advocacia-Geral da União ao Poder Executivo decorre desses serviços que lhe presta, com exclusividade.”

---

81 VALENTE, Maria Jovita Wolney, Advocacia-Geral da União. Antecedentes Históricos. [www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br), página inicial. Estrutura. Histórico. Brasília/2002.

Mas, não basta esta constatação; é preciso dar efeito, na prática, à independência da Instituição. A sua sujeição, anômala, ao “Poder Executivo”, desvirtua o Estado Democrático de Direito, numa absoluta hipertrofia desse “poder”. Hoje, a subordinação da AGU, de fato, “ao Poder Executivo” é circunstância contínua que não se desconhece.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, atualmente, a Advocacia-Geral da União está residente em capítulo próprio, na Constituição de 1988, com suas instituições irmãs, o Ministério Público e a Defensoria Pública.

Tendo casa própria, dentro da Lei Fundamental, não é inquilina de nenhum outro “poder”.

De fato, o Constituinte foi cuidadoso ao situar a Advocacia-Geral da União fora dos três Poderes da República, “para que pudesse atender, com independência, aos três Poderes, tendo presente que a representação judicial da União, confiada à nova Instituição, envolveria os três Poderes da República”.

Mas, não foi perspicaz a ponto de prever que essa independência viria a ser comprometida, pois, de forma assimétrica, tratou de maneira diferente a Advocacia de Estado da União e das Unidades Federadas, colocando a AGU como responsável pelas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos apenas do Poder Executivo, com isso dando ensejo a um laço, que em vez de unir, em face desses serviços prestados, com

exclusividade, argolou-se ao pescoço da novel Instituição, tirando sua independência administrativa e orçamentária, e às vezes funcional.

Como se vê, sendo a AGU indefesa, sem estrutura e com o seu pessoal desarticulado, pois ainda é uma criança de pouco mais de uma década, teve sua casa invadida pelo “Poder Executivo”, o mais poderoso de todos, na verdade quem deveria puxá-la para frente e impulsionar o seu crescimento.

Deveras, aproveitando-se da demasiada síntese constitucional, na disposição do artigo 131, numa interpretação propositadamente assistemática do art. 2º, que trata dos chamados “Três Poderes”, aliás defeituoso na origem, pois que modificado sem votação plenária na Assembléia Nacional Constituinte de 1987/88, subjugou a Advocacia-Geral da União, não equiparando os seus membros aos seus análogos do Ministério Público, não iniciando a regulamentação do art. 135, que determina remuneração isonômica e em forma de subsídio, com isso dando iniciativa à Leis inconstitucionais, a ponto de subordinar administrativamente a área consultiva a Ministros de Estados e Secretários, exatamente aquela área da Advocacia de Estado que tem por escopo controlar a legitimidade dos atos administrativos, dependendo das condições jurídicas, as vezes até de forma vinculativa.

Não é sem causa a “adoção” da AGU pelo Poder Executivo. Há um interesse por detrás dessa subordinação. Se deixar a AGU defender somente o Estado, muitos governos transitórios não poderiam praticar as ilegalidades que praticam, a ponto de a União ser hoje a maior responsável pelo abarrotamento do Poder Judiciário. É a hipertrofia do Poder concentrado na mão do Presidente da República.

Assim, a AGU vai crescendo, meio que sem teto, sem autonomia administrativa e orçamentária, na dependência do Poder Executivo, na esperança de que conquiste um dia, de fato, a sua independência, para defender puramente o interesse de Estado, missão que, por necessidade pública, foi-lhe confiada pelo Poder Constituinte.

## BIBLIOGRAFIA

1. AFONSO, José Roberto Rodrigues. Memória da Assembléia Constituinte de 1987/88: As Finanças Públicas.
2. BASTOS, Celso Ribeiro, 1938 – Curso de direito constitucional, 20 ed. atual. – São Paulo: Saraiva, 1999.
3. BULOS, Uadi Lammêgo, Constituição Federal anotada – 4ª ed. Saraiva, 2002.
4. CÂMARA, Guilherme Costa, O Poder Ministerial. In: *Jus Navigandi*, 20. [Internet] <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=281> [capturado em 01/03/2003].
5. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, ed. Almedina, 4ª edição, pg. 665).
6. CARDOSO, Fernando Henrique, Presidente da República em abril/2002 (Texto sem revisão do autor), I Encontro de Integração dos Membros da AGU.

7. CARVALHO Kildare Gonçalves. Direito constitucional ditático. 8ª ed. atual., e ampl. – Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
8. DI RUFIA, Paolo Biscaretti. Diritto Costituzionale – Istituzioni di Diritto Pubblico, 9ª edição, 1972, traduzido por MARIA HELENA DINIZ pela ed. Revista dos Tribunais, 1984, São Paulo-SP.
9. FERREIRA, Pinto, 1918, Curso de direito constitucional – 7ª ed., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1995.
10. GANZERLI, Alfredo Cezar. Advogado da União, Debate Institucional. AGU. 2002.
11. LE LIVRE DES ESPRITS, Paris, 1857, título original, FEB, tradução de Guillon Ribeiro.
12. MAQUIAVEL, Nicolau. O príncipe. Coleção A obra prima de cada autor. Ed. Martin Claret, 2002.
13. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 24º ed., 1999.
14. MONTESQUIEU. Texto Integral.. (1ª edição, 1748). Ed. Martin Claret, 2002.

15. MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional, Ed. Atlas - São Paulo - 1997.
16. NETO, Diogo de Figueiredo Moreira, As funções essenciais à justiça e as Procuradorias Constitucionais – Revista de Informação Legislativa nº 116-1992.
17. OLIVEIRA, Alexandre Nery de Reforma do Judiciário (VIII): funções essenciais à Justiça. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 33,1999. Internet} <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=222>, capturado em 25/02/2003.
18. QUINTÃO, Geraldo Magela da Cruz. Defesa do interesse público na constituição federal - advocacia de estado - função essencial à justiça (\*) Palestra proferida no I Congresso Brasiliense de Direito Constitucional - 1998, em Brasília, sob organização do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.
19. SESTA, Mário Bernardo, Advocacia de Estado: Posição Institucional., RIL, a. 30 n. 117, Brasília, 1993.
20. SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, 16ª Ed. Malheiros, 1999.

21. SILVA, José Afonso da, A advocacia pública, RPG E, Porto Alegre, 22(50): 11-15, 1994.
22. SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da, Elementos de direito público. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
23. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, São Paulo, Revista dos Tribunais, 5ª ed., 1989.
24. SOUZA, Marcio Amaral de, Advogado da União. Debate Institucional. AGU, Brasília. 2002.
25. VALENTE, Maria Jovita Wolney, Advocacia-Geral da União. Históricos. [www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br), página inicial. Estrutura. Histórico. Brasília/2002.