

ro; o inciso III também, *mutatis mutandis*, com regras de acesso de promotores de justiça ao órgão de segundo grau do Ministério Público – ou seja, aos cargos de procuradores da justiça; o inciso IV, sobre a previsão de cursos oficiais de preparação e aperfeiçoamento e promoção de membros do Ministério Pública; o inciso V, sobre subsídios; o inciso VI, sobre aposentadoria e pensão; o inciso XII, embora sobre ativida-

de jurisdicional, se aplica, para determinar que a atividade ministerial também há de ser ininterrupta, sendo vedadas as férias coletivas no Colégio de Procuradores, como o serão nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, promotores de plantão permanente; não se trata de aplicação por analogia, mas por remissão expressa.

ART. 130

Art. 130. Aos membros do Ministério Público junto aos Tribunais de Contas aplicam-se as disposições desta Seção pertinentes a direitos, vedações e forma de investidura.

1. Ministério Público especial. Autonomia.

1. MINISTÉRIO PÚBLICO ESPECIAL. AUTONOMIA. A Constituição instituiu, neste dispositivo, um Ministério Público especial para funcionar junto aos Tribunais de Contas como *instituição autônoma* em face do Ministério Público comum, da União ou dos Estados ou Distrito Federal. Significa isso repelir a tese – hoje, aliás superada – de que aquele Ministério Público seria uma simples representação do Ministério Público comum junto aos Tribunais de Contas por membros integrantes de seus próprios quadros. Essa institucionalização é hoje reconhecida pela jurisprudência do STF. A ele, no entanto, só compete o exercício de suas funções essenciais de *custos legis*, porque a repre-

sentação das Fazendas Públicas, aí, como em qualquer outro caso, é função dos respectivos procuradores, nos termos dos arts. 131 e 132.

[Jurisprudência – “O Ministério Público que atua perante o TCU qualifica-se como órgão de extração constitucional, eis que a sua existência jurídica resulta de expressa previsão normativa constante da Carta Política (art. 73, § 2º, I, e art. 130), sendo indiferente, para efeito de sua configuração jurídico-constitucional, a circunstância de não constar do rol taxativo inscrito no art. 128, I, da Constituição, que define a estrutura orgânica do Ministério Público da União” (STF, ADI 789-1-DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 26.5.1994, DJU 19.12.1994).]

Seção II – Da Advocacia Pública¹⁴⁹

1. Contexto histórico. 2. Concepção de “Advocacia Pública”. 3. Essencialidade da Advocacia Pública. 4. Funções para além do mero procuratório.

1. CONTEXTO HISTÓRICO. Foi a Constituição de 1934 que institucionalizou a Advocacia Pública da União, embora com a denominação de “Ministério Público”, como um dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais (arts. 95-98). E aí também já se acenava para a instituição no âmbito dos Estados (art. 97). Essa institucionalização perdurou na Constituição de 1946, em título autônomo (Título III), e nas Constituições de 1967 e 1969, naquela no título do Poder Judiciário e nesta no título do Poder Executivo, e nelas com referência explícita ao Ministério Público dos Estados, que nestes to-

mou um sentido diferente do Ministério Público Federal. 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 de *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 tomou fundamentalmente um órgão de defesa dos interesses da União em juízo. As funções de Ministério Público tornaram-se marginais, e mais

149. Redação dada pela Emenda Constitucional 19, de 4.8.1998. Rubrica anterior: “Da Advocacia-Geral da União”.

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.

Isso significa – como, aliás, já observara Tomás Pará Filho, no I Congresso Nacional de Procuradores de Estado¹⁵⁰ –, diante da tradição firmada em nosso sistema administrativo, que a Advocacia Pública tem posição equivalente à do Ministério Público, 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 distingue 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, que manter o princípio da equipolência entre seus executores.

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:¹⁵¹

"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.

150. "A Advocacia do Estado e os interesses jurídicos da Administração Pública no Estado de Direito", *Anais do I Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, p. 42.

151. "Poder Judiciário – Garantias constitucionais – Administração Pública – Ministério Público", *RDA* 62/328-329. Cf. também Tomás Pará Filho, "A Advocacia do Estado ...", *Anais do I Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, p. 29, nota 5-A.

"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, no caso submetido à minha consulta.

"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."

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 tornou um valor autônomo constitucionalmente garantido. Não é que essa defesa lhe escapasse antes do regime constitucional vigente. Mas, então, o princípio da moralidade tinha uma dimensão estritamente administrativa, quase como simples dimensão da legalidade, ligada aos problemas dos desvios de finalidade. Agora não, porque a Constituição lhe deu 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 "Dr. Pero 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".¹⁵² É bem verdade que o Conselho Secional da Ordem dos Advogados de São Paulo deliberou, por unanimidade, no sentido de desagravá-lo, mas isso não lhe restituiu a função.

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 equípolência 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.

2. CONCEPÇÃO DE "ADVOCACIA PÚBLICA". A Advocacia é uma profissão, mas não é apenas uma profissão, é também um *munus* e "uma árdua fatiga posta a serviço da Justiça", como disse Couture. É, especialmente, um dos elementos da administração democrática da Justiça. É a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário.

Pois bem, a *Advocacia Pública* é tudo isso e mais alguma coisa, porque, na medida mesma em que se ampliam as atividades estatais, mais ela se torna um elemento essencial ao funcionamento do Estado Democrático de Direito. Toda a atividade do Estado se desenvolve nos quadros do Direito. Assim é, mesmo "quando os preceitos positivos não vinculam a Administração e essa exercita faculdades discricionárias, tende à atuação do justo, suprema e constante aspiração desse organismo essencialmente jurídico que é o Estado". Pois o "arbitrio é inconcebível na atividade do Estado, regida sempre por um escopo ético e por valorização de interesse público". Esse sentido ético-jurídico da atividade estatal requer avaliação especializada que pondere e controle seu exercício, ao mesmo tempo em que defenda a posição jurídica do Estado em face dos particulares. Desponta aí, como lembra Tomas Pará Filho, "o exercício dos chamados direitos subjetivos da Administração". Então, pode-se dizer - conclui ele -, "anotando o relevo do problema, que os procuradores estão para os interesses, direitos e obrigações do Estado assim como para a defesa dos interesses e direitos dos particulares estão os advogados em geral. Uns e outros, aliás, têm dignidade profissional própria, expressa por normas de ética profissional. Exercem, efetiva-

mente, os advogados do Estado, ministério próprio e peculiar, indispensável serviço público, que, dada a proeminência da atividade estatal, se constitui em elemento indispensável à administração da Justiça... Ligados ao Estado, por vínculo jurídico-funcional, por isso mesmo, os seus deveres ainda se acrescem, avultadamente, em virtude da disciplina específica estabelecida na legislação administrativa".¹⁵³

3. ESSENCIALIDADE DA ADVOCACIA PÚBLICA. A essencialidade e a indispensabilidade da Advocacia Pública, desde sempre, revelam ser ela ínsita à estrutura do Estado. Quando este era Estado mínimo, a presença da Advocacia Pública também era mais modesta, mas nem por isso ausente, como o prova nosso sistema constitucional. Assim, no Império, como lembramos acima, era o Ministério Público quem cumpria essa função. Anota Pimenta Bueno que "o governo tem o dever e necessidade de defender perante os tribunais a propriedade e manutenção dos direitos da Coroa ou nacionais", e essa defesa incumbia ao Ministério Público; mas o procurador da Coroa é que exercia essa função perante os Tribunais Superiores.¹⁵⁴

4. FUNÇÕES PARA ALÉM DO MERO PROCURATÓRIO. A Advocacia Pública dos nossos dias não tem a função estrita de defesa dos interesses da Fazenda Pública em juízo. Nem é defensora dos interesses do governante do dia, nem dos interesses corporativos da Instituição. Seu compromisso institucional e funcional é com a defesa do *princípio da legalidade* e, especialmente, do *princípio da constitucionalidade*, que significa que no Estado Democrático de Direito é a Constituição que dirige a marcha da sociedade e vincula, positiva e negativamente, os atos do poder público.¹⁵⁵ Por isso, para além de sua função de representação judicial e extrajudicial da entidade pública em que se insere (União, Estado, Distrito Federal), deve contribuir também para (a) o aperfeiçoamento das instituições democráticas e, especificamente, para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário; (b) a intocabilidade dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais; (c) a defesa da estabilidade dos funcionários contra o nepotismo que tem estado por trás da campanha contra essa garantia da função pública, pois ela é imprescindível não só como garantia de fun-

153. Idem, pp. 27-28.

154. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Ministério da Justiça, 1958, pp. 372 e 273.

155. Cf. José Afonso da Silva, *Poder Constituinte e Poder Popular*, p. 240.

152. "A Advocacia do Estado...", *Anais do I Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, p. 45, nota 22.