

Debates em Direito Público
Revista de Direito dos Advogados da União

ano 8 - n. 8 - outubro de 2009

A independência funcional da Advocacia de Estado e sua relação com a Ordem dos Advogados do Brasil*

Bruno Espiñeira Lemos

Advogado. Procurador do Estado da Bahia. Mestre em Direito – UFBA. Prof. Direito Constitucional. Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública.

Palavras-chave: Advocacia Pública. Advocacia de Estado (independência funcional).

Sumário: 1 A Advocacia Pública na Constituição de 1988 – 2 A Advocacia de Estado – 3 Conclusão e o referencial do pertencimento à OAB

1 A Advocacia Pública na Constituição de 1988

O novo sistema criado com a Constituição de 1988 para a Advocacia Pública compreende o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia de Estado. Ao Ministério Público compete a defesa dos interesses da sociedade; à Defensoria Pública a defesa dos interesses dos hipossuficientes e à Advocacia de Estado a defesa dos interesses estatais. Torna-se, portanto, de fácil percepção que se está diante de *instituições com a mesma essência* e com atribuições semelhantes, desenvolvendo atividades consultivas e postulatorias, sendo responsáveis pela defesa de interesses necessários à preservação e existência do Estado Democrático de Direito.

Não se deu de modo despropositado a inserção das funções essenciais à Justiça no Título IV, da Constituição Federal, no qual se tem a “Organização dos Poderes”, e, situando-as em capítulo independente, ao lado dos capítulos que tratam dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

A própria fixação do sistema constitucional das funções essenciais à Justiça representou um avanço na criação e alargamento de atribuições das instituições que possibilitariam, logo adiante, a percepção concreta do ideal de um Estado Democrático de Direito, diante do claro componente fiscalizador que as novas Instituições fundadas ou refundadas representariam, direcionado para o efetivo exercício das demais funções estatais.

* Esboço teórico desenvolvido como norte para a exposição realizada no Painel “Autonomia da Advocacia de Estado e sua independência funcional” ocorrido no IX Encontro Nacional dos Advogados da União e V Seminário Nacional sobre Advocacia do Estado (3 a 8 de novembro de 2008) Maceió – AL.

Como se pode perceber, em novo enfrentamento da moderna técnica constitucional, somaram-se as funções essenciais à Justiça às tradicionais funções legislativa, judiciária e executiva, totalizando quatro funções de fundamental importância para a *otimização* do funcionamento do Estado de Direito e para a consolidação do regime democrático.

É de fundamental destaque que as Instituições que passaram a compor as Funções Essenciais à Justiça não se encontram afeitas à corriqueira atividade administrativa do Estado, mas sim, na condição de “Procuraturas Constitucionais”, assumiram mais que um Poder, verdadeiramente um “contrapoder” harmonizador das demais funções ou Poderes do Estado.

2 A Advocacia de Estado

Na Itália, as atribuições de defesa do Estado e de titular da ação penal foram distribuídas a entidades distintas. Nesse país, o Ministério Público é o responsável pela ação penal e pela fiscalização da lei, ao passo que à Advocacia de Estado compete a defesa dos interesses do Estado.

Nesse sentido, a Constituição da República de 1988 criou a Advocacia-Geral da União para exercer a defesa de seus interesses em juízo, e para prestar-lhe a assessoria jurídica, retirando do Ministério Público Federal essas atribuições. Seguiu o modelo italiano onde a defesa judicial dos interesses do Estado compete à *Avvocatura dello Stato*, antiga *Avvocatura Erariale*, distinta do Ministério Público.

Ao delimitar e criar a Advocacia-Geral da União, o constituinte originário além da inspiração obtida com o modelo italiano de Advocacia de Estado, não deixou de observar as Procuradorias dos Estados que antecedem a Carta de 88 e foram refundadas com o referido diploma constitucional.

Não se pode conceber hoje, após a clara divisão de atribuições entre Ministério Público e Advocacia de Estado, o acerto com que agiu o constituinte de origem, visando em última análise garantir e fortalecer o novel Estado Democrático de Direito, inclusive, evitando com isso o conflito entre os interesses da sociedade e do Estado, na maioria das vezes coincidentes, contudo, em alguns momentos conflitantes, em um cenário democrático saudável.

Não há dúvida, pois, que os Advogados de Estado, além de *advogados na acepção “independente” da expressão*, são *“agentes políticos”*.

A autonomia ou independência funcional, hoje vista como uma *prerrogativa implícita* da Advocacia de Estado e que reforça a sua precípua atribuição do exercício do controle da legalidade lhe traz como consequência útil e necessária a sua natureza jurídica de *Órgão de Estado*, integrante do sistema de funções essenciais à justiça, não se vinculando, tampouco se subordinando a nenhum dos três poderes constitucionalmente estabelecidos.

O controle da legalidade praticado pela Advocacia de Estado previne equívocos no seio da Administração e evita prejuízos para o Erário, danos aos direitos subjetivos dos administrados e, em geral, ofensa aos princípios constitucionais da administração pública.

Diante do referido cenário, no qual o destinatário final da sua atuação é a coletividade e não o governante é que se torna crucial que a Advocacia de Estado tenha asseguradas, *explicitamente*, prerrogativas e garantias para a sua perfeita e independente atuação, na condição de função essencial à justiça, a fim de se evitar ingerências indevidas de governantes inescrupulosos sobre os membros das respectivas Instituições.

Muito embora muitos Estados-membros tenham buscado assegurar as referidas prerrogativas e garantias (autonomia administrativa, funcional e financeira, dentre outras) as posições de vanguarda dos referidos entes federados têm sofrido interpretação restritiva por parte do Supremo Tribunal Federal (STF), não aceitando a independência funcional da Advocacia de Estado diante da redação da Constituição Federal que não teria assim sinalizado.

O cenário que se descortinou após 1988, passados vinte anos, afigura-se mais que suficiente para que o STF se mostre mais sensível diante da relevância e dimensão do Advogado de Estado.

Repita-se: Hoje, ultrapassadas algumas turbulências rumo à consolidação democrática, descortinada e amadurecida a dimensão da atuação dos Advogados de Estado, após vinte anos de vigência da Carta de 88, nos parece, finalmente, que é chegada a hora de aprimorar-se seu *status* e suas garantias no corpo da Constituição Federal, explicitando-os, de modo a permitir o seu efetivo e derradeiro aprimoramento constitucional.

O assunto retorna (PEC nº 29/2000, rejeitada no Senado que tratava de prerrogativas das PGEs) à baila do parlamento com a PEC nº 82/2007, de autoria do deputado federal Flávio Dino, a qual pretende assegurar às *Procuradorias de Estado, dos Municípios e à AGU, autonomias funcional,*

administrativa e financeira, bem como o poder de iniciativa de suas políticas remuneratórias e das propostas orçamentárias anuais, dentro dos limites da LDO.

A referida PEC pretende ainda assegurar as garantias da *inamovibilidade*, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; também a *irredutibilidade de subsídio* e a *independência funcional*.

Parece-nos de todo louvável e digna de nota, a inserção das Procuradorias-Gerais dos Municípios, no rol das instituições que compõem a Advocacia de Estado.

Afinal, quando a Constituição Federal de 1988 explicita que os Municípios são entes com autonomia e compõem a estrutura federativa do país, não há como se deixar de compreender-se a extensão do comando da norma constitucional em direção à referida composição das carreiras de Advocacia de Estado.

E nenhum argumento de ordem metajurídica, acerca da existência de milhares de Municípios no país, o que inviabilizaria a intenção legislante supra proposta, servem ao correto destino e direção da análise do tema. O que se deve tratar com maior seriedade é sim, a criação que se fez desenfreada de novos e inviáveis Municípios, muitos deles ao arrepio da regra constitucional de regência e a possível inviabilização da implementação da norma constitucional.

Dentre as três esferas de governo, diga-se, a municipal é aquela que se encontra mais próxima da população, nela as políticas públicas ganham sua execução derradeira e neste ponto federativo, os Advogados de Estado necessitam ainda mais da proteção contra investidas e ingerência ilegítimas dos gestores dos Municípios.

Retornando ao cerne da PEC nº 82/2007, a sua nota técnica, dentre outros argumentos de relevo, afirma que a referida Emenda objetiva atualizar a “Advocacia Pública”, ao que se deve ler, Advocacia de Estado, não devidamente considerada na 1ª etapa da Reforma do Judiciário, de modo a conciliar sua atuação com as novas diretrizes da Emenda nº 45/04.

Afirma a Nota Técnica que as alterações propostas são orientadas por três vetores principais:

1. Explicitar o papel da “Advocacia Pública” no controle de licitude dos atos da Administração;

2. Assegurar os meios para que esse controle seja exercido, de forma eficaz, transparente e eficiente, conferindo à “Advocacia Pública” autonomia funcional, administrativa e financeira e o poder de iniciativa de suas políticas remuneratórias e propostas orçamentárias.
3. Por fim, assegurar aos integrantes da “Advocacia Pública” as prerrogativas necessárias à plena eficácia do exercício de suas funções, mediante *a atuação concreta em todo o complexo estrutural do Estado, notadamente na defesa judicial de atos emanados por todos os Poderes.*

Tem, pois, a Emenda tratada, a finalidade de explicitar as atuais competências (eu diria atribuições) da Advocacia de Estado, como espécie tratada do gênero Advocacia Pública, tornando mais claro o conteúdo típico dessa atividade o que pode contribuir de forma significativa para a transparência e o combate à corrupção e à improbidade administrativa, mediante atuação técnica, nos limites da competência fixada, insisto na melhor técnica, atribuições ao invés de competência, inserida na concepção de Advocacia de Estado construída pelo constituinte de 1988.

Em suas razões de justificativa da proposta de Emenda apresentada, o próprio parlamentar adverte que *o controle de licitude dos atos da Administração não retira ou reduz a discricionariedade política ou administrativa, mas apenas contribui para que o seu exercício se dê com observância das leis de regência, o que convém à sociedade, de modo, inclusive, a evitar que, a posteriori, os agentes públicos envolvidos venham a ser responsabilizados pelo MP e pela “Advocacia Pública”, perante o Poder Judiciário.*

Motivando as razões das autonomias preconizadas, com relação à *autonomia funcional*, afirma que, no exercício de atividade técnica, *não podem ficar sujeitos os “advogados públicos” a interferências externas, de ordem política ou outras, haja vista que tais interferências inviabilizam e tornam sem sentido a própria atividade de controle e responsabilização, favorecendo a corrupção e a improbidade.*

Na senda da *autonomia administrativa*, é ela entendida como a possibilidade do próprio órgão ou entidade disciplinar e implementar sua organização e funcionamento, administrando seus recursos materiais e humanos, nos limites da lei e sem interferências externas.

Já a *autonomia financeira*, considerado o mais polêmico dos aspectos em análise, tendo em vista as discussões atuais acerca da necessidade de maior controle dos gastos públicos e da atividade financeira do Estado,

quer significar, em síntese, a possibilidade de o órgão *elaborar sua proposta orçamentária*, buscando evitar contingenciamentos injustificados, que tendem a inviabilizar o exercício das atribuições de responsabilidade da “Advocacia Pública”, identificadas com a defesa do patrimônio, rendas e políticas públicas e que, portanto, não podem sofrer descontinuidade.

Uma semelhança de tratamento deve ser assegurada, refere-se ao MP, pois tais Instituições, no exercício de suas atribuições próprias, estão muitas vezes, em pólos opostos, defendendo posições jurídicas antagônicas em ações civis públicas, de improbidade e outras tantas, inclusive envolvendo a defesa de agentes políticos (Ministros, Secretários de Estado, Parlamentares, Magistrados etc.) realizada pela “Advocacia Pública”, cenário este que recomenda uma “paridade mínima de armas”, conferindo prerrogativas semelhantes aos seus membros, sob pena de prejuízo para a defesa dos interesses e direitos patrocinados e, por consequência, para o próprio bem jurídico tutelado.

Em outras palavras, sem os instrumentos e prerrogativas a municiar os Advogados de Estado não há como se atuar com paridade frente ao Ministério Público e às principais bancas de advocacia do país na defesa dos atos de Estado firmados pelos membros dos Três Poderes.

A motivação da proposta de emenda constitucional em discussão, preconiza ainda que a *autonomia funcional* permitirá a *expansão e concretização de direitos fundamentais em benefício da população carente, na medida em que proporcionará ao “advogado público” a condição de reconhecer a legitimidade de pretensões expostas em demandas judiciais instauradas pelas Defensorias Públicas da União e dos Estados*, mediante paradigmas extraídos de matérias pacificadas no âmbito das Cortes Superiores. Atualmente, a conciliação ou o reconhecimento desses direitos, seja no âmbito administrativo, seja no judicial, está condicionado à autorização do Poder Executivo, ainda que o Poder Judiciário já tenha firmado precedente sobre a matéria em litígio.

Conclui-se a motivação para a reforma constitucional, em específico, afirmando-se que ela visa também atualizar as Funções Essenciais à Justiça sob a perspectiva da “Advocacia Pública”, harmonizando-se com a finalidade perseguida na emenda da Reforma do Judiciário, na medida em que se busca a diminuição das ações judiciais e a solução rápida das demandas da sociedade contra o Estado.

Não me parece correta a exegese constitucional implementada por alguns juristas de que a Advocacia de Estado, nos Estados e Distrito Federal é mais ampla e independente. Além da representação, que se igualaria à da União, no que diz respeito ao controle da legalidade dos atos administrativos não se encontraria aquela restrita ao Poder Executivo, pois o art. 132/CF estabelece que os Procuradores exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas *unidades federadas*.

A impropriedade redacional que se estende à não previsão da participação da Ordem dos Advogados do Brasil nos concursos de ingresso na AGU, o que encontra-se contemplado para as PGEs, além da magistratura e do Ministério Público, embora possa trazer uma maior legitimidade ao certame, não significa que a AGU não deva solicitar a referida presença da OAB e mais ainda, urge a correção constitucional do tema.

A motivação da proposta de Emenda constitucional em discussão, preconiza ainda que a *autonomia funcional* permitirá a *expansão e concretização de direitos fundamentais em benefício da população carente, na medida em que proporcionará ao “advogado público” a condição de reconhecer a legitimidade de pretensões expostas em demandas judiciais instauradas pelas Defensorias Públicas da União e dos Estados*, mediante paradigmas extraídos de matérias pacificadas no âmbito das Cortes Superiores. Atualmente, a conciliação ou o reconhecimento desses direitos, seja no âmbito administrativo, seja no judicial, está condicionado à autorização do Poder Executivo, ainda que o Poder Judiciário já tenha firmado precedente sobre a matéria em litúgio.

Alguns desafios vencíveis

A cultura da legalidade democrática advinda da Carta de 88 permite que se afaste toda e qualquer visão da Advocacia de Estado como um mero elemento “burocrático”, na pior acepção do termo, vista como uma verdadeira inimiga da boa governança. Impõe-se à Advocacia de Estado o dever de esgotamento das análises e demandas que lhe são postas, especialmente, em matéria de políticas públicas, adotando uma *postura propositiva*. Jamais se podendo conceber condutas que se limitam a apresentar o “*não fazer*”, sem que imediatamente se mostre o porquê e especialmente se disponibilize o “*como fazer*”, em harmonia com o seu compromisso com a coisa pública, conjugada com o uso de uma criatividade que jamais pode ser vencida pela inércia ou pela passividade.

A demora na solução dos feitos ajuizados contra a Fazenda Pública serve ao intuito de quem pretende postergar o pagamento das obrigações do Estado, transferindo para os próximos administradores os encargos originados no governo precedente. Essa tradição da Administração Pública brasileira é contrária ao interesse público, exasperante para o portador do interesse individual imediato e agressiva aos princípios básicos inspiradores de um Estado Democrático de Direito.

A Advocacia de Estado, digo eu, tem aqui uma tarefa imprescindível (e melhor ainda se conquistadas as garantias constitucionais já discutidas) que é precisamente, a de *auxiliar na orientação e criação de mecanismos de solução de conflitos, também de modo extrajudicial*.

Trata-se de um *novo paradigma* difícil de ser construído ao mesmo tempo em que difícil se faz a “*desconstrução*” do *paradigma judicial*, porém, uma campanha maciça deve ser desenvolvida, para convencer a sociedade de que *o acesso à Justiça, não se confunde com o acesso ao Poder Judiciário*, aliás, realidade confusa esta que dificulta e quase inviabiliza a função social do Direito.

Quando se *afastar o mito da justiça judicial, trocando-se o “sistema de confiança” padrão*, este baseado apenas na confiabilidade de determinado setor estatal e que acaba encarando outras alternativas como concorrentes, tentando desacreditá-las, decerto que um novo cenário social se descortinará. (credibilidade para o Advogado de Estado, que ao contrário de como é visto, sempre como o inviabilizador de pleitos e “procrastinador” — nesse ponto os “inimigos” são os governantes e a própria população — na verdade não se observa que o Advogado de Estado está sempre buscando proteger o patrimônio público).

Para concluir este ponto, entendemos que a Advocacia de Estado, em conjunto com os “gestores responsáveis,” tem o dever de fomentar, mas antes mesmo, se convencer de que a leitura do Estado, mesmo aquele concebido na visão *hobbesiana*, trata-se de um artefato imaterial, que não tem existência independente da existência dos indivíduos que o constituem e que, como cidadão, o compõem.

Em outras palavras, partindo-se de tal premissa, surge a necessidade de uma atuação da Advocacia de Estado *coordenada com os gestores públicos, de modo proativo e propositivo*. Desse modo, a coletividade poderá sentir e vivenciar um Estado “casa de todos”, e não um inimigo comum a ser combatido.

O Estado, como uma ficção é um ente ideal que deve, incondicionalmente, buscar o bem-estar, a felicidade do indivíduo. Os seus operadores é que se equivocam com frequência e violentam a dignidade humana.

Nesse sentido é que me parece, como já tive oportunidade de dizer, agora com outras palavras;¹ que, para a própria segurança da sociedade, a Advocacia de Estado não pode e não deve se submeter ao governante do momento e, sim, trabalhar em parceria com todo e qualquer governante, com atuação, repita-se, *proativa* e posicionamentos *propositivos*, no auxílio à boa governança e aos planos e políticas públicas, em última análise, realizando *a defesa do regime democrático e da dignidade humana*.

3 Conclusão e o referencial do pertencimento à OAB

Não me furtarei da abordagem de temas da mais alta complexidade e carregados de densa camada de polêmica, ainda que me utilizando de argumentos simples, porém não simplórios.

Tenho pleno respeito por aqueles que encaram a presente discussão como um *minus* em relação às demais conquistas necessárias e pendentes de consolidação constitucional, embora não as veja como excludentes.

Em primeiro lugar, penso que devemos acabar com a ideia ou qualquer ranço de dúvida de que nós somos “burocratas”, no sentido perverso e desvirtuado da expressão.

Confesso que saí da carreira da Advocacia de Estado federal, precisamente por conta da vedação da advocacia fora dos limites institucionais e como eu, conheço dezenas de amigos. É verdade que, estatisticamente, muito mais que a metade dos quadros das Procuradorias de Estado que permitem o exercício concomitante da advocacia pública e privada optam por não fazê-lo. Imagino que, se a AGU modificasse a sua lei complementar, semelhante estatística se vislumbraria, mas certamente que a *autoestima* agregada iria afastar outra estatística nefasta, a de ser uma das mais “*rotativas*” *carreiras*, diante da sua *grande “evasão”*, tida como “*carreira de passagem*” por grande massa de “concurseiros de plantão”, muitos deles em busca apenas do vil metal, sem qualquer amor ao que fará em nome do interesse público primário e secundário do Estado.

¹ LEMOS, Bruno Espiñeira. Advocacia de Estado e o atual quadrante da democracia brasileira. *Jornal Estado de Direito*, Porto Alegre, abr./maio 2008.

Guardo comigo o sonho do caminho inverso, ou seja, quando magistrados e membros do Ministério Público deixarão suas carreiras para cerrar fileiras na Advocacia da União, como tem sido constante, com relação às Procuradorias do Estado e do Distrito Federal diante da maior “atratividade” das referidas carreiras.

Indaga-se então, quanto à razão da defesa de tal “privilegio”. Simples, não se trata de proteção a interesse próprio e sim, o do respeito à vontade das “minorias”, aliás, preceito essencial a qualquer Democracia.

Sigo além e adentro no campo empírico. Não incorrerei em injustiças citando nomes, porém, são nomes públicos e de manifesta notoriedade e atuação acima de qualquer suspeita moral e jurídica, os dos procuradores de Estado espalhados por todo o país, verdadeiros juristas que engrandecem e tornam seus quadros funcionais verdadeiras ilhas de excelência no corpo do funcionalismo público, permitindo que o Estado desfrute de *componentes que não permitem que as grandes bancas de advocacia, cada dia mais técnicas, “desbanquem” os cofres públicos.*

Não tenho dúvidas que o amor com que defendem a coisa pública sucumbiria no momento de uma opção entre a vedação e a possibilidade de exercício da advocacia de foro privado. Por que razão? Por dinheiro? Certamente que não. Porque a liberdade do verdadeiro advogado não se vende nem se compra. A liberdade “potencial” para a qualquer tempo subir em uma Tribuna, adentrar no Tribunal do Júri e garantir a vida de um “inocente”. Repito. Não tem preço.

Ora, por que o Estado não pode ter nos seus quadros, todos eles submetidos a rigorosos concursos públicos, os melhores advogados do país defendendo o seu patrimônio e colaborando para a implementação das melhores políticas públicas? A quem interessa o enfraquecimento, o esvaziamento e o desmantelamento das carreiras da Advocacia de Estado? Não perderia tempo tratando das invejas perniciosas e tolas de outras carreiras, vejo sim, em alguns grandes escritórios que pretendem se beneficiar desse quadro que seria lamentável para a coletividade.

E é precisamente do *fundamento da independência ínsita do Advogado*, refletida na aversão à hierarquia e a qualquer limite que atente contra as liberdades que lhes beneficia a garantia estampada no art. 133 da Constituição da República, isto é, são invioláveis por seus atos e manifestações no exercício da profissão.

Dessa independência surge o natural e necessário sentimento de “pertencimento” aos quadros da OAB. Afinal, o Advogado de Estado, independentemente do exercício ou não da advocacia fora das suas atribuições funcionais, tem o direito e o dever de compor e candidatar-se aos cargos disponíveis na OAB Nacional e em suas seccionais, de participar das suas comissões de estudos, de concorrer a vagas do quinto constitucional etc.

Recentemente, os Estados de Goiás, Maranhão e Santa Catarina que haviam restringido a advocacia dos seus Procuradores à esfera institucional, modificaram suas leis de regência para permitir o exercício da advocacia privada.

Por consequência lógica e necessária do referido sentimento de “pertença”, é direito inalienável de todo qualquer advogado (art. 22, Lei nº 8.906/94), inclusive, os Advogados de Estado, o recebimento dos honorários advocatícios advindos da sucumbência da parte adversa.