

# Debates em Direito Público

Revista de Direito dos Advogados da União

ano 12 - n. 12 - outubro de 2013

# Evolução dos controles de juridicidade no Estado Democrático de Direito – A busca do equilíbrio entre o político e o jurídico: revisitando a missão da Advocacia de Estado<sup>1</sup>

Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Professor Titular da Universidade Candido Mendes. Procurador do estado do Rio de Janeiro.

**Palavras-chave:** Separação de poderes. Democracia na pós-modernidade. Controle de juridicidade.

**Sumário:** **1** Introdução – **2** Origem do conceito da divisão tripartite de poderes – **3** Releitura do conceito de separação de poderes como uma separação de funções – **4** A multiplicação democrática dos controles da sociedade sobre o Estado – **5** Essencialidade do novo conceito dos controles independentes, formais e informais, exercidos pela sociedade à plenitude da democracia na pós-modernidade – **6** Conclusão

## 1 Introdução

Na origem, a distinção entre *interesses individuais* e *interesses coletivos*, que ditará a necessidade de *priorizar* uns ou outros, conforme as circunstâncias. Em consequência, surgem as confrontações entre a *liberdade*, congênita ao indivíduo, e a *autoridade*, conata ao grupo, que, com o tempo, passam a informar o que hoje se considera, respectivamente, conforme a prevalência que se atribua à primeira ou à segunda, respectivamente, a *tônica* dos regimes *democráticos* ou dos *autocráticos*.

Paralelamente, será o enriquecimento do discurso dos *valores* que definirá, no espaço e no tempo, as inúmeras espécies históricas de *regimes*: tanto as efetivamente vivenciadas como aquelas hipoteticamente concebidas, que se inclinam, ora com predomínio dos valores referidos ao indivíduo, ora com prelázia dos valores referidos ao grupo.

Em todas essas experiências, porém, encontram-se sempre *valores predominantes* que, uma vez incorporados à ordem jurídica em sua milenar

<sup>1</sup> Conferência apresentada ao XIII Encontro Nacional dos Advogados da União (ENAU), em Brasília, 08 de novembro de 2012.

evolução, ditam os *limites de direito entre os protagonistas da política — a sociedade e o Estado* — que nos chegaram à Modernidade.

Não obstante a diversidade de combinações políticas historicamente experimentadas, ou mesmo as meramente concebidas, é possível distinguir um bloco de valores convergentes para a caracterização da *justiça*, assim entendida como síntese axiológica de um hipoteticamente *justo equilíbrio* que se deva alcançar entre os poderes individuais entre si, destes com os coletivos e entre os próprios coletivos, incluídos aqueles que passaram a ser formalmente atribuídos ao Estado e, por isso, categorizados como *poderes estatais*.

Assim é que, perseguindo o ideal de *justo equilíbrio entre interesses*, além da demarcação precisa dos *limites* jurídicos, tanto da ação dos poderes conferidos ao Estado como dos poderes retidos pelos indivíduos, tornou-se necessário definir um *sistema de controle* voltado à observância desses limites, assim erigido a *tema nuclear para o Direito Público* desde o surgimento do Estado moderno.

Neste ensaio, já posto sob a óptica pós-moderna, releva apreciar a obsolescência, entre outros conceitos que se tornaram *míticos* com a Modernidade, destacadamente, o da *divisão de poderes*, provocada pelo ressurgimento e da expansão contemporânea dos *direitos humanos* e da *democracia*, que vieram reorientar e redefinir todo o sistema de controle estatal, no centro do qual passou a desempenhar papel essencial a *Advocacia de Estado*.

## 2 Origem do conceito da divisão tripartite de poderes

Em breves traços, remonta a Aristóteles a mais antiga *discriminação das funções públicas* atribuídas à *polis*: a deliberação sobre os assuntos públicos, a administração de sua realização e a administração da justiça. Esse mesmo esquema tripartite se repetiu com Maquiavel, com sua separação de funções parlamentares, reais e judiciais. Foi, porém, com Locke, que essa discriminação de funções se converteu no embrião da *teoria da separação de poderes*, que se integraria, com Montesquieu, com sua observação, no Livro VI do *Espírito das leis*, sobre a experiência inglesa, ao destacar o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, como *poderes independentes e harmônicos*.

Assim, a expressão “poder” na língua inglesa, tal como recolhida por Montesquieu, tornar-se-ia sinédoque amplamente difundida para o enunciado da vitoriosa fórmula política destinada a incrementar a *eficiência* da governança pública pela *especialização funcional* e, simultaneamente, promover a *limitação do poder*, por sua *compartimentação*, que, até então, estivera fortemente concentrado nos reis e caracterizando, por longo tempo, a hegemonia do absolutismo.

O amadurecimento dessa concepção se processou através das três grandes Revoluções Liberais: iniciou-se com a Revolução Gloriosa (1688-1689), a que se deve a contribuição do modelo inglês da *independência do Parlamento* ante a Coroa; prosseguiu com a Revolução Americana (1775-1783), com a contribuição da *independência da Suprema Corte* dos Estados Unidos da América; e concluiu-se com a Revolução Francesa (1789-1799), que conferiu *independência à Administração Pública*.

Esse modelo, que, com algumas variações, seguiria a linha fundada nos conceitos de *independência* e de *harmonia* entre os poderes, inspirou a grande maioria das Constituições que se seguiram e resistiu, até mesmo, ao fatídico renascer absolutista do século XX.

### 3 Releitura do conceito de separação de poderes como uma separação de funções

A necessidade de expandir o modelo tripartite assomou justamente com a geral convicção de que a fórmula não havia logrado proteger as sociedades das *autocracias absolutistas* que haviam proliferado e tornado o século XX em um sinistro *intermezzo* histórico de holocausto e sangue.

Com efeito, havia se confiado que as *limitações* introduzidas pelo modelo tripartite, dotadas dos contrapontos parlamentar e judicial instituídos, seriam suficientes para refrear a histórica tendência à hipertrofia patológica dos governantes executivos, constantemente intentada por Chefes de Estado carismáticos e manipuladores perversos das raras instituições de controle político, então extremamente vulneráveis, quando não apenas decorativas.

Mas os horrores de duas Guerras Mundiais, a que se seguiria ainda uma “Guerra Fria”, mas não menos letal e angustiante, no curso das quais a pessoa humana de pouco ou nada valia ante os despóticos donos do poder, exauriu essa ingênua confiança, tendo sido a dura lição de

que necessitaram os povos exaustos e exangues da Europa, a começar dos mais atingidos sacrificados — Itália e Alemanha — para conseguir ultrapassar o modelo superado.

Era necessário recomençar pela *revisão do vínculo entre sociedade e Estado*, não mais como uma relação de *sujeição*, mas como uma relação de *serviço*, devolvendo ao indivíduo a condição de *cidadão* e não de *súdito*, mudança se processou, a partir do término da Segunda Guerra Mundial, com o processo juspolítico de transformação do modelo tripartite clássico, na busca do almejado *equilíbrio* entre o poder político e seu controle jurídico.

Como o simples *controle político*, que havia sido alcançado com a instituição dos processos eletivos para a escolha dos governantes se tinha mostrado insuficiente, a sociedade demandava *novos canais institucionalizados de controle*, notadamente para evitar uma perigosa recidiva das devastadoras ideologias autoritárias e totalitárias do século XX, garantindo o *primado da pessoa humana* e, paralelamente, canalizando ordeiramente as emergentes e crescentes demandas das sociedades pós-modernas.

Esse novo modelo haveria, assim, de multiplicar e de aperfeiçoar os canais participativos da cidadania, para tanto instituindo *novas funções constitucionalmente independentes da sociedade, que operassem harmonicamente dentro do próprio aparelho de Estado*.

#### 4 A multiplicação democrática dos controles da sociedade sobre o Estado

O atingimento do almejado *equilíbrio* — entre os poderes individuais entre si, destes com os coletivos e entre os próprios coletivos, incluídos aqueles formalmente atribuídos ao Estado e, por isso, categorizados como *poderes estatais* — necessitava não apenas de uma *ampliação dos controles sociais sobre o Estado*, como a garantia de sua *efetividade*, o que só se obteria satisfatoriamente *dotando-os de novas expressões próprias do poder estatal*, quebrando e expandindo o projecto — e já *mítico* — conceito tripartite.

Porém essas novas funções a serem introduzidas não deveriam estar atreladas a orientações e interesses *partidários*, senão que, por serem lídimas expressões *de valores fundantes da sociedade como um todo*, deveriam, à semelhança das funções jurisdicionais, ser exercidas com *independência político-partidária*, ou seja, como *funções neutrais*.

Assim, no novo modelo, o *controle sobre o Estado administrador* se desdobra: o antigo, exercido pelos tradicionais *controles internos* a cargo das *funções legislativas e executivas*, ambas política e partidariamente orientadas e cometidas a órgãos próprios do Estado, e o novo, *secundo*, exercido por *controles externos* a cargo de *funções de fiscalização, promoção e defesa* de interesses constitucionalmente assegurados, tanto cometidas e exercidas *formalmente*, por órgãos independentes da sociedade, política e partidariamente neutrais, *instituídos no próprio aparelho de Estado*, como, *informalmente*, pela cidadania, *fora do aparelho de Estado*.

Como se depreende, a pluralização, bem como a especialização desses novos controles — politicamente neutros e capilarmente disseminados por todo o corpo social —, passa a desempenhar papel essencial, não apenas para manter a *legalidade* estrita da ação estatal, como, inovadoramente, também a sua *legitimidade e licitude*, atuando como sistemas formais e informais de proteção da *juridicidade*.

Assim é que a Constituição brasileira ostenta hoje *rica diversificação de funções de controle neutrais*, além da tradicionalmente exercida pelo Judiciário, com suas características próprias de ser passivo e terminativo. São elas:

1. As funções neutrais constitucionalmente independentes de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, para a tutela da legalidade, legitimidade e economicidade da gestão administrativa,<sup>2</sup> e da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da gestão pública, categorizadas como atividades de zeladoria e controle, cometidas ao sistema de *Tribunais de Contas*;<sup>3 4</sup>
2. As funções neutrais constitucionalmente independentes de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, de custódia da autonomia da instituição, do cumprimento do estatuto da magistratura e da observância dos princípios da Administração Pública, de promoção de justiça em casos de crime contra Administração Pública e abuso de autoridade e atribuições

<sup>2</sup> Art. 70, *caput*, CF.

<sup>3</sup> Arts. 70 a 75, CF.

<sup>4</sup> Art. 37, *caput*, CF.

- correlatas,<sup>5</sup> categorizadas como de zeladoria, controle e promoção de justiça e cometidas ao *Conselho Nacional de Justiça*;
3. As funções neutras constitucionalmente independentes de controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros, de custódia da autonomia funcional e administrativa dessa instituição e da observância dos princípios da Administração Pública, e atribuições correlatas,<sup>6</sup> categorizadas como de zeladoria e controle e cometidas ao *Conselho Nacional do Ministério Público*;
4. As funções neutras constitucionalmente independentes e definidas como essenciais à justiça, categorizadas como de controle, zeladoria e promoção de interesses juridicamente qualificados de toda natureza, cometidas, respectivamente, conforme a especificidade dos interesses, aos membros de quatro complexos orgânicos distintos: do *Ministério Público*,<sup>7</sup> da *Advocacia de Estado*,<sup>8,9</sup> da *Advocacia*<sup>10</sup> e da *Defensoria Pública*;<sup>11</sup> e
5. As funções neutras constitucionalmente independentes, categorizadas como de controle, zeladoria e promoção de interesses específicos relativos à inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual ou à constitucionalidade de lei ou ato normativo federal,<sup>12</sup> bem como em concursos públicos de ingresso na magistratura,<sup>13</sup> no Ministério Público<sup>14</sup> e nas procuradorias dos Estados e do Distrito Federal,<sup>15</sup> cometidas à *Ordem dos Advogados do Brasil*.

<sup>5</sup> Art. 103-B, §4º, CF.

<sup>6</sup> Art. 130-A, §2º, CF.

<sup>7</sup> Art. 129, CF.

<sup>8</sup> Art. 131, CF (da União) e art. 132, CF (dos Estados e do Distrito Federal).

<sup>9</sup> Não obstante a Constituição nomear apenas a advocacia de Estado da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, também a advocacia de Estado dos **Municípios** e a das **autarquias** de todos os níveis federativos estão nela implícitas: 1º - porque, sendo idênticas as funções, impõe-se a isonomia de tratamento; 2º - porque o constituinte não teve intenção em discriminar, fechando um elenco taxativo, mas somente de dar destaque institucional às nominadas; 3º - porque todos seus exercentes, uma vez providos por investidura pública, como tal, gozam da mesma fé pública, que impõe ser reconhecida, como comanda o art. 19, II, CF.

<sup>10</sup> Art. 133, Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>11</sup> Art. 134, Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>12</sup> Art. 103, VII, Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>13</sup> Art. 93, I, Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>14</sup> Art. 129, §3º, Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>15</sup> Art. 132, *caput*, Constituição da República Federativa do Brasil.

## 5 Essencialidade do novo conceito dos controles independentes, formais e informais, exercidos pela sociedade à plenitude da democracia na pós-modernidade

Redirecionados todos os controles examinados de proteção à *pessoa humana*, com sua vida e dignidade, resulta que a sua expressão política democrática tornou-se *constitucionalmente essencial*.

Com efeito, leitura atenta da Carta põe este valor em evidência, não obstante a inversão operada pelo constituinte no artigo 1º, pois, se o fundamento *sine qua non* é a *dignidade humana* (art. 1º, II), tanto o fundamento da *cidadania*, que equivocadamente o antecede (art. 1º, II), como o do *pluralismo político*, que acertadamente lhe sucede (art. 1º, V) são seus *evidentes consecutários*.

Assim, é da existência desse duplo fundamento — da *cidadania* e do *pluralismo* — que se há de deduzir a existência de uma *democracia*, tal como afirmada na própria *caracterização constitucional* dada ao Estado brasileiro: como *Democrático* (art. 1º, *caput*).

Mas, em que pese essa clara afirmação, à efetiva *realização da democracia* opõe-se a resistência dos restolhos da herança absolutista trazida da Modernidade, ainda mais agravada por nossa tradição ibérica, proclive à imperatividade, às imunidades e privilégios do poder.

O controle do Estado por seus próprios órgãos politicamente decisórios — parlamentares e executivos — portanto, um *controle interno*, por serem *político-partidariamente comprometidos*, obviamente não logra atender às qualidades de *generalidade* e de *neutralidade* exigidas por um *Estado Democrático*, instituído sobre o fundamento da igualdade política dos cidadãos, o que deles faz, a cada um, órgãos aptos a exercer o controle.

Por outro lado, como o *controle externo exercido pelo Poder Judiciário*, que é tradicionalmente neutral, *só atua provocado*, a solução constitucional voltou-se à *pluralização dos órgãos de fiscalização e de promoção*, bem como à *criação de instâncias administrativas intermédias de controles especializados*, todas dotadas de *iniciativa própria* e de *independência funcional*.

Com esses avanços e aperfeiçoamentos, integra-se no País um *sistema nacional democratizado de controles*, já não apenas do *Estado* (os tradicionais), como no *Estado* (os novos), que cumprem harmonicamente a elevada missão de acrescer à *democracia formal*, que é a referida à escolha

dos agentes políticos eletivos, a *democracia substancial*, que é a referida à escolha das ações públicas.

Esse valioso *processo democratizante*, para o qual tanto tem contribuído os novos órgãos constitucionalmente independentes, só não tem progredido mais, pela falta de hábito de o cidadão lutar pelos próprios direitos, notadamente os coletivos e difusos, não obstante o grande avanço nesse sentido já registrado desde a vigência da Constituição de 1988.

Por outro lado, permanece a velha *resistência aos controles*, por parte dos detentores do poder político, por motivos mais históricos que jurídicos, porém que mais se agravam com o fenômeno, universalmente observado por juristas e cientistas sociais de diferentes especializações, da *imbricação paulatina da política e do direito*, de modo que a *atividade política* se vai tornando cada vez menos infensa aos controles jurídicos, e a *atividade jurídica*, cada vez mais pervasiva das imunidades da política.

É o que ocorre, exemplificativamente, com a crescente preocupação como o *controle da gestão pública*, não apenas em seu *iter* administrativo, mas em todo o seu percurso, ou seja: desde o *planejamento*, passando pela *orçamentação* e pela *execução*, até o atingimento concreto do *resultado*.

Observe-se que desde a sua *formulação* — *política e administrativa* — desse assim caracterizado *complexo processual das políticas públicas*, ele se tornou constitucionalmente sujeito aos controles instituídos de *juridicidade*, que se estendem desde suas fases híbridas iniciais — quais sejam as do *planejamento* e da *orçamentação*, pois que demandam ambos atos coordenados materialmente administrativos e formalmente legislativos — até a sua fase *executiva*, que é puramente administrativa, compreendendo, como entende a mais recente doutrina administrativista, o seu consequente *resultado*.

## 6 Conclusão

Em suma, as *funções essenciais à justiça* apresentam-se, nesta exposição, como *órgãos da sociedade inseridos no aparelho de Estado, para o exercício de diversificadíssimas funções de controle de juridicidade* — de fiscalização, de promoção e de defesa —, *cobrindo todo o espectro de direitos garantidos pela Constituição*.

Sua missão é tanto mais importante e delicada quando a esfera de atuação cometida à *Advocacia de Estado* envolve, necessariamente, *todo o*

*complexo parlamentar e executivo da gestão pública, não mais se restringindo, como no passado, à sua mera fase administrativa, envolvendo, portanto, todo o espectro do controle de juridicidade, ou seja: do planejamento, da orçamentação, da execução e, notadamente, da efetivação de seu resultado.*

Por isso, em razão de seu campo de atuação jurídica se ter tornado profundamente imbricado com a atuação política — já que esta não mais poderá se processar nem fora nem, muito menos, acima do Direito — a missão da *Advocacia de Estado* se apresenta, cada vez mais, como *imprescindível* à realização neutral da justiça e, em consequência, da *democracia*.

Eis porque atentarão contra a pureza e a elevação constitucional dessa missão, *que lhes é constitucionalmente cometida, aos Advogados de Estado, pela sociedade, tanto o receio de seus membros de desagradar quaisquer agentes políticos que se sintam contrariados, como, e com mais razão, a pretensão destes de dirigir ou condicionar espuriamente a ação dos Advogados de Estado de modo a que atuem em contrariedade de sua consciência jurídica e de sua independência funcional.*

Nada, portanto, deverá desviá-los dos interesses públicos *primários* da *juridicidade*, para atender a interesses públicos *secundários*, quando não a interesses públicos *terciários*, partidariamente orientados, sempre que afrontem o direito, a justiça e a democracia, pois que estes valores fundamentais nesses agentes têm *a sua primeira e essencial linha de defesa*.

Violado está, em suma, o próprio conceito de *Estado Democrático de Direito*, se não existir recíproco respeito e acatamento a *todos* os institutos de controle de juridicidade constitucionalmente instituídos para sua defesa.

Teresópolis, primavera de 2012.