A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito*

Gustavo Binenbojm

Professor Adjunto da UERJ. Doutor e Mestre em Direito Público (UERJ). *Master of Laws* (*LL.M.*) pela Yale Law School. Procurador do Estado e Advogado.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Advogado Público.

O presente estudo envolve uma discussão zetética sobre a identidade institucional da Advocacia Pública. Quem é o Advogado Público no Estado Democrático de Direito? Qual é o seu papel institucional? Qual é a sua singularidade diante da advocacia privada, da magistratura e do Ministério Público? O que torna a Advocacia Pública uma função essencial à Justiça, como declarado na Constituição? Isso exige uma reflexão sobre a posição da Advocacia Pública em relação ao Estado Democrático de Direito.

A minha premissa é de que existe uma relação de imbricação lógica indissociável entre a Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. Parece-me que à Advocacia Pública é reservada a elevada missão de estabelecer a comunicação entre os subsistemas sociais da política e do direito, e a tarefa institucional de compatibilizar as políticas públicas legítimas, definidas por agentes públicos eleitos, ao quadro de possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, parece-me que a inscrição da Advocacia Pública no capítulo das funções essenciais à Justiça não tem um significado restrito ao exercício da função jurisdicional do Estado, mas se liga ao valor justiça e aos valores inerentes ao direito e à democracia.

É interessante resgatar, neste momento, a famosa definição do professor Canotilho de que o Estado Democrático de Direito é um precipitado histórico de duas ideias fundamentais que serviram à sua construção. A ideia de soberania popular de matriz rousseauniana — segundo a qual a vontade geral deve ser produto da vontade da maioria dos cidadãos — e a ideia de governo limitado — a ideia lockeana de que o exercício do poder da maioria deve estar submetido aos marcos constitucionais e legais como condição de sua legitimidade. E é nesse sentido a síntese de Norberto

* Artigo aprovado para publicação em categoria especial: "Transcrição de Palestra".
Palestra intitulada "O Papel Institucional da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito", proferida no dia 15 de março de 2010, na sede da OAB/RS, por ocasião do Seminário comemorativo dos 45 anos da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

Bobbio, para quem a democracia constitucional é o regime que realiza a vontade da maioria dentro das regras do jogo democrático, regras essas estabelecidas na Constituição e nas leis.

Entendo que esse projeto do Estado Democrático de Direito seria reduzido a uma mera figura de retórica se não existissem, no plano das instituições, mecanismos e instrumentos que dessem consequência a esse programa. E parece-me que a Advocacia Pública é a função de Estado por excelência encarregada de realizar a vontade majoritária democraticamente estabelecida, adequando-a aos marcos do ordenamento jurídico.

Então, parece que essa relação de imbricação lógica da Advocacia Pública com o Estado Democrático de Direito pode ser explicada teoricamente por uma vinculação das suas funções institucionais aos dois valores fundamentais de qualquer democracia constitucional. O primeiro deles, legitimidade democrática e governabilidade. O segundo deles, controle de legalidade ampla, que eu prefiro chamar de controle de juridicidade.

As funções institucionais básicas da Advocacia Pública — consultoria jurídica e representação judicial — devem sempre ser pensadas e reconduzidas a esses dois valores fundamentais do Estado Democrático de Direito, que são, de um lado, legitimidade democrática e governabilidade, e, de outro, respeito e promoção do controle de juridicidade.

Faz-se, daqui em diante, uma bipartição da reflexão proposta: em primeiro lugar, discutirei a vertente democrática ou o compromisso democrático da Advocacia Pública; em segundo lugar, passo ao exame da vertente jurídica ou do compromisso da Advocacia Pública com a juridicidade.

Adianto que, ao contrário do que comumente se apregoa, não me parece que a consultoria jurídica seja uma função ligada apenas ao controle de juridicidade e a representação judicial à realização da vontade democrática dos governantes eleitos. Parece-me que essas duas funções institucionais realizam simultaneamente esses valores do Estado Democrático de Direito.

Em primeiro lugar, vou abordar o compromisso democrático da Advocacia Pública. Esse compromisso atende à compreensão do nosso papel institucional em relação aos governantes eleitos. O Advogado Público não é um censor, não é um juiz administrativo, nem um Ministério Público interno à Administração Pública. O Advogado Público tem como uma das suas missões institucionais mais nobres e relevantes cuidar da viabilização jurídica de políticas públicas legítimas definidas pelos agentes políticos

democraticamente eleitos. O Advogado Público tem o direito, como cidadão, de discordar dessas políticas. Eu diria até que ele tem o dever se esta for a sua convicção pessoal. Todavia, tem ele o dever funcional de se engajar na promoção e na preservação dessas políticas, desde que elas se mantenham dentro dos marcos da Constituição e das leis em vigor.

Nesse sentido, o papel do Advogado Público é o de realizar a mediação entre a vontade democrática e o direito. Mas essa mediação não é estática. Não é o exercício de um "sim" ou um "não". Não é proferir um *decisum* estático, como faz a magistratura. Nem exercer *opinio delicti*, como faz o Ministério Público. O papel do Advogado Público é compreender a política pública que se deseja implementar, que é a vontade popular, ao fim e ao cabo, e buscar estabelecer os mecanismos que viabilizem a realização dessa política. Isso pode ensejar, por exemplo, trabalhar na elaboração de uma proposta de emenda constitucional, cujo limite último são as cláusulas pétreas da Constituição, trabalhar na elaboração de uma minuta de um projeto de lei, trabalhar na elaboração de minutas de outros atos normativos, como portarias, decretos, resoluções, e assim por diante.

O Advogado Público deve ser aquele que tem a capacidade de dizer um "não". Mas, sobretudo, deve ter a capacidade de dizer "talvez". Isto deve acontecer porque "talvez" se possa alcançar a realização de uma política pública com a alteração da própria ordem jurídica, dentro dos limites constitucionais estabelecidos.

Nesse sentido, é interessante ressaltar as contribuições mais contemporâneas do Direito Administrativo, que não aceitam mais uma concepção absolutista, solipsista, de interesse público. A velha concepção da supremacia do interesse público como uma ideia rígida a ser realizada a despeito de todos os interesses da sociedade há de ser abandonada. E a Advocacia Pública é a instituição capacitada e habilitada a realizar essa mediação, essa ponderação de interesses do Estado com a sociedade, no sentido da realização de políticas públicas legítimas. Uma vez definidas essas políticas públicas, nas quais é imprescindível a participação ativa da Advocacia Pública no âmbito da consultoria jurídica, é papel do Advogado Público dar sustentabilidade a essas políticas perante os órgãos judiciários e as cortes de contas. Dessa forma, a defesa judicial deve ser compreendida não como um *capitis diminutio* do Advogado Público, reduzida à mera função de Advogado de governo, mas como uma função institucional essencial à

democracia a fim de dar sustentação jurídica aos projetos de governo e contribuir, dessa forma, para a governabilidade.

A defesa judicial de políticas públicas legítimas é missão fundamental da Advocacia Pública, ligada intimamente à própria ideia de democracia.

Por outro lado, o compromisso jurídico da Advocacia Pública deve conviver paralela e simultaneamente com o compromisso democrático. A imposição de limites jurídicos à vontade de gestores públicos é condição *sine qua non* da Advocacia Pública diferenciada da Advocacia Privada. Se o Advogado Privado é o profissional que atende aos interesses do seu cliente, dentro dos limites da sua ciência e da sua consciência, o Advogado Público, além da sua ciência e da sua consciência, deve reverência aos limites impostos pelo ordenamento jurídico. E esses balizamentos jurídicos devem ser estabelecidos tanto no exercício da consultoria, como no exercício da representação judicial.

É conhecido de todos o nosso regime jurídico de pareceres da Advocacia Pública. Os pareceres facultativos são aqueles que podem ser objeto de consulta por parte dos gestores públicos. Os pareceres obrigatórios devem ser necessariamente solicitados, mas de cujas conclusões os gestores podem se afastar fundamentadamente adotando entendimento diverso. Os pareceres vinculantes obrigam na sua própria conclusão a decisão administrativa final. E os pareceres normativos que, além de vinculantes, se projetam para todos os demais casos semelhantes. É uma noção elementar de Direito Administrativo, mas que nos serve para a construção institucional da Advocacia Pública na medida em que estabelece uma relação institucional entre o exercício da Advocacia Pública e o exercício da função pública pelo agente político ou pelo servidor público.

Em relação à representação judicial, a defesa judicial da presunção da legitimidade dos atos do Poder Público deve ceder diante das situações em que a própria Advocacia Pública entenda que essa presunção foi elidida. É papel da Advocacia Pública reconhecer quando os limites da juridicidade foram ultrapassados e opinar, com efeito vinculante, no sentido da confissão a direitos postulados pelos particulares, da desistência de ações, da realização de transação e da uniformização de entendimentos administrativos que abreviem esses litígios e contribuam para a redução da pletora de demandas que assola o Poder Judiciário do país. Esse papel da Advocacia Pública é um papel que pressupõe um conjunto de capacidades institucionais às quais eu já vou me referir.

O ponto agora é o seguinte: o que torna a atuação da Advocacia Pública singular em relação a todas as demais instituições jurídicas do Estado?

Muito brevemente, é possível sintetizar três características que fazem da Advocacia Pública uma função de Estado absolutamente única, peculiar e singular. Em primeiro lugar, a possibilidade e a perspectiva de *atuação prévia*. Em segundo lugar, a possibilidade e a perspectiva de *atuação sistêmica*. E, em terceiro lugar, a possibilidade e a perspectiva de *atuação proativa* do Advogado Público.

Quanto à *atuação prévia*, deve-se dizer que nenhuma outra carreira jurídica tem a possibilidade de atuar previamente à configuração das políticas públicas. Merece ser dito que quem define o rumo político é o agente eleito, porque isso é pressuposto da democracia. Mas é direito da sociedade e dever do Advogado Público atuar previamente à formulação das políticas de forma que elas se mantenham dentro do quadro da juridicidade, de forma que elas tenham sustentabilidade jurídica e que possam passar, eventualmente, no teste do Poder Judiciário. Para isto, é preciso que a Advocacia Pública esteja aparelhada e estruturada para atuar no momento seminal da elaboração das políticas públicas.

Quanto à *atuação sistêmica*, observa-se que a atuação do Advogado Público, como nenhum outro profissional do Direito, tem a possibilidade da visão sistêmica. Atuando na elaboração prévia de políticas públicas o Juiz não tem essa possibilidade. O Ministério Público não tem essa possibilidade. E o Advogado Público tem a possibilidade de conhecer os limites sistêmicos em relação ao orçamento, em relação ao quadro de pessoal, ao quadro de estrutura material, em relação aos possíveis efeitos colaterais de uma política pública, colaborando para a correção de rumos, contribuindo para a elaboração de políticas mais efetivas e mais eficientes. A atuação singular do Juiz diante do quadro concreto, assim como dos membros do Ministério Público e dos Advogados particulares coloca-os na condição de alguém que vê a árvore sem ver a floresta. E a Advocacia Pública, através dos seus órgãos de cúpula, através dos seus órgãos de atuação institucional, deve ter essa possibilidade de ter a perspectiva geral dos órgãos de governo, para que possa melhor cumprir o seu papel.

Por fim, uma *atuação proativa*. Enquanto o Poder Judiciário é inerte por excelência, a Advocacia Pública pode e deve atuar proativamente no sentido de prevenir litígios, no sentido de aconselhar medidas e no sentido

de recomendar que uma solução consensual seja preferível à solução litigiosa. Há um compromisso, portanto, da Advocacia Pública com o princípio constitucional da eficiência. Naquilo que se refere à viabilização das políticas públicas, o Advogado Público deve estar preparado, habilitado e deve ter a porta aberta dos palácios de governo para que ele possa contribuir no sentido da elaboração de políticas que levem em conta aquilo que a Advocacia Pública pode dar em termos de ganho de eficiência. E aqui me refiro, por exemplo, a medidas judiciais ou extrajudiciais que viabilizam políticas públicas.

A Advocacia-Geral da União tem dado um exemplo a todos os órgãos de Advocacia Pública do Brasil nesse sentido. Ela tem, por exemplo, proposto ações declaratórias de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, que muitas vezes são essenciais para evitar uma pletora de ações que comprometam a própria viabilidade da política pública. Além disso, a AGU tem celebrado, no âmbito de agências reguladoras, acordos regulatórios que ganham o consentimento dos administrados, alcançando um patamar maior de legitimidade pela própria participação do administrado e reduzindo os custos de transação, os atritos e os conflitos que fatalmente seriam judicializados. E, ainda, a celebração de termo de ajustamento de conduta com os órgãos de controle, sobretudo, com o Ministério Público, que possam evitar que, no curso da política pública, venha a surgir o advento de uma nova ação, de uma nova liminar que impeça o sucesso daquele programa.

Todavia, o bezerro não pode ser de ouro e ter os seus pés de barro. Para que a Advocacia Pública possa cumprir esse papel e essa elevada missão, é preciso que, a partir da compreensão da função, se chegue a uma compreensão da sua dimensão institucional. Não é possível que o Advogado Público tenha um compromisso com a realização da política e com o controle dessa mesma política, se ele for compreendido como mero Advogado de governo. A Advocacia Pública, neste sentido, não é uma função meramente governativa. A Advocacia Pública é uma função de Estado e assim deve ser compreendida como premissa inicial.

Como função de Estado, a Advocacia Pública deve ser uma instituição capaz de se organizar e se estruturar em carreiras. Carreiras profissionais e permanentes aptas a realizar de forma imparcial esse papel. O engajamento do Advogado Público na realização de políticas públicas não é um engajamento político partidário. É um engajamento institucional.

E para que ele possa realizar as políticas públicas, de um lado, e mantê-las dentro do quadro da juridicidade, de outro, é preciso que ele tenha garantias institucionais e garantias funcionais. Com isto, o Advogado Público não será reduzido ao papel de mero Advogado do governo.

Essas garantias envolvem, por exemplo, além da instituição permanente do corpo profissional qualificado e concursado, uma relação de isonomia que pressupõe não apenas a equiparação vencimental com as demais carreiras jurídicas do Estado, mas, sobretudo, uma equiparação no seu *status* funcional em relação ao Ministério Público, à Magistratura e às demais carreiras de Estado. Esse *status* deve levar a Advocacia Pública a ter autonomia funcional, autonomia administrativa e orçamentária como o Poder Judiciário, como o Tribunal de Contas e como hoje o Ministério Público já detém. Ninguém consegue exercer a Advocacia Pública responsavelmente negociando de joelhos com o governo. Só é possível ser Advogado Público plenamente se a Advocacia Pública for compreendida como uma função do Estado e como uma instituição de Estado, e não como um órgão intestino à própria estrutura do governo.

Essas garantias funcionais vão além da mera autonomia funcional, administrativa e orçamentária e devem alcançar garantias funcionais contra perseguições e contra responsabilizações fora das hipóteses de dolo ou fraude, aquelas hipóteses em que Juízes e membros do Ministério Público podem ser responsabilizados.

Por fim, os temas mais polêmicos. Não posso me furtar a comentá-los embora os saiba polêmicos. A questão do exercício privativo da Advocacia Pública por membros da carreira e a questão da privatividade da própria figura do Advogado-Geral ou do Procurador-Geral que, no caso da Constituição Federal, o artigo 131 abre a possibilidade de membros não integrantes da carreira exercerem esse papel. No caso de algumas procuradorias de Estados, como do Estado do Rio de Janeiro e do Estado de São Paulo, este cargo já é privativo de membros da carreira. Embora se deva reconhecer que as experiências históricas mostram uma oscilação grande em relação à chefia da instituição e que muitos que não são membros das carreiras tenham dado grande contribuição ao seu desenvolvimento — e faço aqui o registro público de que a minha opinião pessoal é de que este foi o caso do Ministro José Antônio Dias Toffoli em relação à AGU —, o meu entendimento é de que a questão não pode ser tratada pessoalmente. Não podemos ficar à mercê de uma loteria pessoal, em que alguns nomes

que têm a visão de estadista, como tinha o Ministro Toffoli, deram uma grande contribuição e outros nomes não. Então, parece-me que a política institucional correta é a de qualificar os quadros, investir no concurso público, investir em garantias institucionais e numa remuneração decente, para que a instituição seja capaz de produzir os seus próprios quadros. Não para, em termos corporativos, conquistar a chefia da instituição, mas para que possa oferecer à sociedade nomes capacitados e habilitados ao exercício dessa elevada função.

Além disso, existe a polêmica questão em relação a haver ou não um mandato para o Advogado-Geral ou Procurador-Geral. É uma discussão eterna que se tem no Estado do Rio de Janeiro. Em todos os foros dos quais eu tenho participado, eu tenho manifestado o entendimento de que é necessário caminharmos — em alguns casos será necessário discutir propostas de emenda constitucional — no sentido de que algum mecanismo de garantia de mandato tenha que ser conferido ao Advogado-Geral ou ao Procurador-Geral para que a instituição não fique à mercê de alguma espécie de barganha política que possa comprometer aqui ou ali o desempenho pleno das suas funções. Mas não ignoro que isso possa ter algum problema ou algum efeito colateral. É evidente que a proximidade é desejável em relação ao governo. Mas uma relação de parceria saudável, em termos transparentes e institucionais, pode muito bem, a meu ver, conviver com uma chefia da instituição que seja interna da carreira e que seja garantida por alguma espécie de mandato de nomeação a termo.

A última reflexão que eu quero fazer é: Existem incentivos políticos hoje para que essas transformações se operem? Estamos falando no campo dos ideais, da utopia ou no campo de possibilidades concretas?

Fazendo uma referência ao filósofo italiano Antonio Gramsci, é preciso que o otimismo da vontade supere o pessimismo da razão. Nenhum de nós desconhece que o encaminhamento dessas propostas tende a enfrentar aquilo que eu chamaria de grandes desincentivos políticos, de grandes resistências. Mas eu também acredito que a capacidade de a carreira se organizar em todos os níveis federativos tem aumentado. A capacidade de os Advogados Públicos compreenderem o seu próprio papel e comunicarem-se diretamente com a sociedade, explicando à sociedade qual é o seu papel, qual é a sua grande relevância e que essas garantias não são garantias pessoais ou corporativas, mas são garantias da própria sociedade, também tende a aumentar. E eu, como sou um otimista e crédulo na democracia,

acredito que nós conseguiremos em algum momento alcançar algumas das nossas utopias.

Para concluir, gostaria de citar *O livro dos abraços*, do escritor uruguaio Eduardo Galeano, onde se fala basicamente das utopias. Ele se refere às utopias dizendo que as utopias são como a linha do horizonte. A linha do horizonte não existe para ser alcançada. Toda vez que nós damos um passo à frente no sentido de alcançá-la, parece que a linha do horizonte dá um passo atrás, afastando-se de nós. Mas o objetivo, a função e o propósito da utopia não é o de ser alcançada; o objetivo da utopia é apenas o de nos fazer caminhar.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 219-227, jan./dez. 2011.