

A CURADORIA PRÉVIA DA ADVOCACIA PÚBLICA NO PROCESSO LEGISLATIVO

Felipe Sordi Macedo¹

Resumo: O presente artigo analisa o exercício de advocacia de Estado no âmbito do Poder Legislativo, compreendendo a ampliação do espaço de atuação da Advocacia Pública, o qual não pode ser restrito ao âmbito do assessoramento jurídico e contenciosa judicial do Poder Executivo. Busca-se por meio de interpretação sistêmica no ordenamento jurídico existente, inclusive de índole constitucional, justificar exercício de advocacia preventiva pelo advogado público no âmbito parlamentar (curadoria prévia), sem que se confunda essa ampliação do foco de atuação com a advocacia da casa legislativa. O novo modo de atuar do advogado público deve ter como objetivo a diminuição de litígios, primar pela busca de consensos no âmbito de uma administração pública dialógica para obter a concretização de interesses públicos primários e secundários.

Palavras-chave: Poder Legislativo; Advocacia Pública; Advocacia preventiva; Curadoria prévia das normas; Administração pública dialógica.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Atuação funcional da Advocacia Pública; 3 – Leitura da Advocacia Pública na Constituição de 1988; 4 – A Advocacia Pública como Advocacia de Estado em atuação no Poder Legislativo; 5 – Técnicas autocompositivas e atuação do Advogado Público no assessoramento técnico legislativo - A Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho

1 Procurador do Estado de São Paulo, exercendo a função de Chefe do Contencioso Judicial da Seccional de Mogi das Cruzes, Procuradoria Regional da Grande São Paulo. Bacharel em Direito (UFSC) e pós-graduado em Direito Público (UNIDERP/LFG). Artigo oferecido como avaliação final do curso de extensão de Temas Contemporâneos em Direito Constitucional, promovido pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo em parceria com a Escola da Advocacia-Geral da União.

de 2015; 6 – Advocacia Pública estatal no enfrentamento da crise legislativa; 7 – Estruturação orgânica da atuação da Advocacia Pública no Poder Legislativo: Exemplos práticos; 8 – Do imperativo constitucional de curadoria da legislação infraconstitucional pela Advocacia Pública; 9 – Conclusão; 10 – Referências bibliográficas.

1. Introdução

Passados praticamente 30 (trinta) anos da promulgação da Constituição cidadã de 1988, a Advocacia Pública aspira a assunção de novo protagonismo no âmbito institucional nacional. Ainda fortemente arraigada no seio do Poder Executivo, no cumprimento de expedientes formais ou na litigiosidade crescente em que inserido o Estado brasileiro e suas omissões, na regulamentação de direitos ou na própria prestação de serviços públicos, exsurge nova leitura para a atuação institucional da Advocacia Pública, em sua unicidade, ou seja, advocacia de Estado, com a apresentação de todos os seus Poderes, ainda em interlocução com a sociedade.

De modo especial, o foco do artigo é a atuação da Advocacia Pública no âmbito do Poder Legislativo, sem que isso se confunda com a advocacia pública de salvaguarda das competências constitucionais do respectivo órgão legislativo respectivo, exercida pelas Procuradorias das Câmaras de Vereadores, Assembleias Legislativas e órgãos jurídicos equivalentes em ambas as casas do Congresso Nacional.

Os parlamentos são instituições representativas fundamentais à democracia, a casa do povo por excelência. Por isso, também, espelham o reflexo dos conflitos que defluem do próprio tecido social. Com novos instrumentos previstos na legislação, como os métodos autocompositivos, é possível o enfrentamento da crise legislativa, que levou ao crescente ativismo judicial.

Com alguns exemplos práticos de como as instituições vem habilitando os seus órgãos para uma presença maior junto ao Poder Legislativo, a nova leitura da Advocacia Pública, em verdade, é um imperativo que decorre da própria Constituição ao atribuir ao Advogado-Geral da União e seu congêneres, no âmbito dos Estados, a curadoria prévia das normas, exercício da advocacia preventiva imbuída de juridicidade ao advogado público.

2. Atuação funcional da Advocacia Pública

A advocacia pública passou a ter atuação definida no cenário jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988, doravante CRFB/1988, momento em que definitivamente subiu um degrau de importância e o seu exercício protegido por norma constitucional.

O Título IV (“Da organização dos poderes”), Capítulo IV (“Das funções essenciais à Justiça”), conferiu duas seções no que toca à advocacia e, especificamente, atribuiu aos órgãos jurídicos da Advocacia-Geral da União representação judicial e extrajudicial, cabendo-lhe, nos termos de lei complementar, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo e aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, estes organizados em carreira, o mister da representação judicial e consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

DA ADVOCACIA PÚBLICA

(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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 jurídico do Poder Executivo.

[...]

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

Por essa previsão, o constituinte posicionou a Advocacia Pública, ao lado do Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia *stricto sensu* em justaposição de funções e sem qualquer subordinação entre si, como afetos à essencialidade da Justiça, designando-lhes como funções essenciais à Justiça. Com isso, encerrou longo equívoco, anterior à CRFB/1988, pois o Ministério Público possuía atribuição dual, competindo-lhe também a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas, hoje vedação expressa no inciso IX do art. 129 do texto constitucional.

É certo, assim, que a intenção do constituinte originário ao incluir a Advocacia Pública como órgão técnico essencial à Justiça, ocorreu no aspecto *lato sensu* tanto com a atuação na atividade contenciosa judicial do Estado, aqui compreendido o termo nos seus diversos níveis de organização política administrativa, bem como a consultoria jurídica da Administração Pública, concentrando a dupla função (contenciosa e consultiva) em uma instituição única. Na União, o exercício foi conferido à Advocacia-Geral da União, nos Estados e Distrito Federal às suas respectivas procuradorias. Com relação aos Municípios, embora a Advocacia Pública municipal ainda não esteja inserida no texto constitucional, a grave falha simétrica do constituinte originário de 1988, que erigiu o ente local à condição de unidade federativa, ao lado da União, dos Estados e do Distrito Federal, poderá ser corrigida com a PEC 17/2012, já aprovada em dois turnos na Câmara dos Deputados e pronta para Deliberação do Senado Federal.

A decisão político-normativa externada pelo constituinte da CRFB/1988 ensejou, portanto, a possibilidade de centralização e especialização das atividades de defesa e assessoramento jurídico do Estado concentrados na Advocacia Pública, por meio de seus órgãos, alçando-a a uma condição superior de instituição curadora da legalidade da atuação do Poder Público. E neste particular, não se perca de vista que a Advocacia Pública não está localizada topograficamente na estrutura administrativa do Poder Executivo, mas sim, em reforço, entre as funções elencadas como essenciais à justiça.

Cabe esclarecer que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, instada quanto à personalidade judiciária dos poderes legislativos, assentou que não possuindo - as Assembleias e os Tribunais - personalidade jurídica própria, sua representação, em juízo, é normalmente exercida pelos Procuradores do Estado. Excepcionalmente, aqueles órgãos, quando esteja em causa a autonomia do poder, para salvaguarda de suas competências constitucionais, reconhece-se a capacidade processual, suscetível de ser desempenhada por meio de Procuradorias Especiais².

Em manifestação recentíssima sobre o tema, a qual envolveu a criação de cargos de Advogados nos quadros do Tribunal de Justiça do Es-

2 (ADIn 175)-PR, Rel Min. Octávio Gallotti, RTJ 150/3.

tado de São Paulo, a Suprema Corte reafirmou sua jurisprudência tecida nos anos 90, logo após a promulgação da CRFB/1988:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 14.783/2012 DO ESTADO DE SÃO PAULO, QUE CRIA CARGOS EFETIVOS DE ADVOGADOS NO QUADRO ADMINISTRATIVO DO PODER JUDICIÁRIO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 132, *CAPUT*, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO CONFORME. PRECEDENTES. 1. As Advocacias Públicas de que tratam os arts. 131 e 132 da Constituição Federal são órgãos autônomos vinculados ao Poder Executivo da União ou Estado, o que não obsta a defesa de interesses cotidianos próprios dos demais Poderes do ente federativo a que pertencerem. Excepcionalmente, admite-se a existência de órgão de assessoramento jurídico, com finalidade, inclusive, postulatória, quando o objetivo for zelar pela independência funcional e as prerrogativas inerentes ao Poder. Precedentes: RE 595.176-AgR, Rel. Min. Joaquim Barbosa; ADI 94, Rel. Min. Gilmar Mendes; ADI 175, Rel. Min. Octavio Galloti; ADI-MC 825, Rel. Min. Ilmar Galvão. 2. **Necessária interpretação conforme à Constituição, com o propósito de permitir a representação judicial somente nos casos em que o Poder Judiciário estadual atuar em nome próprio, na defesa de sua autonomia, prerrogativas e independência em face dos demais Poderes.** Nesse sentido: ADI 1.557 DF, Rel. Min. Ellen Gracie. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente, para dar interpretação conforme ao parágrafo único do art. 2º da Lei 14.783/2012 do Estado de São Paulo³.

E do corpo desse acórdão, diante da relevância e atualidade do tema, extrai-se:

5. As Advocacias Públicas de que tratam os arts. 131 e 132 da Constituição são órgãos autônomos vinculados ao Poder Executivo da União ou Estado. **Todavia, não há dúvidas de que tal fato não obsta a defesa de interesses administrativos, financeiros, econômicos e trabalhistas dos demais Poderes, uma vez que, em face do preceito da unicidade de**

3 ADI 5024, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 04-10-2018 PUBLIC 05-10-2018, grifo nosso.

representação, constitui competência daquelas o patrocínio da Pessoa Jurídica a que pertencem. A existência de interesses tipicamente institucionais, como a defesa da independência do Poder, excepciona a norma e torna possível a capacidade processual de órgãos despersonalizados. Nesta hipótese, a atuação da Advocacia-Geral pode tornar-se indesejada, levando à necessidade de atuação de procurador próprio. 6. Com efeito, a possibilidade de conflito judicial entre o órgão judiciário local e outros Poderes enseja a razoável interpretação de que é possível, nessas situações, permitir o exercício de consultoria e de assessoramento jurídico dos órgãos inseridos na estrutura própria daquele Poder. 7. Como afirmado, este Supremo Tribunal já foi convocado a se manifestar sobre o tema em diversas oportunidades, e os posicionamentos tendem a reconhecer a possibilidade de instituição de representação própria, desde que atendidas certas balizas. Em precedente elucidativo, o Plenário julgou improcedente a ADI 1.557 (Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 18.06.2004) ajuizada em face da Emenda 9/1996 da Lei Orgânica do Distrito Federal que prevê a representação judicial da Câmara Legislativa por Procuradoria própria.

Como visto, o Supremo Tribunal Federal reconhece a possibilidade de representação própria das casas legislativas e Tribunais de órgãos próprios de advocacia para a defesa de suas prerrogativas constitucionais. É, portanto, uma atribuição restrita que não se confunde com o escopo da Advocacia Pública prevista nos artigos 131 e 132 da CRFB/1988.

3. Leitura da Advocacia Pública na Constituição de 1988

A Advocacia Pública, inserida como função essencial à Justiça, passados 30 (trinta) anos da promulgação da CRFB/1988 busca firmar-se como uma advocacia verdadeiramente de Estado e não apenas a serviço do Chefe do Poder Executivo de momento. Assim, um desafio ainda em construção, é dissociar a Advocacia Pública da função de uma advocacia do Poder Executivo, eis que, em verdade, a atribuição que a Constituição quis lhe entregar ultrapassa esta esfera. Inclusive, no trecho do acórdão acima grifado, o Supremo Tribunal Federal reforçou a abrangência do escopo de atuação da Advocacia Pública para além das defesas de teses do Poder Executivo. Em verdade, esta função maior é a advocacia de Estado, exercida pelos advogados públicos em prol dos interesses admi-

nistrativos, jurídicos, financeiros, econômicos, sociais, trabalhistas, entre outros do ente ao qual advoga. Compreende-se o exercício da advocacia de Estado a partir do entendimento do que seja Estado de Direito, na sua vertente democrática.

O Estado de Direito, decorrente do movimento iluminista do século XVIII, permitiu o nascimento da racionalidade jurídica e sistematização de leis, substituindo a vontade do Rei absoluto pela vontade das leis. E as leis em Estado de Direito pressupõem-se que sejam produzidas em um contexto democrático, ou seja, oriundas da vontade coletiva do povo, ainda que intermediada, quando se trate de democracias representativas. De outro lado, é curial também que na execução dessas leis o Estado seja chefiado e orientado por um agente eleito pelo voto popular, possibilitando assim a escolha da orientação política que concretizará a vontade popular, ou seja, as leis. Ainda, dado que a escolha política é sempre capaz de gerar algum conflito e discordância oriundos da própria convivência democrática na aplicação da lei, é necessário conferir ao Estado-Juiz, a tarefa interpretativa com função resolutive e pacificadora da controvérsia ocorrida. E a configuração dessas funções estatais somente encontra o equilíbrio à medida que sejam separadas entre si, evitando-se o abuso e o arbítrio.

No elo entre essas atuações estatais bem definidas acima, qual seja o Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário encontra-se o advogado público e sua missão de atuar sempre em nome do Direito – fruto de uma vontade soberana, a do povo, conferindo aos legisladores e aos executores da lei, escolhidos de forma democrática, a juridicidade necessária para que possam criá-la e também exercer a vontade política que lhe é ínsita, no caso do governante executivo. Obviamente, a conferência de juridicidade da lei tanto no momento de sua criação quanto no momento de sua execução, permitirá ao advogado público o melhor exercício da advocacia estatal perante o Estado-Juiz.

Assim, a advocacia exercida pelo agente personificado da Advocacia Pública deve ser entendida como advocacia de Estado, desvincilhada da figura de agente ligado ao executor da política, mas sim como aquela que responde ao interesse público, refletido tanto no processo criativo quanto executivo, servil ao Estado de Direito e em benefício da democracia. Extrai-se:

Em suma: o advogado de Estado não é agente de governo. Ele serve ao Estado de Direito, em benefício da democracia. Assim, deve buscar, com a técnica jurídica, a legitimação de interesses democráticos da maneira mais eficiente, ao mesmo tempo em que controla pretensões políticas. Seu dever é oferecer ao administrador as interpretações possíveis, indicar riscos e ser intransigente com pretensões que transbordem desses limites.⁴

Como advocacia de Estado, a atuação e o papel atribuídos à Advocacia Pública, certamente, não estão restritos à defesa dos atos ou ao assessoramento jurídico do Poder Executivo. A uma porque o constituinte originário não a localizou no capítulo referente ao Poder Executivo, a duas porque a conceituou como um órgão técnico de advocacia aos poderes constituídos na busca do resguardo dos interesses primários e secundários, o que é reforçado pelo *caput* do art. 132 da CRFB/1988, anteriormente citado.

A própria legislação infraconstitucional nos socorre nesta interpretação, conforme a disposição do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei Federal nº 8.906, de 04 de julho de 1994, ao ressaltar a essencialidade da Advocacia Pública, em regulamentação ao texto constitucional:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

[...]

Art. 3º [...]

§ 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.

Concretizando a sua missão, a advocacia do Poder Público pauta-se para a garantia do Estado Democrático de Direito, de forma que suas

4 CYRINO, André Rodrigues. *Advocacia pública*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/25/edicao-1/advocacia-publica>. Acesso em: 01/06/2018.

missões institucionais convirjam à legitimidade democrática e governabilidade, controle da juridicidade, sempre com o propósito precípua de defesa do interesse público. E nesta senda, diante da unicidade do Estado perante seus cidadãos, cabe à Advocacia Pública a defesa judicial e o assessoramento jurídico⁵ dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e também do Tribunal de Contas, Ministério Público e da Defensoria Pública, quando da prática de atos de Estado, ressalvada a defesa da competência dos entes para salvaguarda de sua autonomia como abordado no recente julgamento do Supremo Tribunal Federal na ADI 5024, ratificando sua jurisprudência.

4. A Advocacia Pública como Advocacia de Estado em atuação no Poder Legislativo

A Advocacia Pública, definitivamente, é instituição jurídica a quem cabe, com exclusividade, a advocacia contenciosa e preventiva (assessoramento e consultoria jurídica) dos poderes estatais como um todo. Ocorre que, em que pese, a força de sua atribuição constitucional, ainda não protagoniza plenamente o papel que a CRFB/1988 indicou, de modo que urge a encampação desses espaços não ocupados, concretizando a vontade do constituinte.

Órgão de governo constituído para a defesa do contencioso jurídico da parcela de governo a que se vincula ou órgão consultivo para a elaboração de pareceres que tragam opinião jurídica ao administrador antes

5 Extrai-se de artigo publicado na Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná algumas das atividades consultivas exercidas pelo Poder Público: Na advocacia pública ainda temos a importante função consultiva. Em resumo, ela abrange: 1) as atividades de assessoramento das autoridades; 2) a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas; 3) a fixação da interpretação da Constituição, das leis e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida por toda a Administração Pública; 4) a elaboração de estudos e informações, por solicitação das autoridades; 5) a assistência da 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; 6) o exame, prévio e conclusivo, dos textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados, ou dos atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa de licitação. KALABAIDE, Miguel Adolfo. A impossibilidade de controle de ponto na Advocacia Pública. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*. Curitiba: PGE, 2017, v. 8, p. 163-179, 2017, p.167. Disponível em: [http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/revista_2017/AimpossibilidadedecontrolepontonaAdvocaciaPublica.pdf]. Acesso em: 03 jun. 2018.

de decisão relativa à edição de atos administrativos, a Advocacia Pública, por interpretação constitucional (ADI 5024), possui campo maior de atuação e deve procurar o espaço para, de fato, exercê-lo.

No Poder Legislativo, por exemplo, instituição representativa fundamental à democracia, de onde emana a vontade popular por intermédio das normas jurídicas ali criadas, a orientação jurídica estatal, por meio da Advocacia Pública, deve ser maximizada, pois é dali que verterão todas as políticas públicas que interferirão diretamente no cotidiano das pessoas. É do Poder Legislativo das diversas esferas da federação que se editam as leis que regulamentam os direitos fundamentais da vida humana, com destacado efeito prático. Leis mal elaboradas, por sua vez, impactarão negativamente nos indivíduos, com impactos jurídicos, econômicos e sociais maléficis, que respingam na atividade estatal, pois aquilo que não é bom para o indivíduo, regra geral, também não serve ao ente estatal.

No contexto do Estado Democrático de Direito, é cediço que a difusão cultural, político, econômico e social dos anos de transformações os quais a sociedade atual é agente, não uma mera expectadora, observa inúmeras tensões e conflitos próprios dessas mutações em que se vive. Constituídas e consolidadas as instituições estatais, é certo que o processo legislativo, dicotômico por si só, e envolvendo diversos interesses dos mais variados matizes ao tratar das relações estatais ou extraestatais entre si ou entre elas próprias, sobressalta-se, à medida que os efeitos das decisões ali tomadas não ficam restritos às quatro paredes de gabinetes ministeriais ou das Casas Legislativas. Um dos motivos dessa potencialização de um processo político mais evidenciado por seus conflitos, hodiernamente, decorre da disseminação do avanço tecnológico, sobretudo os meios de comunicação, não mais resumidos à mídia falada, visual ou impressa, mas também às redes sociais e seu rápido poder de compartilhamento. Como benefício de uma sociedade melhor informada, é fácil inferir que os interesses distintos que a cercam têm uma maior facilidade para sua plena demonstração.

Diante de uma sociedade que se envolve cada vez mais no campo legislativo, cumprindo assim o caminho que o trilhou o Estado Democrático de Direito, é natural que os antagonismos decorrentes das diversas visões de mundo do tecido social recaíam sob o Poder Legislativo e seu papel precípua, que é editar ordenamento jurídico a bem do povo. É nesse meio de campo entre a sociedade e suas demandas, de onde

decorrem conflitos, e os detentores de mandato político na democracia representativa, que deve inserir-se a Advocacia Pública, para exercer de modo mais efetivo e aparente o papel que a Constituição já lhe afiançou.

Os advogados públicos, profissionais de notório saber jurídico e com amplo conhecimento prático das dificuldades enfrentadas pelo Poder Executivo e o vasto conhecimento da jurisprudência judicial e também daquelas emanadas das Cortes de Contas, possuem larga experiência para assessorar juridicamente o legislador na tarefa da interpretação abstrata que propicie a melhor escolha para o interesse em discussão, ainda em compatibilidade com a Constituição, demais espécies de legislação infraconstitucional e dos próprios repositórios de jurisprudências e precedentes judiciais. A experiência profissional do advogado público, viabilizada até mesmo pela sua direta interlocução entre o Estado Executivo e o Estado-Juiz, seja ainda pela atividade jurisprudencial que lhe é inerente, com necessidade de constante estudo do panorama legislativo e jurisprudencial em vigor para o atendimento das necessidades diárias da Administração, o torna habilitado para propiciar ao legislador a ponderação técnico-jurídica necessária para que a norma ao surtir os seus efeitos atenda ao interesse público da forma mais geral, equânime segura e eficiente. Aqui, tem-se a atuação previamente curadora das normas, a que se refere o título deste artigo. Leciona Derly Barreto e Silva Filho:

Para o bom desempenho dessa tarefa, é de extrema importância a estreita interlocução dos órgãos de Advocacia Pública com as autoridades, os técnicos e os formuladores de políticas públicas em áreas juridicamente sensíveis, como saúde, educação, segurança pública, tributação, finanças, orçamento, serviços públicos, organização administrativa e contratos, ainda na fase genética de projetos, com o objetivo de capacitar e qualificar os Advogados Públicos, com o aporte intelectual e com as informações necessárias, para poderem exercer as funções de consultoria e assessoria jurídicas com a máxima proficiência. Nada pior do que uma «instituição satélite», cujos membros, responsáveis pela orientação jurídica do Estado, mantêm-se (ou são mantidos) alheios ao que se passa em seu derredor. Nada mais incompreensível do que um advogado que não dialoga com o seu cliente, não conheça a sua causa e não reúna condições para bem desempenhar o seu múnus. No estágio de formulação das políticas públicas que serão veiculadas por leis e atos normativos é que os órgãos de Advocacia Pública ponderam acerca

da viabilidade e compatibilidade jurídica da proposição normativa com a Constituição e o ordenamento infraconstitucional, escrutínio que não deve adstringir-se a meras verificações formais (v.g., a questões ortográficas, gramaticais e sintáticas), como bem explica César do Vale Kirsch, ao tratar do papel da Advocacia-Geral da União no âmbito das políticas públicas federais [...]. Por isso, isto é, para que tenha possibilidade de colaborar mais efetivamente na tarefa de aperfeiçoamento das normas produzidas e editadas pelo Estado, a atuação da Advocacia Pública, no campo da produção jurídica, deve, realmente, ser incrementada⁶.

Como objetivo da atuação da Advocacia Pública no processo legislativo, visa-se alargar a função meramente semântico/redacional do advogado público para efetivamente concretizar sua verdadeira função constitucional essencial à Justiça e assim promover uma atuação preventiva da advocacia. É possível assim ao executor, a aplicação da lei com menor conflitualidade e divergências. Ainda, impacta positivamente no Estado-Juiz à medida que contribui sobremaneira na diminuição da litigiosidade ou torna mais qualificados os debates jurídicos que lhe serão apresentados.

O advogado público na esfera legislativa atua como advogado estatal, na busca da conciliação dos interesses divergentes para que se alcance na via do ordenamento jurídico formal uma solução adequada que satisfaça as necessidades jurídicas, políticas, financeiras, econômico-sociais do ente. Essa atuação do advogado público, sobretudo, com vistas à diminuição da litigiosidade, vai ao encontro do que se define como administração pública dialógica, ou seja, abertura de diálogo com os administrados para que eles colaborem para aperfeiçoamento e legitimação das atividades administrativas. É assim uma mudança de paradigma relacionada à evolução da democracia participativa, à desburocratização do direito administrativo, bem como à utilização do consensualismo para resolver conflitos da Administração. O mandato conferido ao advogado público pela Constituição é o elo entre o Estado, por intermédio de seus poderes constituídos, e os cidadãos para a melhor implementação desses novos preceitos, aperfeiçoando assim o campo da produção legislativa.

6 SILVA FILHO, Derly Barreto e. A Advocacia Pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 37, n. 78, p. 9-52, jul-dez/2016, p. 20. Disponível em: [<http://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201710/17154227-revista-pge-78-1.pdf>]. Acesso em: 06/06/2018.

5. Técnicas autocompositivas e atuação do Advogado Público no assessoramento técnico legislativo – A Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015

O advogado público vê-se diante da constante necessidade de conciliar interesses discordantes. Como método de superação, pode também valer-se das chamadas técnicas autocompositivas ou sistema multipor-tas, já previstas na legislação processual civil, e que com a devida colma-tação podem ser plenamente introduzidas também em sede de processo legislativo por um profissional devidamente gabaritado que é.

Por meio das chamadas técnicas de autocomposição, o profissional da advocacia pública pode trazer os elementos jurídicos e de fato neces-sários para auxiliar o legislador a compreender as questões e interesses envolvidos no processo legislativo. Neste ponto, assinala Derly Barreto e Silva Filho: *Um bom procedimento legislativo há de propiciar espaços e tempos adequados para a negociação, para o convencimento e, se possível, para a confluência entre pontos de vista originariamente confrontantes*⁷.

Desta feita, ao valer-se de métodos próprios, com suporte nos prin-cípios da oralidade, informalidade, decisão informada, ou seja, com o constante diálogo, boa-fé, simplicidade, o contínuo esclarecimento, o advogado público possibilita a ponderação dos conflitos em discussão até que se encontre a solução consensual apta a gerar ao legislador a ma-turidade necessária para prestar o voto. Um projeto de lei, aqui no senti-do *lato sensu* da palavra, bem amadurecido contém força normativa que traz maior benefício a todos: tanto a Fazenda Pública a que apresenta, como àquela coletividade abrangida pelo ordenamento.

Importante passo legislativo foi auferido pela edição da Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015, possibilitando a resolução consen-sual de conflitos envolvendo o Poder Público. O Novo Código de Pro-cesso Civil – Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, doravante apenas NCPC, também estimula o Estado ao uso dos meios consensuais de controvérsias (art. 3º, §2º, NCPC), cabendo ao advogado a sujeição a tal dever para que verifique as chances de mediação ou conciliação.

7 SILVA FILHO, Derly Barreto e. *A Advocacia Pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro*, p. 39.

E o § 3º do citado art, 3º arremata: *A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.*

A expressão advogado contida na citação do dispositivo legal, por certo, é um gênero, o qual incluso o advogado público na sua específica atuação. Ainda que se associe muito a validade desta previsão para a solução de conflitos evitando a judicialização, interpreta-se aqui extensivamente. Defende-se que a Advocacia Pública ocupe detidamente este espaço concedido também no âmbito das atribuições típicas do Poder Legislativo, no elo entre o ente cujo interesse de Estado presenta e a sociedade e suas demandas de interesse variado, muitas vezes a colidir com o próprio interesse público.

Ora, a lei usou a expressão “inclusive no processo judicial”, o que parece nos significar a ampliação de sua dicção a toda e qualquer atividade administrativa, o que não exclui, obviamente, a função típica do Poder Legislativo. A atuação preventiva e orientadora do advogado público ao legislador ainda na fase embrionária do processo legislativo, maximizará o princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, CRFB/1988), pois pressupõe-se que leis bem elaboradas gerarão menor quantidade de conflitos. E menor quantidade de conflitos, significa menor tempo despendido na Administração Pública, no braço executivo do Estado, no cumprimento de ordens judiciais em massa, o que interfere penosamente em suas atividades. Por sua vez, contribui para a redução do congestionamento do Poder Judiciário, propiciando um julgamento mais célere e qualitativo dos casos concretos que lhe são apresentados.

A citada Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015 é importante inovação no ordenamento jurídico, e instiga também os advogados públicos a soluções extrajudiciais, ou seja, negociadas entre os envolvidos. Os órgãos da Advocacia Pública ascendem ao papel de instituição protagonista das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos (art. 32), criadas pelo respectivo ente político, com competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; promover, quando couber a celebração de termo de

ajustamento de conduta. O parágrafo único do referido artigo permite à Advocacia Pública, por si só, a instauração, de ofício ou a pedido, de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos, o que a aproxima tanto da sociedade quanto de seu cliente, diante da representação judicial e extrajudicial que lhe é inerente.

6. Advocacia Pública estatal no enfrentamento da crise legislativa

O advogado público em exercício de advocacia de Estado, na busca de consensualidade na fase legislativa, tem como mister função maior que a mera orientação jurídica aos mandatários, mas sim de juridicidade, a fim de as leis sejam editadas concretizem os pilares da Administração Pública dispostos na CRFB/1988, contemplando o que exige a sociedade contemporânea.

Outrossim, concretiza-se um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, baseada no objetivo do pluralismo político com a busca pelo respeito da diversidade e liberdades dos variados centros de poder envolvidos na construção legislativa. Com essa atuação, o advogado público, certamente, atendeu a vontade de seu cliente, o ente estatal, eis que atuou em prol da solidificação dos fundamentos republicanos.

O Poder Legislativo, é preciso lembrar, detém a função precípua de modificar democraticamente uma sociedade, por meio do processo político. Contudo, não se negue o espaço ocupado pelos demais poderes estatais diante do que se convencionou cunhar como crise legislativa:

Já se salientou anteriormente a importância da lei para a democracia e os problemas resultantes da incapacidade demonstrada pelos Parlamentos para desempenhar sua missão principal (v. n. 2, Cap. 19). Uma das causas dessa incapacidade é, sem dúvida, a inaptidão do processo legislativo clássico às exigências contemporâneas. De fato, esse processo, por sei a lei a manifestação do soberano, foi estruturado de modo tão solene, de forma tão generosa para os pronunciamentos individuais dos parlamentares, que abre campo para uma procrastinação cuja importância era pequena quando raras eram as leis, mas que hoje é de gravidade extrema. Em razão disso, grande tem sido o esforço dos juristas à busca de métodos novos que atendam às necessidades contemporâneas sem sacrifício maior dos direitos das minorias. As novas técnicas, contudo, têm dado ao governo (o executivo da doutrina clássica) uma influência cada vez

maior. Na verdade, a sua interferência no processo legislativo longe está de limitar-se juridicamente à iniciativa e ao veto. As constituições posteriores à II Guerra Mundial, umas não hesitam a lhe dar possibilidade de intervir no próprio curso dos projetos, fixando a ordem do dia das Câmaras, determinando qual o texto que será votado, outras, a lhe habilitar a editar regras jurídicas somente subordinadas à Lei Fundamental, seja pela delegação, seja pela extensão do poder regulamentar⁸.

Outro corolário da crise legislativa, exsurge no fenômeno do ativismo judicial no vácuo ocasionado pelas demasiadas omissões legislativas na regulamentação de direitos fundamentais. Isto, por consequência, dá azo à litigiosidade de massa com o consequente congestionamento de Juízos e Tribunais, assoberbando a advocacia pública. Com isso, as procuradorias acabam entendidas como mero órgãos burocráticos, não cumprindo o papel que a CRFB/1988 as alçou. Acerca disso:

Na realidade, as Procuradorias não estão crescendo, mas inchando, o que é lamentavelmente diferente. Crescer é saudável; inchar faz mal à saúde dessas instituições, já que não produzem os resultados esperados pela sociedade, criam desincentivos para os advogados públicos, que se tornam singelos gestores de acervos de massa, obrigados a lidar com modelos padronizados, trabalhando com temas incapazes de desafiar intelectualmente profissionais que se submetem a rigorosos concursos públicos, aguardando outra e melhor sorte de desafios profissionais em suas carreiras⁹.

Urge que a Advocacia Pública se vocacione a atuar como advocacia de Estado, funcionando também como agente de transformação, com plena atuação junto ao Poder Legislativo para o enfrentamento da grave situação estrutural jurídica, social e econômica que assola a si mesmo como parcela do poder do Estado - a própria federação brasileira. É preciso, para isso, romper o paradigma burocrático que cerca a Advocacia Pública, para que se torne instituição ativa, conforme a CRFB/1988.

8 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 210.

9 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; ALMEIDA, Aline Paola C.B. Câmara de; GARCIA, Flávio Amaral. O Futuro da Advocacia Pública: A Ação Preventiva e Proativa. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n.7. p. 11-36, p. 22, 2016. Disponível em: [<http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/OFuturodaAdvocaciaPublicaAAcaoPreventivaeProativa.pdf>]. Acesso em: 08/06/2018.

A significância de uma postura proativa da Advocacia Pública no campo de produção jurídica não deve ser entendida como invasão da instituição no campo das decisões governamentais, mas sim como faceta de uma advocacia que deixa de ser reprodutora de defesas ou condutas jurídicas já ultrapassadas para uma advocacia pública verdadeiramente preventiva ao nascimento do conflito e, na impossibilidade, paute-se pela busca de soluções consensuais. A Advocacia Pública é função essencial que transita em todas as parcelas de poder, relacionando-se intrinsecamente com todas elas. Ainda que a sua autonomia constitucional ainda não tenha sido plenamente conquistada, (está em trâmite na Câmara dos Deputados na PEC 82/2007, já pronta para votação), o próprio exercício da função causídica possibilita às carreiras da Advocacia Pública vivenciar as dificuldades típicas do estado executor na concretização da política pública proposta, ainda, o contato com as interpretações do Poder Judiciário e das cortes de controle, o que lhe traz a expertise para levar ao legislador a ponderação entre a prática e a implementação justa da política ou diretiva que se pretende votar.

A partir da experiência da sua própria atuação é que a Advocacia Pública tem muito a colaborar com o Poder Legislativo com foco em advocacia preventiva de litígios – nos limites da sua competência – para a construção jurídica de soluções legislativas que possam corrigir posturas administrativas não albergadas pelo Poder Judiciário ou as Cortes de Contas e, sobretudo, aquelas que de forma alguma constituam qualquer agressão à ordem jurídica. A melhor eficácia das leis, sem dúvida, fortalece o Poder Legislativo, sua força plural e democrática. Com isso, é possível evitar seja ofuscado pelo protagonismo do Poder Executivo e pelo ativismo judiciário. Pode a Advocacia Pública muito contribuir ao resgate do protagonismo do Estado em sua vertente legislativa.

7. Estruturação orgânica da atuação da Advocacia Pública no Poder Legislativo: Exemplos práticos

Em sentido prático, a União e alguns estados membros já compreenderam a necessidade de uma maior participação da Advocacia Pública junto ao Poder Legislativo, ainda que nem sempre o exemplo signifique o exercício de uma desejada Advocacia de Estado.

No âmbito da União Federal, a Advocacia-Geral da União (AGU), por força de um convênio de cooperação firmado em abril de 2010 com

a Câmara dos Deputados, funciona naquela Casa Legislativa um escritório avançado da Secretária-Geral de Contencioso da AGU. Referido convênio funciona como uma dupla função, ou seja, tanto aproximou o órgão de advocacia pública da União de seu cliente no que atine à representação judicial do Poder Legislativo, também bastante demandado quanto seus atos *interna corporis*, quanto à troca de informação entre os advogados da União e a Procuradoria Parlamentar. Em discurso do Excelentíssimo Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, proferido à época da inauguração, o ato de cooperação foi entendido como “*Vemos que essa iniciativa vai contribuir para fortalecimento do Parlamento brasileiro.*”¹⁰

Em 2015, após 5 (cinco) anos da assinatura do Termo de Cooperação e da instalação do Escritório Avançado da Advocacia-Geral da União na Câmara dos Deputados, já evidente a ampliação da relação interinstitucional ocorrida, o órgão anunciava a renovação do convênio e os importantes avanços decorrentes da iniciativa. Sobretudo, mencionou a AGU que a interlocução da Advocacia Pública com o Poder Legislativo foi fundamental para que importantes políticas públicas as quais, posteriormente, tiveram sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal fossem validadas. Destacou-se, no caso, a lei da ficha limpa, a lei de criação do Prouni, lei que criou o piso salarial nacional para os professores da educação básica, cotas raciais no ensino superior, lei Maria da Penha, entre outras. Esse rol, meramente exemplificativo, ilustra a relevância do assessoramento prestado pela AGU ainda na fase embrionária de determinado projeto legislativo, culminando na elaboração de lei com juridicidade não invalidada pelo Poder Judiciário. Relevante pontuar a opinião do Advogado da União responsável pelo escritório, Marcelo Ribeiro do Val, à época da reportagem, sobre a significância do estreitamento da relação da Advocacia Pública com o Congresso Nacional *O escritório abriu uma nova dimensão para a advocacia pública, que passou a cumprir o seu papel de representante judicial de outros poderes da República*¹¹. No ano de 2015, o escritório de representação da AGU foi alvo de barganha política do então

10 Extraído de http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/152565. Acesso em: 12/06/2018.

11 http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/350776. Acesso em: 12/06/2018.

Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, que ameaçava romper o convênio por divergências relacionadas ao já grave quadro de instabilidade política da época.

Ainda, no âmbito da União Federal, o Decreto nº 9.191, de 01 de novembro de 2017, em regulamentação a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, revogou o Decreto nº 4.176, de 28 de março de 2002, com a manutenção do papel de destaque à Advocacia Pública. Isto porque, por força do art. 36, § 2º, do diploma regulamentar citado, deve haver obrigatória participação da Advocacia-Geral da União nos colegiados com o fim de elaborar sugestões ou propostas de atos normativos de competência ou iniciativa do Presidente da República. Todavia, não manteve previsão do revogado Decreto nº 4.176/2002, no que tange à manifestação obrigatória da AGU nos projetos de leis processuais.

No âmbito do Estado de São Paulo, possivelmente, de forma pioneira, por força do Decreto-Lei nº 17.252, de 29 de maio de 1947, foi criada a Assessoria Técnico-Legislativa, sugestão do jurista Miguel Reale, que, em memórias publicadas em 1987, assim reportou:

Quando, em 1947, assumi a Secretaria da Justiça do Estado de São Paulo, foi a experiência do Departamento Administrativo do Estado [de que trataremos a seguir] que me inspirou a iniciativa de organizar talvez a primeira ‘Assessoria Técnico-Legislativa’ do País, encarregada não só do estudo e planejamento das leis e regulamentos do Poder Executivo, como do acompanhamento das normas em tramitação no Legislativo, a fim de que a sanção ou o veto não viessem a ser o resultado de decisões precipitadas.¹²

Com previsão na Constituição do Estado de São Paulo, que no seu artigo 99, inciso V, estabelece, dentre as funções institucionais da Procuradoria Geral do Estado compete, *prestar assessoramento jurídico e técnico legislativo ao Governo do Estado*, atribuída à Assessoria Técnico-Legislativa, órgão integrante do Gabinete do Procurador Geral do Procurador Geral do Estado, por força da Lei Complementar nº 1.270,

12 São Paulo (Estado). Procuradoria Geral do Estado. Centro de Estudos. *Advocacia pública: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Cássio Schubsky Coordenação editorial e texto. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008, p. 78.

de 25 de agosto de 2015 (LOPGE-SP). Atualmente, suas funções são mais afeitas à redação legislativa¹³, tendo como desafio ultrapassar a monografia legislativa para prestar advocacia de Estado junto ao Poder Legislativo. Isso possibilitará aperfeiçoar pela via legislativa a ordem jurídica e a própria sustentação do Estado Democrático de Direito, eis que no Poder Legislativo está a base para a construção de normas que inovem a ordem jurídica, sem agredi-la, criando a segurança jurídica almejada pelo Estado e sua coletividade.

No Estado do Rio Grande do Sul, a Lei Complementar Estadual nº 11.742, de 17 de janeiro de 2002, ao estruturar organicamente a Procuradoria Geral do Estado (PGE) como órgão central do sistema de Advocacia de Estado, trouxe também previsão normativa importante no que toca às suas funções institucionais:

Art. 2º - São funções institucionais da Advocacia de Estado:

[...]

VII - desenvolver a advocacia preventiva tendente a evitar demandas judiciais e contribuir para o aprimoramento institucional da administração pública, inclusive mediante a elaboração de projetos de lei e de outros diplomas normativos;

A previsão normativa da Lei Orgânica da PGE gaúcha coaduna com nosso posicionamento no sentido de fortalecimento da Advocacia de Estado por meio de atuação proativa no Poder Legislativo, seja na proposição

13 Silva Filho, Derly Barreto e., *in: A Advocacia Pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro*, p. 22 disserta que: *A função de assessoramento técnico-legislativo que cabia à ATL paulista, na seara da produção normativa, adstringia-se, fundamentalmente, à nomografia, isto é, à redação de leis, especificamente na fase de finalização dos respectivos projetos, mas não na de ideação legislativa. Hoje, as tarefas cometidas à ATL não diferem substancialmente daquelas previstas há quase 70 (setenta) anos* As atribuições da Assessoria Técnica Legislativa estão previstas no Decreto n.º 61.038, de 01 de janeiro de 2015, com redação no Decreto n.º 62.105, de 13 de julho de 2016, ainda regulamentações por Resoluções do Procurador Geral do Estado. Denota-se dessa redação estreita vinculação da referida Assessoria com o Poder Executivo Estadual. Isto, em nosso assentir, apequena a Advocacia Pública, função essencial que é, aos interesses do governante no exercício do mandato que lhe é outorgado. A superação desse modelo é aqui defendida, o que implica, logicamente, a própria mudança estrutural desses órgãos da Advocacia Pública, cujos integrantes não podem exercer função meramente comissionada ao talante da autoridade nomeante, o que incompatibiliza a construção de uma Advocacia de Estado, interessada tão somente na defesa da ordem jurídica, social e econômica para a sociedade que apresenta para a promoção do interesse público.

de lei junto ao Poder ou autoridade proponente, seja no acompanhamento do processo legislativo para curadoria jurídica do trâmite dos atos típicos dos parlamentos, fortificando assim o Estado Democrático de Direito.

Para instrumentalizar o exercício das funções previstas na citada lei gaúcha, foi criado junto ao Sistema de Advocacia de Estado, entre outros órgãos, a designação de agentes setoriais com a incumbência de coordenar os serviços de natureza jurídica nos demais órgãos integrantes do sistema. Todavia, ressalva-se que a lei previu que a designação deve ser feita com a oitiva do dirigente máximo do órgão envolvido¹⁴, o que, não se duvide, pode retirar a independência necessária ao advogado público para exercer o seu mister, a defesa enfática do interesse público – primário e secundário – envolvido. Todavia, em flagrante inconstitucionalidade frente ao artigo 132 da CRFB/1988, o parágrafo único do artigo 4º da Lei Orgânica da PGE gaúcha previu que o agente setorial do sistema de advocacia pode recair em advogado não integrante da carreira de Procurador do Estado.¹⁵

Em que pese a previsão normativa ser do ano de 2002, a efetiva designação de Procurador do Estado do Rio Grande do Sul para atuar junto ao Poder Legislativo somente ocorreu em fins de abril de 2018, para atuar junto à liderança de governo, o que, não nos parece, ter sido o objetivo do legislador¹⁶.

8. Do imperativo constitucional de curadoria da legislação infraconstitucional pela Advocacia Pública

Em sede de defesa objetiva da integridade da Constituição, o constituinte originário de 1988, conferiu uma especial função à Advocacia Pública, conforme o que dispõe o art. 103, § 3º, CRFB/1988, *verbis*:

14 Rio Grande do Sul, Art. 4º, III, da Lei Estadual nº 11.742, de 17 de janeiro de 2002: agentes setoriais, incumbidos da coordenação dos serviços de natureza jurídica nos órgãos integrantes do Sistema, os quais serão designados pelo Procurador-Geral do Estado dentre Procuradores do Estado, ouvidos os dirigentes máximos dos respectivos órgãos (Vide art. 4º da Lei nº 13.116/08).

15 Parágrafo único - Em circunstâncias especiais, a juízo do Procurador-Geral do Estado, ouvido o Conselho Superior, a designação de agente setorial de que trata o inciso III poderá recair em advogado não integrante da carreira de Procurador do Estado. (Vide art. 4º da Lei nº 13.116/08)

16 <http://www.pge.rs.gov.br/procuradoria-geral-do-estado-e-homenageada-em-grande-expediente-da-assembleia-legislativa>. Acesso em: 18/06/2018.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

[...]

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Com isso, em norma reproduzida também nas Constituições Estaduais, com atribuição aos respectivos chefes dos órgãos estaduais da advocacia pública¹⁷, foi conferido *múnus* ao Advogado-Geral da União, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, de curador da presunção de constitucionalidade da lei, *defensor legis*, das normas infraconstitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, na interpretação do referido dispositivo, evoluiu sua jurisprudência ao longo do tempo, no que tange à abrangência da defesa da norma por parte do Advogado-Geral da União. Se na ADI 72, julgada em 22 de março de 1990, assentada a indeclinabilidade da defesa da lei ou ato normativo impugnado, não se admitindo o posicionamento pelo AGU de invalidade da norma impugnada, abrandou-se tal entendimento na ADI 1.616, julgada em 24 de maio de 2001. Assim, nesse julgamento assentou-se que o AGU não seria obrigado ao constrangimento de defender tese jurídica cujo entendimento do STF já foi fixado pela inconstitucionalidade. Em outra evolução jurisprudencial, em questão de ordem na ADI 3.916, julgada em 7 de outubro de 2009, a Corte conferiu interpretação sistemática que, em nosso entender, converge a advocacia pública a sua função essencial à justiça de advocacia de Estado.

Neste julgado, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, a Suprema Corte entendeu que o AGU tem o direito de manifestação, na medida da argumentação que lhe parecer mais adequada, como constou do voto da Ministra Carmen Lúcia, o que significa que não deve ser necessariamente a favor da lei, mas na defesa da Constituição, não se concebendo que para a defesa de lei menor seja obrigado à agressão a Lei Maior.

17 A título de exemplo, a Constituição do Estado de São Paulo no artigo 90, § 2º: *Quando o Tribunal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Procurador-Geral do Estado, a quem caberá defender, no que couber, o ato ou o texto impugnado.*

Embora em julgamentos posteriores nas ADI(s) 2.376, 2.906, 3.674 e 4.983¹⁸, cujo Relator foi o Ministro Marco Aurélio, voto vencido na citada ADI 3.916, o STF tenha retomado sua antiga tese da ADI 72, certo que o posicionamento institucional dos órgãos de Advocacia Pública vêm se consagrando pelo afastamento da rígida defesa do texto impugnado quando houver, de fato, ofensa à Constituição.

De fato, o constituinte alçou ao chefe do órgão da Advocacia Pública a função de exercer o contraditório quando o ato legislativo é impugnado. Contudo, como uma das funções essenciais à Justiça, mais que o mero exercício de atribuição de chefia, enquanto advogado de Estado, cabe ao defensor a posição de curador da ordem jurídica da Constituição Federal, estadual ou lei orgânica a que deve juramento, *custus constitutionis*, para promoção do interesse público do ente (não do governante).

Em verdade, a previsão do constituinte originário de 1988 no art. 103, § 3º, também reproduzida nas constituições estaduais, vem ao encontro da tese de exercício de advocacia de Estado pelos advogados públicos, não restrita ao mero assessoramento jurídico do Poder Executivo ou ao contencioso judicial. À Advocacia Pública, qualificada como função essencial à Justiça, deve exercer o seu mister em todos os Poderes do Estado, exercendo, no âmbito de uma administração pública dialógica, assessoramento de juridicidade ao legislador, para possibilitar o nascimento de normas lúdicas, a serem incorporadas ao ordenamento jurídico.

Ora, se o constituinte de 1988 outorgou ao Chefe do órgão de Advocacia Pública, a curadoria da norma, entendida em uma concepção moderna como *custus constitutionis*, é porque almejou atuação de advogados de Estado junto aos Parlamentos. O exercício de advocacia preventiva pelo advogado público no âmbito parlamentar deve ter o fito de propiciar a criação qualitativa do direito, para que as normas dali nascidas não sofram maiores impugnações ou, uma vez impugnadas, seja declarada a sua constitucionalidade, o que reforça a representatividade necessária para a

18 Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do art. 103 do Diploma Maior, incumbe ao advogado-geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade [ADI 4.983, rel. min. Marco Aurélio, j. 6-10-2016, P, DJE de 27-4-2017], extraído de <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>. Acesso em: 20/06/2018.

estabilidade do Estado Democrático de Direito, amenizando a própria crise sofrida no atual contexto da federação brasileira. Uma advocacia voltada para a defesa de interesses de Estado nas casas legislativas reforça a concretização de valores constitucionais, pela via política e representativa.

Ainda, o advogado público, deve estimular o Parlamento, enquanto poder estatal precipuamente encarregado pela criação da norma, exercer fielmente e com a agilidade exigida pela sociedade que representa, à ação normatizadora que lhe é inerente, pois as constantes retrações, sejam do Poder Legislativo e também do Poder Executivo, acarretam o ativismo judicial, enfraquecendo a democracia tanto na sua dimensão representativa quanto deliberativa.

Caso brasileiro recente, reforça a necessidade da atuação de advocacia de Estado junto ao Parlamento, a fim de que não se produzam normas que, ao fim, ridicularizem o Estado, em todas as suas acepções de poderes. Trata-se do caso da distribuição compulsória da fosfoetanolamina, conhecida como “pílula do câncer”. Após a divulgação em programa televisivo de abrangência nacional, houve judicialização intensa do assunto, sobretudo, decisões em antecipação de tutela compelindo o Poder Executivo acionado ao fornecimento, ainda que ausentes qualquer evidência clínica comprobatória da eficácia ou mesmo registro do medicamento perante a ANVISA. Na esteira disso, não se demorou a surgir iniciativa parlamentar a tornar caráter geral a produção e o uso do fármaco, o que ocorreu por força da Lei Federal nº 13.269, sancionada em 13 de abril de 2016. Acionado o Supremo Tribunal, em sede de controle abstrato de constitucionalidade pela Associação Médica Brasileira, deferiu medida liminar na ADI nº 5501, por maioria de votos, para suspender a eficácia do ato normativo. Como medida acauteladora, entendeu a Suprema Corte que o legislador substituiu um juízo essencialmente técnico-administrativo da Agência Vigilância Sanitária por um juízo político, baseado em razões de ordem metafísica ou fundado em suposições sem base em evidências científicas, que poderia colocar em vida em risco à vida e a dignidade da pessoa humana. Em consequência, a expectativa de aplicação da norma pela população e o seu afastamento pelo Poder Judiciário, discussões jurídicas à parte, contribuiu para maior descrédito do Poder Legislativo diante da coletividade, à guisa da votação da lei sem a busca de maiores consensos técnico-médicos, jurídicos, de observância do resguardo à saúde da população.

Nesta senda, a luz do art. 103, § 3º, CRFB/1988, uma efetiva atuação preventiva da Advocacia-Geral da União, nos moldes defendidos, deveria ter orientado aos senhores parlamentares no campo político da nefasta consequência prática do risco da aplicação concreta de tal ato normativo. De um lado à violação jurídica a preceitos constitucionais era nítida, contudo, havia um clamor social desejoso do tratamento, ainda a própria necessidade pessoal de protagonismo político parlamentar. O caso exigia a necessária ponderação entre o direito e a política diante das consequências práticas que o fornecimento do medicamento sem evidências científicas de cura da doença poderia acarretar aos pacientes usuários. Espaço próprio para o exercício de conciliação entre o direito (juridicidade) e os campos fáticos da política, a ser mediado por uma advocacia preventiva no âmbito parlamentar, por meio do advogado público, concretizando a advocacia de Estado, ou seja, a atuar sem interesses próprios na interligação desses conflitos, para ao fim atingir o melhor interesse público primário e secundário.

Mediante este exemplo, compreende-se que se o constituinte originário outorgou a função de *custus constitutionis* aos chefes dos órgãos de Advocacia Pública, no caso federal ao Advogado-Geral da União e, no caso dos Estados-membros, norma reproduzida aos Procuradores-Gerais dos Estados, quando a norma é impugnada tendo como parâmetro as constituições estaduais, nada impede a atuação prévia do advogado público no campo legislativo. Isso porque cabendo ao chefe do órgão a defesa da norma impugnada, a participação institucional anterior na fase de construção legislativa dá respaldo a eventual defesa posteriormente necessária.

9. Conclusão

Na delimitação dos espaços das funções essenciais à justiça, a Advocacia Pública, inicialmente, focada na assessoria jurídica e advocacia contenciosa do Poder Executivo, enfrenta transformações na interpretação constitucional sob o ponto de vista de sua atuação que a exigem postura proativa na defesa de interesses de Estado, de forma a concretizar os princípios constitucionais da Administração Pública.

Novidades legislativas colocados à disposição, a própria evolução jurisprudencial nesses 30 (trinta) anos após a promulgação da

CRFB/1988, exigem posturas ativas da Advocacia Pública, pois a mera atividade burocrática não está à altura da estatura constitucional conferida. Para tanto, é necessária efetiva assunção de novas funções, sem de forma alguma ofender a Constituição, sendo que é o Poder Legislativo um dos espaços ideais para o exercício de novas posturas. Hoje ofuscado pelas suas omissões, representa a diversidade do tecido social, sendo a Advocacia Pública instituição elo entre todos os Poderes de Estado e a própria sociedade, dada a características de sua atuação.

Outrossim, justificativas de índole constitucional, como o artigo 103, § 3º, CRFB/1988 respaldam a curadoria prévia de juridicidade da Advocacia Pública enquanto órgão de advocacia de Estado, ainda na fase da gênese legislativa. Com a legitimidade que é ínsita ao Poder Legislativo, a Advocacia Pública no âmbito de uma administração que dialogue com os demais poderes estatais e com a própria sociedade, deve ampliar seu campo de atuação natural, para efetivamente auxiliar o legislador na criação de direito constitucional e democrático, em defesa dos interesses de Estado, reduzindo assim as tensões do tecido social complexo em que se vive.

10. Referências bibliográficas

BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Direito Administrativo*. Editora Juspodvm, 8. ed. Salvador, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CYRINO, André Rodrigues. *Advocacia pública*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: [<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/25/edicao-1/advocacia-publica>]. Acesso em: maio 2018.

DIAS, Francisco Mauro. *A advocacia pública nos poderes legislativos*. Rev. Direito, Rio de Janeiro, v. 3, n.6, jul/dez, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; ALMEIDA, Aline Paola C.B. Câmara de; GARCIA, Flávio Amaral. *O Futuro da Advocacia Pública: A*

Ação Preventiva e Proativa. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n.7. p. 11-36, 2016. Disponível em: [<http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/OFuturodaAdvocaciaPublicaAAcao-PreventivaeProativa.pdf>]. Acesso em: 08/06/2018.

GODOY, Mayr. *A criação da lei: sistema jurídico, competências, processo, técnica, controle prévio*. São Paulo: LEUD, 2016.

KALABAIDE, Miguel Adolfo. A impossibilidade de controle de ponto na Advocacia Pública. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*. Curitiba: PGE, 2017, v. 8, p. 163-179, 2017. Disponível em: [http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/revista_2017/Aimpossibilidade-decontrolepontonaAdvocaciaPublica.pdf]. Acesso em: 03/06/2018.

LENZA PEDRO. *Direito constitucional esquematizado*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PEREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RODRIGUES, Marco Antônio. *A fazenda pública no processo civil*. São Paulo: Atlas, 2016.

SÃO PAULO (ESTADO). Procuradoria Geral do Estado. Centro de Estudos. *Advocacia pública: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. Cássio Schubsky – Coordenação editorial e texto – São Paulo. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2008

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA FILHO, Derly Barreto e. A Advocacia Pública e o aperfeiçoamento normativo do Estado Democrático de Direito Brasileiro. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 37, n. 78, p. 9-52, jul-dez/2016. Disponível em: [<http://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201710/17154227-revista-pge-78-1.pdf>]

