

FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS
PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM DIREITO

ALEXANDRE MOREIRA DE SOUZA ANAGUCHI

**ADVOCACIA PÚBLICA DE ESTADO E DECISÃO JURÍDICA: risco, perigo e a
inclusão dos afetados por meio do agir comunicativo**

POUSO ALEGRE - MG
2020

ALEXANDRE MOREIRA DE SOUZA ANAGUCHI

**ADVOCACIA PÚBLICA DE ESTADO E DECISÃO JURÍDICA: risco, perigo e a
inclusão dos afetados por meio do agir comunicativo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito para a obtenção do título de mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Área de concentração: Constitucionalismo e Democracia

Orientador: Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni

POUSO ALEGRE - MG

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

S689a SOUZA ANAGUCHI, Alexandre Moreira de
ADVOCACIA PÚBLICA DE ESTADO E DECISÃO JURÍDICA:
risco, perigo e a inclusão dos afetados por meio do agir comunicativo. /
Alexandre Moreira de Souza Anaguchi. Pouso Alegre: FDSM, 2020.
111p.

Orientador: Rafael Lazzarotto Simioni.
Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito do Sul de Minas,
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. ADVOCACIA PÚBLICA DE ESTADO. 2. DECISÃO
JURÍDICA. 3. AGIR COMUNICATIVO. 4. RISCO E PERIGO. 5.
INCLUSÃO DOS AFETADOS. I Simioni, Rafael Lazzarotto. II
Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em
Direito. III Título.

CDU 340

Alexandre Moreira de Souza Anaguchi

**ADVOCACIA PÚBLICA DE ESTADO E DECISÃO JURÍDICA: risco, perigo e a
inclusão dos afetados por meio do agir comunicativo**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito para a obtenção do título de mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas.

Área de concentração: Constitucionalismo e Democracia

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni – FDSM (orientador)

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – USP (Convidado)

Prof. Dr. Cícero Krupp da Luz – FDSM (convidado)

Pouso Alegre, 02 de julho de 2020.

Dedico esta dissertação a minha esposa Kiki,
e também ao meu filho André,
fruto desse amor e que nasceu no meio do processo de escrita.
Vocês são a minha motivação
na busca por aquisição de conhecimento
e melhora cotidiana como pessoa.

AGRADECIMENTOS

À Deus pelo dom da vida e do amor.

Aos meus pais, especialmente ao meu querido pai Deusdet (in memoriam), gostaria que o Sr. pudesse estar aqui e ver os belos frutos que seus filhos se tornaram e a minha mãe, devo a vocês a minha vida e todas as possibilidades que tive, todas minhas vitórias são de vocês.

Aos meus irmãos: Ciso como primogênito e por ser o exemplo para todos nós, por sua inteligência, persistência e sua ética; Juca por sua engenhosidade e criatividade em criar brinquedos/brincadeiras que sempre nos divertiu e por conseguir achar soluções; Frazinha por sua generosidade, por ser a minha segunda mãe e tanto me ajudar e acolher no período que precisei estar em Pouso Alegre, serei eternamente grato a você e C. Alexandre (cunhado); Det por sua disposição em ajudar o próximo, sua dedicação à missão de salvar vidas, você sempre nos inspira! Estendo estas lembranças a todas cunhadas e sobrinhos Kaio, Triztriz, Tutuxo e a minha afilhada Fifi, sou muito feliz por ser o seu Padrinho.

À minha sogra Maria por sua bondade, atenção e incentivo. Aos “cunhas” Yuri e Flavinho por serem parceiros e sempre estarem dispostos a ajudar e participar. Ao meu sobrinho e afilhado Léo que, apesar da distância está sempre nos meus pensamentos, meu coração fica extasiado quando ouço o seu “dindinho”.

Ao Prof. Dr. Rafael Simioni pela orientação e pelas aulas, sentirei falta dos papos nos momentos de convívio, sempre aprendia algo novo.

Ao Prof. Dr. Eduardo Figueiredo pelas dicas e por me mostrar que sempre devemos nos lembrar ou não nos esquecer da parte histórica do Direito.

Aos colegas de mestrado pela companhia, pelo apoio, incentivo e troca de experiências. Os momentos que antecediam, o pós-aula, bem como os intervalos são experiências que ficarão guardadas na lembrança, desejo sucesso a todos.

Aos demais professores, aos colaboradores da secretaria da PPGD/FDSM (Juliana e Jussara), e ao pessoal da biblioteca que sempre nos atenderam com presteza e pela cortesia no convívio.

“O único conhecimento que pode verdadeiramente orientar a ação é o conhecimento que se liberta de meros interesses humanos e é baseado em ideias - em outras palavras, conhecimento que tomou uma atitude teórica (prospectiva, conjuntural, investigativa como filosofia e ciência).”

Jürgen Habermas

RESUMO

SOUZA ANAGUCHI, Alexandre Moreira de. *Advocacia pública de Estado e decisão jurídica: risco, perigo e a inclusão dos afetados por meio do agir comunicativo*. 111f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre, 2020.

A questão central desta pesquisa é problematizar a atuação da advocacia pública de Estado, tradicionalmente pensada sob um agir estratégico, para entendê-la como um ator promovedor de ação comunicativa. Conceitos tradicionais de legalidade e de vinculação dos atos administrativos construíram a ideia de que a advocacia pública de Estado deveria atuar como uma máquina autômata de legalidade, baseada em juízos formais de subsunção e em um agir de natureza instrumental-estratégico aos interesses do Estado. Entretanto, esse tipo de conceito da atuação da advocacia pública de Estado não dá conta da complexidade, contingência e risco das decisões jurídicas no mundo contemporâneo. Se antigamente a legitimidade da atuação estava baseada na legalidade, hoje, contudo, a legitimidade baseia-se necessidade de mediação, entendimento e consenso entre os possíveis afetados pelas decisões. Nesse sentido, pretende-se reconstruir o sentido da advocacia de Estado como uma forma de promover a mediação entre os poderes, a esfera pública e o cidadão (afetados) com maiores graus de legitimidade e redução dos prejuízos, riscos e perigos. A presente pesquisa não teve a pretensão de esgotar o tema, e sim causar inquietação no mundo jurídico e nos profissionais que exercem a função de advogados públicos de Estado.

Palavras-chave: Advocacia Pública de Estado. Decisão Jurídica. Agir comunicativo. Risco e perigo. Inclusão dos afetados.

ABSTRACT

SOUZA ANAGUCHI, Alexandre Moreira de. *State's Attorneys and legal decision: risk, danger and the inclusion of the affected people through communicative acting*. 111p. Masters dissertation – Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pouso Alegre.

The central issue of this research is to problematize the acting of State's Attorneys, traditionally thought under a strategic acting, in order to understand it as an actor that promotes communicative action. Traditional concepts of legality and administrative acts linking built the idea that the State's Attorneys should act as an automatic legality machine, based on formal subsumption judgments and on an instrumental-strategic action to the interests of the State. However, this kind of concept of the acting of State's Attorneys is not able to deal with the complexity, contingency and risk of legal decisions in the contemporary world. If, in the past, the legitimacy of the acting was based on legality, nowadays, however, legitimacy is based on the need of mediation, understanding and consensus among the possible people affected by the decisions. Therefore, it is intended to reconstruct the meaning of State's Attorneys as a way to promote mediation among the powers, the public sphere and the citizen (affected) with greater degrees of legitimacy and reduction of losses, risk and dangers. This research did not have the intention of exhausting the subject, but to cause restlessness in the juridical world and in the professionals that act as State's Attorneys.

Key Words: State's Attorneys. Legal decision. Communicative acting. Risk and danger. Inclusion of the affected people.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 AS ADVOCACIAS PÚBLICAS	17
1.1 A advocacia pública na defesa da sociedade.....	21
1.2 A advocacia pública na defesa dos hipossuficientes.....	24
1.3 A advocacia pública na defesa do estado	29
2 AS ADVOCACIAS PÚBLICAS NO DIREITO COMPARADO E A FORMAÇÃO HISTÓRICA DA ADVOCACIA PÚBLICA DE ESTADO NO BRASIL	35
2.1 As advocacias públicas no âmbito da América do Sul	36
2.2 As advocacias públicas no direito comparado dos Estados Unidos, Canadá e Europa.....	41
2.3 A advocacia de Estado no direito brasileiro: estrutura e formação histórica	44
3 AS FORMAS DE ATUAÇÃO DA ADVOCACIA DE ESTADO NO BRASIL	53
3.1 A atuação prévia, sistêmica e proativa da advocacia de Estado: classificação conforme Binenbojm (2012) e Oliveira (2014).....	56
3.2 Outras formas de atuação descritas na literatura.....	61
3.3 Outros espaços a serem explorados: a advocacia de Estado interfederativa e atuações relevantes	66
4 A ADVOCACIA DE ESTADO COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL, A DECISÃO JURÍDICA, A CONSIDERAÇÃO DOS RISCOS, A INCLUSÃO DOS AFETADOS E O AGIR COMUNICATIVO	71
4.1 Advocacia de estado, decisão jurídica e risco.....	77
4.2 A necessária inclusão dos afetados	83
4.3 A advocacia pública de estado e o agir comunicativo	86
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS	93

INTRODUÇÃO

A questão central desta pesquisa é problematizar a atuação da advocacia pública de Estado, pensada sob um agir estratégico, para entendê-la como promotora de ação comunicativa. Conceitos tradicionais de legalidade e de vinculação dos atos administrativos construíram a ideia de que a advocacia pública de Estado deveria atuar como uma máquina autômata de legalidade, baseada em juízos formais de subsunção e em um agir de natureza instrumental-estratégico.

Entretanto, esse tipo de conceito da atuação da advocacia pública de Estado não dá conta da complexidade, contingência e risco das decisões jurídicas no mundo contemporâneo (Luhmann). Se antigamente a legitimidade da atuação estava baseada na legalidade, hoje, contudo, a legitimidade baseia-se necessidade de mediação, entendimento e consenso (Habermas) entre os possíveis afetados pelas decisões.

Nesse sentido, pretende-se reconstruir o sentido da advocacia pública de Estado, principalmente no seu modo de atuação, como uma forma de promover por meio da ação comunicativa a mediação entre os poderes, a esfera pública e o cidadão (afetados) com maiores graus de legitimidade e redução dos prejuízos, riscos e perigos, ou até mesmo reconstruindo sua atividade de forma profícua junto a decisão jurídica.

Viana (2015) traz a ideia de que a advocacia pública de Estado é uma organização social que, apesar de utilizar da linguagem jurídica e estar inserida no Sistema Social do Direito, interage entre os sistemas sociais da Política e do Direito, e, deste modo, pode participar da decisão jurídica manifestando sobre os riscos com o foco em promover a inclusão dos afetados. A ideia de Viana (2015) aqui apresentada, será utilizada na discussão sobre a reconstrução do modo de atuar.

Será demonstrado que existe distinção entre as advocacias públicas e que tais organizações sofreram modificações no decorrer do tempo; em alguns momentos, a defesa do interesse público era exercida pelo Ministério Público, com a posterior criação da advocacia pública de Estado que, naquele momento, também exercia a defesa dos necessitados, vindo a assumir a defesa dos entes públicos. A hipótese é que essas mudanças influenciaram no modo de atuar.

A atividade da advocacia pública de Estado sempre esteve diretamente ligada à atuação do poder público e, com a transformação do Estado no decorrer do tempo,

principalmente com a assunção de novas obrigações e aumento da complexidade, houve também a modificação do modo de agir da advocacia pública de Estado. Neste sentido, outra hipótese é perquirir se é possível a reconstrução do modo de atuar pela adoção do agir comunicativo (Habermas).

O objetivo geral do presente trabalho é propor uma reconstrução da atuação da advocacia pública de Estado nas demandas judiciais e extrajudiciais, estabelecendo uma releitura da mediação as relações entre os poderes e as instituições, com o intuito de promover a construção de esferas de legitimidade democrática com a inclusão dos afetados, levando em consideração os riscos inerentes à decisão jurídica.

Como objetivos específicos, pretende-se percorrer os seguintes passos diferenciar as funções descritas como essenciais à justiça, nomeadas de advocacias públicas, discriminando o campo de atuação de cada uma delas; Descrever a estrutura orgânica e a formação histórica da advocacia pública de Estado no decorrer do tempo e no Direito Comparado; Enumerar os modos de atuação da advocacia pública de Estado já descritos na literatura e destacar os espaços a serem explorados e as atuações relevantes; Discutir a advocacia pública de Estado como organização social e a possibilidade de reconstrução de sua atuação de um agir estratégico para um agir comunicativo, analisando as possibilidades de redução dos riscos e a promoção da inclusão dos afetados pela adoção do agir comunicativo.

Portanto, a importância está em discutir a mudança do modo de agir estratégico para um modo de agir comunicativo, o que levará a uma alteração na forma de atuação, representando uma reconstrução, tornando o atuar da advocacia pública de Estado mais dinâmico, buscando a solução de problemas e conflitos que afetem a todos de modo consensual, o que poderá representar, inclusive, diminuição de riscos e prejuízos.

A contribuição desta pesquisa é tal que poderá impactar a esfera pública, principalmente os afetados pelas decisões, sendo importante para os profissionais do Direito, posto que se propõe uma reconstrução do modo de atuar da advocacia de Estado, deixando de se atuar estrategicamente na busca de uma atuação comunicativa, representando também uma nova abordagem da temática para o estado da arte, haja vista que não se identificam ainda estudos com este enfoque.

A advocacia pública de Estado inicialmente foi criada como órgão de consultoria e representação jurídica, atuando de modo auxiliar ao Poder Executivo.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 19, a advocacia pública foi alçada à condição de função essencial à justiça, devendo ser ressaltado que a sua atuação não está ligada somente à função judicial, e sim a todo e qualquer agir do poder público.

Segundo Guedes (2010), o termo “advocacia de Estado” é expressão e conceito ainda não estabilizado na doutrina brasileira, embora corrente na Itália e Espanha. Será exposto neste trabalho a advocacia de Estado é a advocacia pública dos interesses do Estado, o seu atuar é inerente à consecução dos interesses dos entes públicos como a síntese dos interesses da coletividade e pode estar vinculada a todos os entes públicos contidos no Estado.

Os autores Binenbojm (2012), Silva (2002), Souza (2003) e Tasse (2011) entendem que, por defender o interesse dos entes públicos, a advocacia pública de Estado exerce papel fundamental na defesa do Estado Democrático de Direito, quer na sua atuação em âmbito administrativo, em relação com o poder/função executiva e legislativa, quer ainda no âmbito judicial, quando na atuação em processos judiciais.

Castro (2015) e Madureira (2016), além de reconhecerem a posição fundamental para o Estado Democrático de Direito, defendem a total desvinculação da advocacia de Estado do Poder Executivo, entendendo ser necessária autonomia não só funcional já garantida em tese, mas também administrativa e orçamentária. Tudo para uma atuação livre e estritamente técnica-jurídica, desvinculada de critérios políticos.

Cabe destacar que, em artigo que o próprio autor classifica como parcial, Sarai (2015) defende com base em dois enfoques que a advocacia de Estado não é um quarto poder, mas também não é vinculada ao Poder Executivo. O primeiro enfoque está nos fundamentos da estrutura e o segundo nas normas vigentes; para ele, além de as funções essenciais à Justiça não serem um quarto poder, elas também não se enquadram na estrutura constitucional de nenhum dos poderes.

As teses expostas são interessantes, incitam até pesquisa a ser feita posteriormente sobre os temas citados, mas, para os fins da presente pesquisa, iremos adotar a ideia de ser a advocacia pública de Estado fundamental e necessária para o Estado Democrático de Direito, posto que atua na defesa do interesse público e da finalidade assumidos pelo Estado quando da sua instituição como ente catalisador da vontade coletiva.

Jürgen Habermas, no decorrer de várias obras, estabelece a distinção entre o que seria um agir estratégico (razão estratégica) e o que seria um agir comunicativo (razão comunicativa). Segundo o autor (1989, p. 79), “enquanto que no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação, no agir comunicativo um é motivado racionalmente pelo outro para uma ação e adesão”.

Nas demandas repetitivas pretende-se pensar no atuar da advocacia de Estado com agir comunicativo de forma preventiva ou concomitante aos eventos. Habermas (1997a, p. 58) argumenta que o agir comunicativo pode ser assim utilizado, quando menciona que “sob condições modernas de sociedades complexas, que exigem um agir conduzido em larga escala por interesses e neutralizado do ponto de vista normativo”.

Na mesma obra e página, todavia, em momento anterior, o autor deixa claro que “a integração social, que se realiza através de normas, valores e entendimento, só passa a ser inteiramente tarefa dos que agem comunicativamente” (HABERMAS, 1997a, p. 58); desse modo, podemos pensar que é possível que a advocacia pública de Estado em sua atuação e através de um procedimento busca e objetiva a integração social.

Portanto, cabe à advocacia de Estado modificar o seu modo de atuar, hoje caracterizado por um agir estratégico nos processos judiciais com o simples intuito de ganhar a demanda, adotando ações comunicativas em que se buscará a solução de problemas e conflitos que afetem a todos de modo consensual, o que poderá representar inclusive diminuição de riscos e prejuízos com práticas desnecessárias e redundará até mesmo numa atividade implementadora de direitos.

Neste sentido, pretende-se nesta pesquisa, a partir do método bibliográfico analítico, discutir a possibilidade de uma ação comunicativa da advocacia pública de Estado, como maneira de instrumentalizar uma atuação eficiente e concretizadora dos direitos, com o fito principalmente de minorar prejuízos ao erário público com demandas e práticas desnecessárias e promover a inclusão dos afetados pelos riscos oriundos de decisões jurídicas.

No primeiro capítulo, será efetuada a distinção entre as advocacias públicas. Moreira Neto (1995; 1999; 2001; 2007; 2009) defende a ideia de que existe a advocacia pública da sociedade, exercida pelo Ministério Público, a advocacia pública de defesa dos vulneráveis, exercida pela Defensoria Pública e, ainda, a

advocacia pública de Estado, sendo exercida pelos advogados do Estado ou procuradores do Estado, conforme a nomenclatura adotada pelo ente público defendido.

Após discorrer sobre as distinções entre as advocacias públicas no primeiro capítulo, no segundo será abordada de forma específica a advocacia pública de Estado no Brasil com a demonstração de seu desenho institucional, também serão analisadas as advocacias públicas no Direito Comparado e será efetuada uma descrição histórica sobre a formação da advocacia pública de Estado no Brasil, tudo para ilustrar suas peculiaridades.

Também no segundo capítulo, serão demonstradas a motivação e fundamento da terminologia adotada. Neste trabalho, foi utilizado o termo 'advocacia pública de Estado', todavia, como será demonstrado ao longo do segundo capítulo, o termo em questão, "advocacia pública de Estado", é expressão e conceito ainda não estabilizado na doutrina de Direito no Brasil, embora corrente em países europeus como a Itália e Espanha.

Após ser abordada e examinada a terminologia, ainda no segundo capítulo, será especificado que a advocacia pública de Estado no âmbito do Direito Brasileiro pode ser considerada como sendo a advocacia pública dos interesses do Estado. O seu atuar é inerente à consecução dos interesses dos entes públicos como a síntese dos interesses da coletividade e está vinculado a todos os entes públicos contidos no Estado federal brasileiro.

Também será ilustrado que a advocacia pública de Estado é reconhecida como função essencial à justiça, exercendo papel fundamental no Estado Democrático de Direito. Desta maneira, será desenhado que pode e deve contribuir na realização dos fins buscados pelo Estado Brasileiro, haja vista que atua de forma direta com a jurisdição nos processos judiciais, está vinculada ao Executivo e pode manter canais de comunicação com o Legislativo.

Depois de diferenciar a advocacia de Estado das demais funções essenciais à justiça, o objetivo será discriminar as atuações da advocacia de Estado já estabelecidas nos autores pesquisados; a hipótese a ser verificada é a existência de atuações próprias que os demais órgãos não possuem, já que a advocacia de Estado é vinculada ao Executivo, todavia possui relações com o Judiciário e o Legislativo.

Depois de ser efetuada, no segundo capítulo, a descrição da advocacia pública de Estado no Brasil e a sua formação histórica, no terceiro capítulo será efetuado um diagnóstico dos modos de atuação já descritos na literatura brasileira, sendo que serão mencionadas as novas formas e será dado destaque a atuações relevantes e espaços que ainda possam ser explorados pela advocacia pública de estado no seu atuar.

A partir da descrição histórica e geográfica, pretende a presente pesquisa estabelecer a diferença entre as funções descritas como essenciais à justiça (Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Privada e Advocacia de Estado), sendo aventada a hipótese de que a advocacia pública de Estado possui características próprias, bem como regramento próprio, o que a caracteriza como uma organização social.

Após discriminar as atuações próprias da advocacia de Estado e ainda tratar de sua relação com poderes/instituições, será possível classificar a advocacia pública como organização social que atua diretamente na prolação da decisão jurídica, pretende-se inferir sobre a atuação da advocacia de Estado com agir comunicativo. A hipótese que se quer discutir é a possível adoção do agir comunicativo com o abandono do agir estratégico.

Deste modo, no quarto capítulo será discutida a advocacia pública de Estado como organização social e será proposta uma reconstrução do modo de agir, com a adoção do agir comunicativo e abandono do agir estratégico. Busca a presente pesquisa identificar o modo em que ocorre a interação da advocacia pública de Estado com a decisão jurídica, principalmente no intuito de minimizar os riscos (Luhmann) e propor a consideração dos afetados (Habermas e Luhmann).

Verificada a possibilidade de adoção do agir comunicativo, a presente pesquisa tentará trazer argumentos sobre a atuação junto à decisão jurídica visando à redução dos riscos e à promoção da inclusão dos afetados com a adoção do agir comunicativo. A hipótese que se quer perquirir é o possível efeito, possível redução dos prejuízos e implementação dos direitos pelo estabelecimento do agir comunicativo.

Em que pese constar na Constituição Federal a locução 'advocacia pública', será adotado para os fins deste trabalho o termo 'advocacia pública de Estado', expressão que, apesar de não ser unânime na doutrina brasileira, distingue o seu palco de atuação, explicitando que não se trata de advocacia de Governo, por não

ser defensora do governante, e sim defesa do Estado, ente que personifica o interesse público.

Cumprе destacar que o Poder Executivo tornou-se coadjuvante em virtude do fenômeno do protagonismo do Poder Judiciário, que em alguns casos representa até mesmo um ativismo judicial. O destaque do Judiciário está consubstanciado na tomada de decisões políticas que vão desde matérias controversas como aborto, *homeschooling*, casamento entre pessoas do mesmo sexo, entre outras, que causam riscos sem considerarem os afetados.

O mesmo ocorre em questões que, embora efetivem direitos, afetam o orçamento público e a logística administrativa, principalmente em virtude da massificação de demandas, com aumento exponencial de processos relacionados à saúde (medicamentos, cirurgias), pagamento de assistência judiciária, indenizações por situação carcerária precária, situações estas que redundam em bloqueios judiciais de valores e que alteram a lógica do Estado Democrático de Direito.

A presente pesquisa não pretende esgotar o tema, e sim causar inquietação no mundo jurídico e nos profissionais que exercem a função de advogados públicos de Estado. Alterando o objeto¹, cumprе destacar que ser advogado público de Estado “significa assumir outra postura interpretativa do direito: não aquela da advocacia de defender os clientes, mas a de procurar defender os interesses da lei e do Estado” (SIMIONI, 2015, p. 144).

Assim, com base nos autores que escreveram sobre a advocacia pública de Estado em conjunto com as ideias de Luhmann (Organização Social, Decisão Jurídica, Risco e inclusão dos afetados) e de Habermas (Agir comunicativo e inclusão dos afetados), ao final desta pesquisa buscaremos demonstrar que a advocacia pública de Estado é uma organização social historicamente em franca modificação, assim como o próprio Estado.

¹ No original, “por outro lado, ser um membro do Ministério Público - da instituição-organização Ministério Público - significa assumir outra postura interpretativa do direito: não aquela da advocacia de defender os clientes, mas a de procurar defender os interesses da lei e do Estado” (SIMIONI, 2015, p. 144). Assim, originalmente Simioni se referia ao Ministério Público, todavia, tal fala pode ser direcionada aos advogados públicos de Estado.

1 AS ADVOCACIAS PÚBLICAS

Neste primeiro capítulo, com intuito de se explanar as terminologias utilizadas ao longo do trabalho, serão abordadas as advocacias públicas. Pretende-se, neste capítulo, efetuar a diferenciação e a discriminação. Neste sentido, após a discussão sobre as nomenclaturas, serão especificadas cada uma das advocacias públicas existentes no Direito brasileiro, com a ideia de se tornar fácil a compreensão dos demais capítulos.

A denominação advocacia pública assume duas acepções (CARDOSO, 2018, p. 19). Na primeira acepção, de forma geral, está vinculada à ideia de organizações integradas por profissionais do Direito que defendem interesses considerados importantes e ainda atuam no controle da juridicidade de atos praticados pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, diferenciando-se nos diversos sistemas se tais defesas estão a cargo de uma, duas ou três organizações.

A dicção advocacia pública nesta primeira acepção é utilizada de forma genérica “no sentido estrito de cura e representação dos interesses públicos cometidos aos entes estatais, bem como dos interesses gerais dos hipossuficientes” (MOREIRA NETO, 2014, p. 16). São as funções essenciais à justiça que englobam o interesse estatal, o interesse da sociedade e o interesse dos necessitados, havendo diferenças quanto à representação e defesa na seara judicial e extrajudicial.

Tal entendimento no âmbito do Direito brasileiro tem fundamento na formação histórica das organizações e nos dispositivos da Constituição Federal de 1988, especialmente no nome do capítulo IV e do título IV². “A constituição cria três tipos institucionais de *procuraturas*, estas encarregadas das funções essenciais à justiça, exercendo, cada uma delas, atribuições consultiva e postulatórias, todas bem definidas a nível constitucional e infraconstitucional” (MOREIRA NETO, 1992, p. 90).

Moreira Neto (1992, p. 100) ainda define *procuraturas* como sendo “a categoria das funções essenciais à justiça e os respectivos órgãos das *procuraturas* constitucionais”. Em outro ponto do mesmo texto, complementa que as *procuraturas* são “responsáveis pelo exercício do poder público indispensável para zelar, acautelar, e promover importantes interesses públicos, difusos, coletivos e até

² O referido capítulo está assim nomeado: “Capítulo IV - Das funções essenciais à justiça” (BRASIL, 1988).

individuais, nas múltiplas relações intra-sociais, entre sociedade e Estado e intra-estatais” (MOREIRA NETO, 1992, p. 100).

Grande Júnior (2009, p. 59) aduz que “com a Constituição Federal de 1988, consolidou-se, no Brasil, a secessão da advocacia pública”. Em outro momento, o mesmo autor deixa transparecer as duas acepções da palavra advocacia pública, como gênero e espécie: “todas as três têm *status* de função essencial à justiça, sendo a primeira desempenhada pelo Ministério Público, a segunda pela Advocacia Pública em sentido estrito e a última pela Defensoria Pública”.

A segunda concepção vincula a ideia de que advocacia pública seriam todas aquelas organizações que têm como atuação a defesa e a consultoria jurídica dos entes públicos, quais sejam, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, bem como as suas respectivas autarquias e fundações³; neste sentido, a Emenda Constitucional nº 19, promulgada em 1998 (dez anos após a Constituição), elencou a advocacia pública no rol das funções essenciais à justiça⁴.

Essa segunda concepção se embasa na alteração promovida pela já citada Emenda Constitucional nº 19, a qual trocou o título da seção II de “Advocacia-Geral da União” para “Advocacia Pública”. Moreira Neto (2009, p. 25) criticou a nova redação dizendo que “equivocadamente reduziu o conceito de Advocacia Pública, ao identificá-lo equivocadamente com o de Advocacia de Estado, possivelmente, mais por descuido que por deliberada intenção”.

³ Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

- I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.
- II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito.
- III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta.
- IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. (BRASIL, 1967).

⁴ Cumpre destacar que, a redação original da Constituição Federal de 1988 fazia menção apenas a à Advocacia-Geral da União (AGU). Com a Emenda Constitucional nº 19 ficou assim contido na Constituição Federal a partir do artigo 131: “SEÇÃO II - ~~DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO~~ - DA ADVOCACIA PÚBLICA (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (BRASIL, 1988).

O equívoco cometido com a Emenda Constitucional nº 19 foi repetido no Código de Processo Civil (CPC) de 2015⁵, já que nomeou o Título VI de “Advocacia Pública”. No artigo 182 do código restou esclarecido que cabe a tal organização (advocacia pública) a defesa “por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta” (BRASIL, 2015a).

A advocacia privada⁶ também consta função essencial à justiça. A Constituição Federal, em seu artigo 133, classifica o advogado como “indispensável à administração da justiça” (BRASIL, 1988), exercendo a defesa do interesse particular⁷. Moreira Neto (2009, p. 25) alerta “desde logo, manteve-se, assim, e por óbvio, na Constituição, a básica distinção entre Advocacia Privada e Pública, seguindo a grande clivagem entre interesses privados e interesses públicos”.

De outro modo, Mourão e Heiffig (2019, p. 389) entendem que a diferenciação fundamental entre as duas espécies, advocacia privada e a advocacia pública, “está adstrita à pessoa a ser representada ou defendida”. Assim, para eles, o advogado privado patrocina as causas das pessoas físicas ou das pessoas jurídicas de direito privado, já o advogado público patrocina as causas em nome das pessoas de direito público.

A segunda concepção da “advocacia pública” representa, de forma geral, a defesa dos interesses dos entes públicos, interesses da coletividade, o que é distinto da “advocacia privada”, exercida pelos advogados na defesa dos interesses dos particulares. Não se utilizou neste texto a distinção entre interesse público e privado para dizer que a advocacia pública defende o interesse público e a advocacia privada defende o interesse privado por entender que esse critério não é suficiente.

Justifica-se também a não distinção das expressões “interesse público” e “interesse privado” por entender que a diferenciação dos referidos termos é bastante difícil, principalmente se considerado o “Estado moderno”, em que a atuação e

⁵ O Código de Processo Civil de 1973 trazia dispositivos inerentes à Fazenda Pública, mas o Código de Processo Civil de 2015 estabelecido pela Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015.

⁶ O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil utiliza a nomenclatura “ministério privado” para advocacia privada conforme o artigo 2º, parágrafo 1º (BRASIL, 1994b). Neste sentido, ao invés da expressão “advocacia pública” ser utilizada como gênero, deveria ser utilizada a expressão “ministério público”, existindo o “ministério público em defesa da sociedade”, o “ministério público em defesa dos hipossuficientes” e, ainda, o “ministério público em defesa do Estado”.

⁷ Nota do autor. Destaca-se que a advocacia privada prioritariamente exerce a defesa do interesse particular, isto porque, pode sim o advogado atuar em causas em que esteja em discussão matéria de interesse da sociedade, a defesa do patrimônio público, entre outras, como, por exemplo, quando atua como advogado do requerente em ações populares ou ações civis públicas.

os interesses, tanto públicos quanto privados, são extremamente complexos. Neste sentido, entende-se que não há mais necessidade de discutir-se tal distinção⁸, já que também não é o foco deste estudo.

Ainda para justificar a não discussão, Habermas (1997a, p. 127) chama a atenção “para um nexos interno entre autonomia pública e privada”. Para justificar a sua teoria procedimental do Direito, critica a concepção liberal que dá primazia à autonomia privada e também a concepção social cujo foco é a autonomia pública, “garantindo de forma concomitante a autonomia pública e a privada, o Direito seria um médium necessário entre a facticidade e a validade” (FERREIRA, 2015, p. 57).

Portanto, o termo “advocacia pública” não se mostra técnica e delimitadora por abarcar, além da advocacia de Estado, outras duas organizações essenciais à justiça e que também exercem a advocacia pública, sendo elas a Defensoria Pública e o Ministério Público. A diferenciação das referidas advocacias públicas é feita com base no objeto e nas funções que são exercidas por cada uma delas, possuindo características e regimentos próprios.

A distinção entre as três advocacias públicas decorre pelo próprio desenvolvimento do Estado Moderno e, em virtude da complexidade crescente, pela assunção das mais diversas obrigações e prestações por parte do Estado Democrático de Direito. Desta maneira, a formação histórica das três organizações é marcada por semelhanças, clivagens e rompimento. No Brasil, tais organizações possuem estruturas diferenciadas em relação aos demais países.

Cumprido destacar que, concordando com a ideia de Moreira Neto sobre os três tipos de advocacias públicas, também chamadas de *procuraturas*, Junkes (2005, p. 81) conclui que “as três *procuraturas* constitucionais não defendem interesses hierarquizados entre si. Ou seja, nenhum interesse, seja da sociedade, do Estado ou dos desprovidos economicamente, tem supremacia absoluta sobre os demais”.

Apesar dos equívocos cometidos na nomenclatura pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, e pelo Código de Processo Civil de 2015, destaca-se que, “iniciou-se no Brasil um novo patamar para a implementação da Justiça, no

⁸ A respeito e de forma elucidativa, Santos (1987, s/p) aduz que “isto nos leva a concluir, então, que a discussão entre interesse público (representado pelo Estado) e interesse privado (defendido pela fração da sociedade civil, representado pelo capital e materializado nas relações de mercado) perde sentido, da forma como é colocada, pois o Estado capitalista, hoje, assim como antes, assume uma posição clara de classe, através da vinculação da parcela mais significativa do seu orçamento de gastos aos setores produtivos - despesas em capital social”.

qual, além do Poder Judiciário, participam, de forma decisiva e permanente, o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia e Defensoria Pública” (NUSDEO, 2019, p. 166).

Nos próximos tópicos serão abordadas a advocacia pública da sociedade (Ministério Público), a advocacia pública dos hipossuficientes (Defensoria Pública) e a advocacia pública do Estado (advocacia de Estado). A tentativa é demonstrar que as três advocacias públicas de certa forma possuem uma origem comum, pois surgiram da necessidade e complexidade do Estado moderno, principalmente como forma de promover o Estado Democrático de Direito.

1.1 A advocacia pública na defesa da sociedade

Moreira Neto (2007, s/p), ao estabelecer a diferença entre os três tipos de advocacia pública, menciona que a advocacia pública da sociedade em sentido estrito é “representada pelo Ministério Público, cujas funções se voltam à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. A definição trazida é praticamente a mesma que consta da Constituição Federal no artigo 127 (BRASIL, 1988).

A origem mais mencionada do Ministério Público, segundo Mazzili (2000, p. 43), é francesa: “a menção a *parquet* (assoalho), muito usada com referência ao Ministério Público, provém dessa tradição francesa, assim como as expressões *magistrure débout* (magistratura de pé) e *les gens du roi* (as pessoas do rei)”. No Brasil, também segundo Mazzili (2000, p. 49), a origem é reconhecidamente lusitana e “desenvolveu-se efetivamente a partir dos procuradores do rei”.

Pode ser destacado que, agindo como procurador do rei, o Ministério Público exercia de forma concomitante a função de advocacia pública de Estado (defendia a coroa), mais parecida com um tipo de advocacia de governo, pois defendia os interesses da coroa, e ainda a advocacia pública da sociedade (exercício da ação penal). A ligação umbilical entre a advocacia da sociedade e a advocacia do Estado será mais bem discutida na formação histórica da advocacia de Estado.

Com as modificações e transformações pelas quais passou o Estado no decorrer do tempo, principalmente pelo desenvolvimento do Estado moderno, as advocacias públicas também se modificaram. Neste sentido, Alves (2017, p. 137) entende que “desde o Estado moderno, ainda que de forma incipiente, o Ministério

Público já tomava uma nova feição que o destrelaria paulatinamente da função eminentemente de procurador do rei, típico do período em que foi concebido”.

No atual panorama do Direito brasileiro, o que difere o Ministério Público das demais organizações da advocacia pública é que o Ministério Público defende os interesses da sociedade, tendo atuação consubstanciada na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁹, bem como dos interesses difusos e coletivos em geral¹⁰, conforme o regramento estabelecido nos artigos 127 a 130 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Para o exercício de seu mister, ao Ministério Público foram asseguradas “a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional” (BRASIL, 1988), conforme o parágrafo 1º do artigo 127, bem como a “autonomia funcional e administrativa” (BRASIL, 1988) estabelecida no parágrafo 2º do mesmo artigo 127, e, ainda, a remuneração por subsídio que não poderá ser reduzida no dizer da alínea “c”, inciso I, parágrafo 5º do artigo 128 (BRASIL, 1988).

No artigo 127, consta que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988). Já o artigo 128 o estrutura, existindo o Ministério Público dos Estados-membros (MPE) e o Ministério Público da União (MPU), que se subdivide em Federal (MPF), do Trabalho (MPT), Militar (MPM) e do Distrito Federal (MPDF).

Existe ainda o Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas da União (MPTCU) e o Ministério Público que atua junto ao Tribunal de Contas dos Estados-membros (MPTCE), ambos exercem o controle externo dos poderes. De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, “o ministério público junto ao TCU possui fisionomia institucional própria, que não se confunde com a do Ministério Público comum, sejam os dos Estados, seja o da União” (BRASIL, 2009).

⁹ Direitos indisponíveis são os direitos dos quais a pessoa não pode abrir mão, como o direito à vida, à liberdade, à saúde e à dignidade. Por exemplo: uma pessoa não pode vender um órgão do seu corpo, embora ele lhe pertença. (BRASIL, 2008).

¹⁰ A classificação e a diferenciação literal e legal dos direitos coletivos e difusos é estabelecida pelo parágrafo único do artigo 81 da Lei Federal 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que dispõe: “Parágrafo único: A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (BRASIL, 1990).

No âmbito da União, o Ministério Público da União (MPU) foi regulado pela Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 (BRASIL, 1993c), conhecida como lei orgânica do MPU (LOMPU). Já a Lei Federal 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (BRASIL, 1993b), estabeleceu a lei orgânica dos Ministérios Públicos Estaduais (LONMP). Cada Estado-membro pode ainda editar a sua lei orgânica estadual. Os cargos do Ministério Público (MPU e MPE) são preenchidos por concurso público.

Os Ministérios Públicos junto aos Tribunais de Contas possuem concurso público próprio para provimento de seus cargos. O da União (MPTCU) tem como lei orgânica a Lei Federal nº 8.443, de 16 de julho de 1992, já os dos Estados-membros possuem como lei geral o Decreto Federal nº 1.166, de 17 de outubro de 1892, e ainda são regulados por leis estaduais, no caso do Estado de Minas Gerais pela Lei Complementar Estadual nº 102, de 17 de janeiro de 2008.

O artigo 129 enumera diversas atribuições do Ministério Público, cabendo a ele promover a ação penal, a ação civil pública, zelar pelas populações indígenas, fazer o controle externo da atividade policial, sendo importante destacar que a parte final do inciso IX menciona “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas” (BRASIL, 1988).

Portanto, na Constituição Federal de 1988 há expressa vedação para que o Ministério Público exerça as funções atribuíveis à advocacia pública de Estado, o que não exclui, entretanto, a atuação do Ministério Público como fiscal da lei nos processos que envolvam a administração pública direta e indireta, momento em que apresentará parecer opinativo, poderá até mesmo recorrer defendendo a sociedade, mas nunca poderá se apresentar como defensor do Estado nesses casos.

De forma conclusiva, Ritt (2002, p. 157) esclarece que “a atuação do Ministério Público brasileiro, portanto, é orientado para a supremacia constitucional e para que o ordenamento jurídico como um todo não seja agredido”. Em outro ponto, ainda complementa “para tanto, utiliza-se da ação penal, da ação civil pública, da ação direta de inconstitucionalidade, e até mesmo, da representação para fins de intervenção” (RITT, 2002, p. 157).

Neste sentido, o Ministério Público, além de ações em favor de toda a sociedade e coletividade, nas matérias como o consumo, o meio ambiente e o patrimônio público, também atua na defesa de matérias individuais relacionadas aos índios, à saúde, aos idosos, às crianças e adolescentes. Para a defesa de tais

matérias, utiliza-se de ações civis públicas, criadas inicialmente para a defesa de matérias coletivas, mas atualmente também utilizadas para ações individuais.

Todas as três organizações que exercem as advocacias públicas estão em transformação, assumindo novos papéis, bem como novas formas de atuar. Em virtude disso, Machado (2018, p. 132), no que tange à atuação do Ministério Público, entende que “por isso, também é importante abordar o modelo resolutivo. Nesse viés, no exercício do papel de *ombudsman*¹¹ propõe-se um Ministério Público articulador de políticas públicas voltadas à efetivação de direitos fundamentais”.

1.2 A advocacia pública na defesa dos hipossuficientes

Para Moreira Neto (2007, s/p), “a advocacia pública dos hipossuficientes: representada pela Defensoria Pública, cujas funções se dirigem à defesa dos interesses dos necessitados”. A Defensoria Pública é a advocacia pública dos interesses dos hipossuficientes, interesses individuais daqueles que comprovem insuficiência de recursos, conforme artigos 134 e 135 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Dentre as advocacias públicas, “no Brasil, a Defensoria Pública é a nossa mais nova instituição jurídica” (OLIVEIRA, 2007, p. 66). No primeiro diagnóstico¹² sobre a Defensoria Pública do Ministério da Justiça, efetuado no ano de 2004, naquela época, em média, a Defensoria Pública havia sido instalada nos Estados-membros somente a partir dos anos 1990, sendo que nem todas as unidades da federação possuíam Defensoria Pública como organização. (BRASIL, 2004b).

Oliveira (2007, p. 70) menciona que “o Estado de São Paulo era, até o ano de 2006, quando entrou em vigor Lei Complementar Estadual 18/05, um dos Estados brasileiros onde a Defensoria Pública ainda não era instituída”. Antes, no Estado de São Paulo, quem exercia a defesa dos necessitados era um órgão da Procuradoria do Estado, típica advocacia de Estado, o referido órgão detinha o nome de Procuradoria de Assistência Jurídica (PAJ) (BRASIL, 2013c, p. 24).

O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), em estudo de 2013, destacou que antes de 1990 havia Defensorias em apenas sete Estados-membros.

¹¹ No dizer de Machado (2018, p. 128), “em sua etimologia, a palavra *ombudsman* tem origem sueca e significa representante do povo”.

¹² Já existem outros três diagnósticos.

O número cresceu a partir dos anos 1990, quando mais dez Estados-membros criaram suas Defensorias. Nos anos 2000, mais oito Estados-membros a instituíram, e somente em 2011, no Estado do Paraná, e em 2012, no Estado de Santa Catarina, é que foram instituídas em todo o território (BRASIL, 2013c, p. 24).

A seção IV do capítulo IV da Constituição Federal¹³, que trata das Defensorias Públicas, teve a sua redação modificada por quatro emendas constitucionais desde 1988, a primeira modificação foi efetuada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998¹⁴, a segunda pela Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, a terceira pela Emenda Constitucional nº 74, de 6 de agosto de 2013, e a quarta pela Emenda Constitucional nº 80, de 4 de junho de 2014.

Tais modificações na Constituição Federal refletem na Defensoria Pública a transformação do Estado moderno, sendo destacada a importância da advocacia pública dos hipossuficientes como forma de efetivação do Estado Democrático de Direito. O artigo 134 em sua redação atual estabelece que a Defensoria Pública “é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático” (BRASIL, 1988).

Na parte final do artigo 134 ainda está descrito o campo de atuação da Defensoria Pública. De acordo com o referido dispositivo, cabe à advocacia pública dos necessitados “fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados” (BRASIL, 1988).

¹³ Na redação original, a Defensoria Pública constava da seção III junto com a advocacia privada, “SEÇÃO III - DA ADVOCACIA E DA DEFENSORIA PÚBLICA” (BRASIL, 1988), passando a Defensoria Pública a ter uma seção própria com a Emenda Constitucional nº 80, “SEÇÃO IV - DA DEFENSORIA PÚBLICA” (BRASIL, 2014), ficando a advocacia privada com a “SEÇÃO III - DA ADVOCACIA” (BRASIL, 2014).

¹⁴ Essa alteração foi promovida no artigo 135 que antes estava assim redigido originalmente “Art. 135. Às carreiras disciplinadas neste título aplicam-se o princípio do art. 37, XII, e o art. 39, § 1º.”, passando a ficar redigido “Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º”. Como se vê, tanto a redação original quanto a alteração contém equívoco, isto porque, na redação original o Ministério Público (seção I), a Advocacia Pública (seção II) e a advocacia privada e a defensoria pública (seção III) eram remunerados por subsídio. A remuneração por subsídio não se aplica aos advogados privados, posto que são remunerados por seus clientes. A última redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 04 de junho de 2014, também não corrigiu tal equívoco, já que manteve os advogados privados (seção III) remunerados por subsídio e não incluiu a Defensoria Pública (seção IV). A redação do artigo 135 ficaria correta se constasse “seção I, II e IV”, ou seja, o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública como remuneradas por subsídio, excluindo os advogados privados.

O fundamento para a criação da Defensoria Pública consta do artigo 5º, inciso LXXIV da Constituição Federal, o qual dispõe “o Estado prestará assistência jurídica, integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (BRASIL, 1988). Tal previsão decorre da primeira onda do acesso à justiça de Cappelletti e Garth (2002, p. 32), que defendem que cabe ao Estado “proporcionar serviços jurídicos para os pobres” de forma gratuita.

A reforma promovida pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014, alterou a parte final do artigo 134, e demonstra a transformação da Defensoria Pública. Criada como uma organização com foco de prestar a assessoria jurídica em âmbito judicial, passou a prestar, também, a assistência jurídica de forma integral, o que inclui a atuação extrajudicial e ainda a defesa dos interesses difusos, matérias da segunda e da terceira onda do acesso à Justiça de Cappelletti e Garth (2002).

O necessitado ou hipossuficiente atendido pela Defensoria Pública não é somente pelos aspectos de pobreza em critérios econômicos, tal verificação possui maior amplitude e alcance, tem a ver com vulnerabilidade social; como bem salienta Galliez (2007, p. 38), “é decorrente da garantia constitucional como segmento do exercício da cidadania. Não é a pobreza que assegura esse direito, e sim a cidadania, pois de outro modo estar-se-ia abrindo espaço para o preconceito”.

Junkes (2005, p. 93) revela que, além do atendimento ao necessitado, o qual classifica como função típica da advocacia pública dos hipossuficientes, a Defensoria também exerce funções atípicas. Para ele, “atípicas são as funções que a Defensoria Pública desempenha independentemente da condição econômica do assistido”. O exemplo citado pelo autor é quando no processo penal o Defensor Público defende aquele réu que não contratou advogado¹⁵.

A prática de operações anômalas é estabelecida em lei. Outros exemplos de exercício de atividades atípicas são descritos por Prado e Ferreira (2009, s/p), quando mencionam que desempenha função incomum a Defensoria Pública “no processo civil quando atua como curadora especial de réu revel¹⁶ ou em favor de

¹⁵ A referida disposição se aplica inclusive a estrangeiros, sendo comum a Defensoria Pública da União que atua junto aos aeroportos efetuar a defesa de pessoas (nacionais e estrangeiros) que são presas no embarque ou desembarque de voos internacionais.

¹⁶ Tal atuação decorre da disposição contida no parágrafo único do artigo 72 do Código de Processo Civil “Art. 72. O juiz nomeará curador especial ao: I - incapaz, se não tiver representante legal ou se os interesses deste colidirem com os daquele, enquanto durar a incapacidade; II - réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado.

criança ou adolescente quando os seus interesses colidam com o de seus representantes legais”.

Outro ponto que merece destaque na reforma constitucional efetuada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 (EC 45/2004a), é que foi garantida a autonomia administrativa e financeira, sendo ainda prevista a possibilidade de iniciativa de sua proposta orçamentária¹⁷. Assentou-se que o repasse de verbas à Defensoria deve ser via duodécimo a ser pago até o vigésimo dia de cada mês, conforme a nova redação do artigo 168 da Constituição Federal¹⁸.

Após as reformas constitucionais, a Defensoria Pública passou a ter muita semelhança com o Ministério Público, principalmente no que tange ao seu desenho institucional, pois adquiriu autonomia, indivisibilidade e independência funcional. Em virtude da autonomia e independência, é importante destacar que a própria Defensoria ou o Defensor é quem estabelece os critérios para que o cidadão seja considerado pobre ou hipossuficiente para os fins de ser assistido.

O parágrafo 1º do artigo 134 estabelece que “lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados” (BRASIL, 1988). A lei em questão já foi criada, é a Lei Complementar nº 80, editada em 12 de janeiro de 1994. Moraes (1995, p. 16) destaca a “importância fundamental que tem este diploma legal para as Defensorias Públicas de todo o país”.

Na parte final do parágrafo 1º do artigo 134 foram enumerados os requisitos para ingresso na organização, bem como fixada a vedação ao exercício da advocacia privada. Desta maneira, a Defensoria Pública deverá ser constituída “em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais” (BRASIL, 1988).

Parágrafo único. A curatela especial será exercida pela Defensoria Pública, nos termos da lei” (BRASIL, 2015). Cabe ressaltar que ao réu revel (aquele que não apresentou defesa) somente é cabível a nomeação da Defensoria Pública como curadora se a citação for por edital ou hora certa, ou ainda quando o réu estiver preso.

¹⁷ Tais benesses constam da redação, após a EC 45/2004, nos parágrafos 2º e 3º do artigo 134: “§2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º; § 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal” (BRASIL, 1988).

¹⁸ "Art. 168. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, compreendidos os créditos suplementares e especiais, destinados aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública, ser-lhes-ão entregues até o dia 20 de cada mês, em duodécimos, na forma da lei complementar a que se refere o art. 165, § 9º” (BRASIL, 1988).

De acordo com o parágrafo 1º do artigo 134 da Constituição Federal e o disposto no artigo 2º da Lei Complementar 80/1994, no âmbito da União existe a Defensoria Pública da União (DPU), existindo ainda a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios (DPDFT), bem como a Defensoria Pública dos Estados-membros (DPE). Cada Estado-membro pode editar as regras de suas Defensorias observando as regras gerais da Lei Complementar Federal nº 80/1994.

Outra alteração efetuada pela Emenda Constitucional 80/2014 (EC 80/2014) que merece destaque é a parte que incluiu no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)¹⁹ a necessária proporção entre a população atendida e o número de defensores, o "art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população" (BRASIL, 1988).

Há que ressaltar que na reforma constitucional EC 80/2014 foi fixado prazo para que todas as unidades jurisdicionais (comarcas) do país contassem com pelo menos um Defensor Público, conforme a redação do parágrafo 1º do artigo 98 da ADCT: "§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo" (BRASIL, 1988).

Já o parágrafo 2º do artigo 98 da ADCT fixou os parâmetros para o provimento dos cargos, estabelecendo que deverão ser atendidas prioritariamente aquelas unidades jurisdicionais (comarcas) com maiores índices de exclusão social. "§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional" (BRASIL, 1988).

O prazo para cumprimento dos dispositivos se encerra em 2022, oito anos a partir de 2014. O IV Diagnóstico da Defensoria Pública, realizado pelo Ministério da Justiça no ano de 2015, um ano após a emenda constitucional, demonstrou certa preocupação e pessimismo sobre o real cumprimento do prazo, "os dados analisados neste IV Diagnóstico revelam, contudo, um cenário preocupante no que se refere ao cumprimento desse dispositivo" (BRASIL, 2015b, 132).

Cumprir dizer que nem todos os países possuem Defensoria Pública. Oliveira, com base no primeiro diagnóstico da Defensoria Pública realizado pelo Ministério da

¹⁹ São disposições que constam ao final da Constituição Federal, estabelecendo regras de transição.

Justiça em 2004, ressalta que “em que pese a precariedade da nossa Defensoria Pública o Brasil se destaca no panorama mundial como um dos poucos países que erige a Defensoria Pública, por mandamento constitucional, à condição de carreira de Estado” (OLIVEIRA, 2007, p. 71).

Dentre as três organizações que exercem a advocacia pública, a Defensoria Pública (advocacia pública dos hipossuficientes) foi a que sofreu maiores transformações no período posterior à Constituição Federal de 1988. E, também, é a que tem maior possibilidade de mudança e assunção de novos contornos, principalmente a partir do momento, se é que vai ser cumprido, obviamente, em que for implantada em todas as unidades jurisdicionais (comarcas) do país.

1.3 A advocacia pública na defesa do estado

Segundo Guedes (2010, s/p), o termo “advocacia de Estado” é expressão e conceito ainda não estabilizado na doutrina brasileira, embora corrente na Itália e Espanha. Como já exposto, a advocacia de Estado é a advocacia pública dos interesses do Estado, o seu atuar é inerente à consecução dos interesses dos entes públicos como a síntese dos interesses da coletividade e pode estar vinculada a todos os entes públicos contidos no Estado.

A advocacia de Estado foi constituída para o exercício da consultoria jurídica e representação judicial dos entes públicos, ofício que já foi exercido pelo Ministério Público. Ocorre que “o Estado, como o direito, está em permanente transformação” (PARÁ FILHO, 1970, p. 7). Exemplo disso é o desenvolvimento do Estado moderno e a assunção de diversas prestações tornando as relações estatais complexas, modificando também o campo de atuação da advocacia de Estado.

A transformação do Estado moderno faz com que haja a necessidade de transformação, também, da advocacia de Estado. José Afonso da Silva, em 2002, já mencionava que a advocacia de Estado “revela ser ela ínsita à estrutura do Estado. Quando este era Estado mínimo, a presença da Advocacia Pública também era mais modesta, mas nem por isso ausente, como o prova o nosso sistema constitucional” (SILVA, 2002, p. 282). Crescendo o Estado, a advocacia de Estado também tem de crescer.

Como dito, a atividade da advocacia pública de Estado já foi exercida pelo Ministério Público, mas atualmente a advocacia de Estado possui atuação distinta e

mais ampla. Neste sentido, Grande Júnior (2009, p. 64) faz a seguinte observação: “distinção fundamental em relação ao Ministério Público brasileiro, que exerce apenas a advocacia da sociedade, enquanto a advocacia pública²⁰ serve tanto para a sociedade (consultoria) como para o Estado (assessoramento)”.

Dos três tipos de advocacia pública, a advocacia na defesa do Estado é a organização que mais precisa se modificar para atender e fazer frente à complexidade do Estado moderno, principalmente por estar, em certa parte, no meio da tensão existente entre o constitucionalismo e o Estado Democrático de Direito, estando envolvida diretamente com o poder político e com o Poder Judiciário, necessitando, assim, assumir seu papel como garantidora dos fins estatais.

A advocacia pública de Estado exercida pela Advocacia de Estado é responsável pela consultoria e assessoria jurídica da administração pública direta e indireta. Moreira Neto (2007, s/p) destaca que é “representada pelos diversos ramos da Advocacia de Estado, cujas funções se especializam na defesa dos interesses públicos primários e secundários²¹ cometidos aos diversos entes estatais, políticos ou administrativos”.

O termo “Estado” aqui é utilizado como englobante de todos os entes públicos, no caso do Brasil seria tanto os da administração pública direta, quais sejam União, Estados-Membros, Distrito Federal e ainda os Municípios, quanto os da indireta, como as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, entidades públicas que estão definidas no Decreto Lei nº 200/1967 (BRASIL, 1967) em seu artigo quinto²².

O termo “fazenda pública” também é utilizado para designar o Estado, principalmente quando relacionado a processos judiciais, segundo Dinamarco (2000, p. 179), significa a “personificação do Estado em juízo”, ou seja, é comumente utilizado para “todas as relações jurídicas processuais que dizem respeito aos interesses da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como das suas respectivas autarquias e fundações” (SOUZA, 2011, p. 14.).

Binenbojm (2014, p. 112) destaca que aos advogados do Estado “é reservada a elevada missão de estabelecer a comunicação entre os subsistemas sociais da

²⁰ Leia-se advocacia pública de Estado.

²¹ A distinção entre interesse público primário e secundário foi desenvolvida pelo italiano Alessi (1970), sendo que o interesse primário seria o interesse da coletividade e o secundário seria o interesse patrimonial e econômico do Estado.

²² Vide nota 2.

política e do direito”. Em outro ponto, ressalta que à advocacia de Estado cabe “a tarefa institucional de compatibilizar as políticas públicas legítimas, definidas por agentes públicos eleitos, ao quadro de possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico” (BINENBOJM, 2014, p. 112).

Deve ser destacado que, no exercício de seu ofício estabelecido pela Constituição, a atuação não deve ser confundida e nem convertida de advocacia de Estado em advocacia de governo. Como ressalta Moreira Neto (2009, p. 24), “enquanto governos e governantes são transitórios e refletem segmentos de maiorias, Estado e Advocacia de Estado são projeções institucionais permanentes de toda a sociedade”.

Por isso, adotou-se neste trabalho o termo advocacia pública de Estado ao invés de advocacia pública. A expressão advocacia pública de Estado distingue o seu palco de atuação, tanto diferenciando-se das demais carreiras contidas no gênero “advocacia pública”, quanto ainda explicitando que não se trata de advocacia de Governo ou do Governo, já que não é defensora do governante, tendo atuação em defesa e em prol do Estado.

A advocacia pública de Estado no Direito Brasileiro será objeto do quarto capítulo; por ora, cabe dizer que está elencada no Capítulo IV da Constituição Federal como função essencial à justiça, exercendo, portanto, papel fundamental no Estado Democrático de Direito, contribuindo para a realização dos fins buscados pelo Estado Brasileiro, haja vista que atua de forma direta com a jurisdição nos processos judiciais, está vinculada ao Executivo e pode manter canais de comunicação com o Legislativo.

O foco da atuação da advocacia pública de Estado, pode-se assim dizer, é se fazer presente em toda a atuação da administração pública, estar presente na conformação das decisões políticas com o Estado Democrático de Direito. Neste sentido, Silva Filho (1998, p. 145.) entende que a advocacia de Estado “insere-se basicamente no contexto do controle jurídico da função administrativa, acautelando, promovendo e defendendo os interesses públicos sob a ótica da justiça”.

Complementando a ideia de que a advocacia pública de Estado não tem atuação somente em âmbito judicial, mas, sim, está ligada aos valores decorrentes do Direito e da Democracia, Binenbojm (2014, p. 114) destaca que o papel do advogado de Estado “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”.

Assim, a atuação da advocacia pública de Estado na via extrajudicial no que tange à consultoria e assessoria do governo, ou, melhor dizendo, do representante do povo legitimamente eleito, no entendimento de Bandeira (2013, p. 126) significa “que a escolha ou o programa político de governo atenda aos princípios da legalidade e de legitimidade; ou seja, de justiça. Não um sentimento de justiça, mas uma justiça que seja entendida dentro de um espectro de moralidade”.

O termo “representação em âmbito judicial” também não é de todo técnico, isto porque o Estado, por ser um ente despersonalizado, não é pessoa de carne e osso, não sendo representado nem por preposto²³ ou por qualquer outra figura, sendo, na verdade, apresentado²⁴ pela advocacia de Estado. Assim, “os advogados públicos²⁵ apresentam a Fazenda Pública em juízo, não sendo correto aludir-se a representação” (CUNHA, 2008, p. 20).

Dentre as três organizações da advocacia pública, a advocacia pública de Estado é a que mais precisa se transformar nos aspectos do seu modo de atuar ainda estruturais, isto porque, como visto nos tópicos anteriores, tanto a Defensoria Pública quanto o Ministério Público possuem autonomia administrativa e funcional e independência, além de outras prerrogativas, garantias para o exercício de seu ofício, o que não possui a advocacia de Estado.

Binenbojm (2012), Grande Júnior (2004), Lustoza (2017), Madeira (2011), Oliveira (2014), Silva (2002), Silva Filho (2018), Souza (2003) e Tasse (2011) entendem que, por defender o interesse dos entes públicos, a advocacia de Estado exerce papel fundamental na defesa do Estado Democrático de Direito, quer na seara administrativa, em relação com o Poder Executivo e Legislativo, quer ainda no âmbito judicial, quando na apresentação²⁶ em processos judiciais.

Os autores Castro (2015), Madureira (2016) e Silva Filho (2018), além de reconhecer a posição fundamental para o Estado Democrático de Direito, defendem a total desvinculação da advocacia de Estado do Poder Executivo, entendendo ser necessária a autonomia não só funcional, já garantida em tese, mas também

²³ O termo “preposto” seria a pessoa natural nomeada como representante de uma pessoa jurídica, em audiência judicial é o preposto que personifica uma sociedade empresária no ato.

²⁴ É comum o equívoco de ser pedido em processo judicial o depoimento pessoal (oitiva) do representante legal do ente público; como explanado anteriormente, o representante legal é o advogado público, neste sentido não cabe seu depoimento.

²⁵ Prefere-se o termo advocacia de Estado, ao invés do gênero advocacia pública.

²⁶ Utiliza-se o termo “apresentação” e não “representação”, já que o advogado público é o ente público presente em juízo. Esta diferenciação é feita por Cunha (2008).

administrativa e orçamentária, tudo para uma atuação livre e estritamente técnica-jurídica²⁷.

Autonomia funcional seria inerente à própria função de representação jurídica, neste sentido, pode e deve atuar de acordo com as normas do ordenamento jurídico²⁸. Já a autonomia administrativa seria nos aspectos de organização, como, por exemplo, fazer concurso e efetuar nomeações sem necessitar de aval do Executivo, ou seja, poder se autogerenciar, o que seria interessante para atendimento de certas contingências.

Por último e não menos importante, a autonomia financeira que seria possuir um orçamento próprio para custear seu funcionamento, novamente sem o aval do Executivo, sendo interessante para isto fixar um percentual dentro do orçamento, semelhante ao que ocorre com o Poder Judiciário e o Ministério Público²⁹, autonomia para fazer a sua proposta orçamentária e ter o repasse por duodécimo mensal, o que já foi conquistado pela Defensoria Pública.

Em artigo que o próprio autor classifica como parcial, Sarai (2015, s/p), com base em dois enfoques, defende que a advocacia de Estado não é um quarto poder, mas também não é vinculada ao Poder Executivo. O primeiro enfoque fundamenta-se na estrutura, e o segundo nas normas vigentes, concluindo que, “dessa forma, além das funções essenciais à Justiça não serem um quarto poder, elas também não se enquadram na estrutura constitucional de nenhum dos poderes”.

Até o presente momento, não foi editada uma norma geral da advocacia pública de Estado como já existe para as outras advocacias públicas. Berlandi (2015, p. 250) defende a necessidade da criação de uma lei orgânica, no sentido de ser um “regime jurídico que estabeleça as prerrogativas e limites de atuação, assim como há na Magistratura e nas demais *Procuraturas* (Ministério Público e Defensoria Pública). *De lege ferenda*, necessita-se de uma lei orgânica”.

²⁷ Duas propostas de emenda constitucional visam a alterar a constituição. A Associação Nacional dos Procuradores de Estado aduz: “As atribuições dos advogados e procuradores da União e dos procuradores dos Estados e do Distrito Federal são, por vontade constitucional, consideradas como funções essenciais ao funcionamento da Justiça. A vinculação de suas funções a esses princípios descortina a necessidade de que seus membros recebam da Constituição Federal, de maneira explícita, o tratamento adequado, de forma a conferir-lhes a adequada importância constitucional, tanto do ponto de vista estrutural (PEC 82/2009) como remuneratório (PEC 443/2009)” (ANAPE, 2015, s/p).

²⁸ Sobre autonomia funcional e responsabilização do advogado público, consideramos interessante o texto de Mancuso (2003).

²⁹ Sobre o orçamento próprio do judiciário e Ministério Público: Ministério do Planejamento (BRASIL, 2015b) disponível no site <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/planeja/orcamento-federal/lei-de-responsabilidade-fiscal/dicas> acesso em 13 jul. 2018.

Ao final deste capítulo, pode-se concluir que existem três tipos diferentes de advocacia pública no Direito brasileiro, cada uma com um desenho e atuação específicos. Todas sofreram modificações no decorrer do tempo, assumindo novas funções, tudo em compasso com as transformações que ocorrem no seio da sociedade, o que foi destacado de forma incipiente neste trabalho, posto que o objetivo é discutir a advocacia pública de Estado.

No que tange à Advocacia de Estado Brasileira, suas nuances e as transformações sobre o modo de atuar, serão debatidas em capítulo próprio, primeiramente serão descritas as formas já conhecidas de atuação da advocacia de Estado e depois será efetuada uma proposta de alteração. No próximo capítulo, no primeiro momento será apresentado como se dá a estrutura das advocacias públicas no Direito comparado³⁰, se ocorre a divisão no mesmo modo do sistema brasileiro.

No segundo capítulo, será abordado também como se deu a formação histórica da advocacia pública de Estado no Brasil e em alguns países europeus que possuem semelhança ao desenho brasileiro, tudo com o intuito de demonstrar as transformações sofridas. Tais aspectos servem como introdução e fundamento para discutir os modos de atuação já descritos na literatura, o que será efetuado no terceiro capítulo.

³⁰ Por questão de tamanho, a pesquisa foi reduzida para os países da América do Sul e América do Norte e ainda para alguns países do continente europeu, o critério utilizado foi o de maior semelhança ao sistema judiciário brasileiro.

2 AS ADVOCACIAS PÚBLICAS NO DIREITO COMPARADO E A FORMAÇÃO HISTÓRICA DA ADVOCACIA PÚBLICA DE ESTADO NO BRASIL

Nas duas próximas seções se buscará identificar, no âmbito do Direito comparado dos países da América do Sul e ainda em países ao redor do mundo, como se dá a lógica de representação e de defesa dos interesses (da sociedade, dos necessitados e do Estado); tal representação será identificada como organização, ou ainda com o vocábulo advocacia pública, portanto, o objetivo é verificar como e quem exerce a defesa da sociedade, do Estado e dos necessitados.

Para Grande Júnior (2009, p. 84), o “direito comparado permite observar dois grandes modelos de organização da advocacia pública”. O primeiro seria o unitário, em que uma instituição monopoliza o exercício de todas as advocacias públicas, e o segundo modelo seria o dualista, sendo que neste as defesas são atribuídas a duas instituições diferentes. O autor desconsidera o exercício dos necessitados como advocacia pública.

Já para Vieira e Faro (2014, p. 21), “existem três grandes modelos de Advocacia Pública, segundo estudos de direito comparado”. O modelo unipartite seria aquele em que apenas uma organização é quem exerce todas as advocacias públicas, no modelo bipartite duas organizações se incumbem de tais defesas, e no modelo tripartite três organizações distintas atuam nas chamadas advocacias públicas.

Há que se destacar que em ambas as abordagens, tanto na classificação efetuada por Grande Júnior (2009) quanto na de Vieira e Faro (2014), a exclusividade não é considerada como critério para definição do exercício da defesa, desta maneira, por exemplo, a advocacia pública da sociedade ou a advocacia pública dos necessitados pode ficar a cargo de uma ou mais organizações de forma concomitante ou complementar.

Em seu texto, Grande Júnior (2009) discorre sobre as advocacias públicas de acordo com o sistema jurídico adotado, para tanto, utiliza-se da classificação de famílias jurídicas contidas na obra “Os grandes sistemas de direito contemporâneo”, de René David (2014). Suas observações sobre a advocacia pública se dividem em países de sistema romano-germânico, de *common law*, em alguns sistemas de países socialistas e, ainda, em alguns países do extremo oriente.

Já o estudo efetuado por Vieira e Faro (2014) tem como foco a advocacia pública nos países sul-americanos, tendo como base o texto constitucional e a complementação legal, desconsiderando o sistema jurídico, bem como a ideologia política. Para fins deste trabalho e das posteriores seções, também serão utilizadas como fundamentação para análise as normas constitucionais e ainda as eventuais legislações.

No último tópico deste capítulo será abordada a formação histórica da advocacia pública de Estado no âmbito do Estado brasileiro, sendo que a importância do referido tópico, além de ser o complemento do capítulo primeiro e dos outros tópicos do capítulo segundo, no sentido de ter desenhada toda a organização da advocacia pública de Estado, servirá, portanto, como introdução para os capítulos posteriores.

2.1 As advocacias públicas no âmbito da América do Sul

No presente estudo, em relação ao Direito comparado da América do Sul, excluímos da observação Guiana, Guiana Francesa e Suriname. Para melhor entendimento e explanação, a análise foi dividida em duas partes, no primeiro momento foram abordados os países que adotam o sistema tripartite, já na segunda parte foram estudados de forma conjunta os países que adotam os sistemas bipartite e unipartite.

Bolívia, Brasil, Chile, Equador, Paraguai e Venezuela são os países sul-americanos que possuem três organizações distintas para exercício das três advocacias públicas. No dizer de Vieira e Faro (2014, p. 22), “são os países que adotam o modelo tripartite de advocacia pública, contanto com três instituições - Defensoria Pública, Ministério Público e Advocacia de Estado - cujas funções são bem delineadas”.

Na Constituição da Bolívia, o Título V, artigos 213 a 240, é dedicado a delimitar e esclarecer as chamadas “*Funciones de Control, de Defensa de la Sociedad y de Defensa del Estado*” (BOLÍVIA, 2009). Já no capítulo segundo, primeira seção, que se inicia no artigo 218, está estabelecida a *defensoría del Pueblo*, bem como na segunda seção, a partir do artigo 225, está regulamentado o Ministério Público.

Apesar da Defensoria Pública e do Ministério Público estarem dentro do capítulo II, que trata da defesa da sociedade, resta claro que são organizações com autonomias próprias e com atuação específica. Ao Ministério Público, em tradução literal do artigo 225, cabe a defesa da sociedade em geral e ainda o exercício da ação penal pública. A chefia é exercida pelo *Fiscal General del Estado*, conforme artigo 226.

Já a *defensoría del pueblo*, regulada nos artigos 218 a 224, tem como atributo principal, na tradução literal do artigo 218, a defesa dos direitos humanos, a proteção dos cidadãos camponeses e indígenas, inclusive no exterior, além de buscar o integral atendimento junto aos serviços públicos, o que inclui a assistência judiciária junto aos serviços judiciários. Interessante destacar que a instituição será dirigida pelo *Defensor del Pueblo*.

O capítulo terceiro do título V, artigos 229 a 231, regula a *función de defensa del Estado* exercida pela *Procuraduría General del Estado*, em tradução literal do artigo 229 seria a organização de representação e consultoria jurídica que tem como atribuição promover, defender e acautelar os interesses do Estado. A advocacia de Estado boliviana pode inclusive propor projetos de leis, artigo 231, inciso 8, característica rara nas advocacias de Estado.

No sistema brasileiro, as organizações que exercem a defesa das advocacias públicas são classificadas como funções essenciais à justiça, nomenclatura que consta do Capítulo IV da Constituição Federal, que começa a partir do artigo 127 e termina no artigo 135 (BRASIL, 1988). Ressalta-se que o artigo 133 estabelece o exercício da advocacia privada, todavia, como explanado no segundo capítulo, não é objeto de nossa pesquisa.

A Defensoria Pública cuida dos interesses dos hipossuficientes, interesses individuais dos que não possuem recursos, conforme os artigos 134 e 135; já o Ministério Público atua em prol dos interesses da sociedade, tem atuação consubstanciada na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, exerce a persecução penal, bem como a defesa dos interesses difusos e coletivos em geral³¹.

³¹ A classificação e a diferenciação literal e legal dos direitos coletivos e difusos é estabelecida pelo parágrafo único do artigo 81 da Lei Federal 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que dispõe: "Parágrafo único: A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II -

A advocacia de Estado no Brasil foi nomeada pelo gênero “Advocacia Pública”³², conforme o título da seção II, artigos 131 e 132. De acordo com as regras estabelecidas na Constituição, a advocacia de Estado é a advocacia pública dos interesses do Estado, o seu atuar é inerente à consecução dos interesses dos entes públicos como a síntese dos interesses da coletividade e está vinculado a todos os entes públicos contidos no Estado federal brasileiro.

Na Constituição Política da República do Chile (1980a), o Ministério Público exerce a defesa da sociedade, tendo como principal atribuição a persecução penal. Conforme tradução literal do artigo 80A, o Ministério Público dirige de forma exclusiva a investigação dos fatos constitutivos de delitos, exerce a ação penal pública e ainda toma medidas para proteger testemunhas e as vítimas. Tem como chefia *El Fiscal Nacional*.

A defesa dos necessitados está prevista no artigo 18, §3º da constituição chilena, todavia, o serviço é prestado por duas organizações criadas por leis infraconstitucionais. Quando se trata de matéria não penal, a corporação de assistência judicial é quem presta o serviço³³. Tratando-se de matéria penal, a defesa é efetuada pela *defensoría penal pública*³⁴, uma especialização que não existe nos demais países.

A advocacia pública de Estado também não está regulada e prevista na constituição, sendo criado por meio de legislação infraconstitucional o *Consejo de Defensa del Estado*, organização que tem como missão institucional assessorar, defender e representar os interesses patrimoniais e não patrimoniais do Estado do Chile e de seus órgãos, através do exercício de ações e defesas judiciais e extrajudiciais³⁵.

A *Constitución de la República del Ecuador* (EQUADOR, 2008), promulgada em 2008, estabelece que a defensoria pública é uma organização autônoma e visa a garantir o pleno e igual acesso à justiça pelas pessoas indefesas ou necessitadas,

interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum” (BRASIL, 1990).

³² Como já demonstrado, o termo não é técnico, posto que o termo em questão é gênero, que inclui outras três organizações: Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia de Estado.

³³ A regulamentação do serviço da Corporação de Assistência Judicial é efetuada pela *Ley 17.995*. (CHILE, 1980b).

³⁴ A defensoria penal pública é vinculada ao Ministério da Justiça Chileno e foi estabelecida pela *Ley 19.718* (CHILE, 2001).

³⁵ A lei orgânica do referido conselho é o Decreto com força de lei nº 01 de 1996. (CHILE, 1993).

tanto pelo aspecto social quanto pelo cultural, conforme se constata da tradução literal do artigo 191, que consta da seção nove do capítulo quarto, *Función Judicial y Justicia Indígena*.

O defensor da sociedade (Ministério Público) na Constituição Equatoriana está estabelecido na décima seção, capítulo quarto, sendo denominado de *Fiscalía*. A tradução literal do artigo 194 diz que é uma organização autônoma. Já o artigo 195 estipula que detém a atribuição e a competência para investigação e persecução penal. A chefia da organização é exercida pelo *Fiscalía General del Estado*.

A defesa do Estado Equatoriano é feita pela *Procuraduría General del Estado*, conforme os artigos 235 a 237 da quarta seção do capítulo VII. A referida organização possui autonomia e, em tradução literal do artigo 237, tem como função a representação judicial, o patrocínio do Estado e suas instituições, assessoria e consultoria dos órgãos públicos. Há que destacar a autonomia inexistente na grande maioria dos outros países.

A *Constitución de la República del Paraguay* (PARAGUAI, 1992) estabelece na seção quatro, capítulo três, nos artigos 266 a 275, que a advocacia pública de defesa da sociedade é efetuada pela organização denominada de *Ministerio Público*, que ainda deve velar pelo respeito aos direitos e às garantias, tem a atribuição de exercer a ação penal, entre outras coisas. A chefia é exercida pelo *Fiscal General del Estado*.

O atendimento aos necessitados está a cargo do *Defensor del Pueblo*, conforme estabelecido nos artigos 276 a 284, seção primeira, capítulo quatro, tendo como atribuição precípua a defesa dos direitos humanos, canalização de reclamações populares e a defesa dos interesses comunitários. Os *Defensores del Pueblo*, exercentes deste cargo, possuem mandato de 05 (cinco) anos e são nomeados.

A advocacia pública de defesa do Estado Paraguaio é efetuada pela organização denominada *Procuraduría General de la República*, conforme o disposto nos artigos 244 a 246, constantes da seção três, capítulo dois. A atribuição precípua da referida organização é realizar a defesa judicial e extrajudicial do patrimônio estatal paraguaio, a prestação de assessoria ao poder público, entre outras coisas.

Na *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela* (VENEZUELA, 1999) foram previstas três organizações para o exercício das advocacias públicas. O *Defensor del Pueblo* exerce a defesa dos necessitados, artigos 280 a 283. O Ministério Público zela pelo respeito aos direitos e garantias, promove a ação penal e a responsabilização de servidores, artigos 284 a 286. E a *Procuraduría General del Estado* fica a cargo de efetuar a defesa do Estado, artigo 247.

Cumprido destacar que, na Venezuela, além das três organizações que exercem as advocacias públicas, ainda foi criado o *Poder Ciudadano*, estabelecido pelo artigo 273. Tal poder é exercido pelo Conselho Moral Republicano, que é composto pela Defensoria Pública, pelo Ministério Público e pela Controladoria Geral da República; o órgão em questão possui atribuições similares às demais organizações, todavia, de forma complementar.

Segundo Vieira e Faro (2014, p. 27), na América do Sul, “dois são os países que adotam o modelo bipartite de Advocacia Pública: Argentina e Peru”. No modelo criado na Argentina existe a Defensoria Pública e o Ministério Público, inexistindo uma organização para a defesa do Estado. Já no modelo peruano as atribuições de defesa da sociedade e defesa dos necessitados são exercidas por apenas uma organização, existindo outro órgão para defender o Estado.

Na *Constitución Nacional Argentina* (ARGENTINA, 1994), em seu artigo 86, capítulo sétimo, está estabelecido o *Defensor del Pueblo*, organização que exerce a defesa dos direitos humanos. Já o Ministério Público, previsto no artigo 120, exerce ao mesmo tempo e por meio de dois órgãos a defesa da sociedade pelo *Procurador General de la Nación*, e a defesa dos interesses públicos pelo *Defensor General de la Nación*.

A *Constitución Política del Perú* (PERU, 1993), em seu artigo 47, em tradução literal, giza que a defesa dos interesses do Estado está a cargo dos Procuradores Públicos, nos limites estabelecidos em lei. O Ministério Público, artigos 158 a 160, e a *Defensoria del Pueblo*, artigos 161 e 162, exercem a defesa da sociedade. No modelo peruano, a defensoria não atua em prol dos necessitados, não havendo outra organização responsável por tal mister.

Ainda conforme Vieira e Faro (2014, p. 29), no âmbito da América do Sul, “dois são os países que adotam o modelo unipartite: Colômbia e Uruguai”. A *Constitución Política de Colombia* (COLOMBIA, 1991) prevê apenas *Fiscalía General de la Nación*, nos artigos 249 a 253. Já a *Constitución de la República*

Oriental del Uruguay (URUGUAI, 1967) prevê o *Procurador del Estado*, nos artigos 314 a 316. As organizações citadas exercem toda a advocacia pública.

O estudo no Direito comparado das advocacias públicas, em especial a da advocacia de Estado, é importante para identificar as nuances da atuação em cada país. Em alguns sistemas jurídicos, a advocacia de Estado tem atribuições e participa não só dos processos judiciais e decisões judiciais, mas também pode propor leis ou assessorar na legislação, o que importa na atuação junto a toda decisão jurídica pública.

2.2 As advocacias públicas no direito comparado dos Estados Unidos, Canadá e Europa

Nos Estados Unidos, o *United States Attorney General* é o chefe do *United States Department of Justice* e é considerado o principal advogado do governo. O *Attorney General* foi criado pelo *Judiciary Act* de 1789, e emite pareceres quando solicitado. O *United States Solicitor General* representa o governo federal dos Estados Unidos perante a Suprema Corte e tem a função de supervisionar e conduzir casos em que o governo é parte (MARTINS DE ARAÚJO, 2019, p. 349).

No Canadá, especialmente em Quebec, não há a separação entre os cargos e as funções de Advogado do Estado e ainda do Ministério Público, ambas as atividades, a advocacia pública de defesa da sociedade (persecução penal) e também de defesa do Estado (consultoria e representação judicial), são exercidas pela figura nomeada de *Juriste de L'état*, que na tradução livre da língua francesa seria Jurista do Estado (VIANA, 2017, p. 18).

No Reino Unido, os denominados de *Law Officers of the Crown* são os conselheiros jurídicos da Coroa e representam o Reino Unido e os países da *Commonwealth* perante os tribunais, além de supervisionar a persecução penal, atribuições que, no Brasil, são divididas entre Ministério Público e Advocacia de Estado. As chefias dos *Law Officers of the Crown* são denominadas de *Attorney General* (em certos lugares de *Advocate General*, como na Escócia, desde 1999)³⁶.

³⁶ De forma restrita, na Inglaterra e País de Gales, o *Her Majesty's Attorney General for England and Wales* é quem assessora e aconselha juridicamente a Coroa e o gabinete, representa-os perante os tribunais. Em livre tradução seria a Procuradoria Geral da República; para consulta, pode-se acessar o site <https://www.gov.uk/government/organisations/attorney-generals-office>

Na Alemanha o *Der Generalbundesanwalt Beim Bundesgerichtshof*³⁷ também é parte do Ministério da Justiça, sendo uma espécie de um "advogado" do governo federal³⁸. Sua representação é para processos administrativos e procedimentos judiciais relativos à Justiça Federal nos *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) e *Bundesgerichtshof* (Tribunal de Justiça Federal da Alemanha), ver Martins de Araújo (2019, p. 349).

A seguir, serão abordados os regimes da advocacia pública de Estado em Portugal, Espanha e Itália, os três países enumerados pelas seguintes razões: primeiramente, Portugal por ser a raiz do Direito brasileiro; secundariamente, Espanha por entendermos que o atual desenho organizacional do modelo brasileiro possui semelhanças com o referido modelo; terciariamente, dentre os regimes jurídicos mundiais, o que mais se assemelha ao adotado no Brasil é o da Itália³⁹.

Em Portugal, a Constituição reúne em um único órgão, que é o Ministério Público, todas as atribuições que no Brasil são de responsabilidade da Advocacia de Estado, da Defensoria Pública e do Ministério Público, é o que dispõe o artigo 219.1. “ao Ministério Público compete representar o Estado e defender os interesses que a lei determinar” (PORTUGAL, 1976)⁴⁰, e, no final do mesmo artigo, consta claramente que cabe a esta organização a persecução penal⁴¹.

Na Espanha (1978, s/p) está previsto no artigo 124 da Constituição o Ministério Público como órgão responsável por promover a ação da justiça na defesa da legalidade, dos direitos dos cidadãos e do interesse público, além de velar pela independência dos Tribunais e procurar ante estes a satisfação do interesse social. Há ainda a previsão da existência do Defensor do Povo no artigo 54, todavia, nada parecido com a Defensoria Pública, pois atua perante as cortes gerais⁴².

³⁷ Em livre tradução seria o Procurador-Geral do Tribunal Federal de Justiça.

³⁸ Para fins de consulta, pode-se acessar o *site* <https://www.generalbundesanwalt.de/de/index.php>

³⁹ Kokke (2020, p. 9) assim se manifesta “o Brasil passa a adotar o modelo espanhol, no qual a Advocacia Pública possui caráter distinto e próprio em relação ao Ministério Público”. O modelo espanhol é semelhante ao brasileiro, todavia, o desenho institucional da Advocacia de Estado Italiana é mais parecido com o modelo brasileiro. Na Itália também há a cisão entre o Ministério Público e a Advocacia de Estado. A diferença, talvez considerada por Kokke, é que o Ministério Público Italiano integra a Magistratura, existindo a magistratura de acusação e de julgamento.

⁴⁰ Redação idêntica possui o artigo 1º do Estatuto do Ministério Público Português. (PORTUGAL, 1986).

⁴¹ Em Portugal, a assistência judiciária é prestada por advogados privados remunerados pelo governo, inexistindo, portanto, a figura de defensor público como exercente da advocacia pública do necessitado.

⁴² As cortes gerais espanholas são equivalentes ao Congresso brasileiro, ou seja, órgão que engloba as duas casas legislativas, no Brasil seriam o Senado Federal e a Câmara dos Deputados.

A Constituição Espanhola, em seu artigo 119, prevê que “a justiça será gratuita quando assim disponha a lei e sempre no caso de aqueles que demonstrem insuficiência de recursos para litigar” (ESPANHA, 1978, s/p). A *Ley de Asistencia Jurídica Gratuita nº 1*, editada em 10 de janeiro de 1996, instituiu o serviço de assistência jurídica, que tem sob si procuradores efetivos e contrata advogados privados, nenhum dos dois se equivale à ideia de Defensor Público.

A advocacia de Estado espanhola não está prevista na Constituição, mas, sim, na *Ley 52*, de 27 de novembro de 1997, regulamentada pelo *Real Decreto 997*, de 25 de julho de 2003. O cargo é nomeado de *abogado del Estado*, possui a atribuição de assessorar e promover a defesa em juízo da administração. Castilho (2014, p. 137) menciona que “os advogados do Estado são agentes de carreira especializados que ingressam por concurso”.

No modelo italiano, diversamente do Espanhol e do Português, o Ministério Público possui desenho institucional de magistratura, exercendo a chamada magistratura de acusação, tal conclusão decorre do fato de que o Título IV da Parte II (artigos 101 a 113) do texto constitucional italiano⁴³ regula o desenho organizacional tanto dos juízes como do Ministério Público. Desta maneira, na Itália, a advocacia de Estado há tempos possui uma organização própria⁴⁴.

A constituição italiana nada versa sobre a organização que exerce a defesa do Estado no âmbito daquele país, estando a cargo das legislações e instrumentos normativos complementares a regulação de tal atividade. Segundo Cortese (2014, p. 143), “no ordenamento italiano, a assistência e defesa das administrações estatais são atividades de competência de uma administração específica, a Advocacia de Estado”.

O modelo de defesa judicial dos interesses estatais pela “Avvocatura dello Stato” teve início ainda em 1876, no Reinado Italiano, com o nome de “Avvocatura Erariale”, já com funções típicas e claramente distintas das exercidas pelo Ministério Público. Desde a sua criação, segundo Pinto Ferreira (1992, p. 163): “a Advocacia

⁴³ A pesquisa pode ser feita na versão em Português da Constituição Italiana, disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf Acesso em 21 jan. 2020.

⁴⁴ Também inexistente na Itália a Defensoria Pública como exercente da advocacia pública de defesa do necessitado, o sistema de assistência jurídica italiano (*patrocinio a spese dello stato*) é no modelo *judicare*, cabendo ao interessado/necessitado solicitar a nomeação de advogado dativo (*nomina di un avvocato*) perante o órgão de classe da advocacia (Consiglio dell'Ordine degli Avvocati), observando-se os requisitos previstos na legislação, no caso específico o regramento da Lei 29/2001, do Decreto Presidencial 115/2002 e modificações.

do Estado na Itália tem amplas atribuições, constituindo um órgão diretamente subordinado ao governo”.

A nomenclatura *L'Avvocatura dello Stato*, em livre tradução Advocacia de Estado, foi estabelecida legalmente pelo Decreto Real nº 1611, de 30 de outubro de 1933, sendo definida como o órgão jurídico da administração pública a que são atribuídas tarefas de assessoria jurídica e de defesa do Estado, cuja cúpula é o *l'Avvocato Generale dello Stato* (Advogado Geral do Estado), com sede na capital Roma (MARTINS DE ARAÚJO, 2019, p. 349).

Para concluir este tópico, cumpre destacar que, segundo Cortese (2014, p. 142), “na Itália, a assistência e defesa profissionais das administrações estatais constituem o objeto de uma função administrativa enquanto tal disciplina pela lei”. Outro ponto interessante é que, além da administração pública italiana, a Advocacia de Estado Italiana também efetua a defesa de outros países e organismos internacionais (CARDUCCI; MACRI, 2014, p. 167-168).

A unicidade do exercício das advocacias públicas também ocorreu no Brasil, havendo alteração em tal conformação no decorrer do tempo, todavia, a total autonomia e a criação de organização própria para exercício de tal atividade somente se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, como será visto no próximo tópico, quando abordaremos a formação histórica da advocacia de Estado Brasileira.

2.3 A advocacia de Estado no direito brasileiro: estrutura e formação histórica

Como esclarecido no primeiro capítulo, a advocacia de Estado é a advocacia pública dos interesses do Estado, o seu atuar é inerente à consecução dos interesses dos entes públicos como a síntese dos interesses da coletividade e está vinculado a todos os entes públicos contidos no Estado federal brasileiro, ou seja, a advocacia de Estado está diretamente relacionada, quanto a sua estrutura, à administração pública direta e indireta.

Desta forma, no que diz respeito à federação brasileira, em relação à União, existe a advocacia geral da União, e, no que tange aos Estados e Distrito Federal, foram estabelecidas as procuradorias ou advocacias gerais do Estado, conforme está disposto nos artigos 131 e 132 da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Em

relação aos Municípios, apesar da omissão constitucional, podem ser criadas as procuradorias ou advocacias municipais.

A carreira da advocacia geral da União⁴⁵ é subdividida em outras três carreiras com concurso público próprio e ainda atuação específica, sendo elas a advocacia da união (AGU em sentido estrito), que defende a União, a procuradoria federal, que exerce a defesa dos interesses das fundações e autarquias federais, e, por último, a procuradoria da fazenda nacional, que atua em relação à arrecadação de tributos federais.

No Estado de Minas Gerais, o órgão de representação jurídica possui a nomenclatura de “advocacia geral do Estado”, conforme disposto na Lei Complementar Estadual nº 83, de 28 de maio de 2005 (MINAS GERAIS, 2005); já nos demais Estados e no Distrito Federal é utilizado o termo “procuradoria geral do Estado”. As procuradorias promovem a assessoria e a defesa da administração pública estadual direta e indireta.

Em relação às procuradorias municipais, não há na constituição federal a obrigatoriedade de criação de órgão ou ainda de concurso público para ingresso nos cargos. Apesar de prestigiar a autonomia, já que cada município pode editar sua lei, criando o órgão e tornando obrigatório o ingresso por concurso público, tal aspecto faz com que a grande maioria dos municípios não tenha um órgão próprio, e os advogados que exercem a função sejam nomeados pelo Poder Executivo⁴⁶.

Semer (2019, p. 466) menciona que “temos no Brasil um desenho institucional peculiar dos organismos jurídicos”, destacando em outro ponto que “o Constituinte de 1988 formatou três instituições jurídicas de Estado distintas para o exercício da *procuratura*, às quais designou de funções essenciais à justiça”. Para podermos entender a especificidade do sistema brasileiro e ainda estabelecer o momento do surgimento da advocacia de Estado é necessária a digressão histórica.

Segundo Guedes (2009, p. 336), “as raízes da Advocacia Pública no Brasil remontam ao período colonial e à organização da burocracia portuguesa, cujo regime jurídico se estendia às colônias”. Em complemento, Nunes Júnior *et al.* (2017, p. 4) menciona que, no Brasil colônia, as estruturas judiciária e administrativa

⁴⁵ O regramento geral está contido na lei federal complementar nº 73 (BRASIL, 1993a).

⁴⁶ O Poder Executivo municipal é exercido pelo Prefeito, o procurador do Município é escolhido dentro do espectro de apoio eleitoral do Prefeito, privilegiando mais uma advocacia de Governo que de Estado. Existem propostas de emenda constitucional para tornar obrigatória a implementação de procuradoria municipal com a assunção do cargo somente mediante concurso, neste sentido indica-se a leitura de Corrêa e Pelosini (2012).

faziam parte de um mesmo ramo de poder, sendo devidamente voltadas à satisfação das necessidades da metrópole absolutista.

Nunes Júnior *et al.* (2017, p. 5) menciona que “as primeiras procuradorias foram introduzidas em Portugal no ano de 1446 pelas Ordenações Afonsinas, as quais tratavam da figura do Procurador dos Nossos Feitos”. Guedes (2009, p. 339) relata que possuía nítidas atribuições de defesa judicial “dos direitos da Coroa, a preservação do patrimônio ou dos bens reais e o acompanhamento que envolvessem terras do rei (reguengos), ou o direito real pago pelo plantio de terra (juguadas)”.

Nunes Júnior *et al.* (2017, p. 5) relata que, da mesma forma, no referido período das ordenações afonsinas, esse órgão tinha função de defesa de hipossuficientes, sem efetuar a cobrança de honorários. Nitidamente, tratava-se, assim, de atribuições que se ajustavam muito ao modo da atuação posteriormente dado aos membros do Ministério Público (advocacia pública da sociedade), e mais recentemente ao Defensor Público (advocacia pública dos necessitados).

A primeira legislação vigente no Brasil foram as Ordenações Afonsinas, aplicáveis na época em que aqui era denominado de Governo Geral do Brasil, isto porque, a partir da dominação portuguesa do território brasileiro, em 1500, o Brasil se tornou colônia de Portugal e, como tal, por ser mera extensão do território, sujeitava-se às normas impostas pela metrópole, portanto, devemos buscar as raízes históricas da advocacia de Estado nesse período.

Entretanto, vale ressaltar que, nos primeiros anos da colonização, inexistia qualquer Justiça organizada no território brasileiro, de modo que a jurisdição era exercida pelos capitães donatários das capitanias hereditárias, que administravam seus domínios como feudos particulares (SHIRLEY, 1987, p. 80), sem oportunidade de recurso para os tribunais da metrópole, exceto na hipótese de pena de morte (ABREU, 1988, p. 80).

Anos depois é que surgiu a necessidade da implantação de governo e da justiça, segundo Pontes de Moura (2012, p. 15), “apenas em 1548 foi instituído o Governo Geral do Brasil, tornando-se imperativa a organização da Administração Pública e da Justiça na colônia dada a descentralização pelo regime das capitanias”; o mesmo autor, em outro ponto, menciona que “para a Coroa, poderia minar a unidade de seus domínios” (MOURA, 2012, p. 15).

Com a implantação de tal sistema, o poder político e administrativo se concentrava nas mãos de um representante do Rei, o Governador-Geral ou Vice-Rei, que, nos assuntos relativos à Justiça, era assessorado pelo Ouvidor-Geral, jurista a quem competia não só a função de consultoria jurídica da Administração Pública, mas a atividade jurisdicional em todo o território da colônia, direta ou indiretamente, atuando em correição sobre as atividades dos juizes ordinários⁴⁷.

As atribuições do Ouvidor Geral foram estabelecidas pelo Regimento de 17 de dezembro de 1548 (SCHWARTZ, 1979, p. 28). Pontes de Moura (2012, p. 16) destaca que, “desde logo, que o Ouvidor-Geral da colônia exercia também atividade de Advocacia de Estado, vez que atuava como consultor jurídico do Governador-Geral ou Vice-Rei, assim como tinha função de Magistrado (Corregedor)”, tudo isso em relação aos fatos ocorridos nos limites territoriais da colônia.

Conforme Nunes Júnior *et al.* (2017), em relação à Advocacia Pública, a primeira mudança relevante no período colonial se deu por meio das Ordenações Filipinas, em 1603, sendo promovida a divisão entre as funções de (i) Procurador dos Feitos da Coroa, que manteve uma fração das suas atribuições, (ii) Procurador dos Feitos da Fazenda, voltado aos feitos fazendários, e (iii) Promotor da Justiça da Casa de Suplicação, para o exercício da defesa da Justiça.

Schubsky (2008, p. 36) menciona que no período colonial inexistiam poderes independentes no Brasil, desta forma, também não existia de fato o Poder Judiciário e as demais funções, sendo que tal cenário foi modificado com a vinda da coroa portuguesa, “trata-se de passo importante na direção da independência institucional que viria alguns anos mais tarde, quando as ações judiciais passaram a transitar em julgado no próprio país”.

Segundo Schubsky (2008, p. 36), “mesmo depois de outorgada a Constituição Imperial de 1824 continuaram vigorando as disposições das ordenações e legislação extravagante do reino, naquilo que não fosse incompatível com a carta magna”. Segundo Nunes Júnior *et al.* (2017, p. 6), “constatou-se um novo movimento de aglutinamento das *procuraturas*, com a criação da figura do Procurador da Coroa e Soberania Nacional”.

Segundo Guedes (2009, p. 346), com essa reorganização, o Advogado Público passou a acumular as funções que hoje são atribuídas ao Ministério Público

⁴⁷ O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro disponibiliza documentos sobre tais fatos, a consulta pode ser feita de forma *online* no seguinte endereço <http://portaltj.tjrj.jus.br>.

e à Advocacia de Estado, seguindo tendência que somente seria alterada em 1988. Segundo Nunes Júnior *et al.* (2017, p. 6), “tal instituição era responsável não só pela defesa em juízo dos interesses da Fazenda, mas também pela tutela dos interesses da sociedade, inclusive em questões de natureza criminal”.

Tanto Schubsky (2008) como Nunes Júnior *et al.* (2017) destacam o Conselho de Procuradores Gerais das Províncias do Brasil, que teve atuação na assessoria jurídica e legislativa, propôs a convocação da Assembleia Constituinte em 1823 e a elaboração de normas sobre a dívida pública. Tais conselheiros eram “procuradores no sentido estrito do termo, atuando como consultores jurídicos e assessores técnico-legislativos do Estado e da Administração Pública” (SCHUBSKY, 2008, p. 40).

Segundo Nunes (2008), com a mudança de monarquia para república em 1889, foi inaugurada nova fase na transformação jurídico-institucional brasileira. Conforme Costa (2008, p. 839), sendo estabelecido o formato consagrado do Estado brasileiro: Federativo, Republicano e Presidencialista. Guedes (2009, p. 347) menciona que “houve mudanças nas esferas judicial e também do Poder Executivo que afetaram o desenho das procuradorias”.

Inovação efetuada pela Constituição de 1891 foi a instituição da figura do Procurador Geral da República. Nomeado dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, artigo 58, § 2º da Constituição de 1891, exercia o cargo em caráter vitalício. Suas atribuições eram definidas em lei, e seu papel principal foi o de chefiar o Ministério Público Federal, propor a ação pública, representar a União, defender a jurisdição da Suprema Corte e dos demais Juízes Federais.

Guedes (2009, p. 348) menciona que, para além da figura do chefe, a carta delegou para o legislador a estruturação do órgão, o que se deu por meio do Decreto 848 de 1890, o qual definiu as atribuições, incumbia-se da representação em juízo dos interesses da União, assim como representação em ações criminais. Já a atividade de consultoria e assessoramento passou a ficar a cargo do Consultor Geral da República a partir de 1903, isolando-se essa função da atividade judicial⁴⁸.

No que diz respeito às matérias fazendárias, também denominadas fiscais, Nunes Júnior *et al.* (2017, p. 8) destaca que havia sido preservada a figura dos Procuradores da Fazenda Federal, funcionando como autênticos advogados da

⁴⁸ A Consultoria Geral da República foi criada com a edição do Decreto 967 de 1903.

Fazenda Pública e que a representação judicial da União ainda foi objeto e sofreu sucessivas e diversas alterações até a Constituição Federal de 1988, por meio de modificações no Ministério Público Federal⁴⁹.

No âmbito dos entes que compunham o Estado brasileiro, o artigo 63 da Constituição de 1891 estabeleceu que cada um dos Estados federados teria a possibilidade de reger-se “pela Constituição e pelas leis que adotar, respeitados os princípios constitucionais da União” (BRASIL, 1981). Assim, foi conferida uma maior relevância aos entes estaduais, de forma que, no período entre as Constituições de 1891 e 1988, foram criadas as primeiras procuradorias jurídicas estaduais⁵⁰.

Conforme destaca Nunes Júnior *et al.* (2017, p. 9), em decorrência do modelo de federalismo adotado no Brasil é que, com autonomia dos entes federados e diversamente do que se passava na União, as procuradorias estaduais criadas pelos Estados-membros passaram a exercer as atividades de contencioso judicial e de consultoria jurídica de maneira organicamente independente daquelas típicas do Ministério Público.

No Estado de São Paulo, já em 1892, foi elaborada lei que autorizava a contratação de juristas para a elaboração de leis processuais (SCHUBSKY, 2008, p. 387). Em 1893⁵¹, restou consignado que o Procurador fiscal e seus auxiliares seriam os representantes legais da Fazenda do Estado em primeira instância. Trata-se de embrião da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, cujas atribuições ficavam circunscritas à atuação contenciosa (SCHUBSKY, 2008, p. 86).

Nunes Júnior *et al.* (2017, p. 9) faz um relato histórico do ocorrido no Estado de São Paulo, narrando que, em 1947, com a criação do Departamento Jurídico do Estado de São Paulo, já no ano de 1967, com a instituição da própria Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGESP), estas passaram a ter conferidas não apenas o exercício de representação judicial, mas também de atividade consultiva, exercendo toda a representação jurídica.

Conforme Schubsky (2008, p. 102-118), em relação à Procuradoria do Estado de São Paulo é bom esclarecer que o referido órgão também exercia a função de advocacia pública dos necessitados, sendo assim, parte da Procuradoria do Estado

⁴⁹ Guedes (2009, p. 349-352) relata que foram estabelecidas, após as Constituições de 1937 e 1946, novas estruturas no órgão responsável pela Advocacia Pública de Estado na época, mas sem a cisão entre o Ministério Público e a Advocacia de Estado, pelo menos em nível federal.

⁵⁰ Para ilustrar, neste trabalho, abordaremos somente a parte histórica das procuradorias dos Estados de São Paulo, do Rio de Janeiro e do Estado de Minas Gerais.

⁵¹ Tal evento foi em decorrência da promulgação da Lei Estadual Paulista 175/1893.

atuava na denominada Procuradoria de Assistência Judiciária, função esta que passou a ser exercida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo com a sua criação por lei, já no ano de 2006.

Sobre a Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, Nunes Júnior *et al.* (2017, p. 10) relata que, no Estado do Rio de Janeiro, o órgão responsável pela Advocacia Pública de Estado remonta à antiga Procuradoria dos Feitos da Fazenda Municipal, criada em 1934, e reorganizada na forma da Procuradoria da Fazenda do Distrito Federal em 1938, por meio do Decreto Estadual 6.344 de 1938, ressaltando que, nesse período, o Rio de Janeiro era a capital federal.

Em 1961, após a criação do Estado da Guanabara, houve a criação da carreira de Procurador do Estado da Guanabara⁵², cuja forma de provimento passou a ser o concurso público. Até 1975, as duas procuradorias existiram concomitantemente, tendo sido unificadas com a fusão entre o Estado da Guanabara e o antigo Estado do Rio de Janeiro, convertendo-se na atual Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro⁵³.

No âmbito do Estado de Minas Gerais, a primeira ideia de Advocacia Pública como órgão específico foi estabelecida por meio do Decreto 96, de 12 de junho de 1935, que criou o Serviço do Contencioso e de Consultas Jurídicas do Estado. Já em 1947, o Decreto-Lei 2131, de 2 de julho de 1947, além de alterar a denominação do setor para Departamento Jurídico do Estado de Minas Gerais, ampliou as atribuições do referido órgão, principalmente na área fazendária.

Um novo regulamento, estabelecido em 1960, dispôs sobre a finalidade do Departamento Jurídico, estabelecendo ser a advocacia contenciosa e consultiva a assistência jurídica das secretarias de Estado e de outros órgãos. Em 23 de dezembro de 1980, a Lei Ordinária nº 7.900 definiu a organização, a competência e o regime jurídico dos Procuradores do Estado e alterou o nome do órgão para Procuradoria-Geral do Estado.

A Lei Complementar Estadual nº 30, de 10 de agosto de 1993, atendendo disposição constitucional contida na carta magna de 1988, regulamentou sobre o ingresso e carreira do Procurador do Estado, todavia, as atribuições não incluíam a área tributária, a qual era encargo inicialmente da Procuradoria Fiscal de Fazenda,

⁵² A criação se deu pela instituição da Lei Estadual 134/1961.

⁵³ A Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGERJ) passou a ter a estrutura que possui hoje com a promulgação da Lei Orgânica da Procuradoria Geral do Estado - Lei Complementar Estadual 15, de 1980, a qual tratou das prerrogativas dos Procuradores.

criada em 1969. Subordinada ao Secretário de Estado de Fazenda, já em 1989, passou a ser denominada Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual.

Dentre todos os Estados da federação, como já dito alhures, Minas Gerais é o único que adota a nomenclatura Advocacia-Geral do Estado, tal terminologia adotada foi criada com a promulgação da Emenda à Constituição Estadual nº56, de 11 de julho de 2003, que unificou a Procuradoria-Geral do Estado e a Procuradoria-Geral da Fazenda Estadual, nos demais Estados é utilizada a denominação Procuradoria Geral do Estado.

A digressão histórica é importante, uma vez que a atual estrutura da advocacia de Estado no Brasil se consolidou a partir da constituição de 1988. Saulo Ramos⁵⁴ (2013, p. 144) foi o Consultor-Geral da República quando da instauração da constituinte de 1988, em livro autobiográfico, o referido autor menciona que “na Consultoria-Geral da República, levei um susto: o Brasil não tinha advogados que defendessem a União nas milhares de ações que corriam na Justiça Federal pelo país afora”.

Em outra passagem de seu livro, registra que “e o encarregado de propor a ação ou de defender a União era simplesmente um estranho: o Ministério Público Federal” (RAMOS, 2013, p. 145). Tal registro demonstra claramente o que foi debatido neste trabalho, o fato de que a advocacia de Estado no Brasil foi por muito tempo exercida conjuntamente com a advocacia da sociedade, múnus da organização Ministério Público.

Antes da atuação de Saulo Ramos, a advocacia pública de Estado não tinha *status* constitucional, era regulada em legislação infraconstitucional no âmbito federal, e em alguns estados da federação, apesar de já ter sido criada, era também regulamentada por vezes por leis. Somente com a inclusão como função essencial à justiça na Constituição de 1988 é que houve também a regulação por meio das constituições estaduais e leis orgânicas municipais.

Registro importante é que, no âmbito da União, quem atuava judicialmente em seu nome, tanto no polo ativo quanto no passivo, era o Ministério Público Federal. No âmbito interno dos ministérios, advogados prestavam consultoria,

⁵⁴ Saulo Ramos é considerado por muitos como o pai da atual configuração da advocacia pública de Estado. No discurso do Advogado-Geral da União, Luis Inácio Lucena Adams, em setembro de 2011, “na 5ª edição do Seminário Brasileiro sobre a Advocacia Pública Federal, a Advocacia-Geral da União rende homenagem ao grande jurista, pai e fiel defensor desta instituição” (RAMOS, 2013, p. 504).

todavia, “a atividade era estanque, isto é, cada ministério tinha seus assistentes jurídicos (e mal remunerados), que atendiam aos casos internos, proferindo pequenos pareceres sobre a matéria controvertida” (RAMOS, 2013, p. 144).

Excetuando as matérias tributárias a cargo do Ministério da Fazenda, o qual já possuía um corpo de advogados, procuradores da Fazenda remanescentes da figura de procuradores do erário, especialistas em Direito Tributário e Financeiro, não atuavam nos processos judiciais, mas alimentavam “o Ministério Público com informações e explicações didáticas, que nem sempre eram absorvidas a tempo e de forma a assegurar a boa defesa da União” (RAMOS, 2013, p. 146).

Nas outras demandas, que envolviam desde licitações, contratos, responsabilidade civil, entre outras, quem defendia a União era um Promotor de Justiça, o qual geralmente era especialista em Direito Penal. Ramos (2013, p. 145) destaca que “aí era um Deus nos acuda, pois os processos eram complicados. O pobre do promotor público federal, um criminalista acostumado a estudar direito penal e a lidar com crime, tinha de enfrentar casos de contratos difíceis”.

No âmbito de alguns Estados e de alguns municípios maiores e que possuíam uma estrutura antes da promulgação da Constituição de 1988, a defesa dos referidos entes públicos já era exercida por uma organização própria nomeada na maioria das vezes de procuradoria do Estado ou do Município⁵⁵, todavia, a criação e a regulação ocorriam por meio de lei e não de forma institucionalizada por meio de disposições constitucionais.

⁵⁵ Como destacado anteriormente, neste trabalho mencionaremos apenas as Procuradorias dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais.

3 AS FORMAS DE ATUAÇÃO DA ADVOCACIA DE ESTADO NO BRASIL

Nos capítulos anteriores foram abordadas questões introdutórias. No primeiro, foi estabelecida a distinção entre as advocacias públicas, sendo delineado que existe a defesa da sociedade, a defesa dos vulneráveis e a defesa do Estado. No segundo capítulo, restou consignado como se dá a lógica das advocacias públicas no Direito comparado, bem como a forma de estruturação da advocacia pública de Estado no Brasil.

Como visto anteriormente, a advocacia do Estado inicialmente foi criada como organização responsável pela consultoria e representação jurídica, atuando de modo auxiliar ao Poder Executivo. Com o advento da Emenda Constitucional nº 19, ainda que com equívoco na nomenclatura, a advocacia de Estado foi alçada à condição de função essencial à justiça, devendo ser ressaltado que a sua atuação não está ligada somente à função judicial, e sim a todo e qualquer agir do poder público.

Guimarães (2012) entende que o papel ativo da advocacia pública de Estado depende do rompimento do paradigma⁵⁶ construído pelo mito positivista de que a administração pública deve e somente pode em sua atuação ser apenas cumpridora de leis; considerando a ligação umbilical, o mito também influenciou e está presente na atividade de consultoria jurídica e representação exercida pela advocacia de Estado.

A forma de efetivação dos fins ou objetivos insculpidos na Constituição Federal, independentemente da natureza, se individual, social ou coletivo, dá-se através da atuação do poder público. Inicialmente, há o critério político, o administrador escolhe o que e como pretende fazer, depois passa-se para o agir público, típico ato administrativo, este agir deverá ter a efetiva atuação da advocacia pública de Estado.

Atualmente, com as transformações do Estado moderno, faz-se necessário um atuar construtivo por parte da advocacia de Estado, que vise a efetivar os objetivos propostos quando da criação do ente público estatal. Faz-se necessário ouvir as vozes do parlamento, os representantes do povo, e transformar a

⁵⁶ O termo paradigma, em ciência, foi cunhado por Thomas Kuhn (1922-1996) e pode ter duas significações, vejamos: “De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas etc., partilhados pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal” (KUHN, 2003, p. 219).

constituição 'de mera folha de papel' (LASSALE, 2008) em algo vivo, 'levando os direitos a sério' (DWORKIN, 2007).

Desta maneira, a participação do advogado do Estado na concepção da política pública é fundamental para o Estado elaborar um planejamento estratégico permitindo uma redução de demandas e litígios, evitando as ilegalidades, as inexatidões e as inconstitucionalidades nos atos administrativos. Isso demonstra, claramente, que o papel de consultoria efetiva e ativa é fundamental no Estado Democrático moderno.

A análise em questão não pode ser desvinculada de critérios, todo o atuar do poder público deve ter como norte as normas constitucionais que estabelecem os fins para os quais o Estado brasileiro foi criado, devendo ser exercido o controle de constitucionalidade e legalidade de forma prévia, concomitante ou *a posteriori*; neste sentido, torna-se importante a participação efetiva da advocacia de Estado como garantidora do Estado Democrático de Direito.

Carvalho (2008, p. 45-57) entende que o princípio clássico da legalidade na seara da administração pública tem sofrido mutações ao longo dos anos, podendo ser destacadas, segundo ela duas mutações. A primeira mutação que a autora destaca sobre a legalidade é que a atuação do administrador, além de atender ao que a lei determina, deve também obedecer à constitucionalidade, aos princípios (diretrizes) constantes da constituição.

Já a segunda mutação destacada por Carvalho (2008, p. 45-57) é que a ideia moderna de legalidade não é mais aquela clássica ligada à máxima de que o administrador só pode fazer o que a lei autorizar, mas passa a abarcar a ideia de legitimidade, pois, além de legal, o atuar administrativo tem de atender à moral e à finalidade pública, sendo honesto, conveniente aos interesses sociais e atender ao interesse público.

Como dito anteriormente, cabe ao governante e aos representantes do povo a definição da agenda política. A partir dessa definição, cabe a atuação da advocacia de Estado para, conforme Binbenojm (2012, s/p), "cuidar da viabilização jurídica de políticas públicas legítimas definidas pelos agentes políticos democraticamente eleitos", portanto, ainda com base em Binbenojm (2012, s/p), a tarefa é "mediar a vontade democrática ao direito".

Como ressalta Madeira (2011, s/p), "não é o advogado público quem define as políticas públicas a serem adotadas pelo governo. Quem o faz é o cidadão

diretamente ou por meio dos seus representantes eleitos”. Em outro ponto, Madeira ainda destaca: “se o governante intenta implementar determinada política pública, mas pretende fazê-lo de uma forma ilegal, o advogado público deve orientá-lo quanto à forma como poderá, licitamente, atingir seu objetivo” (MADEIRA, 2011, s/p).

Mas a orientação não deve ser proibitiva, e sim com caráter de diálogo, de mediação, como aduz Madeira, “é dizer, ao invés de simplesmente ‘não pode’, que ‘dessa forma não é possível, mas, dessa outra, sim, o é’” (MADEIRA, 2011, s/p). Binenbojm (2014, p. 114) ressalta: “mas essa mediação não é estática. Não é o exercício de um ‘sim’ ou um ‘não’. Não é proferir um *decisium* estático, como faz a magistratura. Nem exercer *opinio delicti*, como faz o Ministério Público”.

Da mesma forma, Oliveira (2014) menciona que a advocacia pública de Estado tem como missão a compatibilização entre as políticas públicas legítimas escolhidas pelos agentes públicos eleitos e o quadro de possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico. Em outro ponto, conclui que, como consequência, a advocacia pública de Estado passa a ser um catalisador do Estado Democrático de Direito.

Bucci (2019, p. 20) aduz que o advogado de Estado deve compreender as circunstâncias e as vantagens das soluções, evitar o comodismo da negativa, ter criatividade, escapar das falsas flexibilizações mantendo o rigor, destacar-se pela retidão e habilidade técnica, além de manter a humildade e o estudo⁵⁷. Concluindo que a advocacia de Estado “num Estado Democrático de Direito tem a missão de auxiliar na construção de vias jurídicas para o processamento dos conflitos sociais”.

Partindo da ideia de que a Advocacia Pública de Estado é uma função essencial à justiça e ao Estado Democrático de Direito, serão abordados nos próximos tópicos os modos de atuação descritos por Binenbojm (2012) e Oliveira (2014), serão expostas as novas formas de atuar da advocacia pública conforme Castelo Branco (2018) e Martins de Araújo (2019), e, ainda, serão enumerados outros espaços a serem explorados e as atuações consideradas relevantes.

⁵⁷ A autora Maria Paula Dallari Bucci, no texto “Um decálogo para a advocacia pública”, descreve os mandamentos do advogado público de Estado (BUCCI, 2019).

3.1 A atuação prévia, sistêmica e proativa da advocacia de Estado: classificação conforme Binenbojm (2012) e Oliveira (2014)

Neste primeiro tópico, os autores Binenbojm (2012) e Oliveira (2014) mencionam três possibilidades de agir da advocacia de Estado, as quais as outras instituições jurídicas, Ministério Público e Judiciário, não detêm ou não podem exercer, sendo elas as atuações prévia, sistêmica e proativa, que serão elucidadas nos próximos itens, devendo ser destacado que essa classificação é meramente para fim didático, pois uma atuação não exclui a outra.

Cabe o destaque de que as referidas atuações são próprias da advocacia de Estado. O Ministério Público e ainda o Tribunal de Contas exercem o papel de controle *a posteriori*, analisando a regularidade e legalidade de atos já praticados; já o Judiciário⁵⁸ somente efetua o controle após ser acionado em virtude da inércia da jurisdição⁵⁹, portanto, as referidas atuações⁵⁹ são específicas da advocacia de Estado, somente ela pode realizar.

Cabe atuação prévia da advocacia pública de Estado na formulação das políticas públicas, a fim de que elas se mantenham dentro do quadro da constitucionalidade⁶⁰, legalidade e/ou juridicidade, principalmente no que tange aos elementos do ato administrativo⁶¹, de modo que as políticas públicas escolhidas pelos representantes do povo possam se sustentar ao passarem por eventual discussão no âmbito judicial.

Há que destacar que a importância da atuação prévia decorre do fato de que, principalmente por ter atuação corriqueira em processos judiciais, somado ao conhecimento técnico, pode a advocacia de Estado antever ou verificar posições

⁵⁸ Interessante texto, desmitificando o Poder Judiciário como herói, nos casos de atuação do poder judiciário em relação às políticas públicas, confira em Assis (2017).

⁵⁹ O poder judiciário somente decide após ser acionado mediante o ajuizamento de ação, este é o chamado princípio da inércia, previsto no artigo 2º do Código de Processo Civil: “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei” (BRASIL, 2015a).

⁶⁰ Se estão respeitando os princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, quais sejam: princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. (BRASIL, 1988).

⁶¹ Os elementos ou requisitos para a existência e validade do ato administrativo são elencados pela lei da ação popular (BRASIL, 1965), que estabelece como elementos do ato a competência, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade. De forma resumida, podemos dizer que: a competência (o sujeito que pratica o ato tem poderes para tanto), o objeto (inovação ou alteração na prática), a forma (tem de ser a estabelecida em lei), o motivo (situação ou fato que gerou a prática) e a finalidade (tem de ter como norte o interesse público). Na hipótese de não estar presente qualquer deles o ato restará viciado. O motivo e o objeto podem estar dentro da discricionariedade, ou seja, podem ser de escolha do administrador quando não houver a determinação deles em lei.

jurisprudenciais⁶², diminuindo as margens possíveis de discussão e as possibilidades de decisões judiciais contrárias, que geram custo e prejuízo aos cofres públicos.

Guimarães (2012, p. 34) destaca que o papel prévio da advocacia de Estado tem aumentado, principalmente na atividade de consultoria; atualmente, parte dos políticos e administradores “dão tanta importância aos pareceres produzidos pelos órgãos de consultoria jurídica - uma importância talvez superestimada. Os pareceres cumprem uma função de reassegurar e tranquilizar a atividade política”.

Sobre a atividade consultiva prévia efetuada pela advocacia de Estado e a importância dos pareceres no cenário atual, Guimarães (2012, p. 34), em outro ponto, ressalta que os pareceres “contribuem para a absorção da incerteza jurídica da decisão, ‘imunizando-a’, em certa medida, ao fornecer-lhe argumentos e justificativas jurídicas preliminares que possam ser, posteriormente, reativados nos tribunais”.

Ocorre que, mesmo com o aumento da importância, a atuação prévia com a formulação de pareceres ainda não é bem aproveitada, pois, segundo Guimarães (2012, p. 34), na grande maioria “são utilizados como uma espécie de ‘escudo’ pelo decisor, como algo que se supõe capaz de protegê-lo da crítica e do controle inerente a toda e qualquer assunção política de responsabilidade no contexto de um regime democrático”.

A advocacia pública de Estado possui uma visão sistêmica, ou seja, do todo, isto porque ainda não se desvinculou do Poder Executivo, que é quem exerce a administração pública. Desta maneira, consegue enxergar os limites sistêmicos em relação ao orçamento público, em relação ao quadro de pessoal, ao quadro de estrutura material, em relação aos possíveis efeitos colaterais de uma política pública.

A visão sistêmica pode ser bem aproveitada tanto na elaboração quanto na implementação das políticas públicas. Neste sentido, é interessante que haja multidisciplinariedade e interatividade no momento da defesa judicial, pois, “temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade, podem não ter

⁶² A autora Reis (2003) trabalha com a ideia de ser necessário um reexame das relações do Estado com o mercado, por um lado, e com a sociedade civil, por outro, destacando a atuação dos estudiosos em políticas públicas quanto à formulação da agenda de pesquisa no intuito de melhorar a atuação das agências reguladoras e, com isso, ter maior eficiência na provisão de bens ou serviços públicos, neste sentido, a análise do risco jurídico prévio também parece ser necessária no momento da formulação de qualquer política pública.

no Judiciário o árbitro mais qualificado, justamente por lhe faltar informação ou conhecimento específico” (CASTRO JUNIOR; BARBOSA, 2012, p. 119).

A visão sistêmica também pode ser bem utilizada em relação à remodelagem e reconstrução do ciclo político em virtude da excessiva judicialização da política. Segundo Barreiro e Furtado (2015), faz-se necessária a reformulação do ciclo no intuito de promover uma melhor integração e aproximação do campo de análise entre o Executivo e o Judiciário, tudo para que torne efetiva e eficiente a rede de políticas públicas.

A advocacia de Estado com sua visão sistêmica pode contribuir na análise e integração dos novos arranjos institucionais de políticas públicas, aspecto defendido por Lotta e Favareto (2016), contribuindo para a melhora do todo. No âmbito judicial, Binenbojm (2012, s/p) destaca que “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”.

No sentido de dar eficiência, a visão sistêmica da advocacia de Estado também pode auxiliar na análise e resolução de problemas oriundos da relação entre a implementação, a organização e a burocracia, já que, conforme Oliveira (2012), o poder discricionário dos burocratas do nível da rua é um fator decisivo na distribuição de bens e serviços públicos, sendo uma variável relevante para o sucesso das políticas públicas.

A atuação proativa da advocacia de Estado possibilita prevenir litígios, aconselhando medidas e recomendando uma solução consensual preferível à solução litigiosa, o que é muito defendido atualmente. Neste sentido, poderia até orientar os poderes competentes a incluir na constituição⁶³ determinada política pública, “a constituição é relevante quando a *policy* não possui fontes de resiliência por si só” (COUTO; LIMA, 2016, p. 1081).

Após a efetivação da política pública, a perda de sua funcionalidade⁶⁴ ou ainda o seu fortalecimento, a advocacia de Estado com sua atuação proativa pode propor a sua modificação ou retirada da constituição, “caso a política pública possua

⁶³ Neste sentido, para incluir ou retirar matéria na constituição seria necessária a alteração ou reforma constitucional mediante a promulgação de proposta de emenda constitucional.

⁶⁴ Perda da funcionalidade da política pública quer se referir a determinadas políticas públicas que não possuem características de serem eternas ou a longo prazo, existem por determinado período para atenderem determinada demanda, após suprirem o seu ofício perdem a sua função.

ou desenvolva tais mecanismos de sustentação, a importância da constitucionalização para sua continuidade diminuir” (COUTO; LIMA, 2016, p. 1081).

Como atuação proativa, a advocacia de Estado pode sanar antecipadamente a dúvida jurídica, inclusive promover ações judiciais no intuito de reconhecer a constitucionalidade⁶⁵ de eventuais políticas públicas, evitando-se assim discussões e interpretações diversas que retirariam a certeza e segurança jurídica, gerando a inviabilidade da política pública ou de qualquer outro ato administrativo praticado pelo gestor público.

No âmbito extrajudicial, pelos advogados de Estado podem, ainda, ser promovidas atividades no campo de atuação das agências reguladoras como acordos regulatórios, firmar termos de ajustamento de conduta (TAC)⁶⁶ e outras medidas que evitem a discussão judicial individualizada, além de orientarem no sentido de serem criados projetos de leis para a defesa ou implementação de políticas públicas.

Mazzei (2015, p. 713) ainda destaca que “outra atividade útil e possível de ser realizada pelos advogados públicos é o envio de projetos técnicos ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos (art. 13 da Lei nº 7.347/1985⁶⁷)”. Em outro ponto,

⁶⁵ A advocacia de Estado proporia a ação declaratória de constitucionalidade representando o chefe do executivo, presidente da república (advocacia geral da união) ou o governador de Estado (procuradoria ou advocacia geral do Estado) perante o Supremo Tribunal Federal, vide Constituição Federal no artigo 103 e seus incisos (BRASIL, 1998), ou ainda no âmbito da justiça estadual perante o Tribunal de Justiça, quer representando o governador de Estado ou ainda prefeito; no caso de Minas Gerais, a Constituição Estadual mineira assim autoriza em seus artigos 106 e 118 (MINAS GERAIS, 1989).

⁶⁶ Entende-se por TAC a medida firmada entre os órgãos de fiscalização e controle, por exemplo, agências regulatórias, Ministério Público, autarquia ou fundações e os entes públicos ou particulares, no intuito de sanar alguma irregularidade que afete patrimônio público, meio ambiente, consumidor, idoso, portador de necessidades especiais, etc. No termo de ajustamento de conduta, também conhecido como TAC, a parte que cometeu ou está cometendo a irregularidade se compromete a sanar a irregularidade ou recompor o dano mediante indenização ou ato recuperador (exemplo plantio no caso de desmatamento). O TAC pode ser firmado na via judicial ou antes mesmo na via administrativa e se descumprido é título executivo, não pode ser discutido quanto ao objeto (mérito) em si. Nota do autor.

⁶⁷ O referido dispositivo está assim redigido: “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados. § 1o. Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.288, de 2010). § 2o Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1o desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010). (BRASIL, 1985).

destaca que tal atividade seria interessante “para obtenção de recursos financeiros para aplicação em políticas públicas educacionais de combate à corrupção no âmbito do ente federativo representado” (MAZZEI, 2015, p. 713).

O artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) estabelece a necessidade de regulamento⁶⁸, por isso a advocacia de Estado pode atuar de forma proativa com o envio de projeto quando não houver regulamentação, podendo ser no âmbito estadual ou ainda municipal, em virtude da autonomia, e não precisa ser só em relação ao combate à corrupção, mas também para prestigiar áreas como a defesa do meio ambiente, o idoso, a pessoa com deficiência, o consumidor, etc.

Como dito anteriormente, a atuação proativa da advocacia de Estado possibilita a prevenção de litígios, reduzindo a incerteza jurídica. Neste sentido, Maia (2018, p. 94), quando discorre sobre o tema, defende que “o caminho parece ser a conjugação das diversas ferramentas existentes, objetivando evitar o ajuizamento de novas demandas”, em seguida, conclui: “como também resolver eficientemente demandas de massa já ajuizadas”.

A judicialização de políticas públicas, mesmo em caráter individualizado, serve como termômetro, assim, também pode ser objeto da atuação proativa da advocacia de Estado “informar ao Executivo das demandas mais recorrentes, das necessidades da população local e das providências necessárias para atender aos problemas levados ao conhecimento do judiciário” (MURDA, 2015, p. 261) e, com isso, minimizar o ajuizamento de ações.

A participação do advogado público do Estado na concepção e implementação é fundamental, pois auxilia o Estado a elaborar um planejamento permitindo redução de demandas e litígios, evitando as ilegalidades, as inexatidões e as inconstitucionalidades nos atos administrativos. Isso demonstra, claramente, que o papel de consultoria efetiva e ativa é fundamental no Estado Democrático moderno.

Em que pese a relevância da classificação efetuada pelos autores Binenbojm (2012) e Oliveira (2014), principalmente quanto à sistematização dos modos de atuar da advocacia pública de Estado, também servem para ilustrar a modificação pela qual passou. Neste sentido, no tópico seguinte serão expostas as novas formas

⁶⁸ Em âmbito federal já foi editada a Lei Federal 8.008/95 que criou o fundo de defesa de direitos difusos, todavia, poderia ser criado também no âmbito estadual, distrital e municipal.

de atuar da advocacia pública conforme defendido por Castelo Branco (2018) e por Martins de Araújo (2019).

3.2 Outras formas de atuação descritas na literatura

Castelo Branco (2018) defende a ideia de que a advocacia de Estado deve atuar de modo a propiciar a cooperação da administração pública. Martins de Araújo (2019), em dois momentos, argumenta que, em virtude dos novos arranjos institucionais da advocacia de Estado, ela pode ter o papel dialógico-democrático (2012) e ainda pode melhorar a sindicabilidade democrática (2019). Oliveira defende a atuação da advocacia de Estado com foco na coerência (2019). Os temas serão analisados.

Segundo Castelo Branco, em pesquisas realizadas nos anos de 2010 e 2011⁶⁹, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) identificou que o poder público era o que mais possuía processos na justiça brasileira. Para a referida autora, “as principais causas para ser o Estado o maior *repeat player* do sistema de justiça brasileiro são: rol extenso de atribuições constitucionais, ativismo judicial e ausência de cooperação” (CASTELO BRANCO, 2018, p. 9).

Souza e Simioni (2019), ao discorrerem sobre as normas constitucionais, identificam que um dos possíveis problemas do sistema jurídico brasileiro em si é a existência de muitos direitos e pouca efetivação. Mesmo com todo o mecanismo do chamado neoconstitucionalismo, utilizaram do termo muita estrela para pouca constelação, o que vai ao encontro de uma das conclusões contidas (rol extenso de atribuições) na tese de doutorado de Castelo Branco (2018).

Muito embora o ativismo judicial⁷⁰ represente sim uma sobrecarga sobre o Poder Público⁷¹ e, via de consequência, também aflija a atuação da advocacia

⁶⁹ O Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) foi identificado como o maior litigador. Tais pesquisas em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf e https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf.

⁷⁰ Em entrevista para Gláucia Milício, no Conjur, o professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Elival da Silva Ramos, conceituou o ativismo judicial como sendo a substituição, por parte do Poder Judiciário, em especial do STF, de ações específicas do Poder Legislativo ou Executivo (MILÍCIO, 2009).

⁷¹ “Mais ainda, a judicialização não deve ficar restrita à atuação (ou crítica à atuação) do STF. Basta vermos que vários Estados da Federação gastam mais em pagamento de ações judiciais sobre o acesso à saúde e remédios do que nos próprios orçamentos. Em São Paulo, por exemplo, os gastos da Secretaria Estadual de Saúde com medicamentos por conta de condenações judiciais

pública, não se pode olvidar do fenômeno da expansão do Poder Judiciário⁷², com a chamada judicialização da política⁷³, bem como com a assunção de novas formas de atuar pelo Ministério Público, além do crescimento e absorção de novas funções pela Defensoria Pública.

Para fins deste trabalho, desconsideraremos os dois pontos suscitados por Castelo Branco (2018) que foram acima mencionados, já que o objetivo é discutir a atuação da advocacia pública de Estado. Assim, o terceiro ponto, a atuação cooperativa da advocacia pública de Estado, mencionado por ela, é de suma importância para o que se propõe este trabalho, sendo que, havendo uma melhora na forma de atuar, possivelmente será reduzida a possibilidade de ativismo judicial⁷⁴.

Martins de Araújo (2019, p. 354) entende que “a atuação da administrativa na sociedade contemporânea, vem passando por profundas modificações estruturais no seu funcionamento institucional”. As mudanças alteram todo o contexto, Rocha (1998, p. 17) aponta que “muda o Estado, mudam os modelos de convivência política dos homens e os figurinos institucionais, mudam as sociedades, muda - é claro - o Direito”.

Como foi exposto e delineado nos primeiros capítulos deste trabalho, a atuação da advocacia pública de Estado está diretamente ligada à ideia de Estado e seu funcionamento, o que também é defendido por Martins de Araújo (2019, p. 348) ao mencionar que “ao se fazer um apanhado sobre as principais funções da Advocacia Pública, e, da mesma forma, sua perspectiva histórica contemporânea, se mostra bastante claro que a sua atuação se liga ao compromisso democrático”.

A mudança ocorrida na atividade administrativa também influencia na atuação da advocacia pública de Estado, por estar umbilicalmente ligada, assim, deve o advogado público alterar seu modo de atuar, pois, “funcionando em todos os momentos da atividade estatal (assessoramento prévio, consultoria e defesa judicial do ato administrativo), sua postura de apontamento de soluções consensuais é primordial” (CASTELO BRANCO, 2018, p. 71).

em 2011 chegaram a R\$ 515 milhões, quase R\$ 90 milhões gastos além do previsto no orçamento do ano destinado a medicamentos” (STRECK, 2014, p. 291).

⁷² Estudo de Vallinder & Tate de 1995 publicado no livro intitulado *The global expansion of judicial power*. Os referidos autores citam desde a operação mãos limpas (Itália) e outros casos no mundo. No Brasil, a Operação Lava Jato, possui as mesmas características.

⁷³ Sobre a judicialização da política no âmbito do Brasil é interessante o estudo de Carvalho (2004).

⁷⁴ Assis (2012, p. 162) diz “este é o ponto que nos surpreende diante da hipótese levantada, a saber: o ativismo se faz presente através do Judiciário, mas ele não é essencialmente judicial, vez que também pode ser fruto do exercício inadequado da advocacia pelos comunicadores da Norma”.

Cumpra destacar que a ideia de consenso ou ainda de construção cooperativa por meio de um procedimento também está presente na ideia moderna de processo judiciário como processo constitucional democrático de Nunes (2008). Neste sentido, Castelo Branco (2018 p. 38) menciona que “a proceduralização do direito tem sido apontada como traço característico dos ordenamentos jurídicos das sociedades pós-modernas”.

A advocacia pública de Estado atua tanto no âmbito administrativo, em contato direto com o Poder Executivo, quanto no âmbito judicial, pois representa judicialmente os entes públicos. Desta forma, Castelo Branco (2018, p. 173) conclui que “novas práticas cooperativas foram inseridas no sistema jurídico brasileiro nos últimos tempos, e a Advocacia Pública tem fundamental papel na consolidação dessas medidas”.

O próprio Código de Processo Civil que vigora desde 2015 se baseia na ideia da produção das provas de modo cooperativo, a fim de que a solução do processo seja encontrada com a manifestação e a atuação de todas as partes que integram a relação jurídica processual. Para finalizar, Castelo Branco (2018, p 47) ressalta que “a cooperação em âmbito processual visa ao fim do protagonismo judicial, e não à sua exacerbação”.

Além da consensualidade ou cooperação relatada nos parágrafos anteriores como nova forma de atuar, Martins de Araújo expõe em dois momentos que, em virtude de novos arranjos institucionais da advocacia de Estado, pode ser desenvolvido por ela o papel dialógico-democrático (2012) e ainda pode atuar na melhora da sindicabilidade democrática por meio da promoção do diálogo entre as instituições (2019).

Binenbojm (2014, p. 111-123) aduz que na atuação da Advocacia de Estado há um compromisso com a juridicidade, com a obediência à constituição e às leis. Diante das mudanças da sociedade contemporânea, Martins de Araújo (2019, p. 354) diz que “Advocacia Pública neste cenário, passa a ter um papel central na mediação entre a concepção democrática e o cumprimento da vontade constitucional, fundado em um espírito de respeito e tolerância à razão pública”.

Martins de Araújo (2019, p. 354) menciona que “neste sentido, a horizontalidade e a neodiscrecionalidade, passam a redefinir a parametricidade do agir do Estado, em uma postura extremamente mais democrática e dialógica em relação aos administrados”. Castelo Branco (2018, p. 38) destaca que “com efeito,

soluções construídas pelo diálogo são certamente as mais legítimas e concretizadoras do princípio democrático”.

Ao analisar de modo específico a atuação da Advocacia Geral da União (AGU), que vem sendo aprimorada com novas tecnologias no decorrer dos anos, Martins de Araújo (2012, p. 25) concluiu que “alguns mecanismos desenvolvidos nos últimos anos pela AGU, ao propiciarem diálogos entre as partes envolvidas em controvérsia, tentam buscar maior segurança jurídica e estabilidade institucional ao país”.

Fábio Oliveira (2017) indica que a atuação da advocacia de Estado poderia ser por meio da implementação e do desenvolvimento dos diálogos institucionais na forma da teoria dos diálogos⁷⁵, como meio de resolver conflitos e a excessiva judicialização⁷⁶. Sobre esse cenário, do debate sobre as questões e da tentativa de resolução pela via institucional, Oliveira (2017, p. 257) diz que “o Brasil poderia se beneficiar desse debate, na medida em que há evidência da ocorrência desse diálogo”.

Há que destacar que, no âmbito do Direito brasileiro, a teoria dos diálogos não é largamente utilizada e possui dificuldades para ser implementada, o que poderia e deveria ser diferente, conforme ensina Silva (2011, p. 73): “em que pesem as dificuldades de ordem prática na concretização do diálogo, confiar, num modelo dessa natureza, ainda no potencial de aprimoramento do exercício democrático do poder”.

Dixon (2011, s/p), autor norte-americano, defende a prática dos diálogos institucionais aduzindo que a “transformação do discurso dos direitos constitucionais de um monólogo judicial em um rico e mais equilibrado diálogo inter-institucional”. No mesmo texto, em outro momento, destaca os benefícios gerados pelos diálogos: “reduzindo, se não eliminando, a tensão entre a proteção judicial dos direitos fundamentais e a tomada de decisão democrática” (DIXON, 2011, s/p)⁷⁷.

De modo diferente de Castelo Branco (2018), que defende a cooperação e a consensualidade na atuação da advocacia de Estado, ao concluir sua ideia,

⁷⁵ Obra referência sobre o tema é Bateup (2006).

⁷⁶ “Bem compreendida, a crítica da teoria dos diálogos ao papel da judicatura é extensiva aos atores que tomam parte no jogo processual forense, isto é, ao ministério público - o qual, no Brasil, assumiu uma atuação proeminente que por vezes vem com uma capa de arrogância e heroísmo, paladino da justiça, a ética -, à advocacia pública e privada, às associações e outras pessoas jurídicas, e mesmo aos indivíduos, quando optam por judicializar assuntos que não encontram no Judiciário o mais apropriado campo para deliberação” (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2011, p. 107).

⁷⁷ Original na língua inglesa. Texto oriundo de livre tradução por parte do autor.

baseando-se no diálogo das instituições, Martins de Araújo (2012, p. 28) nos dois textos defende que “concebe-se que a legitimidade das decisões no plano nacional depende do grau de diálogo e consenso entre as partes envolvidas, e isto é arquitetado através de uma cadeia de reconhecimento e identidade em relação à decisão”.

Ambas as ideias representam uma modificação e atualização da ideia de atuação defendida por Binenbojm (2012) e Oliveira (2014), sendo que, analisando as duas teses, verifica-se que buscam adequar o modo de atuar da advocacia pública de Estado aos novos parâmetros e contornos do Estado contemporâneo, já subentendido que a advocacia de Estado é função essencial ao Estado Democrático de Direito.

Martins de Araújo (2012, p. 27) menciona que “o diálogo aprofundado, fundado em um espírito de respeito e tolerância à razão pública, deve ser um fator inerente à atuação das instituições, objetivando essa construção”. Já Castelo Branco (2018, p. 169) diz que “a colaboração estatal e a busca da consensualidade têm respaldo constitucional, na medida em que decorrem do princípio da busca da solução pacífica dos conflitos (preâmbulo e art. 4º, VII, da CF)”.

Como complemento às ideias elencadas acima, podemos ainda citar Cury (2015, p. 4): “ver-se-á que o Judiciário não tem condições de, sozinho, reestabelecer o equilíbrio entre os Poderes, sendo inafastável a necessidade de que a Advocacia de Estado seja trazida para a posição que lhe cabe no diálogo jurídico-político”. Resta demonstrado que, como atuações recentes, reconhece-se a atuação da advocacia de Estado como mediadora da relação entre os poderes.

Oliveira (2019) apresenta uma nova maneira de atuar, todavia, de novidade apenas está a substância do modo de atuar por ele defendido, isto porque defende o uso da coerência administrativa, sem apresentar modificação na atuação em si. O fundamento de sua tese está na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro⁷⁸, “que exige a atuação estatal orientada para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas” (OLIVEIRA, 2019, p. 391).

A ideia de Oliveira (2019) não representa novidade⁷⁹, posto que Cury (2015, p. 21) já mencionava que o advogado de estado tem o dever de manter a coerência do sistema jurídico, mesmo antes da Lei de Introdução às Normas do Direito

⁷⁸ A ideia de coerência consta do art. 30, caput e parágrafo único, da LINDB (Lei 13.655/2018).

⁷⁹ Dworkin (2007) já trabalhava a ideia de coerência e integridade do sistema jurídico.

Brasileiro, “posto um problema, deverá verificar, a partir da análise do Direito a aplicar, o delineamento da moldura de possibilidades, apresentando ao agente político os limites de liberdade que a juridicidade confere a seu agir político”.

Após serem enumeradas as atuações, conforme Binenbojm (2012) e Oliveira (2014), e ainda as novas formas de atuar da advocacia pública, conforme Castelo Branco (2018) e Martins de Araújo (2019), no próximo tópico serão destacados pontos identificados como gargalos e espaços a serem explorados, principalmente pelo atual estágio da dinâmica do poder público, bem como atuações que são consideradas relevantes.

3.3 Outros espaços a serem explorados: a advocacia de Estado interfederativa e atuações relevantes

Este tópico objetiva demonstrar que, apesar das atuações relatadas nos tópicos anteriores terem sido criadas a partir do modelo de advocacia pública de Estado desenhada a partir da Constituição de 1988 e da modificação levada a efeito pela Emenda Constitucional 19 de 1998, as atuações nem sempre são efetivadas ou consideradas, existindo outros espaços a serem explorados além dos já enumerados sendo trazidos exemplos de atuações relevantes.

No processo dinâmico da elaboração das políticas públicas, a advocacia de Estado pode atuar de forma prospectiva de diversas formas: por meio de audiências públicas, fóruns de discussões e seminários, capacitação de agentes públicos e lideranças comunitárias, publicações científicas, levantamentos estatísticos, avaliações de impacto normativo, mapeamentos jurisprudenciais, formação de bancos de dados temáticos, entre outros.

Nesta seara de atuação, tanto da parte da advocacia de Estado, quanto dos atores que influenciam nas diversas fases das políticas públicas, faz-se necessária uma reflexão e interação, pois “muito embora o advogado público, inserto na categoria dos agentes administrativos, não integre o chamado núcleo político do Estado, não há impedimento a que auxilie os integrantes deste” (NOBRE JÚNIOR, 2014, s/p).

Por parte do advogado de Estado, cabe a mudança de pensamento entendendo que faz parte de um processo complexo e pode auxiliar na efetivação dos fins estatais, “por isso é importante olhar a política sem preconceitos, assessorar

os políticos e administradores sem desconfianças a *priori*, traduzir para eles o ‘direito vigente’ sem nenhum tipo de sentimento corporativista de superioridade” (GUIMARÃES, 2012, p. 38).

A quebra do paradigma da administração pública como mera função de executora das leis, e, por via de consequência, de mera participação passiva da consultoria jurídica da advocacia de Estado, deve ocorrer também em relação aos atores que influenciam nas fases das políticas públicas, modificando para o entendimento da necessária participação ativa e prévia do advogado público de Estado nas decisões.

No atual contexto histórico com as transformações do Estado moderno, há muito o que mudar nos administradores públicos, como bem ressalta Mazzei (2015, p. 704), “percebe-se ainda a tentativa por parte de alguns integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo de utilizarem a advocacia pública como instrumento jurídico legitimador”. Em outro ponto, ressalta que praticam o ato administrativo “sem uma prévia análise técnica-jurídica do órgão consultivo”.

Os gestores públicos não devem utilizar de pareceres firmados pela advocacia de Estado como forma de proteção, uma maneira de justificar a decisão depois de tomada. O correto é tomar a decisão depois das justificativas e da orientação. Não sendo desta forma, ocorre o desrespeito à função primordial da consultoria que é de dar segurança jurídica, fornecer argumentos e justificativas jurídicas que poderão ser utilizadas em eventual defesa judicial da decisão.

Apesar do aumento da atividade de consultoria com elaboração de pareceres, a efetiva participação da advocacia pública de Estado junto ao gestor público quando da iniciativa das políticas é uma seara a ser explorada e “sua importância é estratégica aos governos cômicos de que os seus atos devem ser socialmente eficazes e democraticamente legítimos” (SILVA FILHO, 2018, s/p), devendo a advocacia de Estado assumir tal ofício.

Outra novidade em relação à advocacia de Estado é a chamada advocacia pública de Estado interfederativa. Tal novidade é mencionada por Pereira (2019, p. 55), que relata que aproximadamente 20 (vinte) anos atrás as procuradorias gerais dos Estados-membros⁸⁰ “constataram a necessidade de instituir linhas de atuação

⁸⁰ A referida atuação interfederativa é congregada pelos 26 (vinte e seis) Estados-membros e ainda o Distrito Federal.

específicas e profissionalizadas, perante as Cortes Superiores em Brasília, à semelhança de grandes escritórios de advocacia”.

As referidas procuradorias dos Estados-membros, para estabelecer a advocacia de Estado interfederativa, utilizaram-se do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e Distrito Federal (CONPEG)⁸¹. Sobre o referido colégio, segundo Pereira (2019, p. 56), tem “sua organicidade e atuação concertada remontam à década de 80, momento de significativo protagonismo das Procuradorias de Estados no cenário da federação”.

A advocacia de Estado interfederativa tem demonstrado inclusive ser importante para a própria federação⁸², Pereira (2019, p. 57) destaca a importância da referida atuação, já que ocorre “a identificação de conflitos federativos comuns aos Estados e a modernização dos processos de demanda de massa”, e também “impulsionou os Estados e Distrito Federal a se organizarem em ambiente permanente de estudo e troca de experiências”.

No que tange à retirada do protagonismo do Poder Judiciário sobre decisões inerentes às políticas públicas, cabe à advocacia pública de Estado assumir o seu papel e fazer parte da assunção das rédeas pelos reais protagonistas. Desta forma, “a intersetorialização se torna ação cada vez mais possível, sendo a palavra de ordem para evitar a judicialização desnecessária ou garantir uma judicialização dentro dos limites de atuação do Judiciário” (ASSIS, 2017, p. 254).

Ainda sobre a crescente judicialização das políticas públicas e o atual papel da advocacia pública de Estado, Verissimo (2018, p. 57) deixa claro que existe espaço a ser preenchido, principalmente com a atuação de modo preventivo, assim, deduz que “conclui-se que a atuação da Advocacia Pública deve estar alicerçada entre a necessidade de oferecer ao ente representado os mecanismos jurídicos à satisfação das necessidades coletivas”.

⁸¹Sobre o CONPEG, Costa e Batista Júnior (2018, p. 10) relata que “relevante perceber que desde sua origem a instituição foi criada para ser um autêntico ‘Colégio’, e não um fórum, um conselho ou uma ouvidoria sobre os problemas que os Estados enfrentavam. Ainda que o acrônimo da instituição tenha variado ao longo do tempo, sendo anteriormente referido como CNPGEDF, CNPGEDFT, ou CNPGE, sua missão precípua se manteve intacta: o fortalecimento da federação, no desempenho de articulações entre os Estados em defesa da legalidade, na construção de políticas públicas conjuntas e em ações de interesse comum em prol dos entes subnacionais”.

⁸² Em ações de inconstitucionalidade, ou até mesmo em Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental, o CONPEG tem atuado como amigo da corte, contribuindo para o debate com dados e teses jurídicas, isto porque os julgamentos podem ter impacto nos entes da federação além da União.

Como atuação relevante, pode ser citado o programa estatal de regularização das terras devolutas, efetivado a partir de 1995 pela Procuradoria do Estado de São Paulo; segundo o informativo do centro de estudos, a atuação teve “eficiência e competência no Pontal do Paranapanema, arrecadando terras públicas griladas há décadas e nas quais estão assentadas hoje mais de duas mil famílias no programa tão bem conduzido pela Secretaria da Justiça” (SÃO PAULO, 1998, p. 177).

Cabe destacar que, no início dos anos 2000, verificou-se a massificação judicial de ações, principalmente na área de saúde com aumento exponencial de pedidos de medicamentos. Batista Júnior (2011), utilizando como fonte o levantamento do núcleo de medicamentos da procuradoria de obrigações da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais, demonstra o aumento exponencial dos números de ações em relação ao Estado de Minas Gerais.

Batista Júnior (2011) menciona que o gasto do Estado de Minas Gerais com ações judiciais de medicamentos teve aumento exponencial, sendo que, em 2001 foi de R\$164,325,00. Em 2003, subiu para R\$2.007.477,00. Continuou o aumento em 2004 para R\$2.808.252,00. Em 2005, foi de R\$8.469.378,00. Em 2006, houve a duplicação, foi para R\$18.179.487,00. Em 2007, foi de R\$22.848.689,00, já em relação ao ano de 2008, de novo houve a duplicação, indo para R\$42.552.696,00.

Em relação a outros números que merecem destaque e que se referem aos aumentos exponenciais de judicialização de demandas de massa, Batista Júnior (2011, p. 296) destaca que, “no que diz respeito ao número de ações apenas em Minas Gerais, o Estado viu contra ele serem ajuizadas 1.464 ações, em 2007; 2019, em 2008; 2276, em 2009”. Portanto, uma atuação proativa e interfederativa da advocacia de Estado a cada dia faz-se mais necessária.

Um exemplo de atuação relevante foi a quebra de patente do medicamento Soliris®, que possui o princípio ativo eculizumab, em ação promovida pela advocacia geral da União. No caso, o medicamento não era comercializado em farmácias, era fornecido somente pelo sistema único de saúde (SUS) a pacientes portadores de uma doença rara. A decisão judicial possibilitou a fabricação de genérico, assim o valor do medicamento foi reduzido significativamente⁸³.

⁸³ O argumento principal era de que o prazo de privilégio do inventor é temporário e que o prazo legal da patente já havia expirado. A Lei Federal 9.279/96 (BRASIL, 1996) regula o prazo. Julgado no Superior Tribunal de Justiça (STJ) no REsp 1721711. Acesso em http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/658234 (BRASIL, 2018).

Outra demonstração de atuação relevante da advocacia pública de Estado, esta sem a necessidade de judicialização e atuação perante o Poder Judiciário, foi o acordo entabulado com lideranças indígenas no sentido de poder ser prestado o serviço público educacional a 700 (setecentos) índios. O acordo foi mediado pela advocacia geral do Estado de Minas Gerais, pelo Ministério Público Federal, entre outras autoridades⁸⁴.

Como outra situação que retrata a atuação relevante da advocacia pública de Estado, pode-se citar ainda o caso do “assentamento glória”, na cidade de Uberlândia, situada no triângulo mineiro, região do Estado de Minas Gerais, a qual possibilitou a regularização territorial fundiária que vai atender e beneficiar mais de 15.000 (quinze mil) pessoas, fato que se deve à atuação da advocacia Geral do Estado de Minas Gerais⁸⁵.

Guimarães (2016, p. 52) cita que Minas Gerais, a UNIÃO e o Espírito Santo ajuizaram a ação civil pública em desfavor da Samarco Mineração S.A. e suas controladoras (Vale S/A e BHP Billiton Brasil Ltda.) pela “tragédia de Mariana”. Ação Civil Pública semelhante foi ajuizada por Minas Gerais em face da Vale S/A na tragédia de Brumadinho, recursos desse caso foram destinados ao combate à pandemia COVID-19, demonstrando atuações relevantes da advocacia de Estado⁸⁶.

⁸⁴ Disponível em: <http://www.age.mg.gov.br/comunicacao/banco-de-noticias/2387-reabertura-de-escola-em-comunidade-indigena-teve-contribuicao-de-regional-em-montes-claros> (MINAS GERAIS, 2016).

⁸⁵ Podem ser acessadas em <http://www.age.mg.gov.br/comunicacao/banco-de-noticias/2487-age-viabiliza-politica-publica-de-relevancia-em-uberlandiamg> (MINAS GERAIS, 2017).

⁸⁶ Não foram citados números de processo, pois os casos ainda estão em andamento.

4 A ADVOCACIA DE ESTADO COMO ORGANIZAÇÃO SOCIAL, A DECISÃO JURÍDICA, A CONSIDERAÇÃO DOS RISCOS, A INCLUSÃO DOS AFETADOS E O AGIR COMUNICATIVO

Nos capítulos anteriores, foi identificado que a advocacia pública de Estado é uma das advocacias públicas, sendo prevista como uma das funções essenciais à justiça, pois contribui para o Estado Democrático de Direito na efetivação dos direitos. Após ser abordada a formação histórica, foram apresentados os modos de atuar já descritos e ainda foram apresentadas novas maneiras de atuar e destacadas atuações consideradas relevantes.

Neste capítulo, pretende-se abordar a advocacia pública na teoria dos sistemas, sendo que, a partir da referida abordagem, serão discutidos temas como a decisão jurídica e o risco, todos esses pontos na perspectiva de Luhmann. Por fim, será problematizada a possibilidade de reconstrução do modo de agir, com a possível adoção do agir comunicativo (Habermas) com fins em minimizar os riscos e promover a inclusão dos afetados (Habermas e Luhmann).

Inicialmente, há que ser esclarecido que não se tem a pretensão de discutir a teoria dos sistemas de Luhmann, até mesmo por não ser possível isto dentro de um único trabalho, muito menos toda a parte que envolve o direito da sociedade ou ainda a concepção de política. Todavia, pretendemos, para início deste capítulo, investigar como poderia ser vista a advocacia pública de Estado existente no Brasil dentro da teoria dos sistemas.

No caminho para discutir tal tema, devemos apenas fazer menções a conceitos utilizados na teoria do sistema de Luhmann para depois perquirirmos a topografia da advocacia de Estado. A título de introdução, cabe dizer que, para Luhmann (2016, p. 204), “a função do direito consiste apenas em possibilitar a segurança da expectativa, precisamente diante de decepções previsíveis e que não podem ser evitadas”.

Sobre expectativas, Luhmann (1983, p. 109) diz “na dimensão temporal essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização”. Em outro ponto, traz que “frente à crescente complexidade social isso pressupõe uma diferenciação entre expectativas cognitivas (disposição à assimilação) e normativas”; em outro momento, conclui “além da disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações”.

Luhmann (2016) leva em consideração a complexidade da sociedade e, como maneira de tentar minimizar essa complexidade, utiliza-se da técnica de distinção. Inicialmente, faz a distinção entre sistema e ambiente⁸⁷, neste sentido, o Direito, para ele, seria “um sistema que normatiza expectativas, que a si mesmo se atesta ao inserir uma diferença no ambiente, que existe somente nessa forma deliberada e não pode existir sem o sistema” (LUHMANN, 2016, p. 191).

A complexidade é algo inerente às mais variadas ciências sociais, como o Direito; principalmente, o ramo do Direito Administrativo, que objetiva regular toda a atividade do poder público e que possui peculiaridades, como bem ressalta Napolitano (2014, s/p): “a luta no direito administrativo é mais intensa e complexa que em qualquer outro setor, na medida em que pelo menos três diferentes tipos de conflitos - político, institucional e econômico - ocorrem nesta área”⁸⁸.

Sobre o conceito de complexidade e a sua aplicação na ciência social do Direito, cabe destacar o que diz Luhmann (1983, p. 12), já que o termo e o conceito é um dos principais da sua teoria dos sistemas, para ele, “complexidade deve ser entendida aqui e no restante desse texto como a totalidade das possibilidades de experiência ou ações, cuja ativação permeia o estabelecimento de uma relação de sentido”.

Ainda discorrendo sobre complexidade, em outra obra, Luhmann (2005b, p. 80) entende que “os sistemas sociais têm por função a apreensão e a redução da complexidade. Servem como mediação entre a extrema complexidade do mundo e a capacidade muito menor”. Cumpre lembrar que, como dito anteriormente, o Direito como ciência social está inserido nos sistemas sociais a que Luhmann faz referência.

Importante destacar que, Viana (2015, p. 11-12), com base em Luhmann, propõe que a sociedade se realiza por meio de sistemas sociais parciais que se diferenciam por se ocuparem de funções especializadas para resolver situações sociais específicas. Em outro ponto, menciona que as referidas situações, também

⁸⁷ Viana (2017, p. 12) defende que: “Nesta separação entre o sistema e seu ambiente social, coloca-se o problema da função exercida pelos subsistemas da sociedade em termos gerais na teoria de Luhmann, podendo-se dizer que aquela (função) surge da necessidade de redução da complexidade do ambiente social. Sobre complexidade do sistema social, deve ser observada a multiplicidade incomensurável de eventos e de comunicações referidas aos mais variados objetos que emergem simultaneamente no ‘mundo’, gerando um quadro de complexidade inobservável e não processável, porque desestruturada e despida de organização segundo uma lógica de sentido, apta a gerar uma comunicação minimamente funcional”.

⁸⁸ Tradução livre do original em inglês.

chamadas por ele de problemas, são constituídas por meio da comunicação, a sociedade então seria um grande sistema de comunicação.

Viana (2017, p. 11) defende que “esses sistemas de comunicação (sistemas sociais de função) regem-se pela lógica binária (código binário) que funciona como mecanismo seletivo”, e conclui que a seletividade da comunicação se estabelece, por sua vez, como processo de redução da complexidade, o qual cria a “racionalidade sistêmica de cada sistema função, por isso fala-se em racionalidade econômica, razões jurídicas, em debates políticos, entre outros” (VIANA, 2017, p. 12).

Luhmann (2016, p. 191) menciona que “o direito é mantido como sistema autopoietico e operativamente fechado, de modo a garantir sua função”. Viana (2017, p. 13) aduz que autopoiese é utilizada “para postular teoricamente que os sistemas sociais se produzem”. Em outra obra, Luhmann (2005b, p. 100) menciona que “em um sistema só existem elementos e estruturas enquanto ocorre a autopoiese do sistema”⁸⁹.

Segundo Luhmann (2016, p. 67), “somente o próprio direito pode dizer o que o direito é”, ou, como dito anteriormente, somente o Direito pode produzir o Direito. Dessa forma, o sistema do Direito é operativamente fechado⁹⁰, porque “o direito tem de se manter sistema funcional determinado por estruturas, com capacidade de operação, devendo prever internamente a continuidade do cumprimento de sua própria função” (LUHMANN, 2016, p. 191).

Ainda com base na teoria de Luhmann (1991), deve ser destacado que, além dos sistemas sociais (Direito, Política, Economia, etc.) que são considerados um típico modo de formação sistêmica que pode possuir subsistemas, ocorre também a formação sistêmica em decorrência da organização, a qual ele nomeia de sistema de organização, sendo que tais organizações se comunicam por meio das chamadas interações, mecanismo que ele nomeia de sistema de interações⁹¹.

⁸⁹ Tradução livre da versão em espanhol.

⁹⁰ Simioni (2014, p. 669): “sistema operativamente fechado é sempre um sistema que opera com referência a si mesmo e que pressupõe, por isso, seu estado anterior para efetuar seu estado futuro, logo se pode observar que o sistema tem que saber distinguir as operações que já ocorreram das operações que estão ocorrendo, para projetar as que ainda não ocorreram. O sistema precisa ter a capacidade de auto-observação”.

⁹¹ Luhmann (1991, s/p, nota 1): “*Dejamos de lado un tercer tipo, la organización, un modelo de formación de los sistemas sociales que no es reductible ni a la sociedad ni a la interacción, porque no es tan relevante como diferencia. Dicho de outro modo: en todas las relaciones sociales, puede surgir una diferencia entre sociedad e interacción, pero no todas las sociedades conocen los sistemas sociales organizados. Con ello, sólo excluimos a la organización en su carácter de teoría*”.

Segundo Schabbach (2008, p. 64), o conceito de organização de Luhmann surgiu na década de 1970 como um sistema cujos componentes são decisões que envolvem um processo de reflexão. Por ser contingente, implica uma opção ajustada entre alternativas; posteriormente, foi dito que os sistemas organizacionais geram seus próprios elementos (autopoiese)⁹². Por fim, não são os indivíduos que decidem, mas os processos organizacionais, impulsionados pela comunicação.

Corsi (2001, p. 175) descreve as organizações como “aquele tipo de sistema social que produz decisões e que, para fazê-lo, elabora seus próprios critérios, tais como: regras de pertinência, procedimentos, hierarquias, programas, etc”. Luhmann (2005b) faz o destaque de que os sistemas organizacionais tematizam decisões enquanto produtos de outras decisões, vinculando decisões mutuamente entre si por meio de interações⁹³.

Há que ser lembrado o que foi explanado nos capítulos anteriores, principalmente quando discutida a estrutura da advocacia pública de Estado, sendo que foi diagnosticado que tal função essencial à justiça⁹⁴ está diretamente ligada à Administração Pública por ser a representante do Ente Público, exercendo neste sentido a consultoria, todavia, também atua em processos judiciais na defesa dos interesses públicos em juízo.

Feitas estas considerações e considerando o que já foi exposto anteriormente, podemos então perquirir em qual subsistema social a advocacia pública de Estado está inserida⁹⁵? É vinculada ao sistema social do Direito? Ou ao sistema social da Política? A partir da descoberta de qual subsistema ela está

general de los sistemas sociales. Por lo tanto en el siguiente nivel de concretización de la teoría, habrá que distinguir entre sistemas societales, sistemas organizativos y sistemas de interacción, además de desarrollar las respectivas teorías, ya que estas tres formas especiales de la formación de los sistemas sociales -es decir, del trato de la doble contingencia- no puede reducirse una a la otra”.

⁹² Autopoiese foi adicionada à teoria de Luhmann em outro momento após conhecer a teoria dos chilenos Maturana e Varela. O conceito de autopoiese já mencionado em outro capítulo foi criado também na década de 1970 pelos biólogos Maturana e Varela. Quanto à autopoiese nas organizações, Simioni (2012, p. 89) destaca que “uma decisão possui a possibilidade de manter as mesmas premissas já sedimentadas dentro da organização, ou mesmo de produzir uma nova premissa, modificando as estruturas internas dentro do sistema”.

⁹³ Tal ponto é bem destacado por Schabbach (2008, p. 65) quando escreve que “a organização abrange um complexo de decisões que a unem às outras organizações, instituindo-se, assim, uma rede de relações interorganizacionais”.

⁹⁴ É o que consta da redação atual da Constituição Federal nos artigos 131 e 132, destacando que, as alterações foram promovidas em 1998.

⁹⁵ Importante destacar que, Luhmann não discutiu tal tema, principalmente no quadro da especificidade que é a advocacia pública de Estado no Brasil.

inserida, cabe ainda perguntar se a advocacia pública de Estado pode ser considerada uma organização social?

Buscando responder a qual sistema social a advocacia pública de Estado está atrelada, Viana, com base nas ideias de Luhmann, inicia discutindo em qual sistema social a Administração Pública estaria vinculada. Neste sentido aduz que “talvez se torne mais clara a ideia de Luhmann no sentido de sua concepção teórica em que a Administração Pública é um subsistema dentro do sistema político” (VIANA, 2017, p. 16)⁹⁶.

Partindo da ideia de que a administração pública é um subsistema da política, Viana (2017, p. 14-19) a relaciona com a advocacia de Estado e conclui que, apesar da atuação da advocacia pública de Estado envolver prestações à administração pública, a atividade é mais ampla, caracterizando “atividade essencialmente jurídica referida ao funcionamento juridicizado da administração pública, ou seja, submetido a programas condicionais do sistema jurídico” (VIANA, 2017, p. 18).

Dessa forma, Viana (2015) aduz que a advocacia pública de Estado não se constitui nem em sistema autopoietico e nem como subsistema de função, e sim como uma organização, já que possui modos específicos de acesso e regras próprias, sendo descrita como uma função essencial à justiça, concluindo que “sua atuação é regida pelo código comunicativo e por uma racionalidade precipuamente jurídica” (VIANA, 2017, p. 18), e que não é regida pelo código binário da política⁹⁷.

Mesmo em âmbito administrativo, as manifestações proferidas pela advocacia pública de Estado são pautadas “por programas decisórios jurídicos como regras e princípios: legais e constitucionais e procedimentos jurídicos” (VIANA, 2017, p. 18), e ainda “por reger-se por essa racionalidade sistêmica do direito, a Advocacia Pública radica-se como uma organização (instituição jurídica) no interior do sistema social parcial do direito ao lado de outras organizações judiciárias” (VIANA, 2017, p. 19).

Viana (2015, p. 19) ressalta que, no modelo de tripartição dos poderes, a advocacia de Estado apesar de ser organização jurídica que é, no interior do

⁹⁶ Como caminho para a construção de tal conclusão, demonstrando os motivos passo a passo, Viana (2015, p. 15) esclarece que “aqui, por necessidade concisão, passa-se a observar a distinção entre política e Administração Pública, como simultaneamente de sua imbricada relação, a partir do pensamento luhmaniano, no qual o sistema social da política é concebido dentro da seguinte estrutura tridimensional: política (politik); Administração Pública (*öffentliche Verwaltung*); Público (*Publikum*)”.

⁹⁷ O código binário da política é governo/oposição ou correligionário/opositor, já o código do Direito é lícito/ilícito, juridicamente válido/juridicamente inválido, constitucional/inconstitucional, proibido/não proibido, etc..

sistema funcional do Direito (sistema jurídico), de modo algum integra a estrutura organizacional judiciária. Por outro ângulo, o Poder Judiciário, apesar da posição central, não representa o sistema do Direito⁹⁸, que alberga outras organizações que atuam na solução de problemas e temas jurídicos e se submetem à sua autopoiese.

Como dito nos capítulos anteriores, cabe dizer que a advocacia pública de Estado possui atuações específicas, características estas que não são encontradas em nenhuma das outras organizações judiciárias (Ministério Público, Defensoria Pública, Juízes e Tribunais e ainda advocacia em geral), isto porque a advocacia pública de Estado tem a importante missão de intermediar ou mediar o político e o jurídico.

Luhmann (2016) trabalha com a ideia de acoplamento estrutural⁹⁹ como uma técnica de troca comunicativa¹⁰⁰ de um sistema com o outro como maneira de ser possível o processo autopoiético. A Constituição é um exemplo de acoplamento estrutural entre a política e o Direito citado por Luhmann (2016, p. 631), bem como a regulação do direito de propriedade é citado como um acoplamento estrutural entre a economia e o jurídico (LUHMANN, 2016, p. 649).

Viana (2015), partindo dessa inegável influência do jurídico e do político em seu atuar, menciona que cabe à advocacia pública de Estado efetivar o acoplamento estrutural entre o jurídico e o político, dizendo que no trabalho desta organização “coloca-se o papel de comunicar o jurídico para o sistema político e canalizar, por sua atuação cognitiva em casos concretos, problemas tipicamente político-administrativos” (VIANA, 2015, p. 25).

Na teoria dos sistemas de Luhmann, o Direito (ciência jurídica) é visto como sistema social que tem como objetivo a redução da complexidade das relações jurídicas, com o intuito de gerar confiança¹⁰¹ por meio de normatização das expectativas. Para tanto, utiliza do código de referência através da distinção do que é jurídico/permitido/lícito e antijurídico/proibido/ilícito, o que é feito por meio da decisão jurídica, assunto que será objeto do próximo tópico ao lado do risco.

⁹⁸ Esta definição de que os Tribunais (judiciário) ocupam o centro do sistema jurídico é do próprio Luhmann (2005a) e será discutida no próximo tópico que tratará da decisão jurídica e da advocacia pública de Estado.

⁹⁹ A ideia de acoplamento também foi adotada a partir da teoria de autopoiese criada por Maturana e Varela.

¹⁰⁰ A troca comunicativa entre os sistemas sociais como maneira de interação é chamada de irritação por Luhmann (2016).

¹⁰¹ “Confiança: um mecanismo de redução da complexidade social” (MOTA, 2016, p. 188)

4.1 Advocacia de estado, decisão jurídica e risco

Para adentrarmos a discussão sobre decisão jurídica na visão da Teoria dos Sistemas de Luhmann, cabe dizer que primeiro deve ser considerado que a teoria sistêmica utiliza-se da ideia de código binário, assim, devendo distinguir o que é direito e não direito, o que é lícito e não lícito, ou melhor, o que é jurídico e o que não é jurídico. Feita essa distinção, podemos discutir o que seria decisão jurídica e, posteriormente, a ideia de risco.

Quanto à distinção jurídico e não jurídico, Simioni e Bahia (2009) destacam que “no caso específico do sistema/função do direito, essa estruturação da comunicação ocorre através do código da diferença entre direito e não direito”. Em outro ponto, mencionam que: “Assim, toda comunicação da sociedade que faz referência a essa diferença entre direito e não direito fica atribuída ao sistema jurídico, quer dizer, ganha o sentido já estruturado simbolicamente pelo sistema do direito” (SIMIONI; BAHIA, 2009, p. 71).

Por meio das decisões jurídicas, busca-se estabelecer expectativas e fixar sanções por eventuais frustrações, não se trata apenas de elaboração ou promulgação de leis, decisão judicial, etc. Simioni (2017b, p. 265) destaca que “uma decisão jurídica é muito mais do que isso. É a operação nuclear do sistema jurídico. É a operação que atualiza a identidade - e a diferença - do próprio direito da sociedade”.

Cumprido dizer que a positividade do Direito para a teoria dos sistemas não está na lei ou no ordenamento jurídico, nem na norma fundamental, nem nos princípios ou regras, ou ainda na sentença, e sim na própria decisão jurídica. Em tradução literal e livre, Luhmann (2005a, p. 95) aduz que “o conceito de positividade ajuda, para fins de clareza, o conceito de decisão. A lei positiva é válida enquanto decisão”¹⁰².

Desta maneira, pode-se dizer que a positividade do Direito na teoria dos sistemas de Luhmann está na decisão jurídica e na comunicação que esta decisão jurídica proporciona, como explicam Luz e Simioni (2016, p. 323): “essa positividade está na operação que realiza a comunicação do direito. Está na operação de

¹⁰² Livre Tradução do original.

produção de sentido do direito, que não acontece na lei ou na norma, mas sim na decisão jurídica”.

Inicialmente, deve ser feita a distinção entre a decisão jurídica e a decisão judicial. Segundo Simioni e Bahia (2009, p. 72), “qualquer decisão que utiliza o direito como sistema de referência já é uma decisão jurídica, ainda que decidida no âmbito de sistemas de organização que não fazem parte das instituições jurídicas tradicionais”, portanto, decisão judicial seria a decisão jurídica proferida no âmbito judicial.

Após os apontamentos sobre o Direito para a teoria dos sistemas para os fins da presente pesquisa, cumpre destacar que a advocacia de Estado, enquanto atuante na esfera judicial ou extrajudicial, como médium entre o político (Poder Executivo e Legislativo) e o jurídico (Judiciário), pode participar da formação do referente do Direito, a decisão jurídica, tudo para que possa minimizar ou até extirpar os riscos.

Antes de adentrarmos na discussão sobre a ideia de risco, cabe dizer que Luhmann (1992) destaca que, para a concretização de sua teoria do risco, deverá haver a distinção entre sistemas sociais, sistemas de organização e sistema de interação¹⁰³. Cabe perquirir, segundo o entendimento de Luhmann, quais são os principais sistemas de organização da ciência jurídica, para, ao final, verificarmos se a advocacia de Estado pode ser considerada um sistema de centro ou de periferia.

Na introdução deste capítulo, foi dito com base em Viana (2015) que, apesar de estar diretamente vinculada ao subsistema Administração Pública que é vinculada ao sistema da política, a advocacia pública de Estado deve ser considerada como uma organização eminentemente jurídica, pois “sua atuação é regida por código comunicativo e por uma racionalidade precipuamente jurídica” (VIANA, 2015, p. 18).

Interessante notar que a advocacia pública de Estado, em suas atribuições, possui a função de consultoria e ainda, dentro da Administração Pública, em determinados momentos tem a função de decidir sobre recursos administrativos em determinadas matérias. Portanto, cabe também perquirir se, nos casos da

¹⁰³ Tradução livre de “*Por lo tanto en el siguiente nivel de concretización de la teoría, habrá que distinguir entre sistemas sociales, sistemas organizativos y sistemas de interacción, además de desarrollar las respectivas teorías, ya que estas tres formas especiales de la formación de los sistemas sociales -es decir, del trato de la doble contingencia- no puede reducirse una a la otra*” (LUHMANN, 1991, s/p).

consultoria em que dá parecer vinculativo ou ainda quando decide recursos em processos administrativos, produz ou não produz decisão jurídica¹⁰⁴.

Segundo Luhmann, a sociedade moderna pode ser descrita como um grande sistema social estruturado primordialmente sobre a base de uma diferenciação funcional que tem a particularidade de distinguir o entorno. Luhmann (1991, s/p) enumera como principais sistemas sociais a Política, a Economia, o Direito, a Arte, entre outros. Dessa forma, em relação ao sistema jurídico, por meio da decisão jurídica é feita a distinção entre o que é direito ou não direito, lícito/ilícito.

Como destacado na introdução deste capítulo, com base na teoria de Luhmann, deve ser ressaltado que, além dos sistemas sociais, que são considerados um típico modo de formação sistêmica e que possuem subsistemas, também ocorre a formação sistêmica em decorrência da organização, a qual ele nomeia de sistema de organização, sendo que tais organizações se comunicam por meio das chamadas interações.

Ao tratar dos sistemas de organização, Luhmann estabelece a distinção entre a organização que tem primazia no sistema¹⁰⁵, chamada de sistema de organização de centro, e os que constam do entorno, chamados de sistemas de organização de periferia. Cada um desses grupos possui nuances próprias e requisitos para que as pessoas adentrem ou se retirem, ou seja, possam integrar ou se debandar de tais organizações.

O sistema de interação é decorrente das relações que ocorrem entre o alter (outro) e o ego (eu), ou ainda entre o ambiente (sistema da periferia) e o sistema (sistema de centro). Cumpre dizer que tais interações podem se dar de modo usual ou informal, podem ter duração longa ou breve, mas que, de certo modo, influenciam no sistema social, ou seja, podem ser descritas como uma forma do sistema se alimentar, atualizar, etc.

¹⁰⁴ Aqui, mais uma vez, cabe a advertência feita por Viana (2015) que existem dificuldades em categorizar no sistema jurídico brasileiro, lembrando como exemplo o fato de que os integrantes do Poder Judiciário são classificados por Luhmann como integrantes da Organização Jurídica, todavia, na concepção clássica de agentes públicos do Direito Constitucional/Administrativo são classificados de Agentes Políticos.

¹⁰⁵ A primazia seria inerente àquela organização que faz a distinção dentro do sistema social, por exemplo, no sistema social da Economia os bancos têm essa primordialidade na atual conjuntura. Cabendo destacar que, em sua Sociologia del Riesgo, Luhmann destaca a importância da atuação dos bancos para a consideração dos riscos econômicos: *“Conforme a las perspectivas precedentes, hasta ahora partimos del supuesto de que a los bancos como organizaciones, o sea, al sistema bancario como jerarquía institucional en el centro del sistema económico, les incumbe trabajar con los riesgos y llevarlos a las formas aceptables que resultan de la expansión temporal del acontecimiento económico”* (LUHMANN, 1992, s/p).

A organização de centro, ou seja, aquela que teria a primazia no sistema social da ciência jurídica, para Luhmann, seria o Judiciário, no dizer do próprio autor, os tribunais¹⁰⁶, que são os responsáveis por efetuar a distinção entre o que é jurídico e não jurídico, produzindo a decisão jurídica. “Tudo mais, inclusive a legislação, representa a periferia” (LUHMANN, 1990, p. 160), dessa maneira, a advocacia de Estado seria uma organização de periferia.

Simioni (2017b, p. 274) adverte que “é na organização que o risco parece tornar-se mais presente, menos escondido por trás das ideologias da dogmática ou da racionalidade burocrática”. Assim, mesmo sendo organização¹⁰⁷ de periferia, a participação do advogado do Estado na decisão jurídica é fundamental, pois pode auxiliar o Estado na elaboração de planejamento permitindo a consideração dos riscos eventualmente gerados pelas decisões jurídicas.

Simioni (2017b, p. 275) aduz que “a forma da decisão jurídica, portanto, pode ser entendida como o outro lado da forma da organização. Organização e decisão constituem, desse modo, os dois lados de uma mesma unidade, a unidade de uma diferença”, portanto, a atuação da advocacia de Estado na defesa em juízo ou no papel de consultoria¹⁰⁸ efetiva e ativa é fundamental no Estado Democrático moderno, podendo ser reconstruída com a adoção do modo de agir comunicativo¹⁰⁹.

Feita essa introdução sobre os sistemas e sobre organização, pode-se adentrar na discussão da ideia de risco. Quanto ao risco e a sua desconsideração por parte das concepções de Direito, Simioni (2017b, p. 270) alerta que “apesar da multiplicidade de discursos pós-positivistas, são raras as perspectivas teóricas que se dispuseram a enfrentar a questão do risco na interpretação, na argumentação ou na “aplicação” do direito”.

¹⁰⁶ “Talvez possamos tomar como ponto de partida o fato não-questionado de que só o sistema jurídico coage os Tribunais à decisão, por conseguinte nem o legislador nem as partes privadas contratantes o fazem. Com base nessa regra, os Tribunais constituem o centro de sistema jurídico” (LUHMANN, 1990, p. 160).

¹⁰⁷ Alves (2017, p. 895) destaca que, “a ideia de organização é palavra chave para tal problema. Ao mesmo tempo em que o Poder Judiciário se apresenta na forma de uma organização própria do sistema jurídico, outros sistemas organizacionais tornam-se capazes de literalmente produzir normas jurídicas, deslocando o problema da discussão sobre validade normativa para a questão da efetividade decisória”.

¹⁰⁸ Importante destacar que, mesmo produzindo decisões de cunho jurídico em atuações administrativas, principalmente quando julga recursos em processos administrativos, a advocacia de Estado não possui a primazia dentro do subsistema da Administração Pública, posto que a primazia é de quem exerce o poder político.

¹⁰⁹ Tal ponto será melhor abordado no próximo tópico.

A partir de autores como Beck (2016), Luhmann (1992) e Giddens (1991), a consideração e a discussão sobre o risco, principalmente em seu aspecto conceitual, foram trazidas para as ciências sociais; anteriormente, o risco era objeto de indagação e estudo somente das ciências exatas (*hard*) e era observado apenas sob o aspecto quantitativo, critério que os autores citados não entendiam como sendo adequado.

Para poder ser analisado pela sociologia, foi necessário o estabelecimento de uma nova teoria. Luhmann (1992, s/p), utilizando da observação de segunda ordem, efetua a distinção entre risco e perigo. Para as teorias tradicionais da sociologia clássica, fala-se de risco quando o dano possível é consequência da ação e está pressuposto o conhecimento deste dano, enquanto denomina-se perigo quando o dano é decorrente de causas externas, que fogem ao controle.

Para entendermos a mudança na concepção do risco, cumpre dizer que, para Luhmann (1998, p. 39), “o possível dano pode ser considerado como consequência da decisão, e depois falamos de risco e, mais precisamente, do risco da decisão”¹¹⁰. Em outro momento, conclui que, se “é julgado que o possível dano é causado externamente, isto é, é atribuído ao meio ambiente; e neste caso, estamos falando de perigo”¹¹¹.

Viana (2018, p. 288), ao discorrer sobre risco na Teoria dos Sistemas, defende que Luhmann utiliza o termo “fórmula do risco”. O autor menciona que Luhmann “propõe que o conceito de risco se relaciona com a possibilidade de ocorrência de futuros danos, que surgem como consequência de decisões atuais”. Em relação à decisão judicial, cita como exemplo que a decisão proferida no presente não pode prever tudo o que irá ocorrer no futuro.

Viana (2018, p. 288) ainda adverte que “apesar da falta de previsibilidade dos riscos externos à decisão, aquele que decide pode prever os possíveis danos futuros decorrentes de seu próprio modo de decidir”. Explicando o motivo do seu aviso, conclui que “ou seja, a própria decisão pode criar riscos inerentes, quando mesmo se vislumbrando de antemão possíveis efeitos negativos dela decorrentes, quem decide assume o risco de produzi-los” (VIANA, 2018, p. 288).

Com base na teoria desenvolvida por Luhmann, o que se pretende neste estudo é que a advocacia pública de Estado, na sua atuação, participe do processo

¹¹⁰ Em livre tradução pelo autor.

¹¹¹ Em livre tradução pelo autor.

de tomada da decisão jurídica, vez que, segundo defende Luz e Simioni (2016, p. 328), “o risco exige da decisão jurídica uma espécie de proteção cognitiva especial, uma blindagem operativa recursiva. Ele exige uma orientação da decisão jurídica ao seu próprio contexto organizacional”.

Assis, Simioni e Vedovato (2018, p. 187) destacam que “o judiciário não precisa contar sempre uma nova e surpreendente história”. A primazia da decisão jurídica não autoriza qualquer decisão; neste sentido, os mesmos autores concluem que “pelo contrário: espera-se do judiciário previsibilidade, coerência com os precedentes, consistência com as referências jurídicas aceitas em cada época e lugar como fontes válidas do direito” (ASSIS; SIMIONI; VEDOVATO, 2018, p. 187).

Cabe destacar que Guimarães (2012) entende que o papel ativo da advocacia de Estado depende inclusive do rompimento de paradigma construído pelo mito positivista de que a administração pública deve, em sua atuação, apenas ser cumpridora de leis. O mito em questão necessita ser desmitificado com a mudança de paradigma, a projeção de risco nas decisões jurídicas é algo que precisa ser implementado¹¹².

Por fim, quanto à ideia de risco em Luhmann (1992), cumpre destacar que, mesmo que os riscos da decisão possam ser observados e calculados, deve-se levar em conta que o tomador da decisão observa a si mesmo; já os afetados pela decisão fazem uma observação chamada de segunda ordem, observam a observação do decisor, neste sentido, os efeitos da decisão jurídica para eles é denominado de perigo¹¹³.

A ciência do Direito, que inclui todas as organizações que com ela tenham contato, por meio da sociologia jurídica, precisa considerar o risco quando da elaboração da decisão jurídica. Na visão de Mendes (2016, p. 28), “o que se pretende, no caso de Luhmann, é melhorar os canais de comunicação que esclareçam os que são afetados pelas decisões e pelas intervenções oriundas dos poderes estabelecidos”, por isso faz-se necessária a inclusão dos afetados.

¹¹² O raciocínio de Arnaud (1999) sobre o futuro da advocacia privada em sua dissertação também deve ser considerado pela advocacia de Estado: “o escritório de advocacia vai se tornar - se ele ainda não o é - um dos locais em que os operadores do direito virão sistematicamente projetar suas ações antes mesmo de empreendê-las, e de solucionar amigavelmente os assuntos contenciosos entre partes cada vez mais dispostas a transigir, e cada vez menos dispostas a transitar pelas vias “normais” judiciárias ou administrativas das soluções dos conflitos” (ARNAUD, 1999, p. 19).

¹¹³ Segundo Luhmann (1992, s/p), “aqui enfrentamos um dos paradoxos sociais clássicos: os riscos constituem perigos e perigos são riscos”. Livre tradução pelo autor.

4.2 A necessária inclusão dos afetados

Marques (2012, p. 158) defende que “a promoção dos direitos fundamentais e a inclusão dos afetados constituem referências obrigatórias para a legitimação das decisões judiciais”. Neste ponto também Luhmann (1980; 1992) e Habermas (1989; 1997a; 1997b; 2004) convergem no sentido de que, para a legitimação, o procedimento deve ser o mais amplo possível com a consideração dos afetados/implicados/ atingidos/concernidos¹¹⁴ pelas decisões tomadas.

Luhmann (1992) menciona que se pode falar que a decisão possui dois lados. Do lado da decisão existem as possibilidades de melhoria, e do outro lado tem também a reflexão sobre a perspectiva das pessoas afetadas, pois, para estes, a decisão tem uma aparência diferente (embora suas restrições sejam refletidas) do que da perspectiva da instância de decisão. “É uma dualidade que não pode ser superada e que não significa um conflito necessariamente” (LUHMANN, 1992, s/p).

Luhmann (1980, p. 11) aduz que “do ponto de vista sociológico um processo jurídico não termina apenas com uma única decisão legal obrigatória”. Em outro ponto, defende que “nem todo aquele que se interessa pelos problemas tratados, ou que se pode sentir afetado pelas decisões possíveis, tem acesso ao processo jurídico” (LUHMANN, 1980, p. 103). Portanto, o autor defende que deve haver uma representação para os que não participam e podem sofrer os efeitos da decisão.

Luhmann (1992), quando trata da sociologia do risco, destaca que a pessoa afetada está em uma situação completamente diferente, já que é ameaçada por decisões que ele próprio não pode ativar ou controlar. Como os afetados podem não ser delimitáveis nem organizados, eles devem ser representados, todavia, questiona se a indeterminabilidade do status afetado (que pode ser entendido exclusivamente na diferença de decisão) pode ter alguma influência na comunicação¹¹⁵.

Luhmann (1992) menciona que a comunicação daqueles que defendem os afetados é, em última análise, tão inacreditável quanto o do porta-voz da ciência ou da tecnologia. Ressalta que essas observações não pretendem desencorajar a comunicação, nem tentativas de entendimento, e que de fato pode ter certeza de

¹¹⁴ O termo utilizado varia de acordo com a tradução.

¹¹⁵ A comunicação é a peça central da teoria dos sistemas de Luhmann, pois para ele a sociedade é composta de comunicação, conforme se constata deste trecho de Luhmann (2004, p. 32): “sem comunicação não existiria sociedade, pois a comunicação é a única via possível para que possam ser constituídas seleções em comum, como mecanismos de redução da complexidade”.

que, de longe, as possibilidades ainda não foram esgotadas. O problema dessa discrepância é recente demais para ser esperado comportamento ajustado a ele.

Luhmann (1992) destaca que as exposições das perspectivas dos afetados não podem ser de discussões estratégicas hiper-refinadas, devem ser uma discussão satisfatória das causas estruturais do conflito ou aceitável na argumentação. Luhmann destaca que há muito a melhorar. Deve-se estar aberto à questão de até que ponto a elevação do estilo de comunicação e a vontade de entender podem ser suficientes em problemas desse tipo.

Portanto, Luhmann defende ser necessária a participação dos afetados nas decisões, mesmo que por representação. No caso da obra “Legitimação pelo procedimento”, Luhmann (1980) defende a imprensa livre e a responsabilidade dos juízes como mecanismos de possibilitar a representação. Na obra “Sociologia do risco”, Luhmann (1992) defende a representação dos afetados por organizações como sindicatos, entre outros.

Como dito anteriormente, para Luhmann (1980, p. 30), o Direito existe para regulamentar expectativas. Neste sentido, defende então que a legitimação do procedimento de formulação da decisão jurídica ocorreria pela “disposição generalizada para aceitar decisões de conteúdo ainda definido, dentro de certos limites de tolerância”, sendo por isso necessária a inclusão de todos os afetados pela decisão, mesmo através da representação.

Habermas (1989, p. 86) também destaca a importância da inclusão dos afetados, sendo que, apesar de fazer menção à norma, pode ser considerada em relação à decisão jurídica quando menciona que “uma norma só deve pretender validade quando todos os que possam ser concernidos por ela cheguem (ou possam chegar), enquanto participantes de um discurso prático, a um acordo quanto à validade dessa norma”.

Partindo da ideia exposta, Habermas (1989, p. 149) formula então o chamado princípio da universalização¹¹⁶ (princípio U)¹¹⁷, dizendo que o princípio ‘U’ seria utilizado no procedimento para estabelecimento do princípio ‘D’, mencionando que

¹¹⁶ O princípio da universalização (U) decorre de Kant “o imperativo categórico contém assim uma forma de leitura concernente à teoria do discurso. Em seu lugar, surge o princípio discursivo ‘D’, segundo o qual só podem requerer a validação normas que possam contar com a concordância de todos os envolvidos como partícipes de um discurso prático” (HABERMAS, 2002, p. 49).

¹¹⁷ O princípio da universalização ‘U’ é “toda norma válida tem que preencher a condição de que as consequências e efeitos colaterais que previsivelmente resultem de sua observância universal, para a satisfação dos interesses de todo indivíduo possam ser aceitas sem coação por todos os concernidos” (HABERMAS, 1989, p. 149).

“D’ serve para nos tornar conscientes de que o ‘U’ exprime tão somente o conteúdo normativo de um processo de formação discursiva da vontade e, por isso, deve ser cuidadosamente distinguido dos conteúdos de argumentação”.

Após receber críticas ao princípio ‘U’, Habermas desenvolve o princípio éico-discursivo (nomeado por ele de princípio D), segundo o qual “toda norma válida encontraria assentimento de todos os concernidos, se eles pudessem participar de um discurso prático”. Em outro ponto, conclui “a ética do discurso não dá nenhuma orientação conteudística, mas sim, um procedimento rico de pressupostos, que deve garantir a imparcialidade da formação do juízo” (HABERMAS, 1989, p. 148).

Habermas, na obra “A inclusão do outro”, de 2002, enumera quatro qualidades que deverão existir no processo argumentativo para sua validade, sendo: primeiro, ninguém que possa contribuir poderá ser excluído de participar; segundo, todos deverão ter chance de contribuir; terceiro, os que participarem devem pensar aquilo que dizem; e, quarto, a comunicação deve ser sem qualquer coação interna ou externa.

Habermas (1989; 1997; 2004) também defende a inclusão de todos os afetados no processo de tomada de decisões, sendo que, para ela, a legitimação das decisões também seria em decorrência da utilização do procedimento de forma discursiva, adotando a ideia de consenso advindo após a utilização da razão comunicativa em discursos promovidos de formas racionais com a inclusão de todos os que forem atingidos¹¹⁸.

Simioni (2017a, p. 162) menciona que “hoje, a academia é uma organização que, ao lado das advocacias públicas e privadas, também constitui um ator importante da periferia do Direito, cujo centro são os tribunais”. Mesmo que a primazia pela formulação da decisão jurídica esteja nos Tribunais, cabe à advocacia pública de Estado atuar de forma a contribuir. Neste trabalho, utilizamos a ideia de uma atuação com agir comunicativo, o que será objeto do próximo tópico.

¹¹⁸ Luhmann e Habermas defendem a ideia de que é necessária a inclusão dos afetados quando da prolatação da decisão jurídica. Também defendem a legitimação pelo procedimento. Para Luhmann (1980; 1992) a legitimação decorre da aceitação da decisão e para a aceitação é necessária a inclusão; Para Habermas (1989; 1997; 2004) a legitimação da decisão decorre do procedimento que abarcar a argumentação de forma racional por meio do discurso, a decisão é pelo consenso que, somente é possível com a participação de todos, incluindo os afetados.

4.3 A advocacia pública de estado e o agir comunicativo

Habermas (1997a, p. 25) estabelece a distinção entre agir estratégico e agir comunicativo¹¹⁹. Segundo ele, “a teoria do agir comunicativo tenta assimilar a tensão que existe entre facticidade e validade”. Em outra obra, diz que “enquanto que no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação, no agir comunicativo um é motivado racionalmente pelo outro para uma ação e adesão” (HABERMAS, 1989, p. 79).

Neste subcapítulo, pretende-se discutir a adoção do agir comunicativo pela advocacia pública de Estado quando da prolação da decisão jurídica, como modo de contribuir para a redução dos riscos e promover a inclusão dos afetados. Desde início cabe a ressalva que o próprio Habermas (1989, p. 125) faz: “a escolha entre o agir comunicativo e o agir estratégico só está em aberto num sentido abstrato, isto é caso a caso”.

Apesar de não ter sido criada especificadamente com o objetivo de ser aplicada na seara da ciência jurídica, já que a teoria da ação comunicativa, ou, para alguns, razão comunicativa, foi criada pelo teórico alemão Jurgen Habermas para ser utilizada no âmbito do sistema político, sendo denominada de democracia deliberativa, ela tem sido utilizada em teorias principalmente no âmbito do processo¹²⁰.

Habermas constitui sua teoria com base na ideia de consenso que deverá ser buscado no seio do debate democrático, devendo tal aspecto ser originado pela atuação dos agentes, sendo que estes agentes não poderão agir de modo apenas a sair vitorioso no debate, classificado pelo referido autor como agir estratégico, e sim deverão agir de modo que seja construída uma deliberação favorável ao interesse comum, essa atuação é nomeada de agir comunicativo.

Habermas (1997a, p. 25) menciona que “o conceito do agir comunicativo atribui às forças ilocucionárias da linguagem orientada ao entendimento a função importante da coordenação da ação”. De outro modo, Siebeneichler (2012, p. 20) menciona que “a teoria do agir comunicativo se caracteriza pela tentativa de pensar

¹¹⁹ Habermas (2012, p.194): “para evitar mal-entendidos, quero repetir que o modelo comunicativo de ação não equipara agir e comunicação”. Em outro ponto Habermas (2012, p. 195) “o agir comunicativo assinala interações que se coordenam por ações de fala, sem no entanto coincidir com elas”.

¹²⁰ Como exemplo, podemos citar novamente Nunes (2008).

a subjetividade a partir da intersubjetividade, o que implica na co-originariedade ou equiprimordialidade do privado e do público”¹²¹.

A advocacia pública de Estado atua em defesa do Estado Democrático de Direito, representa toda a coletividade, deixando, portanto, de ser mero ator processual para se caracterizar como ator social, sendo importante para a resolução de problemas oriundos das promessas não cumpridas atuar não com mero objetivo de ganhar a demanda (agir estratégico), e sim de forma a resolver a pendência de forma mais ampla possível, o que pode ser tentado por meio do agir comunicativo.

Principalmente nas demandas repetitivas é que se pretende pensar na reconstrução do atuar da advocacia de Estado, adotando o agir comunicativo de forma preventiva ou concomitante aos eventos. Habermas (1997a, p. 58) argumenta que o agir comunicativo pode ser assim utilizado, quando menciona que “sob condições modernas de sociedades complexas, que exigem um agir conduzido em larga escala por interesses e neutralizado do ponto de vista normativo”.

Na mesma obra, em momento anterior, Habermas (1997a, p. 58) afirma que “a integração social, que se realiza através de normas, valores e entendimento, só passa a ser inteiramente tarefa dos que agem comunicativamente”, portanto, a advocacia de Estado pode, sim, em sua atuação, através de um procedimento, objetivar a integração social, devendo para isso reconstruir seu modo de atuação, abarcando o agir comunicativo.

Além das atuações citadas nos capítulos anteriores, a advocacia pública de Estado deve deixar de ser um típico agir estratégico e se tornar um agir comunicativo. Jürgen Habermas (1989, p. 79) estabelece essa distinção nos seguintes termos “enquanto que no agir estratégico um atua sobre o outro para ensejar a continuação desejada de uma interação, no agir comunicativo um é motivado racionalmente pelo outro para uma ação e adesão”.

Em artigo, Fábio Oliveira¹²² inclusive faz críticas às advocacias, tanto a advocacia pública quanto a advocacia privada, que sempre atuam com viés de agir estratégico e ajuízam demandas em que o campo de discussão ideal não seria o Judiciário. Em relação ao advogado privado, é até aceitável, já que defende o

¹²¹ Com base em Habermas foi dito anteriormente que atualmente não se faz mais importante a distinção entre interesse público primário e secundário, este de conotação mais privatística.

¹²² “Até porque o processo judicial esgotado em si mesmo, a despeito das aberturas promovidas (audiências públicas, *amicus curiae*), presumivelmente ou como regra geral não se dá ao debate democrático, sendo antes, pela sua própria lógica estrutural, manifestação do agir estratégico do que do agir comunicativo (Habermas)” (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2011, p. 107).

interesse de seu cliente, já ao advogado público (de Estado) é realmente criticável por defender o interesse público.

Desta maneira, além da possibilidade da modificação e reconstrução do modo de atuar de um agir estratégico para um agir comunicativo, poderá atuar também de forma a conseguir a resolução de conflitos institucionais entre os poderes, já que a advocacia de Estado pode e deve exercer a atividade de médium, o que representaria ganho democrático, maior possibilidade de efetivação de direitos e estabilização social.

Esse trabalho foi pensado como uma maneira de iniciar uma discussão na possibilidade de se reconstruir o atuar da advocacia pública de Estado, mas, apenas de modo abstrato¹²³. Nesse sentido, o próprio Habermas (1989, p. 124) faz uma advertência de que: “a possibilidade de escolher entre o agir comunicativo e o agir estratégico é abstrata, porque ela só está dada na perspectiva contingente do ator individual. Na perspectiva do mundo da vida a que pertence cada ator”.

Apesar da advertência e de deixar claro o caráter abstrato com a perspectiva contingente do ator de forma individual, Jürgen Habermas (1989, p. 166) ainda menciona que pode e deve ser compreendido o agir comunicativo “como um processo circular no qual o ator é as duas coisas ao mesmo tempo: ele é o iniciador, que domina as situações por meio de ações imputáveis; ao mesmo tempo, ele é também o produto das tradições nas quais se encontra”.

Portanto, cabe à advocacia de Estado reconstruir o seu modo de atuar¹²⁴, hoje caracterizado principalmente por um agir estratégico nos processos judiciais com o simples intuito de ganhar a demanda, adotando ações comunicativas em que se buscará a solução de problemas e conflitos que afetem a todos de modo consensual, o que poderá representar inclusive diminuição de riscos e prejuízos com práticas desnecessárias e redundará até mesmo numa atividade implementadora de direitos.

¹²³ Habermas (1997b, p. 190) “evidentemente, o paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a de todos os atingidos”.

¹²⁴ Poderia ser trabalhada a ideia de assunção de um novo papel pela advocacia pública de Estado, nos moldes defendidos por Luhmann (1980), Habermas (1989; 1997a; 1997b; 2004; 2012) e também bem discutido por Simioni (2011; 2016), todavia, caberia uma outra dissertação.

CONCLUSÃO

Ao ser reunido neste trabalho as teorias de Luhmann e Habermas, não foi intenção do autor exaurir tais pontos, apenas foram utilizados como argumentos para a defesa de uma reconstrução no modo de atuar da advocacia pública de Estado, com o claro objetivo de ser adotado um agir comunicativo para que seja possível a redução dos riscos inerentes à decisão jurídica e ainda buscar a inclusão dos afetados.

Com tais intenções foi possível identificar que o termo “advocacia pública” é gênero que engloba, além da advocacia de Estado, outras duas importantes organizações sociais que atuam no sistema social jurídico: o Ministério Público, como advogado público da sociedade, a Defensoria Pública, como advogada pública dos vulneráveis, e ainda a advocacia de Estado, como advocacia pública de Estado. Deu-se preferência à utilização do termo advocacia pública de Estado.

Ainda sobre a nomenclatura, o próprio legislador, tanto constitucional quanto infraconstitucional, incorre no equívoco de, ao se referir à advocacia pública de Estado, utilizar do termo genérico advocacia pública. Há que ser destacado que o termo advocacia de Estado ainda não foi estabilizado na doutrina do Direito brasileiro, sendo aceito e corrente o uso, entretanto, na doutrina e na legislação da Espanha e da Itália.

A abordagem da formação histórica foi importante para a identificação de que as conotações e as funções próprias das advocacias públicas não foram configuradas e reconhecidas de forma uniforme, havendo avanços e retrocessos no decorrer do tempo. Basta lembrar que, até bem pouco tempo atrás, no Estado de São Paulo, a advocacia pública de Estado exercia a função de advocacia pública dos vulneráveis, ante a inexistência de defensoria pública.

Foi possível, ainda, identificar pelo estudo da formação histórica que, dentre as três organizações sociais que integram a advocacia pública, a advocacia pública de Estado é a que possui maior campo para se desenvolver, com assunções de novas atividades e formas de atuar. Nesse sentido, o estudo do Direito comparado, tanto no âmbito das Américas do Sul e do Norte como da Europa, demonstrou o avanço da advocacia pública brasileira em alguns pontos e atrasos em outros.

Mesmo em âmbito interno, ou seja, dentro do Estado brasileiro, foi possível identificar o abismo existente na estrutura e desenho institucional da advocacia

pública de Estado, sendo que, em alguns momentos foi identificado o amplo desenvolvimento da advocacia pública de Estado para alguns Entes Públicos, e para outros o completo atraso, não existindo sequer o ingresso nos quadros da organização por meio de concurso público.

Pelo estudo da formação histórica da advocacia pública de Estado, foi possível identificar que tal organização sempre esteve diretamente ligada à ideia do exercício do poder, atuando no primeiro momento em defesa do rei, depois em defesa dos interesses públicos do Ente Público, e, a partir da formação do Estado Moderno, foi reconhecida como função essencial à justiça e de vital importância para o Estado Democrático de Direito.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, somente com a Constituição Federal de 1988 e com a emenda constitucional nº 19, promulgada 10 (dez) anos após, no ano de 1998, é que foi reconhecida a advocacia pública de Estado como função essencial à justiça. Na redação original, somente a Advocacia Geral da União foi assim reconhecida, e com a reforma constitucional de 1998 é que foram incluídas as advocacias públicas de Estado dos outros membros da federação.

A ideia da advocacia pública de Estado como de vital importância para a manutenção e funcionamento do Estado Democrático de Direito resta quase que de forma unânime na doutrina brasileira, sendo reconhecida a sua atuação como mediadora dos conflitos existentes entre a Política e o Direito, tendo relações diretas com o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, pelo exercício da consultoria e defesa em juízo.

No itinerário deste trabalho foram trazidas as formas de atuação já descritas na literatura jurídica brasileira como sendo próprias e únicas da advocacia pública de Estado. A mais reconhecida é a que divide a atuação da advocacia pública de Estado em prévia, sistêmica e proativa, tal classificação parte da ideia da advocacia pública de Estado como função essencial e de fundamental importância para o Estado Democrático de Direito.

Ainda, foram descritas atuações recentemente identificadas, sendo apresentadas neste trabalho, principalmente a que menciona a atuação de modo consensual, a que defende a atuação da advocacia pública de Estado na implementação dos diálogos institucionais, e, ainda, a que argumenta que a atuação da advocacia pública de Estado deve ser para efetivar a coerência da atividade administrativa.

Abordando a advocacia pública de Estado no pensamento da Teoria dos Sistemas, foi possível identificá-la como organização social situada dentro do sistema social jurídico, uma vez que se utiliza do código jurídico em suas atuações. Foi possível identificar ainda que a advocacia pública de Estado pode ser considerada como um acoplamento estrutural entre o sistema social jurídico e o sistema social da política¹²⁵, pois promove a interação entre os sistemas.

Com base nas ideias da Teoria do Sistema, foi possível identificar que a advocacia pública de Estado, apesar de ser uma organização social de periferia no sistema social jurídico¹²⁶, pode e deve atuar na construção da decisão jurídica de forma a demonstrar a necessidade de ser considerado o risco, evitando prejuízo ao interesse público, principalmente pelo protagonismo do Poder Judiciário em decisões de cunho político.

Com base nas ideias de Luhmann e de Habermas, foi possível identificar que é necessária a inclusão dos afetados pela decisão jurídica, tudo para que o procedimento de elaboração da decisão jurídica seja considerado válido. Para Habermas, a legitimação pelo procedimento será com a possibilização da participação do discurso, e, para Luhmann, a legitimação pelo procedimento decorre da maior aceitabilidade pelos afetados em virtude da participação.

Partindo da ideia de que a advocacia pública de Estado participa da decisão jurídica, da necessidade de consideração dos riscos para os fins de minorar os prejuízos e ainda da necessidade de promover a inclusão dos afetados pelas decisões, foi possível questionar a possibilidade de reconstruir o agir da advocacia pública de Estado, com a modificação do agir tipicamente estratégico para a adoção do agir comunicativo.

Este trabalho foi pensado como uma maneira de iniciar uma discussão na possibilidade de se reconstruir o atuar da advocacia pública de Estado, mas, apenas de modo abstrato¹²⁷. Nesse sentido, o próprio Habermas (1989, p. 124) faz uma

¹²⁵ Na brincadeira, de forma jocosa, Viana (2015, p. 25) menciona que a “Advocacia de Estado está no ‘recheio de um sanduíche sistêmico’, na interação entre a política e o direito mediada pela Constituição”.

¹²⁶ Aqui cumpre dizer que, quando a advocacia pública de Estado atua em parecer no âmbito administrativo e este parecer possui efeito vinculante, pode ser discutido se nestes casos estaria criando a decisão jurídica, assim poderia até ser considerada como organização social de centro.

¹²⁷ Cabe aqui a citação de Habermas (1997b, p. 190), para quem “evidentemente, o paradigma procedimental do direito nutre a expectativa de poder influenciar, não somente a autocompreensão das elites que operam o direito na qualidade de especialistas, mas também a de todos os atingidos”.

advertência de que: “a possibilidade de escolher entre o agir comunicativo e o agir estratégico é abstrata, porque ela só está dada na perspectiva contingente do ator individual. Na perspectiva do mundo da vida a que pertence cada ator”.

Apesar da advertência e de deixar claro o caráter abstrato pela perspectiva contingente do ator de forma individual, Jürgen Habermas (1989, p. 166) ainda menciona que pode e deve ser compreendido o agir comunicativo “como um processo circular no qual o ator é as duas coisas ao mesmo tempo: ele é o iniciador, que domina as situações por meio de ações imputáveis; ao mesmo tempo, ele é também o produto das tradições nas quais se encontra”.

Nesse sentido, o presente trabalho, pensado de forma amplamente abstrata, tem a finalidade de iniciar a discussão sobre a reconstrução do modo de atuar e, como um processo circular, tenta propor que a ideia seja reverberada, passando a ser produto das tradições, tudo para que o interesse público seja considerado na análise da decisão jurídica e seus riscos, bem como na forma de promoção da inclusão dos atingidos/afetados.

A presente pesquisa não teve a pretensão de esgotar o tema, e sim causar inquietação no mundo jurídico e nos profissionais que exercem a função de advogados públicos de Estado. Novamente, cabe dizer que, alterando o objeto¹²⁸, ser advogado público de Estado “significa assumir outra postura interpretativa do direito: não aquela da advocacia de defender os clientes, mas a de procurar defender os interesses da lei e do Estado” (SIMIONI, 2015, p. 144).

Portanto, cabe sim à advocacia de Estado reconstruir o seu modo de atuar, hoje caracterizado principalmente por um agir estratégico nos processos judiciais com o simples intuito de ganhar a demanda, adotando ações comunicativas em que se buscará a solução de problemas e conflitos que afetem a todos de modo consensual, o que poderá representar inclusive diminuição de riscos e prejuízos com práticas desnecessárias e redundará até mesmo numa atividade implementadora de direitos.

¹²⁸ No original, “por outro lado, ser um membro do Ministério Público - da instituição-organização Ministério Público - significa assumir outra postura interpretativa do direito: não aquela da advocacia de defender os clientes, mas a de procurar defender os interesses da lei e do Estado” (SIMIONI, 2015, p. 144). Assim, originalmente, Simioni (2015) se referia ao Ministério Público, todavia, tal fala pode ser direcionada aos advogados públicos de Estado.

REFERÊNCIAS

ABREU, Capistrano de. *Capítulos de história colonial*. 7. ed. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988.

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo I. Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, 1970.

ALVES, José Márcio Maia. *Ministério Público e políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2017.

ANAPE - Associação Nacional dos Procuradores de Estado e Distrito Federal. *ANAPE defende PECS 82/09 e 443/09 e o fortalecimento da advocacia pública brasileira*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://anape.org.br/site/anape-defende-pecs-8209-e-44309-e-o-fortalecimento-da-advocacia-publica-brasileira/> Acesso em 05 maio 2018.

ARGENTINA. *Constitucion Nacional Argentina*. Ley 24430 de 14 de dezembro de 1994. 1994. Disponível em: <https://www.casariosada.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf> Acesso em 26 fev. 2018.

ARNAUD, André-Jean. *O Direito entre modernidade e globalização: lições filosóficas do Direito e do Estado*. Trad. Patrice Charles Guillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. Contemplem! Eis o comunicador da norma. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 1, p. 241-257, 2017.

ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz. *Direito à educação e diálogo entre poderes*. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Educação, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012.

ASSIS, Ana Elisa Spaolonzi Queiroz; SIMIONI, Rafael Lazzarotto; VEDOVATO, Luís Renato. Os novos donos do saber jurídico: a disputa pela ocupação dos espaços de produção de sentido do Direito no Brasil. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, v. 10, n. 2, p. 183-196, maio/ago. 2018.

BANDEIRA, Raphael Greco. A avvocatura dello stato no Direito Europeu em perspectiva com o sistema brasileiro. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília, v. 2, n. 29, p. 119-154, 2013.

BARREIRO, Guilherme Scodeler de Souza; FURTADO, Renata Pedretti Moraes. Inserindo a judicialização no ciclo de políticas públicas. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 2, p. 293-314, mar/abr. 2015.

BATEUP, Christine. The dialogic promise. *Brooklyn Law Review*, v. 71, n. 3, p. 1109-1180, 2006.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. A construção democrática das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais com a participação do judiciário. *In: MACHADO, Felipe; CATTONI, Marcelo (Coord.). Constituição e processo: entre o direito e a política*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 272-309.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2016.

BERLANDI, Victor Cesar. Advocacia de Estado ou de Governo? Reflexões sobre a Advocacia dos interesses públicos constitucionalmente acometidos à administração do estado. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 14, n. 3, p. 231-260, jul./set. 2015.

BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador/BA, n. 31, jul./ago. 2012.

BINENBOJM, Gustavo. O papel da advocacia pública na estabilidade jurídica e no desenvolvimento do país. *In: PEDRA, Adriano Sant'Ana; FARO, Julio Pinheiro; VIEIRA, Pedro Gallo (Coord.). Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias Euro-americanas*. Curitiba: Jurua, 2014. p. 111-120.

BOLÍVIA. *Constitucion Política del Estado Plurinacional de Bolívia* de 07 de fevereiro de 2009. Sucre, 2009. Disponível em: <http://www.sepdavi.gob.bo/cs/doc/159Bolivia%20Consitucion.pdf> Acesso em 25 fev. 2018.

BRASIL. Câmara Legislativa. *Agência câmara notícias*. Brasília, 2008. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/115436-direitos-indisponiveis/> Acesso em 24 abr. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 26 abr. 2018.

BRASIL. *Decreto Federal nº 1.166*, de 17 de outubro de 1892. Dá regulamento para execução da lei n. 23 de 30 de outubro de 1891, na parte referente ao Ministério da Fazenda. Brasília, 1982. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1166-17-dezembro-1892-523025-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em 15 maio 2019.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967*. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm Acesso em 24 jun. 2018.

BRASIL. *Dicas sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal*. Brasília, 2015b. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/planeja/orcamento-federal/lei-de-responsabilidade-fiscal/dicas> Acesso em 07 maio 2018.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998*. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm Acesso em 05 maio 2018.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm Acesso em 15 maio 2019.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 74, de 06 de agosto de 2013*. Altera o art. 134 da Constituição Federal. Brasília, 2013b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc74.htm Acesso em 15 maio 2019.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 80, de 04 de junho de 2014*. Altera o Capítulo IV - Das Funções Essenciais à Justiça, do Título IV - Da Organização dos Poderes, e acrescenta artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal. Brasília, 2014a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc80.htm Acesso em 15 maio 2019.

BRASIL. *Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Brasília, 1993a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm Acesso em 05 maio 2018.

BRASIL. *Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993*. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília, 1993d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm Acesso em 15 maio 2019.

BRASIL. *Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Brasília, 1994a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp80.htm Acesso em 15 maio 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm Acesso em 06 maio 2018.

BRASIL. *Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965*. Regula a ação popular. Brasília, 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm Acesso em 05 maio 2018.

BRASIL. *Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Brasília, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm Acesso em 08 maio 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm Acesso em 05 maio 2018.

BRASIL. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm Acesso em 15 maio 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Brasília, 1993b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm Acesso em 15 maio 2019.

BRASIL. *Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Brasília, 1994b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm Acesso em 15 maio 2019.

BRASIL. *Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995*. Cria, na estrutura organizacional do Ministério da Justiça, o Conselho Federal de que trata o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, altera os arts. 4º, 39, 82, 91 e 98 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e dá outras providências. Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9008.htm Acesso em 26 junho 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm Acesso em 01 julho 2018.

BRASIL. *Mapa da Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: IPEA, 2013c. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa_defensoria_publica_no_brasil_19_03.pdf Acesso em 16 maio 2019.

BRASIL. *Ministério da Justiça. Estudo diagnóstico: Defensoria Pública no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 2014b. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/publicacoes/Biblioteca/ivdiagndefenspublicav9.pdf/view> Acesso em 24 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação contra leis municipais sobre assistência jurídica e Defensoria Pública terá rito abreviado*. Brasília, 2013a. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=242954> Acesso em 07 maio 2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS. *Mandado de Segurança 27.339*, Relator Ministro Menezes Direito, julgamento em 2-2-2009, Plenário, DJE de 6-3-2009. Brasília, 2009. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/institucional/ministerio-publico-junto-ao-tcu/> Acesso em 15 maio 2019.

BRASIL. Um dos remédios mais caros do mundo agora poderá ter genérico no Brasil. *Advocacia-Geral da União*, Brasília, 20 abr. 2018. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/658234 Acesso em 26 jun. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Um decálogo para a advocacia pública. In: MOURÃO, Carlos Figueiredo; HIROSE, Regina Tamami (Coord.). *Advocacia Pública Contemporânea: desafios da defesa do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 19-22.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CARDOSO, Deiser Mara Rezende. *Advocacia-Geral da União e a sua atuação no âmbito da justiça administrativa*. Curitiba: Juruá. 2018.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 23, p. 115-126, nov. 2004.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. Salvador: Editora Jus Podium, 2008.

CASTELO BRANCO, Janaína Soares Noletto. *A adoção de práticas cooperativas pela Advocacia Pública: fundamentos e pressupostos*. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2018.

CASTILHO, Maria Jesús Gallhardo. A advocacia de Estado na Espanha: antecedentes, regulação e funções. *In: In: PEDRA, Adriano Sant'Ana; FARO, Julio Pinheiro; VIEIRA, Pedro Gallo (Coord.). Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias Euro-americanas*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 123-137.

CASTRO JUNIOR, Wilson de; BARBOSA, Karine Andréa Eloy. *O controle da legalidade dos atos do Poder Executivo e a realização dos serviços públicos - o papel da advocacia pública em face da judicialização das decisões administrativas*. *In: ANTERO, Samuel; SALGADO, Valéria Alpino Bigonha (Org.). Democracia, Direito e Gestão Pública: textos para discussão*. Brasília: Editora IABS, 2012. p. 101 a 130.

CASTRO, Aldemário Araújo. *O Estado Democrático de Direito preconizado pela constituição exige uma advocacia pública autônoma e valorizada*. Brasília, 2015. Disponível em: www.aldemario.adv.br/pecs82e443.pdf Acesso em 05 maio 2018.

CHILE. *Constitucion Política de la República de Chile, de 11 de setembro de 1980*. Santiago, 1980a. Disponível em: https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf. Acesso 25 fev. 2018.

CHILE. *Decreto 1, de 28 de julho de 1993. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley organica del consejo de defensa del estado*. Santiago, 1993. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=3469&idVersion=2016-11-22> Acesso em 25 fev. 2018.

CHILE. *Ley 17.995, de 08 de maio de 1980. Concede personalidad juridica a los servicios de asistencia juridica que se indican en las regiones que se señalan*. Santiago, 1980b. Disponível em:

https://www.leychile.cl/Navegar/index_html?idNorma=29425&buscar=Ley+17.995
Acesso em 25 fev. 2018.

CHILE. *Ley 19.718, de 16 de fevereiro de 2001. Crea la defensoria penal publica.* Santiago, 2001. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=182755>
Acesso em 25 fev. 2018.

COLÔMBIA. *Constitucion Política de Colômbia, de 04 de julho de 1991.* Bogotá, 1991. Disponível em:
<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf> Acesso em 26 fev. 2018.

CORRÊA, Rafael Gomes; PELOSINI, Maria Carolina Martins. Advocacia pública municipal é fundamental. *Revista Consultor Jurídico (CONJUR)*, Santo André/SP, 1 jul. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-01/advocacia-publica-municipal-fundamental-aplicacao-justica> Acesso em 07 maio 2018.

CORTESE, Fúlvio. A assistência e a defesa jurídicas como funções administrativas: a advocacia de Estado *In: PEDRA, Adriano Sant'Ana; FARO, Julio Pinheiro; VIEIRA, Pedro Gallo (Coord.). Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias Euro-americanas.* Curitiba: Juruá, 2014. p. 141-164.

COSTA, Frederico Lustosa da. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de administração pública*, v. 42, n. 5, 2008.

COSTA, João Leonardo Silva; BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Primeiras palavras o CONPEG e a sua história - o anjo da guarda do federalismo. *In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves (Org.). O Federalismo na Visão dos Estados: uma homenagem do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal - CONPEG - aos 30 anos de Constituição.* Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018. p. 9-26.

COUTO, Cláudio Gonçalves; LIMA, Giovanna de Moura Rocha. Continuidade de políticas públicas: a constitucionalização importa? *Dados [online]*, v. 59, n. 4, p. 1055-1089, 2016. doi: 10.1590/001152582016107

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em Juízo.* 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Dialética, 2008.

CURY, Tiago Gubert. *Entre a judicialização e a juridicização da política: o espaço que cabe à advocacia de Estado.* Porto Alegre: Escola Superior da Advocacia Pública do Estado do Rio Grande do Sul, 2015. Disponível em:

<http://www.esapergs.org.br/revistadigital/wp-content/uploads/2016/04/Tiago-Cury.pdf>
Acesso em 12 abr. 2020.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. Tomo I, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DIXON, Rosalind. Weak-Form Judicial Review and American Exceptionalism. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, Chicago, n. 348, maio 2011. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1833743> Acesso em 10 abr. 2020.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2007.

EQUADOR. *Constitucion de la República de Ecuador, de 28 de setembro de 2008*. Quito, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaIStfInternacional/newsletterPortaIInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoDoEcuador.pdf> Acesso em 25 fev. 2018.

ESPAÑA. *Constitucion Espanhola, de 31 de outubro de 1978*. Madri, 1978. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf> Acesso em 17 maio 2019.

ESPAÑA. *Ley de Asistencia Jurídica Gratuita nº 1, de 10 de janeiro de 1996*. Madri, 1996. Disponível em: http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l1-1996.html# Acesso em 17 maio 2019.

ESPAÑA. *Real Decreto 997, de 25 de julio de 2003*. Aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado. Madri, 2003. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2003/07/25/997/con> Acesso em 17 maio 2019.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*, 5. v. São Paulo: Saraiva, 1992.

FERREIRA, Rafael Alem Mello. *Jurisdição constitucional agressiva: o STF e a Democracia Deliberativa de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2015.

GALLIEZ, Paulo César Ribeiro. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A advocacia pública no Estado Democrático de Direito. *TRIBUNA - O Estado do Paraná*, Curitiba, 27 jun. 2004. Disponível em: <http://www.tribunapr.com.br/noticias/a-advocacia-publica-no-estado-democratico-de-direito> Acesso em 24 abr. 2018;

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. Advocacia pública: estudo classificatório de direito comparado. *In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2009. p. 77-107.

GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da advocacia pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. *In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2009. p. 335-361.

GUEDES, Jefferson Carús. Bibliografia (provisória) sobre advocacia de Estado, advocacia pública, orientação legal e defesa judicial do estado. *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 9, n. 25, p. 1-21, jul./set. 2010.

GUIMARÃES, Guilherme Francisco Alfredo Cintra. Advocacia de estado, administração pública e democracia: a função da consultoria jurídica na formulação e execução de políticas públicas. *In: ANTERO, Samuel; SALGADO, Valéria Alpino Bigonha (Org.). Democracia, Direito e Gestão Pública: textos para discussão*. Brasília: Editora IABS, 2012. p. 9-46.

GUIMARÃES, Gustavo de Queiroz. O papel dos procuradores de estado como protagonistas na defesa do interesse público: a ruptura de velhos paradigmas institucionais. *Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, v. 13, n. 1, jan./dez. 2016.

HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jurgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Trad. Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a. v. I.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997b. v. II.

HABERMAS, Jurgen. *Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social*. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Martins Fontes, 2012. v. I.

ITÁLIA. *Costituzione della Repubblica Italiana, de 22 de dezembro de 1947*. Constituição da república italiana costituzione italiana edizione in lingua portoghese. Roma, 1993. Disponível em: https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf Acesso em 21 jan. 2020.

JUNKES, Sérgio Luiz. *Defensoria Pública e o princípio da justiça social*. Curitiba: Juruá, 2005.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

LOTTA, Gabriela; FAVARETO, Arilson. Desafios da integração nos novos arranjos institucionais de políticas públicas no Brasil. *Rev. Sociol. Polít.*, Curitiba, v. 24, n. 57, p. 49-65, mar. 2016.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 49, p. 149-168, jul.1990.

LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do Direito. *In: ARNAUD, André-Jean; JUNIOR, Dalmir Lopes (Org.)*. Niklas Luhmann: Do Sistema Social à Sociologia Jurídica. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Peppe e Luis Filipe Segura. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005a.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamientos para una Teoría General*. México: Alianza/Iberoamericana, 1991.

LUHMANN, Niklas. Sociologia como teoria dos sistemas sociais. In: SANTOS, José Manuel (Org.). *O pensamento de Niklas Luhmann*. Trad. Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005b. p. 71-119.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. Trad. Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura e Javier Torres Nafarrete. Guadalajara: Universidad Iberoamericana-Universidad de Guadalajara, 1992.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUSTOZA, Helton Kramer. O fortalecimento da advocacia pública como pressuposto do Estado Democrático de Direito. *Gazeta do Povo*, Curitiba/PR, 06 jan. 2017. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/o-fortalecimento-da-advocacia-publica-como-pressuposto-do-estado-democratico-de-direito-4v4bf9jq4rybly6l4v61e7diz> Acesso em 23 abr. 2018.

LUZ, Cícero Krupp da; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, Organização e Risco: a Positividade do Direito na Forma da Decisão Jurídica. *Conpedi Law Review*, Uruguai, v. 2, n. 4, p. 318-334, jul./dez. 2016.

MACHADO, Alessandro Ramos. *Ministério Público em tempos de crise*. Curitiba: Juruá, 2018.

MADEIRA, Danilo Cruz. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2744, 5 jan. 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/18128> Acesso em 23 abr. 2018.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. Advocacia pública: órgão do estado ou do poder executivo? *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro/RJ, v. 9, n. 2, p. 1155-1174, 2016.

MAIA, Sandra Cristina. A advocacia pública e o enfretamento das demandas de massa. In: OLIVEIRA, Weber Luiz (Org.). *Advocacia Pública em Debate*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018. p. 93-100.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Advocacia do setor público: riscos e obstáculos no limiar do novo milênio. *Revista dos Tribunais*, v. 92, n. 807, p. 27-55, jan. 2003.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. O princípio da oralidade e a descentralização da informação relevante no processo penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10. n. 46, p. 157-170, jul./set. 2012.

MARTINS DE ARAÚJO, Luis Cláudio. Horizontalidade estatal e neodiscricionariedade administrativa: redefinições da parametricidade da advocacia pública na sindicabilidade democrática. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 2, p. 338-360, maio/ago. 2019.

MARTINS DE ARAÚJO, Luis Cláudio. Novos Arranjos Institucionais: Redimensionamento das Capacidades Constitucionais pelo papel Dialógico Democrático da Advocacia-Geral da União. *Revista da AGU*, Brasília, ano X, n. 34, 2012.

MAZZEI, Marcelo Rodrigues *et al.* A administração pública na tutela coletiva da moralidade administrativa e do patrimônio público: o papel da advocacia pública. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 3, p. 699-717, jun. 2015.

MAZZILI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MENDES, José Manuel. *Sociologia do risco: uma breve introdução e algumas lições*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2016.

MILÍCIO, Gláucia. O ativismo judicial é ruim independente do resultado. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 1 ago. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-ago-01/entrevista-elival-silva-ramos-procurador-estado-sao-paulo> Acesso em 04 abr. 2020.

MINAS GERAIS. AGE viabiliza política pública de relevância em Uberlândia/MG. *Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <http://www.age.mg.gov.br/comunicacao/banco-de-noticias/2487-age-viabiliza-politica-publica-de-relevancia-em-uberlandiamg> Acesso em 26 jun. 2018.

MINAS GERAIS. *Constituição do Estado de Minas Gerais, de 21 de setembro de 1989*. Belo Horizonte, 1989. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=CON&num=1989&ano=1989> Acesso em 08 maio 2018.

MINAS GERAIS. *Lei Complementar nº 83, de 28 de maio de 2005*. Dispõe sobre a estrutura orgânica da Advocacia-Geral do Estado - AGE - e dá outras providências. Belo Horizonte, 2005. Disponível em: <http://www.age.mg.gov.br/images/stories/downloads/leis/lei-complementar-83-consolidado-.pdf> Acesso em 05 maio 2018.

MINAS GERAIS. *Lei Complementar nº 102, de 17 de janeiro de 2008*. Lei orgânica do tribunal de contas do estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <http://www.mpc.mg.gov.br/wp-content/themes/mpc-mg/downs/legs/Lei-organica-do-tribunal-de-contas-do-estado-de-minas-gerais.pdf> Acesso em 15 maio 2019.

MINAS GERAIS. Reabertura de escola em comunidade indígena teve contribuição de Regional em Montes Claros. *Advocacia Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 2016. Disponível em: <http://www.age.mg.gov.br/comunicacao/banco-de-noticias/2387-reabertura-de-escola-em-comunidade-indigena-teve-contribuicao-de-regional-em-montes-claros-> Acesso em 26 jun. 2018.

MORAES, Sílvio Roberto Mello. *Princípios institucionais da Defensoria Pública*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. A advocacia de Estado e as novas competências federativas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 22, n. 51, p. 11-19, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. A advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito *In*: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2009. p. 23-52.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *A Responsabilidade do Advogado de Estado*. Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.abrap.org.br/wp-content/uploads/2012/12/res.pdf> Acesso em 25 fev. 2019.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Advocacia Pública - realidade e perspectivas para o próximo milênio. *Revista de Direitos Difusos*, São Paulo, v. 10, dez. 2001.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Advocacia Pública e o Princípio da Eficiência. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, out. /dez. 1999.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais*. Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, n. 45, p. 41-57, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Prefácio. *In*: PEDRA, Adriano Sant'Ana; FARO, Julio Pinheiro; VIEIRA, Pedro Gallo (Coord.). *Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias Euro-americanas*. Curitiba: Jurua, 2014. p. 15-17.

MOTA, Rodrigo. Confiança e complexidade social em Niklas Luhmann. *PLURAL - Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP*, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 182-197, 2016.

MOURÃO, Carlos Figueiredo; HEIFFIG, Danielle Romeiro Pinto. A relevância da vinculação do advogado público à ordem dos advogados do Brasil. *In: MOURÃO, Carlos Figueiredo; HIROSE, Regina Tamami (Coord.). Advocacia Pública Contemporânea: desafios da defesa do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 383-401.

MURDA, Paula Fernanda Vasconcelos Navarro. *Políticas públicas: o controle judicial e o papel das funções essenciais à justiça*. Curitiba: Ed. Prismas, 2015.

NAPOLITANO, Giulio. Conflicts and strategies in administrative law. *International Journal of Constitutional Law*, v. 12, n. 2, p. 357-369, abr. 2014. doi: 10.1093/icon/mou017

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Advocacia pública e políticas públicas. *Revista dos Tribunais Nordeste: RTNE*, v. 2, n. 3, p. 65-83, jan./fev. 2014.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano *et al.* (Coord.). *Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo II: direito administrativo e constitucional*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Daescio Lourenço Bernardes de. Advocacia pública como catalisadora do Estado Democrático de Direito. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 22 jul. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.49102> Acesso em 25 abr. 2018.

OLIVEIRA, Fábio Côrrea Souza de; OLIVEIRA, Larissa Pinha de. Abrindo, lendo e escrevendo as páginas do romance em cadeia: diálogos, backlash e hermenêutica. *Juris Poesis*, ano 14, n. 14, jan./dez. 2011.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. A nova crítica ao judicial review: breves reflexões acerca da emergência de um diálogo deliberativo institucional e os reflexos na experiência brasileira. *In: SIMIONI, Rafael (Org.). Constitucionalismo e Democracia*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2017. p. 241-260.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. O papel da advocacia pública no dever de coerência na administração pública. *Revista Estudos Institucionais*, v. 5, n. 2, p. 382-400, maio/ago. 2019.

OLIVEIRA, Simone dos Santos. Defensoria pública brasileira: sua história. *Revista de Direito Público*, Londrina, v. 2, n. 2, p. 59-75, maio/ago. 2007.

PARÁ FILHO, Tomás. *A advocacia de Estado*. São Paulo: Gráfica São José, 1970.

PARAGUAI. *Constitucion de la República de Paraguay, de 20 de junho de 1992*. Asunción, 1992. Disponível em: <http://digesto.senado.gov.py/archivos/file/Constituci%C3%B3n%20de%20la%20Rep%C3%ABlica%20del%20Paraguay%20y%20Reglamento%20Interno%20HCS.pdf> Acesso em 25 fev. 2018.

PEREIRA, Viviane Ruffeil Teixeira. *O uso de ambientes virtuais e o fortalecimento da advocacia pública interfederativa: a máxima expressão do federalismo colaborativo e afirmação da autonomia dos Estados e Distrito Federal*. Direito Público: Rev. Jurídica da Advocacia-Geral do Estado MG Belo Horizonte v.16 - nº 1 p. 1-303 jan./dez. 2019, p. 55-64.

PERÚ. *Constitucion Política del Perú, de 29 de dezembro de 1993*. Lima, 1993. Disponível em: <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf> Acesso em 26 fev. 2018.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa, de 02 de abril de 1976*. Lisboa, 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/PAGINAS/CONSTITUICAOREPUBLICAPORTUGUESA.ASPX> Acesso em 08 maio 2019.

PORTUGAL. *Lei n.º 47, de 15 de Outubro de 1986*. Estatuto do Ministério Público Português. Lisboa, 1986. Disponível em: <http://www.ministeriopublico.pt/pagina/estatuto-do-ministerio-publico> Acesso em 08 maio 2019.

PRADO, Rodrigo Murad do; FERREIRA, Luciana de Figueiredo. O papel da Defensoria Pública no Processo Penal Brasileiro. *Portal Migalhas*, 25 ago. 2009. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI91426,11049-O+papel+da+Defensoria+Publica+no+processo+penal+brasileiro> Acesso em 15 maio 2019.

RAMOS, José Saulo. *Código da vida*. 2. ed. amp. São Paulo: Planeta, 2013.

RIO DE JANEIRO. Museu da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Primórdios da Justiça no Brasil. Disponível em: http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/biblioteca-tj-emerj?p_p_id=com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_mvcPath=%2Fview_content.jsp&_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_assetEntryId=20019&_com_liferay_portal_search_web_portlet_SearchPortlet_type=document Acesso em 24 jan. 2020.

RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Reforma administrativa: o novo regime constitucional do procurador do estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 49, p. 15-36, jan./dez. 1998.

SANTOS, Reginaldo Souza. Interesse Público e Interesse Privado. *Revista de Administração Pública*, v. 21, n. 1, p. 54-66, jan./mar. 1987.

SÃO PAULO. *Boletim do Centro de Estudos da Procuradoria do Estado de São Paulo*, v. 22, n. 3, maio/jun. 1998.

SARAI, Leandro. *Advocacia pública: quarto poder, órgão do Poder Executivo ou nenhuma das alternativas anteriores?* Revista Jus Navigandi, Teresina/PI, ano 31, n. 11, nov. 2015, s/p. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/39288/advocacia-publica-quarto-poder-orgao-do-poder-executivo-ou_nenhuma-das-alternativas-anteriores/2 Acesso em 25 abr. 2018.

SCHABBACH, Leticia Maria. Exclusão, ilegalidades e organizações criminosas no Brasil. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, ano 10, n. 20, p. 48-71, jul./dez. 2008.

SCHUBSKY, Cássio (Coord.). *Advocacia pública: apontamentos sobre a história da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo: CEPGE; Imprensa Oficial, 2008.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial*. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SEMER, Maria Márcia Barreta Fernandes. Transparência como política pública e a responsabilidade institucional da advocacia de Estado na sua efetivação. In: MOURÃO, Carlos Figueiredo; HIROSE, Regina Tamami (Coord.). *Advocacia Pública Contemporânea: desafios da defesa do Estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 453-473.

SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SIEBENEICHLER, Flávio Beno. Apontamentos sobre cooperação e crítica nas filosofias de R. Rorty e J. Habermas. In: LIMA, Clóvis Ricardo Montenegro de; GÓMEZ, Maria Nélide Gonzalez de. *Discursos habermasianos*. Rio de Janeiro: IBICT, 2010. Versão eletrônica: 2012.

SILVA FILHO, Derly Barreto. A função social da advocacia pública. *Carta Forense*, São Paulo, 02 jan. 2018. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-funcao-social-da-advocacia-publica/18048> Acesso em 23 abr. 2018.

SILVA FILHO, Derly Barreto. O controle da legalidade diante da remoção e da inamovibilidade dos advogados públicos. *Revista da informação legislativa*, Brasília, ano 35, n. 139, p. 145, jul./set. 1998.

SILVA, Cecilia de Almeida. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2011.

SILVA, José Afonso da. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 230, p. 281-289, out./dez. 2002.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Conhecimento e poder: reflexões sobre as relações entre academia e judiciário no Brasil. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 17, n. 33, p. 157-185, jul-dez. 2017a.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico*. Curitiba: Juruá, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade. *Revista do Programa de Pós-graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 37, n. 1, p. 259-279, jan. 2017b.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito e racionalidade comunicativa: a teoria discursiva do Direito no pensamento de Jürgen Habermas*. 2. imp. Curitiba: Juruá, 2016.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. *Direito processual e sociologia do processo: aproximações entre estrutura social e semântica do processo na perspectiva de Niklas Luhmann*. Curitiba: Juruá, 2011.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Interpretação jurídica e percepção seletiva: a dimensão organizacional da produção de sentido no direito. *Revista Brasileira de Direito*, v. 11, n. 1, p. 135-147, jan.-jun. 2015.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. O que a decisão jurídica observa? Contribuições da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann às teorias pós-positivistas da decisão jurídica. In: SCHWARTZ, Germano (Org.) *Judicialização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. p. 85-107.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. *Revista Seqüência*, n. 59, p. 61-88, dez. 2009.

SOUZA, Alexandre Moreira de; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Muita estrela, pouca constelação. Devaneios sobre a PEC da morte e a possível frustração pela inefetividade das normas constitucionais. *Revista Jurídica Luso Brasileira (RJLB)*, Lisboa, ano 5, n. 6, p. 29-50, dez. 2019.

SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretização do Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça*. Belo Horizonte/MG: Fórum, 2009. p. 87-127.

SOUZA, Luciane Moessa de. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso a justiça e o desenvolvimento institucional. *ABC - Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 8, n. 34, p. 141-174, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TASSE, Adel El. A missão do advogado público na Defesa do Estado Democrático. *Revista CEI*, Brasília, ano XV, n. 55, p. 25-35, out./dez. 2011.

URUGUAI. *Constitucion de la República Oriental del Uruguay, plebiscitada em 27 de novembro de 1966*. Montevideu, 1967. Disponível em: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/3691678.HTML#art168> Acesso em 26 fev. 2018.

VALLINDER, Torbjörn; TATE, Chester Neal. *The Global Expansion of Judicial Power: The Judicialization of Politics*. New York: New York University, 1995.

VENEZUELA. *Constitucion de la República Bolivariana de Venezuela, de 15 de dezembro de 1999*. Caracas, 1999. Disponível em: <http://www.minci.gob.ve/wp-content/uploads/2011/04/CONSTITUCION.pdf> Acesso em 25 fev. 2018.

VIANA, Ulisses Schwars. Advocacia de Estado: perspectivas a partir da teoria dos sistemas. *Revista Brasileira da Advocacia Pública*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, 2017.

VIANA, Ulisses Schwarz. O confronto da jurisdição constitucional com seus limites autopoiéticos: o problema do ativismo judicial alopoiético na teoria dos sistemas. *Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 15, n. 1, p. 275-296, jan./dez. 2018.

VIEIRA, Pedro Gallo; FARO, Júlio Pinheiro. Um inventário sobre a advocacia de Estado no Direito Comparado sul-americano. *In: PEDRA, Adriano Sant'Ana; FARO, Julio Pinheiro; VIEIRA, Pedro Gallo (Coord.). Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias Euro-americanas*. Curitiba: Jurua, 2014. p. 21-36.