

A ADVOCACIA PÚBLICA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

JOSÉ AFONSO DA SILVA*

I — Sentido e relevância da advocacia pública. II — O princípio da legalidade. III — O princípio da moralidade. IV — Conclusão

I — Sentido e relevância da advocacia pública

1. A advocacia é uma profissão, mas não é apenas uma profissão, é também um *munus* e “uma árdua fadiga posta a serviço da justiça”, como disse Couture. É, especialmente, um dos elementos da administração democrática da Justiça. É a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário.

2. Pois bem, a *Advocacia Pública* é tudo isso e mais alguma coisa, porque, na medida mesma que se ampliam as atividades estatais, mais ela se torna um elemento essencial ao funcionamento do Estado Democrático de Direito. Toda atividade do Estado se desenvolve nos quadros do direito. Assim é mesmo “quando os preceitos positivos não vinculam a Administração e essa exerce faculdades discricionárias, tende a atuação do justo, suprema e constante aspiração desse organismo essencialmente jurídico que é o Estado”. Pois, o “arbitrio é inconcebível na atividade do Estado, regida sempre por um escopo ético e por valoração de interesse público”. Esse sentido ético-jurídico da atividade estatal requer avaliação especializada que pondere e controle o seu exercício, ao mesmo tempo em que defende a posição jurídica do Estado em face dos particulares. Despontam, aí, como lembra Tomas Pará Filho, “o exercício dos chamados direitos subjetivos da Administração”. Então, pode-se dizer, conclui ele, “anotando o relevo do problema, que os Procuradores estão para os interesses, direitos e obrigações do Estado assim como para a defesa dos interesses e direitos dos particulares estão os advogados em geral. Uns e outros, aliás, têm dignidade profissional própria, expressa por normas de ética profissional. Exercem, efetivamente, os advogados do Estado, ministério próprio e peculiar,

* Professor Titular Aposentado da Faculdade de Direito da USP.

indispensável serviço público, que, dada a proeminência da atividade estatal, se constitui em elemento indispensável à administração da Justiça... Ligados ao Estado, por vínculos jurídico-funcional, por isso mesmo, os seus deveres ainda se acrescem, avultadamente, em virtude da disciplina específica estabelecida na legislação administrativa”.¹

3. Esse relevo, a essencialidade e indispensabilidade da Advocacia Pública, desde sempre, 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. Assim, no Império, era o Ministério Público que cumpria essa função. Anota Pimenta Bueno, o “governo tem o dever e necessidade de defender perante os tribunais a propriedade e manutenção dos direitos da coroa ou nacionais”, e essa defesa incumbia ao Ministério Público, mas o Procurador da coroa é que exercia essa função perante os Tribunais Superiores.² Era o Ministério Público exercendo a dupla função de promoção da ação penal e de defesa dos interesses do Estado. Igual sistema perdurou no regime da Constituição de 1891, segundo a qual o Presidente da República designaria, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definiriam em lei, e esta conferia à Procuradoria Geral da República aquela dupla função. Foi a Constituição de 1934 que institucionalizou a Advocacia Pública da União, embora com a denominação de Ministério Público, como um dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais (arts. 95-98). E aí também já se acenava para a instituição no âmbito dos Estados (art. 97). Essa institucionalização perdurou nas Constituições de 1946, num título autônomo (Tít. III), e perdurou nas Constituições de 1967 e 1969, naquela no título do Poder Judiciário e nesta no título do Poder Executivo, e nelas com referência explícita ao Ministério Público dos Estados, que nestes tomou um sentido diferente do Ministério Público Federal.

4. Cumpre, agora, justificar a declaração feita acima de que foi a Constituição de 1934 que institucionalizou a Advocacia Pública da União, embora com a denominação de Ministério Público. Ora, no Império, o Ministério Público já exercia as funções de Advocacia Pública, mas, então, as atribuições típicas de Ministério Público, ou seja, de *custos légis* e da *persecutio criminis*, preponderaram sobre as de defesa judicial dos interesses da Fazenda. Mas, na República Federativa, essa equação se alterou fundamentalmente. A competência penal e sobre interesses privados indisponíveis passou para as Justiças Estaduais e pois para o Ministério Público dos Estados. Quer dizer, descentralizaram-se as funções de Ministério Público, de tal sorte que o Ministério Público Federal se tornou fundamentalmente um órgão de defesa dos interesses da União em Juízo. As funções de Ministério Público se tornaram marginais, e mais ainda quando a Constituição de 1937 extinguiu a Justiça Federal. Não foi sem razão que os membros da instituição se chamaram Procuradores

1 Cf. “A Advocacia do Estado e os interesses jurídicos da Administração Pública no Estado de Direito”, Anais do I Congresso Nacional de Procuradores de Estado, pp. 27 e 28.

2 Cf. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Ministério da Justiça, 1958, pp. 372 e 273.

da República. Com a criação de Justiças Federais Especiais, Eleitoral, do Trabalho, pela Constituição de 1946, surgiram ramos do Ministério Público da União junto dessas Justiças, mas o ramo chamado Ministério Público Federal continuou sendo tipicamente Advocacia Pública da União, embora acumulasse também atividades típicas de Ministério público, especialmente depois da recriação da Justiça Federal de primeira instância.

5. Isso significa, como, aliás, já observara Tomas Pará Filho, no I Congresso Nacional de Procuradores de Estado, que, diante da tradição firmada em nosso sistema administrativo, que a Advocacia Pública tem posição equivalente à do Ministério Público,³ tanto que ambas as funções foram sempre desempenhadas, na União, por uma única instituição, e, não só, mas até pelos mesmos membros. Portanto, nada há a estranhar quando a Constituição vigente distinguiu as atribuições de defesa da sociedade e do Estado, em instituições distintas: Ministério Público e Advocacia Pública (da União e dos Estados), tinha, como consequência, de manter o princípio da equiplolência entre os seus executores.

6. A propósito desse assunto, cabe invocar a lição de Francisco Campos, em um parecer dado exatamente para o Ministério Público de São Paulo, em defesa da igualdade de vencimentos de seus membros com os membros da magistratura, como previa o art. 61 da Constituição paulista de 1947. Eis o seu texto:

“Toda vez que um serviço, por conveniência pública, é erigido em instituição autônoma, com capacidade própria de decisão, ou com a capacidade de decidir mediante juízos ou critérios da sua própria escolha, excluída a obrigação de observar ordens, instruções, injunções ou avisos de autoridades estranhas ao quadro institucional, com o fito de evitar infiltrações de natureza política no exercício da sua competência deliberativa ou decisória, impõe-se a garantia aos funcionários incumbidos de tomar as deliberações ou decisões institucionais, da necessária independência, mediante a única técnica eficaz, empregada em relação à Justiça, de lhes assegurar a estabilidade nas funções e nos soldos.

“Como e quando se impõe o emprego dessa técnica de organização de determinado serviço público é uma questão de política legislativa no mais alto sentido da expressão.

.....
“Se a técnica em questão deva ser objeto de norma constitucional, dependerá tão-somente do grau de independência que o legislador constituinte queira assegurar ao serviço, pondo-o a coberto não somente da discreção do Executivo, como, por igual, do Poder Legislativo. Se, pela natureza do serviço, o legislador constituinte entende que deve imunizá-lo à ingerência de ambos os poderes, nada há que o impeça de fazê-lo, no caso submetido à minha consulta.

“o fato de que os vencimentos dos funcionários são fixados mediante iniciativa do Poder Executivo e deliberação do Poder Legislativo, não impede que na própria Constituição, para casos especiais, em que a conveniência pública aconselhe subtrair ao arbítrio do Executivo ou do Legislativo a fixação de vencimentos de determinados

3 Cf. estudo citado, p. 42.

funcionários, o legislador constituinte não o possa fazer, sem que em nada desnature aquela competência privativa dos dois mencionados poderes.”⁴

7. Ora, o que Francisco Campos quis dizer nessa longa passagem foi que a institucionalização de um serviço público, como o da Advocacia Pública, que resulta dos “novos reclamos da sociedade em transformação”, importa, conseqüentemente, em lhe assegurar a estabilidade de funções e dos vencimentos. A Advocacia Pública assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente e veementemente a defesa da moralidade pública, em termos que veremos mais embaixo.

II — O princípio da legalidade

8. Mas a questão da legalidade nos leva muito além dos simples enunciado do seu princípio, tão decantado no Estado do Direito. Acontece que esse princípio do sentido e da relevância da lei que variam em função do tipo de Estado. De fato, o aparecimento do direito legislado, que se traduz na lei escrita, revela a desvinculação do Estado das formas ético-religiosas tradicionais. Até o séc. XVIII, triunfou no domínio do agir do homem regras éticas fundadas no princípio de *transcendência* ou de *heteronomia*, que se caracteriza por uma representação do homem e do mundo que tem na divindade um princípio supremo, a fonte e referência permanente dos comportamentos individuais e sociais.⁵ A partir do séc. XVI, anota Jean-Luc Chabot, surge e desenvolve-se um projeto de vida social e individual tendente a romper com a referência transcendente e religiosa, fundado no princípio de *imanência* ou de *autonomia*, de que resultaria uma sociedade concebida como auto-legitimante em nome de uma racionalidade individual e coletiva. Então, a relação totalidade inscrita na heteronomia religiosa sofre uma transferência para o objeto imanente mais próximo: a atividade política.⁶ Dessa evolução, vem o constitucionalismo, com seus princípios da garantia dos direitos e da separação dos poderes, na lídima tradução do art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, segundo o qual *a sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição*.

9. A lei aparece nesse contexto como a expressão deificada e acabada do *legalismo* do Estado liberal que brota da Revolução francesa. A lei, expressão da vontade geral é concebida como perfeita, intocável e irrepreensível, que não pode ser abolida senão por outra lei. Ela pretende definir, por si mesma, lembra Jean-Luc Chabot, os critérios da moralidade, como a legitimidade das vontades particulares:

4 Cf. “Poder Judiciário — Garantias constitucionais — Administração Pública — Ministério Público”, RDA 62/328-329. Cf. também Tomás Pará Filho, estudo citado, p. 29, nota 5A.

5 Cf. sobre o tema, Jean-Luc Chabot, *Histoire de la Pensée Politique (XIXe et XXe siècle)*, Paris, Masson, 1988, p. 5.

6 Ob. cit., pp. 6 e 7.

“Tudo o que não é defendido pela lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena”. declara o art. 5º da Declaração de Direitos de 1789; “a lei não reconhece mais nem votos religiosos, nem qualquer outro engajamento que seja contrário aos direitos naturais ou à constituição”, proclama o preâmbulo da Constituição francesa de 1791. A palavra *lei*, não a palavra *liberdade*, é que se destaca nos comentários da Declaração de Direitos de 1789. “De fato, conclui o citado autor, a liberdade decorre da lei e de seu exercício: lá onde está a lei, lá está a liberdade para os revolucionários franceses”.⁷

10. Ela, segundo essa concepção, constituiu o princípio basilar do Estado de Direito, que é criação do liberalismo. Por isso, na doutrina clássica, o Estado de Direito repousa na concepção do direito *natural*, *imutável* e *universal*, de onde decorre que a *lei*, que realiza o princípio da legalidade, que dá a essência do seu conceito, é concebida como norma jurídica geral e abstrata. A *generalidade da lei* constituía o fulcro desse Estado de Direito. Nela se assentaria o justo conforme a razão. Dela, e só dela, defluiria a igualdade. “Sendo regra geral, a lei é regra para todos”.⁸

11. O postulado da generalidade das leis foi ressuscitado por Carl Schmitt sob a Constituição de Weimar, após ter sido abandonado sob a influência de Laband, surgindo, em seu lugar, a divisão das leis em formais e materiais.⁹ Essa restauração tem sentido ideológico preciso, pois que, como lembra Franz Neumann, a teoria de que o Estado só pode governar por meio de leis gerais se aplica a um sistema econômico de livre concorrência,¹⁰ e “o renascimento, sob a Constituição de Weimar, da noção da generalidade das leis e sua aplicação indiscriminada às liberdades pessoais, políticas e econômicas, foi assim usado como um dispositivo para restringir o poder do Parlamento que já não mais representava exclusivamente os interesses dos grandes latifundiários, dos capitalistas, do exército e da burocracia. E então, o direito geral, dentro da esfera econômica, era usado para conservar o sistema de propriedade existente e para protegê-lo contra intervenção sempre que esta fosse julgada incompatível com os interesses dos grupos mencionados acima”.¹¹

Invoca-se, com frequência, a doutrina da vontade geral de Rousseau para fundamentar a afirmativa de que a igualdade só pode ser atingida por meio de normas gerais, mas se esquece de que ele discutia o direito geral com referência a uma sociedade em que só haveria pequenas propriedades ou propriedades comuns.¹² Não é, pois, fundamento válido para o postulado da generalidade que embasa o liberalismo capitalista. De fato, a “propriedade particular, que é sagrada e inviolável, de acordo

7 Ob. cit., p. 16.

8 Cf. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Estado de Direito e Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 21.

9 Cf. Franz Neumann, *Estado Democrático e Estado Autoritário*, Rio, Zahar Editores, 1969, pp. 60 e 61, trad. de Luiz Corção.

10 Ob.cit., p. 61.

11 Franz Neumann, ob.cit., p. 63

12 Franz Neumann, ob.cit., p. 61.

com Rousseau, só é propriedade até onde permanece como um direito individual e discriminado. Se for considerada comum a todos os cidadãos, ficará sujeita a *volonté générale* e poderá ser infringida ou negada. Assim o soberano não tem o direito de tocar na propriedade de um ou de diversos cidadãos, embora possa legitimamente tomar a propriedade de todos".¹³

12. Conclui-se daí que a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso foi a construção do Estado Social de Direito, que, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político,¹⁴ de onde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de Justiça material), fundante de uma sociedade democrática qual seja a que instaure um processo de efetiva *incorporação* de todo o povo nos mecanismos do *controle das decisões*, e de sua *real participação nos rendimentos da produção*.¹⁵

13. Ora, o princípio da legalidade é também um princípio basilar do Estado Democrático de Direito, proclamado no art. 1º da Constituição de 1988. É, de fato, da essência do conceito de Estado Democrático de Direito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. Sujeita-se, como todo Estado de Direito, ao império da lei, mas de que lei?,- Da *lei*, que realize o princípio da igualdade e da justiça, não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve-se, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas especialmente quanto à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses.

14. É precisamente no Estado Democrático de Direito que se ressalta a relevância da lei, pois ele não pode ficar limitado a um conceito de lei, como o que imperou no Estado de Direito clássico.¹⁶ Pois ele tem que estar em condições de realizar, mediante lei, intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da

13 Cf. Franz Neumann, ob. cit., p. 62, citando, sob nota 27, *Émile*, livro V. Cf. efetivamente *Émile ou de l'Éducation*, Paris, Flammarion, 1966, pp. 604 e 605.

14 Cf. Pablo Lucas Verdu, *Curso de Derecho Político*, v.II, Madri, Editorial Tecnos, 1974, pp. 230 e 231.

15 Cf. Elías Días, ob.cit., pp. 139-141.

16 A propósito, cf. Christian Starck, *El Concepto de Ley en la Constitución Alemana*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1979, p. 249.

comunidade.¹⁷ Significa dizer: a lei não deve ficar numa esfera puramente normativa, não pode ser apenas lei de arbitragem, pois precisa influir na realidade social. E se a Constituição se abre para as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade requer, a lei se elevará de importância, na medida em que se caracteriza como desdobramento necessário do conteúdo da Constituição.

15. Essa função da lei sobreleva de importância maior em face das constituições analíticas e programáticas, como a nossa. Aqui, a lei, como primeira expressão do direito positivo, exerce papel relevante na medida em que se manifesta como um desdobramento necessário do conteúdo da Constituição. Muitas normas constitucionais, outorgantes de direitos econômicos e sociais, dependem de uma legislação ulterior que integre sua eficácia e realize na prática sua aplicação. Neste caso, a lei até poderá ser considerada como um instrumento de realização da eficácia da Constituição, exercendo a função transformadora da sociedade, alterando-lhe o controle social, impondo mudanças sociais democráticas, ainda que continue exercendo uma função conservadora, garantindo a sobrevivência dos valores socialmente aceitos. Em casos como o do Brasil, em que a Constituição prevê, em vários de seus artigos, uma lei complementar para desenvolver seu conteúdo, aparece um tipo de lei integradora das normas constitucionais, de natureza especial que a situa entre a lei ordinária e as leis constitucionais, por isso, às vezes, se diz que se trata de lei paraconstitucional.

16. A lei é, assim, reconhecida como o instrumento institucional de maior relevância no controle social, já que também é um instrumento de dominação política, o que postula atuação e controle democráticos na sua elaboração e aplicação, para coibir abuso e autoritarismo.

17. Essas características da lei cresce de importância na medida em que a expansão das tarefas estatais solicitam cada vez mais a intervenção do legislador na preparação do caminho necessário para que o governo alcance os objetivos de seu programa. Assim, a lei passou a desempenhar também um papel de instrumento de atuação de um programa político, de onde é fácil compreender a importância da ideologia política predominante no processo de sua formação.

III — O princípio da moralidade

18. Dissemos antes de passagem que à Advocacia Pública incumbe igualmente e veementemente a defesa da moralidade pública, que se tornou num valor autônomo constitucionalmente garantido. Não é que essa defesa lhe escapasse antes do regime constitucional vigente. Tomás Pará Filho relata um caso do Advogado do Estado, dr. Pero Fausto Pegado de Azevedo, “que, no estrito cumprimento dos deveres de seu cargo junto ao Tribunal de Contas do Estado, opinara contra a aprovação de contas de antigo Secretário da Educação, concluindo, ainda, pela responsabilidade

¹⁷ Christian Starck, ob. cit., p. 300.

do mesmo pela malversação de dinheiros públicos; e, por assim o ter feito, fora intempestiva e arbitrariamente afastado de suas funções, pelo Governo da época”.¹⁸ É bem verdade que o Conselho Seccional da Ordem dos Advogados de São Paulo deliberou, por unanimidade, no sentido de desagravá-lo, mas isso não lhe restituiu a função.

19. Mas, então, o princípio da moralidade tinha uma dimensão estritamente administrativa, quase como simples dimensão da legalidade, ligada aos problemas dos desvios de finalidade. Agora não, porque a Constituição lhe deu um sentido próprio e extensivo e abrangente da ética pública.

20. De fato, o Estado Democrático de Direito se rege por diversos princípios, tendo, porém, relevo especial o *princípio da constitucionalidade* que exprime, em primeiro lugar, que o Estado se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre da jurisdição constitucional, já referida. A importância disso, para o tema aqui cogitado, está em que a Constituição agasalha agora também o *princípio da moralidade*, amarrado assim, não por mero princípio da legalidade, mas pelo princípio mais elevado da constitucionalidade, que lhe dá a força vinculante superior que lhe é própria, com eficácia garantida por instrumentos constitucionais explícitos. O princípio ganha, assim, nova dimensão, por expandir-se a toda a vida pública do País com reflexos nas relações privadas, também.

21. Não precisamos perquirir, na Constituição, todos os dispositivos que tenham na base um princípio ético superior. Basta-nos referir ao art. 37, que, destacando o princípio da moralidade do princípio da legalidade, assim dispõe:

“A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, dos seguintes...”, um dos quais é a exigência de concurso público para o provimento de cargos e empregos públicos: outro é o da licitação, que assegure a igualdade de condições a todos os concorrentes, campo propício à prática de corrupção. De extrema importância é o § 4º do mesmo art. 37, quando estatui que *os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo de ação penal cabível*, daí decorrendo a Lei 8.429, de 2.6.92, definindo os atos de improbidade dos agentes públicos e respectivas sanções.

22. Esse conjunto de normas constitucionais retira a moralidade da área subjetiva da intenção do agente público e assim a desvincula da questão da mera legalidade, para erigi-la em princípio constitucional objetivo, como requisito de legitimidade da atuação dos agentes públicos, mais do que simples requisito de validade do ato administrativo, o que amplia os horizontes de atuação da Advocacia Pública, especialmente de seu ramo consultivo.

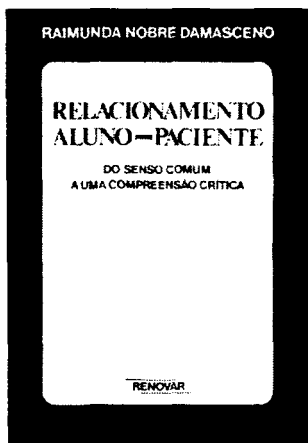
¹⁸ Cf. estudo citado, p. 45, nota 22.

IV — Conclusão

23. Só isso já mostra quão extensa e importante é a tarefa da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito. Acresça-se a isso sua responsabilidade pela plena defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, e então se tem que seus membros saíram da mera condição de servidores públicos burocráticos, preocupados apenas com o exercício formal da atividade administrativa de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública para se tornarem peças relevantes da plena configuração desse tipo de Estado.

Relacionamento Aluno-Paciente

Raimunda Nobre Damasceno



Esta obra é uma análise da experiência de relacionamento aluno-paciente psiquiátrico hospitalizado, desenvolvida durante a prática da disciplina Enfermagem Psiquiátrica. A autora faz uma incursão a partir das raízes do modelo de assistência hospitalar, envolvendo a questão crucial do relacionamento terapêutico onde o ser humano é colocado na sua totalidade estrutural.

Ref. 0034
Form. 14x21

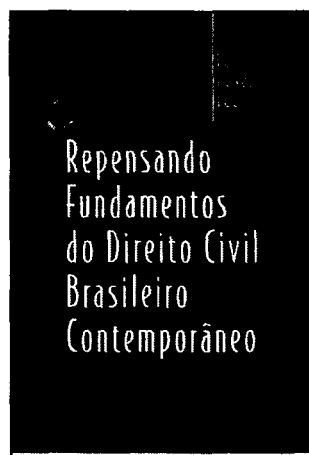
Brochura
1991

134 págs.

Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo

Luiz Edson Fachin

Neste trabalho estão os resultados obtidos em diversos aspectos fundamentais do Direito Civil, aprofundando sensivelmente as reflexões sobre as novas questões que o Direito e a sociedade colocam para todos no final deste século, numa perspectiva construtiva e crítica.



Ref. 0151
Form. 14x21

Brochura
1998

329 págs.