

A ADVOCACIA PÚBLICA E O ESTADO

SOCIAL¹

Daniel C. Pagliusi Rodrigues²

¹ Tese aprovada “com louvor” no XLI Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do DF, realizado em Brasília, entre os dias 13 e 16 de outubro de 2015.

² Endereço eletrônico: dpagliusi@hotmail.com

Procurador do Estado de São Paulo. Vice-Presidente do Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo (SINDIPROESP). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie, Especialista em Direito Constitucional pelo CEU-SP, Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Mackenzie, Professor de Direito Administrativo na Faculdade São Luís.

Resumo:

O presente trabalho versa sobre a busca de uma identidade para a Advocacia Pública dentro do contexto social, político e econômico em que vivemos, entendendo por primordial que a Advocacia Pública deve estar umbilicalmente coarctada com o modelo de Estado vigente, como verdadeira Advocacia de Estado, e não propriamente de Governo.

1. A BUSCA DE UMA IDENTIDADE PARA A ADVOCACIA PÚBLICA:

Em passado não muito remoto, mais precisamente antes da Constituição de 1988, parte significativa das competências que hoje são afetas à Advocacia Pública da União eram exercidas pelo Ministério Público.

Para se compreender a confusão que existia entre as funções da Advocacia de Estado e do Ministério Público, basta se constatar que a Advocacia Pública somente foi positivada numa Constituição Federal com a Carta de 1988.

O Ministério Público vem tendo capítulo próprio nos Textos Fundamentais desde a Constituição de 1934, apenas não gozando de tal status na Constituição de 1937. A Constituição de 1946 era taxativa ao conferir a representação judicial da União ao Ministério Público no parágrafo único do artigo 126:

“Parágrafo único - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.”

O dispositivo abrangia, inclusive, os membros do Ministério Público dos estados-membros, determinando que eles exercessem as funções de advogados da União nas comarcas do interior.

Igual dispositivo foi reproduzido no parágrafo 2º, do artigo 138, da Constituição de 1967³, tendo uma pequena alteração com a Constituição de 1969, que previu, no parágrafo 2º, do artigo 95, que “nas comarcas do interior, a União poderá ser representada pelo Ministério Público estadual”.

Ou seja, antes da Constituição Federal de 1988, havia um grande conflito sobre a identidade tanto da Advocacia Pública quanto da do Ministério Público.

Para dirimir essa confusão e dar identidade a essas carreiras, foi preciso inserir o artigo 29 nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, dispondo que o Ministério

³ “§ 2º - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.”

Público e os demais órgãos das Procuradorias Federais existentes continuariam a exercer suas atribuições até que fosse efetivamente criada a Advocacia-Geral da União⁴.

E a confusão era tamanha, que o parágrafo 2º desse dispositivo teve de dar direito de opção irrevogável aos Procuradores da República para decidirem se iriam continuar no Ministério Público ou se passariam a integrar a nova carreira da Advocacia-Geral da União⁵.

Como dito, a carreira da Advocacia-Geral da União nem existia à época. O que existia no âmbito federal eram várias carreiras dispersas, sem unidade e sem identidade.

A Advocacia-Geral da União somente foi criada juridicamente com a Lei Complementar nº 73/1993, com competência própria de representação da União, judicial e extrajudicialmente (art. 1º), retirando esse múnus do Ministério Público da União, que pode se organizar com sua própria identidade nos termos constitucionais por meio da Lei Complementar nº 75/1993.

Logicamente que não é crível que uma instituição, ainda no auge da sua juventude de 22 anos, já tenha todos os seus contornos desenhados. Por isso, é natural que a Advocacia Pública ainda seja uma carreira em construção e em constante evolução, que deve caminhar *pari passu* com as modificações do próprio Estado a que protege e se vincula umbilicalmente.

No Estado de São Paulo, a crise de identidade da Procuradoria-Geral do Estado não tergiversa com a do âmbito federal.

Em que pese a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo já ser uma entidade que beira os 70 anos, desde a criação do Departamento Jurídico do Estado pelo professor Miguel Reale em 1947, tendo sido prevista constitucionalmente, no âmbito estadual com a Constituição Estadual de 1967, é preciso lembrar que até 1993 ela era um Departamento criado dentro da Secretaria da Justiça.

Somente com a edição da Lei Estadual nº 8.282/1993, a Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo saiu do jugo da Secretaria da Justiça para se vincular diretamente ao Governador do Estado, com “status” de Secretaria, assim como ocorreu com a Advocacia-Geral da União ao ganhar “status” de Ministério.

Ademais, não se deve olvidar que a Procuradoria-Geral do Estado, até 2006, guardou dentro de si a competência da defesa das pessoas hipossuficientes, inclusive, contra o

⁴ “Art. 29. Enquanto não aprovadas as leis complementares relativas ao Ministério Público e à Advocacia-Geral da União, o Ministério Público Federal, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, as Procuradorias e Departamentos Jurídicos de autarquias federais com representação própria e os membros das Procuradorias das Universidades fundacionais públicas continuarão a exercer suas atividades na área das respectivas atribuições.”

⁵ “§ 2º - Aos atuais Procuradores da República, nos termos da lei complementar, será facultada a opção, de forma irrevogável, entre as carreiras do Ministério Público Federal e da Advocacia-Geral da União.”

próprio Estado. Tal tarefa era exemplarmente desempenhada pela extinta Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ).

Não obstante a atuação irretorquível dos Procuradores do Estado que labutavam na Área da Assistência Judiciária, fato é que essa competência dentro de uma mesma instituição gerava uma dupla personalidade por assim dizer. Não era incomum a mesma instituição ajuizar uma ação na qual ela mesma iria apresentar defesa. Basta lembrar que várias ações de medicamentos eram propostas pelos Procuradores da PAJ e a defesa ficava a cargo também de Procuradores do Estado. Nítido o tumulto de atribuições.

Não sem tempo, a Lei Complementar Estadual nº 988/2006 criou e organizou a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, apartando-a da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Como carreira ainda em criação, o artigo 5º das Disposições Transitórias dessa lei previu que, num período de 24 meses, os servidores da Procuradoria-Geral do Estado que exerciam suas atribuições na antiga PAJ passariam a exercer funções temporárias na Defensoria Pública⁶. Dessa forma, até meados de 2008, Procuradores do Estado de São Paulo exerceram funções que não lhes eram típicas.

Não é possível vislumbrar que apenas 7 anos de um exercício exclusivo em suas funções típicas seja suficiente para que uma entidade tenha uma identidade plena e definitivamente delimitada.

A aurora de uma nova Procuradoria-Geral do Estado, afeta unicamente às suas funções constitucionais, ainda se mostra em construção e em busca de seu real significado e identidade.

Como não poderia deixar de ser, a busca de uma definição de identidade da Advocacia Pública passa, primeiro, pelo conhecimento do próprio Estado em que se vive. Somente com a junção de uma Procuradoria plenamente consciente do ente público que defende poderá extrapolar seu mero aspecto formal de existência, para atingir o âmago do interesse público presente e assim fazer parte do espírito vivificador do Estado a que pertence.

Como brilhantemente expôs o Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

“Mas, sobretudo, tenha-se em conta que as perspectivas de realização plena das missões constitucionais dessas carreiras de Estado, em curto, médio e longo prazo, tão auspiciosa e amplamente abertas às

⁶ “Artigo 5º - Os servidores da Procuradoria Geral do Estado que exercem as suas atribuições na Área da Assistência Judiciária ficarão afastados junto à Defensoria Pública do Estado, pelo prazo de até 24 (vinte e quatro) meses, contando-se o respectivo tempo para todos os efeitos legais, nos termos do artigo 78 da Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968 (Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado).”

vésperas da alvorada deste novo século e milênio, dependerão fundamentalmente da compreensão que tenham seus próprios membros sobre o pleno sentido da alta missão essencial à justiça que lhes está afeta, no qual necessariamente se inclui a essencialidade à realização da democracia, bem como dependerão da coragem cívica e profissional, permanentemente demonstrada, para desempenhá-la, aperfeiçoá-la e sustentar suas prerrogativas funcionais, notadamente e de independência técnico-funcional, de matriz constitucional, em toda sua plenitude, sempre com absoluta e imarcescível certeza de que só assim se dará a essencial contribuição que a elas toca na efetiva realização do Estado Democrático de Direito em nosso país.”⁷

Passemos, então, a fazer uma breve análise do Estado idealizado pela Constituição Federal de 1988.

2. O ESTADO SOCIAL

É de conhecimento geral que a Constituição Federal incorporou ao sistema jurídico brasileiro uma gramática profunda e extensa de direitos sociais. A esse Estado que positiva uma gama relevante de direitos sociais dá-se o nome de Estado social, ou Estado providência, ou Estado de bem-estar social ou, ainda, “*Welfare State*”.

O Estado social é uma evolução do Estado liberal, idealizando a positivação de direitos sociais, com a concretização destes de forma progressiva por meio de políticas públicas, mas com todo seu aparato erguido sob uma infraestrutura capitalista.

O *Welfare State* não é uma revolução que colocou abaixo o modo de produção existente (capitalismo). Ele é fruto de reformas que alteraram profundamente o regime jurídico e político.

É cediço que muitos dos direitos sociais foram conquistados por meio de revoltas que, em vários casos, tiveram o preço de diversas vidas humanas. Onde não houve tais revoltas, prosseguiu-se numa luta ideológica em que o receio de ruptura com o modo de

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de 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: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 51.

produção existente (capitalismo) proporcionou a concessão de direitos sociais para proteção e sobrevivência das classes sociais menos privilegiadas.

O significado do Estado providência, em última análise, foi a forma encontrada pelo capitalismo para que ele tenha sobrevivido. Foi a alternativa encontrada pelo próprio capitalismo para que se mantivesse vivo na infraestrutura social, permitindo a adoção de um aspecto mais social e menos individualista na superestrutura. Vital Moreira bem resume essa dialética:

“A ideia subjacente à concepção do Estado social é, sem dúvida, a de que este se propõe fazer valer perante o econômico valores próprios do político e do jurídico (justiça, igualdade, paz social etc.). E se é certo que uma decisão pelo Estado social se tornou necessária, essa necessidade tem de explicar-se, não a partir do Estado e do direito mas a partir da própria sociedade. A transformação da representação do Estado e do direito e das suas tarefas e funções no plano da economia reflete uma prévia transformação da representação desta e da sua realidade. Deste modo, o Estado social é o Estado característico da sociedade industrial e a ideia dele está vinculada a pressupostos reais, econômicos e sociais. No fundo do Estado social está uma concreta estrutura econômica, uma forma econômica em que predomina a concentração da produção, a concentração social (produto da socialização da produção), uma técnica evoluída, um processo racional de trabalho, necessidades estandardizadas, uma sociedade dividida em classes, e ainda uma determinada forma cultural. A autonomia e o papel dominante do político, como característica do Estado social, aparece, assim, menos como uma causa do que como uma consequência.”⁸

Demonstrando também que o Estado de bem-estar social decorre de uma maior relação entre a infraestrutura econômica e a superestrutura política e jurídica, Gerhard Ritter, professor de História Moderna da Universidade de Munique, assim expõe:

“El Estado bienestar, dice, aparece hoy como una forma determinada de organización social caracterizada por la unión de una forma

⁸ MOREIRA, Vital, *A ordem jurídica do capitalismo*, 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987, p. 92.

democrática de Estado y de una economía de capitalismo privado con un sector social amplio, regulado por el Estado, a cuyas prestaciones todos tienen un derecho garantizado por el Estado según criterios de necesidades definidos jurídicamente.”⁹

O nascedouro do Estado social teve como fito a defesa da classe trabalhadora, desprivilegiada. Atualmente, seu objetivo é mais amplo, visando assegurar melhores condições de vida para a população em geral, diminuindo a miserabilidade e assegurando um tratamento mais humano. O núcleo de seu ideário passa a ser a dignidade da pessoa humana.

Seu destinatário, na sua idealização inicial, era o trabalhador. No entanto, no auge da revolução industrial, com altos índices de desemprego e outras situações que caracterizavam uma impossibilidade para o trabalho (velhice, enfermidade), esse ideário evoluiu para abarcar, também, a proteção de quem não podia trabalhar. O atual estágio dos direitos sociais compreende, além das relações de trabalho e a sua impossibilidade, questões sociais outras com vistas ao melhor desenvolvimento humano (saúde, educação, cultura, lazer, moradia, assistência aos desamparados etc.).

Não esqueçamos que o financiamento desse Estado social continua sendo o capitalismo. E, portanto, o limite desse Estado social é precisamente o limite que o capital esteja disposto ou possa despende.

De toda forma, não há como não reconhecer os avanços e os progressos obtidos a partir da adoção do constitucionalismo social. O magistério de Flávia Piovesan ressalta a passagem do constitucionalismo liberal para o social, sendo a sua conclusão:

“Movidas pelas ideias de igualdade e planificação social emergem as Constituições constitutivas, características do Estado social. Enquanto a Constituição defensiva do Estado liberal é Constituição antigoverno e antiestado, a Constituição do Estado social traz uma sociedade reconciliada com o Estado, que exige sua intervenção em domínios fundamentais. Por isso, em sua dinâmica, a Constituição Social não se apresenta como um instrumento jurídico de conformação do *status quo*, mas surge como um instrumento de direção e transformação social, bem como instrumento de implementação de políticas públicas.

⁹ RITTER A. Ritter, *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991, p. 34.

A Constituição constitutiva ou dirigente passa a consagrar os programas de atuação de um Estado intervencionista, voltado ao bem-estar social.

No que tange à Carta de Direitos decorrente da Constituição social ou constitutiva, constata-se a emergência de um renovado rol de direitos, não mais reduzido aos direitos típicos do liberalismo, a saber, o direito à liberdade, segurança e propriedade. Enquanto os direitos constitucionais de índole individualista podem resumir-se num direito geral de liberdade, os direitos de índole social resumem-se num direito geral à igualdade. A igualdade converte-se, assim, em valor essencial do sistema constitucional, tornando-se critério imperativo para a interpretação constitucional em matéria de direitos sociais.”¹⁰

3. CATEGORIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS DO ESTADO SOCIAL: DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS

O Estado social baseia sua existência em dois pilares, sendo um jurídico (direitos sociais) e outro político (políticas públicas).

Os direitos sociais tiveram seu nascedouro umbilicalmente ligado à luta de classes do século XIX. A classe proletária peleava por melhores condições de trabalho e melhores salários, já que era alçada a um modo de vivência sub-humana, quer seja no trabalho, quer seja fora dele.

Dessa forma, os direitos sociais originaram-se com destinatários muito claros: os proletários. Na sua vertente inicial, a regulação dos direitos sociais era feita pelos próprios empregados e empregadores e, por isso, era muito frágil e sem segurança, desprovida de qualquer intervenção estatal. Ou melhor: sem qualquer possibilidade jurídica de intervenção estatal.

Considerando que apenas os direitos trabalhistas não eram suficientes para dar cabo de todas as necessidades e de todos os problemas que o liberalismo causara, pois as condições sub-humanas persistiam também fora do trabalho, além do grande número de desempregados que ficavam excluídos desses direitos, verificou-se a necessidade de se prever

¹⁰ PIOVESAN, Flávia Cristina. Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 29 e 30.

direitos que deveriam encampar, também, outros riscos sociais. Com a assunção do poder político pela burguesia e considerando a possibilidade do sistema ruir, essa classe detentora do poder político e econômico logo elegeu o Estado como o ente responsável pela concessão desses outros direitos sociais diferentes dos direitos trabalhistas.

A partir daí, vários direitos sociais foram positivados, primeiro em leis esparsas e depois constitucionalizados, assumindo uma vertente de prescrições que exigem uma atuação ativa do Estado (exemplo: pagamento de benefícios previdenciários, prestação de serviços de saúde, educação, construção de moradias, instalação de saneamento básico etc.). Por isso, a intervenção estatal torna-se ínsita ao Estado social, ao Estado que prescreve direitos sociais, pois o ente público passou a ter o dever de atuar diretamente no meio social visando sanar ou reduzir os danos do capitalismo. Os direitos sociais, portanto, prevêm uma obrigação de fazer estatal, que condena a inércia.

Essa obrigação de fazer estatal se realiza por meio de prestações materiais concedidas às pessoas portadoras de alguma carência social. Como o saneamento de todas as mazelas sociais se torna impossível, pelo menos em curto espaço de tempo, torna-se premente ao Estado a elaboração de um plano de atuação, verificando quais as necessidades mais urgentes e quais as pessoas ou locais mais carentes, para que, assim, possa intervir de forma mais eficaz. A essa elaboração e efetiva intervenção é que se dá o nome de políticas públicas.

Inclina-se a doutrina, balizada nos ensinamentos de José Afonso da Silva, por considerar os direitos sociais como elementos sócio-ideológicos da Constituição, revestidos do caráter de normas programáticas¹¹ em sua maioria¹². Em sua clássica obra sobre a aplicabilidade das normas constitucionais, José Afonso inovou ao demonstrar que todas as normas constitucionais têm eficácia, inclusive que carregam consigo alto teor principiológico

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 44; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 138-156.

¹² José Afonso da Silva reconhece que existem direitos sociais que não são programáticos, tendo eficácia, portanto, direta e imediata, como é exemplo o direito à liberdade sindical (art. 8º), o direito de greve (art. 9º) (salvo dos servidores públicos, que estão na dependência direta de uma lei, art. 37, VII), autonomia das universidades (art. 207), iniciativa privada para prestação de serviços de ensino (art. 209), vinculação de receitas da educação (art. 212) (*Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 193). Esse constitucionalista elabora um método para se verificar quando “as normas programáticas têm eficácia imediata, direta e vinculante: I - estabelecem um dever para o legislador ordinário; II - condicionam a legislação futura, com a consequência de serem inconstitucionais as leis ou atos que as ferirem; III - informam a concepção do Estado e da sociedade e inspiram sua ordenação jurídica, mediante a atribuição de fins sociais e revelação dos componentes do bem comum; IV - constituem sentido teleológico para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; V - condicionam a atividade discricionária da administração do Judiciário; VI - criam situações jurídicas subjetivas, de vantagem ou de desvantagem” (Ibidem, p. 164).

ou valorativo, como as normas programáticas. A doutrina, até então, ainda se fincava no critério norte-americano das normas *self-executing* e *not self-executing*.

Sem embargo da eficácia das normas programáticas, José Afonso pondera que essa aplicabilidade é limitada, “dependente da emissão de uma normatividade futura, em que o legislador ordinário, integrando-lhe a eficácia, mediante lei ordinária lhes dê capacidade de execução em termos de regulamentação daqueles interesses visados”¹³.

O grande constitucionalista e Procurador do Estado aposentado admite uma eficácia, portanto, negativa, de revogar a legislação precedente quando incompatível com o teor dessas normas programáticas, dando ensejo ao surgimento de um direito subjetivo apenas negativo, de requerer a ab-rogação ou derrogação. Destarte, para ele, não há um direito positivo de exigir o direito consubstanciado na Constituição sem que uma lei infraconstitucional o pormenorize.¹⁴

Andreas Krell, reconhecendo a importância do trabalho de José Afonso, também faz essa advertência extraída da obra do constitucionalista de que o reconhecimento da subjetivação dos direitos sociais apenas ocorre em sua vertente negativa e pondera que a tendência atual é de estender a subjetivação dos direitos sociais também na vertente positiva, de possibilidade de se requerer o direito previsto na Constituição mesmo sem uma lei que regulamente e permita o preceito constitucional¹⁵. Andreas ainda acautela que:

“A eficácia social reduzida dos direitos fundamentais sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. O problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas políticas públicas e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos Estados e dos Municípios.”¹⁶

Néstor Pedro Sagués não restringe as normas programáticas às que têm sua eficácia positiva subordinada a uma legislação ordinária, inserindo nesse bojo também as normas com alto teor de generalidade. Entretanto, há normas constitucionais que se situam no

¹³ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 163.

¹⁴ SILVA, José Afonso da, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, cit., p. 158-163.

¹⁵ KRELL, Andreas Joachim, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 39-40.

¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 31.

limiar entre a programaticidade e a operatividade direta, mas que por vontade de alguns operadores se tornaram programáticas. São seus dizeres:

“Algunas veces, la constitución define claramente a la norma programática, ya que subordina su eficacia al dictado de una norma ordinaria (...). En otros casos, el carácter programático deriva de la generalidad de los términos que emplea la constitución (...). En el plano de las realidades, la condición de programática de una regla constitucional, cuando una constitución no la presenta nitidamente así, deriva de la voluntad de sus operadores, quienes podrán considerarla programática y operativa.”¹⁷

O que é importante extrair é que nem todas as normas de direitos sociais são programáticas. Lógico que em sua maioria o são. Mas há algumas normas sociais que não se enquadram nessa categoria e outras que foram emolduradas como normas programáticas por uma construção doutrinária e jurisprudencial. Além dos direitos sociais elencados por José Afonso que trouxemos em nota, vários direitos trabalhistas previstos no artigo 7º não são normas programáticas, tendo uma eficácia direta e imediata, como a irredutibilidade do salário (“salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”, expressão que não retira e eficácia imediata, podendo ser apenas restringível, contida), a garantia de salário nunca inferior ao mínimo (considerando que o valor do salário mínimo já foi fixado em lei), duração do trabalho não superior a 44 horas semanais, repouso semanal remunerado, direito a férias, proibição de discriminação salarial em razão de sexo, idade, cor, estado civil e portador de deficiência, proibição de trabalho aos menores de 14 anos de idade etc.

Como se percebe, alguns direitos sociais, em especial os trabalhistas, que foram os primeiros direitos sociais, não dependem de uma lei ou de uma política pública, tendo sua

¹⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, 3º ed. Buenos Aires: Astrea, 2001, v. 1, p. 110. Esse constitucionalista argentino ainda resume as teorias sobre a eficácia das normas programáticas: “1) Teoría de la Ineficacia. Sostiene que las reglas son impropias, meramente formales, que carecen de importancia como normas constitucionales (Dana Montaña). 2) Teoría de la Eficacia. En el extremo opuesto, Pina alerta que la calificación de programática a una norma es una estrategia de no vigencia de cláusulas constitucionales. Toda regla constitucional debe ser operativa, expresa, porque de lo contrario la eficacia de la constitución dependería de la voluntad de los poderes constituidos, de instrumentar o no a las normas programáticas. 3) Teoría de la Eficacia Parcial. No asimila las reglas programáticas a las operativas, pero reconoce a aquéllas el siguiente vigor: a) son reglas jurídicas de rango constitucional; b) actúan como material jurídico inductor, en el sentido de que impulsan al legislador ordinario y demás poderes constituidos a actuar de un modo específico; c) condicionan la validez de la legislación ordinaria (resultaría inconstitucional, pues, una norma subconstitucional opuesta a una norma constitucional programática), y d) sirven para interpretar la constitución.” (Ibidem, p. 111). O autor adere à última posição, consoante enfatiza (Ibidem, p. 111).

aplicação imediata independente de qualquer atuação estatal. Em verdade, vários desses direitos não estabelecem uma relação direta entre Estado e particular, mas sim entre os próprios particulares (empregado e empregador), sendo o Estado erigido a mero fiscalizador e sancionador da violação dessa relação.

Mesmo esses direitos que decorrem da relação trabalhista de eficácia imediata não coadunam com uma omissão estatal, devendo o Estado promover uma fiscalização constante para prevenir violações. Veja-se o caso da proteção contra o trabalho infantil: deve o Estado proceder a fiscalizações para impedir que esse trabalho seja perpetrado, sem que a efetivação desse dever fique na dependência de alguma política pública. Isso não significa que não deva existir qualquer política pública, pois ela é exigida, com um nítido caráter fiscalizatório, preventivo e coercitivo, quando se verificar que algum empregador utiliza essa força de trabalho. Da mesma forma com a liberdade sindical e com o direito de greve, em que deve o Estado proteger esses direitos de forma ativa, e não omissiva, fornecendo meios e impedindo ingerências externas.

Como visto, nem todos os direitos sociais têm cunho prestacional. Alguns guardam mais um conteúdo de proteção do que de prestação. No entanto, essa proteção não é sinônimo de omissão, como o é para grande parte dos direitos individuais de fundo liberal¹⁸. Essa proteção tem um caráter positivo para o Estado: fiscalização, prevenção, conscientização e coibição.

Importa ainda acentuar que as controvérsias estrangeiras acerca dos direitos sociais serem ou não direitos fundamentais não podem ser transportadas para o Brasil haja vista que a própria Constituição de 1988 os definiu como tal, os inserindo no capítulo II (relativo aos direitos sociais), dentro do título II (denominado de “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”). Nem mesmo a alegação de que a ordem social, que engloba considerável gama de direitos sociais, está no título VIII, portanto fora do título atinente aos direitos fundamentais, se sustenta como óbice ao reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais, posto que o artigo 6º (primeiro artigo do capítulo II do título II) já traz, de forma genérica, vários direitos sociais que são esmiuçados nos artigos que se seguem nesse mesmo capítulo II e no título reservado à ordem social.

¹⁸Há que ressaltar que existem direitos individuais que exigem uma pronta intervenção do Estado e até mesmo políticas públicas de fiscalização e conscientização, como é o caso da vedação da tortura e do racismo. No entanto, como se pode notar, alguns desses direitos individuais estão mais conectados ao próprio Estado social do que ao liberalismo, como é o caso da vedação ao racismo, pois no seu bojo há um ideal de proporcionar maior isonomia material entre os seres humanos.

Além do mais, mesmo os direitos individuais de primeira dimensão, na sociedade complexa em que vivemos, para serem eficazes, necessitam de um mínimo de benefícios sociais, cujos direitos sociais se tornam pressupostos. Assim, para realização dos direitos fundamentais individuais é necessário ter satisfeito um mínimo de direitos sociais. Por isso, os direitos sociais se tornam direitos fundamentais, inclusive para poder exercer os direitos individuais. Nesses termos se pronuncia Andreas Krell:

“Os direitos humanos básicos à vida e integridade física, contudo, também estão intimamente ligados aos direitos sociais, à saúde e assistência social. Aqueles são tradicionalmente considerados como direitos de defesa do indivíduo contra o Estado (da primeira geração). Para que este não interfira negativamente na liberdade das pessoas. No entanto, no Estado moderno, os direitos fundamentais clássicos estão cada vez mais fortemente dependentes da prestação de determinados serviços públicos, sem os quais o indivíduo sofre sérias ameaças de sua liberdade. Os direitos fundamentais de defesa somente podem ser eficazes quando protegem, ao mesmo tempo, as condições materiais mínimas necessárias para a possibilidade da sua realização.”¹⁹

A par disso, há quem defenda que os direitos sociais não restringem direitos individuais e sim vêm para se somar a eles. Há uma verdade e um equívoco nesse argumento, pois, de fato e de direito, o advento dos direitos sociais não anula os direitos individuais. Entrementes, é comum a colisão entre direitos particulares, precipuamente os de defesa da propriedade privada e os direitos sociais²⁰. A solução no caso de conflito é alvo de vários estudos, inclinando-se a doutrina pela aplicação do princípio da ponderação de interesses.

A análise que deve ser empreendida é a verificação de qual bem individual se está tratando, pois dependendo dele, fica mais clara a característica que o direito social vai adquirir - se de oposição ou de acréscimo. Em se tratando, por exemplo, do direito à vida, à proibição

¹⁹ KRELL, Andreas Joachim, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado*, cit., p. 47.

²⁰ Em relação ao conflito entre direitos sociais e direito privado, escreveu, em nota, José Eduardo Faria: “Os direitos sociais não complementam ou aperfeiçoam o direito privado; ao contrário, eles o esvaziam, na medida que implicam a substituição da adjudicação tradicional pela promoção de acordos baseados em sacrifícios e concessões mútuas, que se renovam continuamente; antes de se preocuparem com a ‘certeza jurídica’ como um compromisso em torno do qual os comportamentos passam a ser socialmente aceitos, flexibilizando-se desta maneira a rigidez do direito privado; o exemplo mais conhecido dessa flexibilização é o condicionamento do exercício do direito de propriedade à sua função social.” (O judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 106).

da tortura, à vedação da discriminação, à promoção da pessoa enquanto consumidora, é certo que os direitos sociais chegam para somar e até para tornar mais concretos esses direitos individuais.

Entretanto, quando os direitos individuais em pauta são os de defesa da propriedade privada e seus consectários (direitos de herança e propriedade intelectual), da ampla e irrestrita liberdade, principalmente a liberdade de contrato e de empresa, os direitos sociais se colocam como limites, colidindo, por vezes, diretamente com esses preceitos, obrigando sua restrição e, por vezes, até uma não aplicação para atendimento de uma função social.

Uma das características dos direitos sociais é sua seletividade à concretização pelo Estado. Em que pese serem direitos universais, extensíveis a todos enquanto previsão normativa abstrata, a prestação estatal deve ser ministrada aos portadores de uma carência social que legitime o Poder Público a atuar em seu benefício. Os direitos sociais são universais enquanto garantias abstratas, mas devem ser específicos em prestações positivas e concretas pelo Estado.

Essa característica da seletividade dos direitos sociais já foi ressaltada por José Eduardo Faria: “(os direitos sociais) impõem tratamentos diferenciados em favor de determinados segmentos sociais, o que corrói e subverte o tradicional primado do ‘universalismo jurídico’ inerente aos sistemas normativos de inspiração liberal.”²¹

Essa seleção de quem terá acesso aos direitos sociais, principalmente os de cunho eminentemente prestacional, é feita, em regra, por meio de uma política pública. A noção de política pública, principalmente para os operadores do direito, é algo nebuloso, ainda impenetrável no seu cerne, haja vista a tradição jurídica essencialmente formalista que nos foi imposta de análises meramente superficiais, fincadas no legal ou ilegal.

Para Maria Paula Dallari Bucci, as políticas públicas constituem o ponto nevrálgico do direito administrativo atual, que, reconhecendo a dificuldade de sua conceituação, atribui-lhe um caráter eminentemente estipulativo:

“As políticas públicas são instrumentos de ação dos governos – *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law*. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a

²¹ FARIA, José Eduardo. As transformações de judiciário em face de suas responsabilidades sociais. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 63.

serviço da coesão social – é o núcleo da ideia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas. As políticas são uma evolução em relação à ideia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao *government by men*, anterior ao constitucionalismo.”²²

Ainda para Maria Paula Dallari Bucci, “toda política pública se caracteriza pelas contradições” e, como categoria analítica, tem sempre uma conotação valorativa baseada em interesses diversos.²³

José Reinaldo de Lima Lopes também acentua que:

“Para a compreensão das políticas públicas é essencial compreender-se o regime de finanças públicas. E para compreender estas últimas é preciso inseri-las nos princípios constitucionais que estão além dos limites ao poder de tributar. Elas precisam estar inseridas no direito que o Estado recebeu de planejar não apenas suas contas mas de planejar o desenvolvimento nacional, que inclui e exige a efetivação de condições de exercício dos direitos sociais pelos cidadãos brasileiros. Assim, o Estado não só deve planejar seu orçamento anual mas também suas despesas de capital e programas de duração continuada (art. 165, § 1º).”²⁴

Diante disso, se verifica que políticas públicas não são precisamente uma categoria jurídica, pois envolvem um plano de ação governamental, o desenvolvimento de estratégias para solucionar algumas mazelas e incrementar o desenvolvimento, havendo sim uma margem de liberdade política para negociações, oportunidades e possibilidades, ligando-se muito mais a um fenômeno político e sociológico. De toda forma, não podem ser desprezadas pelo direito, devendo este dar o balizamento necessário e a eficácia esperada pela sociedade.

²² BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 252.

²³ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*, cit., p. 252.

²⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 132. Esse autor ainda adverte que “o estudo de tais normas (tributárias) restringe-se a uma perspectiva negativa dos tributaristas que invocam continuamente os princípios fixados na Magna Carta inglesa (de 1215) para argumentar sempre pela inconstitucionalidade das iniciativas do Estado. É certo que há inúmeras iniciativas inconstitucionais, mas será que nosso estudo jurídico deveria restringir-se ao estudo do limite ao poder de tributar? Será que a tanto se reduz o direito público que precisamos saber em plena transição pós-moderna, digamos assim, do Estado? Ora, os princípios da Magna Carta, para quem reconhece um pouco de história, dizem respeito à renda feudal, e não ao tributo moderno” (Ibidem, p. 132).

As políticas públicas são, como o próprio nome diz, “políticas”, portanto, com forte caráter ideológico. Também são “públicas”, o que indica o extrapolamento da mera subjetividade e da proteção exclusiva da individualidade. Aliás, elas lidam com dados objetivos, e não subjetivos. Exigem, portanto, o conhecimento da realidade e dos indicadores sociais para, a partir daí, subsidiar e fundamentar as escolhas dos detentores de mandatos políticos.

A formação de uma política pública dá-se em um ciclo que se inicia com a formulação de alternativas para se viabilizar a tomada de uma decisão, selecionando uma entre as várias alternativas apresentadas, envidando esforços para implementá-la. Depois de concretizada, deve-se exercer um controle constante para evitar desvios, realizando-se, ainda, avaliações quanto à qualidade e efetividade da política aplicada.

Esse ciclo não é estanque, de forma que terminada uma fase se inicia outra, encerrando-se a anterior. É um ciclo que, uma vez iniciado, não cessa, já que mesmo na fase de controle e avaliação, sempre são possíveis novas formulações e novas decisões.

Um suposto controle judicial incidiria nas duas últimas fases (implementação e controle), haja vista que a formulação de alternativas e a decisão de qual política será adotada são fases eminentemente políticas, cabendo essencialmente aos órgãos políticos.

A rigor, não cabe ao Poder Judiciário a iniciativa nem a elaboração de uma política pública, pois, como fases políticas, são competentes para realizá-las os Poderes Executivo e Legislativo. No entanto, é possível que o Poder Judiciário exerça um controle da omissão, induzindo a ação. Também é possível que o Poder Judiciário exerça um controle sobre as políticas públicas já concretizadas, verificando se a previsão de despesas foram de fato realizadas ou desviadas, ou se ainda as políticas em curso coadunam com o ideal de um Estado de bem-estar esculpido pela Constituição Federal.

Os direitos sociais são estruturas jurídicas complexas, dinâmicas, mutáveis consoante cada realidade social (e mesmo dentro da sociedade) e que se pesam pelo seu valor e princípios que os fundamentam. A dogmática tradicional liberal, preocupada em estabelecer padrões rígidos, estanques e imutáveis, não consegue lidar com esses novos direitos, pois não consegue se fincar no âmbito concreto e real de uma sociedade viva e ativa.

Não cabe, no exame dos direitos sociais, adotar uma única posição como a exclusivamente válida, a que deva sempre ser seguida. Não há como estabelecer um único método que seja o melhor e mais seguro, pois a dinâmica social exige e continuará exigindo

análises diversas, sob vários enfoques, concernentes ao meio a que é dirigido, à necessidade constatada, às pessoas que se pretende beneficiar e a todos os demais elementos sociais, culturais, econômicos e históricos vivenciados em determinado local.

Essa constatação evidencia o quanto ainda é atual a advertência de Hans-Georg Gadamer: “Não existe nenhum método próprio para as ciências do espírito.”²⁵. Completa o filósofo alemão:

“Se a conscientização das condições hermenêuticas presentes nas ciências da compreensão leva as ciências sociais – que não buscam ‘compreender’ mas apreender cientificamente a estrutura real da sociedade pela inclusão das compreensibilidades que se alojam na estrutura da linguagem – a sistematizações metodológicas úteis ao seu trabalho, isso certamente é um ganho científico. Mas a reflexão hermenêutica não permitirá que aquelas lhe prescrevam uma obrigação de restringir-se a essa função científica imanente, e sobretudo não permitirá que lhe impeçam de aplicar novamente uma reflexão hermenêutica ao estranhamento metodológico da compreensão que move as ciências sociais, mesmo que isso provoque uma nova desvalorização positivista da hermenêutica.”²⁶

4. O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NO ESTADO SOCIAL:

Exposta uma noção geral sobre o Estado de bem-estar social, Estado em que a Constituição Federal de 1988 erigiu sua base normativa, sobressai a primeira característica da Advocacia Pública: defender e proteger esse Estado social.

As palavras “defesa” e “proteção” não devem ser entendidas aqui no sentido tão somente reativo dos termos, como sendo uma reação a um ataque. Também é isso, mas não apenas isso. A defesa do Estado social não ocorre apenas em seu lanço negativo, mas também por um viés positivo, entabulando-se formas de concretização dos direitos sociais e das políticas públicas.

²⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. v. 1, p. 42.

²⁶ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: complementos e índices*. Tradução de Enio de Paulo Giachini. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 2, p. 278.

Devem, assim, as Procuradorias servirem de instrumento de concretização do Estado social.

Na atuação judicial contenciosa, não é apenas contestando demandas que envolvam direitos sociais que se circunscreve a atuação de um Advogado Público. Muito pelo contrário, as contestações e as defesas em juízo devem ser encaradas apenas como um dos lados de sua atuação. A atuação das Procuradorias deve ser compreendida de forma muito mais ampla do que a mera defesa em juízo.

A cada nova demanda que surge sobre direitos sociais deve o Procurador do Estado - e a própria instituição Procuradoria-Geral do Estado - se indagar se aquele tipo de demanda deveria e poderia ser evitada, quer porque guarda em si um motivo de carência social desconforme com os preceitos e objetivos do Estado providência. Assim, para esses casos, poderia o Procurador do Estado estudar meios e verificar a possibilidade da necessidade social ser atendida de forma geral, não apenas individualmente como sói acontecer com as demandas judiciais subjetivas.

Logicamente que para isso, é preciso que o Procurador do Estado e a Procuradoria Geral do Estado disponham dos meios necessários para possibilitar ao Procurador do Estado bem desempenhar esse papel, o que não se verifica ocorrer na grande maioria dos órgãos das Procuradorias de Estado dos diversos entes da federação.

A questão dos meios, da estrutura, é a pedra angular para que as Procuradorias do Estado possam desempenhar esse novo papel que lhe é atribuída pela adoção de um modelo social de Estado. A autonomia da Advocacia Pública é o pressuposto básico para que as Procuradorias possam assumir de fato e de direito suas funções constitucionais. Sem que sejam concedidos os meios, a estrutura e a autonomia necessária à Advocacia Pública, o próprio Estado social terá dificuldade em se tornar verdadeiramente de bem-estar social.

Há que se enfatizar que não é o caso de se cogitar da substituição ao Administrador Público pelo Procurador do Estado, definindo um juízo de conveniência e oportunidade para sanar determinada carência social. O que cabe ao Procurador é entabular meios, verificar hipóteses, apresentar estudos jurídicos sobre a consonância do caso individual com os objetivos gerais de concretização real do Estado social, cientificando, assim, o administrador público do dever jurídico de saná-lo e indicando qual ou quais é/são o(s) caminho(s) lícito(s) possíveis.

Na área da consultoria jurídica essa função fica mais evidente, pois a atividade do advogado público não deve se restringir a um mero parecer de legalidade ou ilegalidade, e sim apresentar os meios e os caminhos jurídicos que permitiram a concretização de uma política pública por outras formas, sem que carregue a pecha da ilegalidade.

Não é a simples elaboração de uma contestação ou de alguma defesa em juízo que esgotará a atividade de um procurador ou de um advogado público. Não é a emissão de um parecer que se restrinja a dizer a ilegalidade, impedindo assim a concretização de uma política pública. No atual contexto social, a atividade do Procurador deve ser mais proativa e menos reativa, é uma atividade mais de concretização, do que de mera burocracia.

O que se deve ter em mente é que a nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988 predispõe que a Advocacia Pública deve se colocar cada vez mais conectada com a atividade-fim do Estado, deixando de ser um órgão meramente burocrático de atividade-meio.

O professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto já se debruçou sobre essa nova característica da advocacia pública:

“Como é, hoje, amplamente reconhecido, as atividades-fim visam ao estabelecimento, manutenção, cumprimento e aperfeiçoamento da ordem jurídica, enquanto que as atividades-meio englobam todas as demais ações de aparelhamento necessárias para que o Estado seja eficaz e eficiente na execução daquelas atividades-fim.

Ora, as atividades desenvolvidas pelos Advogados do Estado se situam inequivocamente no plano das atividades-fim, ou seja: são ações voltadas ao estabelecimento, à manutenção, ao cumprimento e ao aperfeiçoamento da ordem jurídica e, apenas secundariamente, referidas ao aparelhamento do Estado.

Com efeito, o dever precípua cometido aos Advogados e Procuradores de qualquer das entidades estatais é indiscutivelmente o de sustentar e de aperfeiçoar a ordem jurídica, embora secundariamente, mas sem jamais contrariar essa primeira diretriz constitucional, possam esses agentes atuar em outras missões de natureza jurídica ou administrativa voltadas às atividades-meio, com, por exemplo, aquelas que se

desenvolvam em sustentação às medidas governamentais, à assessoria jurídica, à direção de corpos jurídicos etc.”²⁷

Para se analisar essa nova configuração de uma Advocacia Pública como atividade-fim do Estado, é preciso, primeiro, localizá-la dentro do ente público.

4.1. Um novo paradigma de separação de poderes e o surgimento de uma nova Função de Estado: Função Essencial à Justiça

A separação absoluta de poderes nos moldes idealizados para o Estado liberal, seguindo as lições de Montesquieu, que previa a definição de Poderes rígidos e totalmente independentes, não encontra guarida no desenvolvimento do *Welfare State*.

Como oposição ao Estado absolutista, em que todo o poder ficava concentrado nas mãos do monarca, a separação de poderes teve seu espírito revolucionário, impedindo as arbitrariedades advindas da confusão entre rei e o Estado.

Com o fim do Estado absolutista e o surgimento do Estado liberal, a separação de poderes encontrou seu ápice, preconizando uma completa separação das funções estatais, incomunicáveis entre si, em que cada poder deveria atuar como uma ilha, isolado dos demais. Numa nova roupagem estatal voltada mais para o intervencionismo em prol do social, uma rígida separação de poderes perde seu caráter revolucionário e passa a adquirir contornos de impedimento à plena realização do Estado de bem-estar.

É axiomático que não se pretende a volta da concentração de poderes, mas um maior intercâmbio, uma atuação conjunta, uma maior intercomunicabilidade, uma maior harmonia entre os “Poderes” passa a ser imperativa.

Como o Estado social é aquele ente público que sai do seu estado de inércia, antes preconizada pelo Estado liberal, para adotar um modelo bem mais intervencionista, não pode a separação de poderes servir de contenção ou até mesmo de reação a essa evolução. Deve-se, assim, buscar um novo paradigma de separação de poderes, sem anular este princípio, que tem importância insofismável para controle estatal e do governante, além de ser elemento essencial para existência de uma Democracia²⁸.

²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito, ob. cit. p. 41.

²⁸ Paulo Bonavides expõe, com a clareza que lhe é peculiar, essa necessidade de alteração no conteúdo do princípio da separação de poderes: “Chegamos, de nossa parte, a essa conclusão: a teoria da divisão de poderes

Numa primeira evolução do princípio em comento, dogmatizou-se a teoria dos freios e contrapesos (*check and balances*), em que cada poder atuaria controlando e intervindo no outro. Atualmente, a tese que se tem propagado é a de colaboração, de reconciliação entre os poderes, que devem atuar de forma harmônica, numa relação de complementaridade, e não de exclusão.

Como bem se expressa Paulo Bonavides:

“É possível ir mais longe e, em abono a teoria de Montesquieu, afirmar que o princípio evoluiu, no campo do constitucionalismo, de aplicação empírica e de interpretação assinaladamente restrita, para conceituação aprimorada, em que os poderes, como aspectos diversos da soberania, se manifestam em ângulos distintos, abandonando-se, daí, expressões impróprias e antiquadas, quais sejam *separação* e *divisão*, substituídas por outras mais corretas, a saber, *distinção*, *coordenação* e *colaboração*.

Há tratadistas e expositores que preferem, ao termo *poder*, o termo *função*. Essas emendas à doutrina são fundamentais e esclarecem que os poderes caminham para uma integração, compatível com a larguíssima esfera de ação estatal, a qual progressivamente se estende, com o acréscimo de novas responsabilidades sociais e econômicas, que perdem sua configuração jurídica meramente tutelar e formalista para se converterem em elementos materiais e consubstanciais do conceito de Estado.”²⁹

Classicamente, então, a separação de poderes apregoa a existência de 3 Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, independentes entre si. Numa visão mais moderna, a

foi, em outros tempos, arma necessária da liberdade e afirmação da personalidade humana (séculos XVIII e XIX). Em nossos dias é um princípio decadente na técnica do constitucionalismo. Decadente em virtude das contradições e da incompatibilidade em que se acha perante a dilatação dos fins reconhecidos ao Estado e da posição em que se deve colocar o Estado para proteger eficazmente a liberdade do indivíduo e sua personalidade.

A liberdade contra o Estado é uma ideia morta. Ingressamos, como se vê, no seguinte dilema: ou alcançamos a liberdade no Estado – e para tanto se mostrará obsoleto o princípio constitucional clássico -, ou, com a hipertrofia dos fins do Estado, seremos esmagados pela ascensão do totalitarismo estatal, que já deu, e continua dando, sombrias mostras da maneira impetuosa e da irrefreável desenvoltura com que é capaz de suprimir, a golpes de opressão, a democracia e a liberdade” (Do Estado Liberal ao Estado Social. 7º ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 86.

²⁹ Do Estado Liberal ao Estado Social, ob. cit. p. 73.

distinção de poderes prevê, basicamente, 3 funções: função executiva (administrativa), função legislativa e função jurisdicional.

Curiosamente, nossa Constituição Federal de 1988, no Título IV, que versa sobre a Organização dos Poderes, dividiu-o em 4 capítulos, a saber: do Poder Legislativo, do Poder Executivo, do Poder Judiciário e das Funções Essenciais à Justiça. Dentro desse último capítulo ela trata, de forma inovadora, do Ministério Público, da Advocacia Pública, da Advocacia e da Defensoria Pública. Em que pese o artigo 2º da Constituição Federal especificar que os Poderes são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, o Título IV acrescentou a esse rol as funções essenciais à Justiça.

Seguindo a doutrina constitucionalista clássica da separação de “poderes”, de fato, é difícil localizar o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública na organização do Estado brasileiro. Todavia, se nos orientarmos pela doutrina mais contemporânea do Direito Constitucional, que se baliza numa separação de “funções”, e não de “poderes”, a tarefa de situar o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública no organograma estatal ganha mais lógica na interpretação da subdivisão procedida pelo Texto Fundamental, que adotou 4 capítulos.

Compatibilizando, assim, o artigo 2º com o Título IV, a interpretação que nos parece mais adequada é a que apregoa a existência de 3 Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), sendo completada por mais uma função de Estado, que não se encaixa especificamente em nenhum dos outros poderes: função essencial à Justiça!

E essa nova função estatal, função de realizar a Justiça, é signo do Estado social. Destarte, além das funções executivas, legislativas e judiciárias - exercidas de forma típica pelos Poderes constituídos a que se referem - a Constituição Federal de 1988 idealizou uma nova função de Estado, que é a Função de promoção da Justiça.

A Constituição Federal de 1988 busca, com isso, além do conteúdo legal, dar um conteúdo ético ao Estado. Por isso, não poderia incluir as carreiras que entende como essencial a realização da Justiça em qualquer dos Poderes constituídos, sob pena de subverter o próprio ideário a que se fincou o Texto Fundamental. O ideal de Justiça é um ideal do próprio Estado, e não de um dos Poderes. Incluir essas carreiras num dos Poderes seria como se somente um dos Poderes fosse o responsável por promover a Justiça. Não é esse o entendimento que salta aos olhos. A Justiça não é exclusividade de qualquer dos poderes, e sim é um objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º, I).

Então, as carreiras essenciais à Justiça não poderiam constituir um novo Poder, pois aí daria a entender que somente esse novo Poder estaria jungido à obrigação de realizar a Justiça. Sabiamente, a Constituição inseriu as carreiras essenciais à Justiça na parte da organização formal do Estado, inaugurando uma nova função, sem a constituição de um Poder formal. O objetivo é que essas carreiras possam promover o enquadramento de um ideal de Justiça em todos os demais Poderes, atuando à parte deles, até como forma de possibilitar a melhor coordenação e cooperação entre os mesmos, seguindo, desse modo, o novo paradigma da separação de poderes.

As carreiras abrangidas no capítulo das Funções Essenciais à Justiça são carreiras que, a rigor, não pertencem exclusivamente a um único poder. Elas atuam, por vezes, com autonomia a todos os Poderes, processando o próprio Estado ou os agentes de quaisquer dos Poderes e, não raro, podendo atuar como moderadores dos conflitos entre os Poderes.

Fincando-nos mais de perto no exemplo da Advocacia Pública, que é nosso objeto de estudo, é sabido que ela não defende apenas o Executivo. Ela defende o Estado, ou seja, todos os Poderes reunidos. É uma Advocacia de Estado, e não uma Advocacia do Executivo. Destarte, atos do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e, como não poderia deixar de ser, do Poder Executivo são defendidos pela Advocacia Pública.

Seus membros, assim como os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público, recebem por meio de subsídios, nos termos do artigo 37, XI, da CF³⁰, como membros ocupantes de cargo em carreira de Estado, e não do Executivo. Isso significa que o limite de seus vencimentos não é o do Prefeito ou do Governador, mas sim o dos Ministros do STF. Ou seja, o parâmetro de remuneração não é o do Poder Executivo, e sim do Poder Judiciário.

O fato dos Chefes dessas Instituições serem nomeados pelo Chefe do Poder Executivo não desnatura a autonomia que deve reger essas carreiras, até porque os Ministros do STF também são nomeados pelo Chefe do Poder Executivo, sem que isso denote subserviência do Poder Judiciário ao Poder Executivo. Essa nomeação não é nada mais do que

³⁰ “XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos”

consequência direta da aplicação da teoria do *check and balances* da separação de poderes ou da distinção de funções.

Então, não é possível enquadrar a Advocacia Pública, o Ministério Público e a Defensoria Pública em qualquer dos Poderes constituídos. Essas carreiras exercem, portanto, uma função mais social do que estatal, de promoção da Justiça.

Nessa linha de raciocínio, fica claro que a atividade desempenhada tanto pela Advocacia Pública, como pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública é uma função-fim, que é a função de realizar a Justiça.

No caso da Procuradoria de Estado, essa atividade-fim deve ser analisada sob dois enfoques: 1) atividade-fim própria de promoção da Justiça; 2) atividade-fim relacionada aos demais poderes do Estado.

Em relação ao item 1 já discorremos acima. É a atividade-fim essencial a que a Constituição erigiu a Advocacia Pública de promover a Justiça como atividade ínsita a sua própria atuação.

No que tange ao item 2, a atividade-fim se apresenta no assessoramento jurídico que a Advocacia Pública deve realizar para efetiva concretização das políticas públicas, na defesa em juízo das políticas públicas realizadas e a se realizar, a defesa em juízo dos atos produzidos pelos demais poderes quando não eivados de algum vício que os macule.

Enquanto o item 1 versa sobre a própria atividade das Procuradorias como uma atividade-fim para o Estado, o item 2 trata da justaposição das Procuradorias às atividades-fim dos demais poderes. Ou seja, pelo item 1 a própria atividade da Advocacia Pública deve ser vista como uma atividade-fim em si mesma; pelo item 2, a atuação da Advocacia Pública deve ocorrer ao lado das atividades-fim dos demais Poderes.

Para que a plenitude dessas atividades se concretizem, visando tornar o Estado mais Justo, a Advocacia Pública deve ser tratada como uma Advocacia de Estado, e não de Governo ou até mesmo do governante, como vem ocorrendo.

4.2. Advocacia de Estado e não de Governo:

Segundo Eros Grau:

“(…) Estado e governo não se confundem. O Estado é uma instituição, abstrata. Embora aja como um ator no embate das forças políticas, no exercício do poder estatal, o Estado é, concomitantemente, o troféu da política, disputado por essas forças, interessados na conquista desse mesmo poder, o poder estatal (...). Falta aos nossos juristas o discernimento de que Estado e sociedade constituem dois momentos de uma só unidade e de que, como ensina Hegel, o indivíduo obtém a sua liberdade substancial ligando-se ao Estado como à sua essência, como ao fim e ao produto da sua atividade (...). Nesta senda, haveria uma ‘confusão entre Estado e governo e a equivocada concepção de que seria ele, o Estado, o grande vilão, o inimigo mais temível da sociedade’.”³¹

Do que se depreende desse excerto colacionado é que Estado e governo não se confundem. São figuras distintas. O Estado é algo abstrato e permanente na Idade Moderna; já o governo é mais efêmero, sem embargo da existência de governos totalitários que podem se valer do poder do Estado para se perpetuar no tempo.

O “Poder” é do Estado e não do governo. O governo apenas se vale de parcela desse “poder” enquanto dirigir os caminhos do Estado.

O Estado é mais amplo do que o próprio governo, pois carrega consigo um corpo transitório (governo) e um corpo fixo, mais estável, consubstanciado nos espaços, serviços, servidores e obras públicas, que extrapolam os limites temporais de um governo. As fronteiras, o espaço aéreo e marítimo, os edifícios e praças públicas, as ruas e rodovias, serviços como de saúde e educação, os servidores concursados constituem exemplos do corpo estável do Estado, que não se limitam ao tempo de um governo. Lógico que o governo pode dar uma diretriz para esse corpo fixo, como afetar ou desafetar edifícios e praças públicas, investir mais ou menos na saúde e educação etc. Contudo, inegável que esse corpo fixo também exerce um poder estatal, que acarreta direitos e deveres para os administrados e acaba por influir no governo.

A própria instituição onde se instala o governo (Poder Executivo e Poder Legislativo) constitui um corpo fixo, pois permanecerá posteriormente à saída de um governo e o ingresso de outro. É cediço, portanto, que não se deve confundir Estado e governo. Este

³¹ GRAU, Eros Roberto, *Direito posto e direito pressuposto*, 6. ed. São Paulo, Malheiros, 2005, p. 257-259.

último ocupa um espaço do Estado, exercendo parcela de seu poder, mas que em nenhum momento esgota toda a complexidade do ente público.

Entretantes, considerando que o governo ocupa transitoriamente um espaço no Estado, que lhe outorga o poder de dirigir várias atividades, parece-nos claro que em caso dessa atividade ser muito aquém das potencialidades do Estado e esperada pela sociedade, ou em caso de abuso ou desvio do poder do Estado, quem deve responder, mais do que o próprio Estado, é o governo que o dirige.

Ora, se o governo usa inadequadamente o poder do Estado, abusando ou o omitindo, deve ser responsável por esse uso. Isso se evidencia mais quando verificamos que o Estado se mantém e o governo se esvai. Na forma como funciona a responsabilidade estatal atual, fica o Estado com todo o encargo do governo, que pode se conservar no cenário político ou simplesmente sair, sem que nenhuma consequência lhe seja carregada.

Nesses casos de completo descompasso entre o Estado e o Governo, não pode qualquer membro da Advocacia Pública defender o governo em detrimento do Estado. A defesa deve ser sempre a do Estado, mesmo que para isso deva direcionar a consequência de um ato danoso diretamente ao governante, excluindo o Estado do litígio.

A Procuradoria que se pretende para o Estado social é uma Procuradoria de Estado, e não do Governo. O Procurador, ao atuar, deve sempre se indagar se a atuação a ser empreendida atende os interesses do Estado, ou se atende unicamente aos interesses do governo, totalmente divorciada dos objetivos estatais e de nossa Constituição.

Somente com o delineamento de uma Advocacia de Estado, e não de governo, é que as Procuradorias poderão se constituir, de fato e de direito, em uma função essencial ao Direito.

4.3. Da necessidade de autonomia para a Advocacia Pública:

Inexplicavelmente, nossa Constituição Federal apenas não previu autonomia para a Advocacia de Estado entre as funções relacionadas como essenciais à Justiça.

Tanto ao Ministério Público³² quanto à Defensoria Pública³³ foram previstas expressamente a autonomia funcional e administrativa. Em total falta de sintonia de carreiras sob a mesma rubrica constitucional, não foi prevista autonomia para a Advocacia Pública.

É de se ressaltar que tramita na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda Constitucional nº 82/2007³⁴, de autoria do Deputado Flávio Dino, que visa acrescentar os artigos 132-A, 135-A e 168, visando atribuir autonomia funcional, administrativa e financeira à Advocacia Pública, estabelecendo, ainda, prerrogativas aos Procuradores do Estado, como inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e independência funcional, com vistas a criar efetivamente uma Advocacia de Estado, e não uma advocacia de governo.³⁵

³² Art. 127, par. 2º: “Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento”.

³³ Art. 134, par. 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”.

³⁴ Pela importância do tema, vale a íntegra da PEC: “Art. 1º Ficam acrescentados os seguintes Artigos 132-A e 135-A à Constituição Federal:

“Art. 132-A. O controle interno da licitude dos atos da administração pública, sem prejuízo da atuação dos demais órgãos competentes, será exercido, na administração direta, pela Advocacia-Geral da União, na administração indireta, pela Procuradoria-Geral Federal e procuradorias das autarquias, e pelas Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, as quais são asseguradas autonomies funcional, administrativa e financeira, bem como o poder de iniciativa de suas políticas remuneratórias e das propostas orçamentárias anuais, dentro dos limites estabelecidos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.”(NR)

“Art. 135-A. Aos integrantes das carreiras da Defensoria Pública, bem como da Advocacia da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal, dos procuradores autárquicos e das procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios serão garantidas:

a) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa;

b) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do art. 39, § 4º, e ressaltado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I;

c) independência funcional.” (NR)

Art. 2º O art. 168 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

“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, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias Gerais dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como 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 da Constituição Federal.”(NR)

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.”

³⁵ A justificativa exposta pelo nobre Deputado Flávio Dino na PEC 82/2007 resume todo o anseio social pela aprovação dessa PEC. Segue, *ipsi literis*:

“A Advocacia-Geral da União é a instituição constitucional que, no âmbito da administração direta federal, exerce a advocacia de Estado, função essencial à Justiça. No âmbito da administração indireta, a função é desempenhada pela Procuradoria-Geral Federal e pelos procuradores autárquicos.

Assim, a aprovação da nova redação à Seção II do Capítulo das Funções Essenciais à Justiça mostra-se um avanço para o controle prévio de regularidade dos atos administrativos. Por outro lado, a atribuição de autonomies às entidades das esferas estaduais e municipais deriva do Princípio da Simetria.

Sabe-se que a sistemática da Constituição da República preza pelo paralelismo entre as instituições públicas nele contidas. Com isso, o Ministério Público Federal possui as mesmas autonomies e prerrogativas que os Ministérios Públicos Estaduais (§ 2º do art. 127), o mesmo ocorrendo com a Defensoria Pública.

Somente com a aprovação dessa PEC é que as Procuradorias poderão exercer profundamente a função a que a Constituição lhes incumbiu de tornar nosso país mais Justo.

Nos congressos sobre Advocacia Pública muito já se escreveu sobre a autonomia. Para não sermos repetitivos e não nos dispersarmos do sonho possível e mais próximo da autonomia trabalhada nos termos da PEC 82/07, nos limitamos a fazer coro pela rápida aprovação desse novel instituto, colocando a Advocacia Pública no mesmo nível das demais carreiras essenciais à Justiça e possibilitando às Procuradorias de Estado ser, verdadeiramente, uma Procuradoria do Estado de bem-estar social.

CONCLUSÕES:

1) A Advocacia Pública, no Brasil, vem passando por um processo de assunção de uma identidade própria, diferenciando-se das demais carreiras jurídicas. Se no passado, a atividade da Advocacia Pública se confundia com as demais carreiras jurídicas, quer seja pelas suas competências, quer seja pelas pessoas que a integravam, após a CF/88 a assunção de uma identidade própria é imperativa para consecução de um Estado de Justiça.

2) A Advocacia Pública tem uma esfera de competência própria, diferenciada das demais carreiras jurídicas, mas de igual estatura e importância para concretização da Justiça.

3) A Advocacia Pública, como órgão de defesa do Estado Social, deve assumir a coparticipação pela concretização da Justiça Social.

4) Em que pese o artigo 2º da nossa CF/88 tratar como Poderes apenas o Legislativo, Executivo e Judiciário, fato é que no capítulo da Organização dos Poderes inseriu uma nova função – Função Essencial à Justiça – não inserindo-a em nenhum dos Poderes. Dessa forma, a guisa de conclusão, não é possível enquadrar a Advocacia Pública como um órgão do Poder Executivo, com o fito de defendê-lo, exclusivamente. A Advocacia Pública é órgão de defesa do Estado, portanto, de todos os Poderes.

Dentro desse contexto, a autonomia funcional e as demais garantias previstas no texto da presente proposta de emenda à Constituição representam fator indispensável para que a função constitucional dos referidos órgãos seja alcançada pelos respectivos titulares.

Finalmente, ressaltamos que as autonomias propostas são razoáveis e submetidas ao controle parlamentar, visando garantir melhores condições institucionais para que os membros da Advocacia de Estado exerçam suas funções em favor da sociedade, motivo pelo qual solicito o apoio dos nobres Pares.”

5) A Advocacia Pública, ao ser enquadrada no rol das Funções Essenciais à Justiça pela CF/88, deve ser tratada mais como carreira-fim, que possibilita a concretização do fim último do Estado Social, que é a realização a Justiça Social.

6) Pelo fato da Advocacia Pública desempenhar uma função essencial ao Estado Social, não pode ser tratada como mera atividade-meio, de cunho meramente burocrático.

7) A concretização do Estado Social impõe à Advocacia Pública a adoção de uma conduta mais proativa e menos reativa, visando concretizar finalidade sociais e apontar caminhos, e não se limitando a dizer se é legal ou ilegal.

8) A Advocacia Pública é órgão de defesa do Estado, e não especificamente do Governo.

9) A questão estrutural das Procuradorias do Estado passa a ser nodular para que a Advocacia Pública possa assumir e bem desempenhar esse novo papel que lhe é atribuída pela adoção de um modelo social de Estado. A autonomia da Advocacia Pública é o pressuposto básico para que as Procuradorias possam assumir de fato e de direito suas funções constitucionais. Sem que sejam concedidos os meios, a estrutura e a autonomia necessária à Advocacia Pública, o próprio Estado social terá dificuldade em se tornar verdadeiramente de bem-estar social.

10) Para cabal desempenho das funções essenciais a serem realizadas pela Advocacia Pública é de suma importância que seja aprovada a Proposta de Emenda Constitucional nº 82/2007, de autoria do Deputado Flávio Dino, que atribui autonomia funcional, administrativa e financeira à Advocacia Pública, além de outras prerrogativas funcionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 7º ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito administrativo e políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2007. v. 1.

_____. Verdade e método II: complementos e índices. Tradução de Enio de Paulo Giachini. 8. ed. Petrópolis: Vozes, 2002. v. 2.

GRAU, Eros Roberto, Direito posto e direito pressuposto, 6. ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

KRELL, Andreas Joachim, Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do judiciário no Estado social de direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de 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: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987.

PIOVESAN, Flávia Cristina. Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

RITTER A. Ritter. *El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 1991.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. 3º ed. Buenos Aires: Astrea, 2001, v. 1.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Aplicabilidade das normas constitucionais. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.