



Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD
Programa de Pós-Graduação em Direito

FILIPO BRUNO SILVA AMORIM

A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS:
um estudo acerca da defesa judicial da União, no marco constitucional do
Estado democrático de direito.

Brasília/DF
2012

FILIPO BRUNO SILVA AMORIM

A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS:
um estudo acerca da defesa judicial da União, no marco constitucional do
Estado democrático de direito

Dissertação apresentada ao curso de mestrado em
Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário
de Brasília (CEUB), como requisito final à
concessão do título de mestre em Direito.

Professor Orientador: Doutor Luís Carlos Martins
Alves Júnior.

Brasília/DF
2012

Amorim, Filipo Bruno Silva.

A Advocacia-Geral da União e as Políticas Públicas: um estudo acerca da defesa judicial da União, no marco constitucional do Estado democrático de direito / Filipo Bruno Silva Amorim. -- Brasília: O Autor, 2012.

253 f.

Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Brasília Programa de Mestrado em Direito. Orientador: Professor Doutor Luís Carlos Martins Alves Júnior.

1. Direito Constitucional. 2. Advocacia-Geral da União. 3. Sociedade. 4. Estado. 5. Governo. 6. República. 7. Federação. 8. Separação dos Poderes. 9. Função Essencial à Justiça. 10. Interesse Público. 11. Políticas Públicas. Luís Carlos Martins Alves Júnior (Orientador).

CDU:

FILIPO BRUNO SILVA AMORIM

A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS:
um estudo acerca da defesa judicial da União, no marco constitucional do
Estado democrático de direito.

Dissertação apresentada ao curso de mestrado em
Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário
de Brasília (CEUB), como requisito final à
concessão do título de mestre em Direito.

Professor Orientador: Doutor Luís Carlos Martins
Alves Júnior.

Brasília, 29 de agosto 2012.

Banca Examinadora:

Professor Doutor Luís Carlos Martins Alves Júnior (orientador)

Professor Doutora Júlia Maurmann Ximenes

Professor Doutor Jefferson Carús Guedes

Professor Doutor Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

*A Denise, minha esposa, e a Heloísa, fruto
mais lindo, sincero e esperado do nosso
amor, incondicionalmente dedico.*

AGRADECIMENTOS

A Deus pela coragem e força a mim conferidos no decorrer desse percurso.

Aos meus pais, Flávio e Ana Rosa, pelo exemplo de vida que me foi entregue como modelo, e pelo amor e dedicação que sempre me ofertaram.

Ao meu avô, Francisco Tertuliano da Silva, e ao meu padrinho, Walmyr Manoel Lemos, que lá do alto sempre me deram serenidade e inspiração para seguir em frente.

Aos meus professores do CEUB, em especial ao professor Luis Carlos Martins Alves Júnior, que tão bem souberam transmitir os conhecimentos que hoje posso me orgulhar de compartilhar com a comunidade acadêmica e com a comunidade jurídica.

À Escola da Advocacia-Geral da União, na pessoa da sua Diretora, minha amiga Juliana Sahione Mayrink Neiva, que investiu em mim e confiou que esse investimento renderia frutos à instituição que tanto me orgulha integrar.

À Procuradoria-Regional Federal da 1ª Região, na pessoa da minha amiga Adriana Maia Venturini, pelo constante incentivo e apoio nessa jornada acadêmica.

Aos meus colegas e amigos de mestrado, com quem compartilhei momentos de alegria e dificuldades nessa árdua, mas gratificante, caminhada.

Aos meus amigos Patrícia de Moraes Patrício e Geraldo de Azevedo Maia Neto pela ajuda na pesquisa e revisão deste trabalho.

A todos, os meus mais sinceros agradecimentos.

LISTA DE SIGLAS

ADCT	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia-Geral da União
ANAUNI	Associação Nacional dos Advogados da União
ANEEL	Agência Nacional de Energia Elétrica
APP	Área de proteção permanente
CDN	Conselho de Defesa Nacional
CEFET	Centro Federal de Educação Tecnológica
CF	Constituição Federal
CGAU	Corregedoria da Advocacia da União
CGU	Consultoria-Geral da União
CONAMA	Conselho Nacional de Meio Ambiente
CSAGU	Conselho Superior da Advocacia-Geral da União
DOU	Diário Oficial da União
EC	Emenda Constitucional
EIA	Estudo de Impacto Ambiental
EOAB	Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil
FEJ	Função Essencial à Justiça
FUNAI	Fundação Nacional do Índio
FUNASA	Fundação Nacional de Saúde
FUNCEP	Fundação Centro de Formação do Servidor Público
GEPAC	Grupo de Acompanhamento do PAC

IBAMA	Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICMS	Imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação
IE	Imposto de Exportação
IF	Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia
IGF	Imposto sobre Grandes Fortunas
II	Imposto de Importação
INCRA	Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
INMETRO	Instituto nacional de metrologia, normalização e qualidade industrial
INPE	Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais
INSS	Instituto Nacional do Seguro Nacional
IOF	Imposto sobre operações Financeiras
IR	Imposto de Renda
ITR	Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural
MERCOSUL	Mercado Comum do Sul
OMC	Organização Mundial do Comércio
PAC	Programa de Aceleração do Crescimento
PAN	Planos de ação nacional para espécies da fauna e flora ameaçadas
PET	Petição
PGBC	Procuradoria-Geral do Banco Central
PGF	Procuradoria-Geral Federal
PGFN	Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
PGU	Procuradoria-Geral da União
PIB	Produto Interno Bruto

SGCS	Secretaria-Geral de Consultoria
SGCT	Secretaria-Geral de Contencioso
SPI	Serviço de Proteção aos Índios
STF	Superior Tribunal Federal
TIRSS	Terra Indígena Raposa Serra do Sol
UHE	Usina Hidrelétrica

RESUMO

Este trabalho visa a analisar o papel da Advocacia-Geral da União – AGU na formulação e implementação de políticas públicas na esfera federal. Introduce-se o tema cotejando a dinâmica existente entre os atores que direta ou indiretamente influem na formação da agenda política Estatal, em um ambiente democrático. Especificamente, a pesquisa procura verificar a relação existente entre a sociedade, o Estado e o governo para, em seguida, analisar as origens do interesse público e das políticas públicas, especialmente no que toca às fases que compreendem a sua formulação e implementação. Estuda-se, ainda, a natureza jurídica e o *status* constitucional da Advocacia-Geral da União, como Função Essencial à Justiça, na busca, por fim, da visualização da formulação e da implementação das políticas públicas sob a sua ótica, de modo específico no que toca ao contencioso judicial. Ao cabo, e nesse sentido, descreve-se a atuação da AGU em três relevantes feitos judiciais que tramitaram junto ao Supremo Tribunal Federal, a fim de avaliar se sua atuação nos referidos processos auxiliou a manutenção da política pública estatal pretendida.

Palavras-chave:

Direito Constitucional. Advocacia-Geral da União. Sociedade. Estado. Governo. República. Federação. Separação dos Poderes. Função Essencial à Justiça. Interesse Público. Políticas Públicas.

ABSTRACT

This work examines the role of the Office of the Attorney General of the Union (“AGU”) in formulating and implementing public policies at the federal level. The topic is introduced by analyzing the dynamics amongst players that directly or indirectly influence the formation of the state's political agenda in a democratic environment. Specifically, the research tries to study the relationship among society, State and government, to analyze, then, the creation process of public interest and public policy, especially regarding the phases that are comprised in its formulation and implementation. The work also studies the legal and constitutional status of the Office of the Attorney General of the Union (“AGU”), as an “Essential Function to Justice”, culminating in the definition of its own point of view about the formulation and the implementation of public policies, especially in court litigation. Finally, it describes the action of “AGU” in three relevant judicial issues in Brazilian Supreme Court of Justice (“STF”), to verify if the performance of the Office of the Attorney General of the Union (“AGU”) helped in the maintenance of public policies of Brazilian State.

Keywords:

Constitutional Law. Office of the Attorney General of the Union (“AGU”). Society. State. Government. Republic. Federation. Separation of Powers. Essential Function to Justice. Public Interest. Public Policies.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
CAPÍTULO I - SOCIEDADE, ESTADO E GOVERNO – A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A FORMAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	21
1.1 Sociedade.....	23
1.2 Estado democrático.....	32
1.2.1 Elementos constitutivos do Estado.....	34
1.2.2 Separação dos Poderes.....	41
1.3 Governo – Legitimidade e Democracia Presidencialista.....	46
1.3.1 Legitimidade – o “algo mais” que confere fundamento ao “Poder”	47
1.3.2 Forma democrática de governo	52
1.4 A República Federativa do Brasil.....	57
1.4.1 O Federalismo no Brasil.....	58
1.4.2 A Separação dos Poderes nas Constituições brasileiras – um breve passar de olhos.....	60
1.4.3 Estado Democrático de Direito	66
1.5 Interesse Público como bússola a nortear o processo de formação das Políticas Públicas.....	69
1.5.1 Interesse Público.....	69
1.5.2 Políticas Públicas.....	82
CAPÍTULO II - ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: ORIENTAÇÃO JURÍDICA DO PODER EXECUTIVO E DEFESA JUDICIAL DA UNIÃO.....	89
2.1 A construção da AGU e a história da orientação jurídica e da defesa judicial do Estado brasileiro: Império e República	89
2.2 A instituição AGU: suas carreiras, seus membros e suas atribuições	95
2.2.1 Das carreiras que integram a Advocacia-Geral da União e do Advogado-Geral da União.....	95
2.2.2 Do regime jurídico dos Advogados Públicos Federais e dos limites éticos de sua atuação.....	109

2.2.3 Das competências constitucionais e legais da Instituição	115
2.3 A AGU como Função Essencial à Justiça – autonomia funcional e independência coordenada.....	131
2.4 A Atuação da AGU na busca pela construção e defesa das Políticas Públicas de Estado – notas descritivas sobre o PAC e sobre o empreendimento da Usina Hidrelétrica de Belo Monte	141
CAPÍTULO III - A ATUAÇÃO DA AGU NA DEFESA JUDICIAL DA UNIÃO: ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS	163
3.1 Ação Popular (PET) n. 3388 – A atuação da AGU na demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol.....	164
3.1.1 Dos argumentos da AGU.....	167
3.1.2 Do Acórdão do STF.....	176
3.2 ADPF n. 101 – A atuação da AGU no caso da importação de pneus usados.....	186
3.2.1 Dos argumentos da AGU.....	188
3.2.2 Do Acórdão do STF e do Parecer do MPF.....	193
3.3 ADI n. 3510 – A atuação da AGU na defesa das pesquisas com células-tronco	212
3.3.1 Dos argumentos da AGU.....	213
3.3.2 Do Acórdão do STF.....	221
CONCLUSÕES	230
REFERÊNCIAS	239

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa¹ tem por escopo analisar o envolvimento da Advocacia-Geral da União - AGU, Função Essencial à Justiça, prevista no art. 131² do texto da Constituição Federal, no desenvolvimento e viabilização das políticas públicas do Estado brasileiro, que se dá, de maneira prévia, por meio de orientação prestada ao Poder Executivo, bem como na defesa judicial da União, em momento posterior.

Tal estudo parte da premissa de que grande parte das políticas públicas é desenvolvida e efetivada pelos governos dos Estados Nacionais, em conjunto com os demais atores sociais, em especial com as “forças de mercado”. No caso do Brasil, o Poder Executivo Federal³ – entendido este de forma ampla, a abranger tanto a Administração Direta quanto a Indireta (autarquias e fundações públicas federais) –, representado, em última instância, pela figura do Presidente da República, detém, na pessoa deste último, concomitantemente as competências de Chefia de Estado e de Chefia de Governo.

Neste sentido, outras não são as palavras de Francisco G. Heidemann (2009, p. 28) quando afirma que “em termos político-administrativos, o desenvolvimento de uma sociedade é o resultado das decisões formuladas e implementadas pelos governos dos Estados em conjunto com as demais forças vivas da sociedade (atores sociais), sobretudo com as chamadas ‘forças de mercado’⁴. Em seu conjunto, essas decisões, ações e/ou inações de

¹ A dissertação aborda o tema proposto com esteio na técnica de pesquisa bibliográfica, buscando elementos na legislação pertinente à matéria, na doutrina (livros, artigos, periódicos, discursos etc.) nacional e estrangeira e na jurisprudência pátria.

Nesse contexto, o aprofundamento do tema, tendo-se em conta todo o arcabouço teórico que já foi produzido, é uma importante, para não dizer imprescindível, fonte e técnica de abordagem, sem, contudo, nos olvidarmos do estudo específico dos casos que servirão de supedâneo empírico à confirmação ou negação da possível contribuição conferida pela AGU na formulação e implementação das políticas públicas nacionais.

² Constituição Federal de 1988 – Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

³ Constituição Federal de 1988 – Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] II – exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; [...] XI – remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias; [...] XXIII – enviar para o Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição; [...] XXVII – exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

⁴ Nas palavras de Ferdinand Lassalle (2008, p. 17-18) as forças vivas da sociedade são os “fatores reais de poder”, que reinam em uma dada sociedade e fundam a essência de uma constituição, sem os quais a lei fundamental não passaria de uma simples “folha de papel”, *verbis*: “Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação.

governo e de outros atores sociais, constituem o que se conhece com a denominação de políticas públicas”.

Acerca dessa gama de poderes que permeiam o estrato social, Georges Burdeau (2005, p. 71) discorre sobre a relação existente entre o “Poder” estatal e os poderes de fato⁵, já que inseridos no Estado há uma pluralidade de representações da “ordem desejável”, e conseqüentemente uma pluralidade de “Poderes”. Aponta que a rivalidade existente entre eles é o motor da vida política, já que o objetivo desta é a conquista do “Poder” estatal “que sancionará a pretensão do Poder vitorioso a fazer-se reconhecer como o único autorizado a imputar suas vontades ao Estado”. Em uma sociedade democrática e plural essas lutas intestinas são o “móvil” da vida social e conseqüentemente da vida no Estado.

Segundo Bobbio (2000, p. 1210), trazendo distinção formulada por Weber, pode-se dizer que “a Sociedade civil é o espaço das relações do poder de fato e o Estado é o espaço das relações do poder legítimo. Assim entendidos, Sociedade civil e Estado não são duas entidades sem relação entre si, pois entre um e outro existe um contínuo relacionamento.”

Mas que relação existe com o que vulgarmente chamamos Constituição? Com a Constituição jurídica? Não é difícil compreender a relação que ambos os conceitos guardam entre si. Juntam-se esses *fatores reais* do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem a expressão *escrita*. A partir desse momento, incorporados a um papel, não são simples *fatores reais de poder*, mas sim verdadeiro direito – instituições *jurídicas*. Quem atentar contra eles atenta contra a lei e por conseguinte é punido.

Ninguém desconhece o processo que se segue para transformar esses escritos em fatos *reais* do poder, transformando-os dessa maneira em fatores *jurídicos*.

Está claro que não aparece neles a declaração de que os senhores capitalistas, o industrial, a nobreza e o povo são um fragmento da Constituição, ou de que o banqueiro X é outro pedaço da mesma. Não, isto se define de outra maneira, mais limpa, mais diplomática.”

[...]

E mais a frente conclui Lassale (2008, p. 23): “Tenho demonstrado a relação que guardam entre si as duas constituições de um país: essa *constituição real e efetiva*, integralizada pelos fatores reais de poder que regem a sociedade, e essa outra *constituição escrita*, à qual, para distingui-la da primeira, vamos denominar *folha de papel*.”

⁵ “Nem todas as forças envolvidas na luta política constituem Poderes. Para que possamos qualificá-las assim é preciso que a generalidade de seu objetivo e a amplitude de sua base social façam delas os instrumentos de uma ideia de direito. Essa condição exclui as forças difusas que podem, por certo, apoiar um Poder, mas às quais a falta de organização não permite pretender esse título. É do lado das forças organizadas, mas não em todas, que se encontram os Poderes. Assim, são os grandes partidos, cujos alvos e cuja doutrina transcendem as situações conjunturais, assim são também, dentre os grupos de pressão, os que ligam os interesses que defendem a uma organização de conjunto das estruturas sociais. Esse é o caso, por exemplo, das grandes centrais sindicais.

Encarnação de uma ideia de direito, esses Poderes têm de ser rivais do Poder estatal. Por certo podem aliar-se a ele, mas, nessa hipótese, não tardam a ser absorvidos por ele. Essa rivalidade procede logicamente do fato de, numa coletividade organizada no âmbito de um Estado, apenas uma ideia de direito (o que não quer dizer que ele não seja à base de compromisso) pode pretender inspirar a ação do Poder oficial e, por conseguinte, beneficiar-se dos meios de que ele dispõe para a sua realização.

Enquanto os Poderes não obtêm essa consagração, permanecem Poderes de fato. Entre eles e o Poder estatal, a única diferença é a do título de que podem prevalecer-se e dos instrumentos que podem usar. Mas essa diferença é capital. É por isso que tendem a suprimi-la. E como só há lugar para um único Poder oficial, o único meio de atingi-lo é, para eles, tomar o lugar do que está estabelecido” (BURDEAU, 2005. p. 73-74).

Nesse contexto, como a Advocacia-Geral da União tem por função basilar, declarada constitucionalmente, representar a União – repita-se, Administração Direta e Indireta –, judicial e extrajudicialmente, bem como exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, sua atuação estaria diretamente ligada à viabilização dessas mesmas políticas públicas.

Com efeito, a implementação de políticas públicas – que deverá sempre vincular-se à mais estrita legalidade (art. 37, II da CF/88) – em um Estado democrático de direito, como efetivamente é o brasileiro⁶, quase sempre reflete uma tarefa árdua.

A teoria da tripartição dos Poderes externada na clássica obra *O Espírito das Leis* (MONTESQUIEU, 2009)⁷, de Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de Montesquieu – na qual o poder freia o próprio poder⁸, e que, em função disto, a engrenagem Estatal só gira em havendo uma harmonia de entendimentos⁹ na busca do interesse público – adotada pelo texto Constitucional Pátrio em seu art. 2º¹⁰, sinaliza que muitas vezes os poderes tendem a se paralisar mutuamente¹¹ – tal tendência também é observada quando digladiam numa concorrência dialética o Poder oficial e os Poderes de fato existentes na sociedade (BURDEAU, 2005, p. 76)¹². E quando tal engrenagem se vê prestes a parar, ou a mover-se de

⁶ Constituição Federal de 1988 – Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político.

⁷ A versão aqui utilizada consiste em textos selecionados pela editora Juruá com notas de Voltaire e outros pensadores.

⁸ No capítulo IV do livro *Décimo Primeiro do Espírito das Leis*, Montesquieu é categórico ao afirmar que “trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar; ele vai até onde encontra limites. Quem diria! Até a virtude precisa de limites.

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder.”

⁹ “Eis, assim, a constituição fundamental do governo de que nós falamos. O corpo legislativo sendo composto de duas partes, uma paralisará a outra por sua mútua faculdade de impedir. Todas as duas serão paralisadas pelo poder executivo, que o será, por sua vez, pelo poder legislativo.

Estes três poderes deveriam formar uma pausa ou uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, eles são obrigados a caminhar, serão forçados a caminhar de acordo.” (MONTESQUIEU, 2009, p. 92)

¹⁰ Constituição Federal de 1988 – Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

¹¹ Acerca do governo em geral, Rousseau aponta que se não houver um “concurso” de ações entre os Poderes legislativo e o executivo a máquina Estatal não segue o seu curso natural, quedando-se paralisada, senão observe-se: “Toda ação livre tem duas causas que concorrem a produzi-la: uma moral, que é a vontade que determina o ato; a outra física, que é a potência que o executa. Quando eu me dirijo a um objeto, necessário é primeiramente que eu lá queira ir; e em segundo lugar que os pés me levem. Queira um paralítico correr, não o queira um homem ágil, ambos ficarão quietos. Há no corpo político os mesmos motores; nele se distinguem também a força e a vontade; esta sob o nome de *poder legislativo*, aquela sob o de *poder executivo*, e sem o concurso desses dois poderes nada se faz ou deve fazer na sociedade política.” (ROUSSEAU, 2000. p. 63).

¹² “A diferença de qualificação entre os Poderes juntada à proximidade de suas vocações explica que entre eles seja fatal a concorrência. Os Poderes de fato não podem ter outro objetivo senão assegurar para si a dominação dos meios de criação do direito positivo. Ora, só podem ter essa pretensão com a condição de se tornarem eles mesmos Poder oficial, ou seja, de eliminar os governantes efetivos e, se preciso for, introduzir

forma desarmônica, o Poder Judiciário é chamado a mediar e a “aparar as arestas” dos interesses postos em conflito.

Tratando do Estado como ente regulador da dialética entre a “ordem e o movimento”, Georges Burdeau (2005, p. 91) assim se posiciona:

A ordem segundo a qual se ajustam e vivem as sociedades políticas não é um dado primeiro. Resultado da ação de uma grande quantidade de força, ela é, ousaremos exprimir assim, movimento digerido. A ordem se defende absorvendo o movimento, o movimento se esforça para inserir-se na ordem. Esse jogo das duas tendências aparentemente contraditórias faz da dinâmica política uma dialética em que o enfrentamento deles se dissolve numa superação.

Este ambiente social de constantes lutas¹³ e conflitos de interesse, ainda que singelamente exposto, é o caminhar natural do Estado em um ambiente democrático e plural. Nas palavras de Maria Cecília de Souza Minayo¹⁴ tal característica é bem explicada pela

no Estado um outro Poder que lhe transformará as bases tanto espirituais como materiais. De seu lado, o Poder oficial só pode consolidar sua posição paralisando os Poderes de fato.”

¹³ A respeito dos conflitos (lutas) como elemento de coesão social, Georg Simmel esclarece: “Que la lucha tiene importancia sociológica, por cuanto causa o modifica comunidades de intereses, unificaciones, organizaciones, es cosa que en principio nadie ha puesto en duda. En cambio, ha de parecer paradójico a la opinión común el tema de si la lucha, como tal, aparte sus consecuencias, es ya una forma de socialización. Al pronto parece ésta una mera cuestión de palabras. Si toda acción recíproca entre hombres es una socialización, la lucha, que constituye una de las más vivas acciones recíprocas y que es lógicamente imposible de limitar a un individuo, ha de constituir necesariamente una socialización. De hecho, los elementos propriamente disociadores son las causas de la lucha: el odio y la envidia, la necesidad y la apetencia. Pero cuando, producida por ellas, ha estallado la lucha, ésta es un remedio contra el dualismo disociador, una vía para llegar de algún modo a la unidad, aunque sea por el aniquilamiento de uno de los partidos. [...] La lucha es ya una distensión de las fuerzas adversarias; el hecho de que termine en la paz, no es sino una expresión que demuestra que la lucha es una síntesis de elementos, una contraposición, que juntamente con la composición, está contenida bajo un concepto superior. Este concepto se caracteriza por la común contrariedad de ambas formas de relación; tanto la contraposición como la composición, niegan, en efecto, la relación de indiferencia. Rechazar o disolver la socialización son también negaciones; pero la lucha significa el elemento positivo que, con su carácter unificador, forma una unidad imposible de romper de hecho, aunque si pueda escindirse en la idea. [...]

Así como el cosmos necesita ‘amor y odio’, fuerzas de atracción y de repulsión, para tener una forma, así la sociedad necesita una relación cuantitativa de armonía y desarmonía, de asociación y competencia, de favor y desfavor, para llegar a una forma determinada. Y estas divisiones intestinas no son meras energías pasivas sociológicas; no son instancias negativas; no puede decirse que la sociedad real, definitiva, se produzca solo por obra de las otras fuerzas sociales, positivas, y dependa negativamente de que aquellas fuerzas disociadoras lo permitan. Esta manera de ver, corriente, es completamente superficial; la sociedad, tal como se presenta en la realidad, es el resultado de ambas categorías de acción recíproca, las cuales, por tanto tienen ambas un valor positivo.” (SIMMEL, 1908, p. 265-267).

¹⁴ “Quando busca compreender a dinâmica dos processos de intervenção, frequentemente um analista social se fundamenta em duas correntes que repercutem, também, na formulação de teorias sociais. A primeira considera que todas as perturbações notórias na sociedade, ou em instituições como uma escola, um hospital e uma universidade se explicam primordialmente pela intervenção de causas exteriores passíveis de serem controladas. Esta visão se assenta na ilusão de que seria possível existir uma sociedade equilibrada e fechada, onde não houvesse conflitos nem contradições. O equilíbrio social constituiria o indicador de uma sociedade saudável e a influência externa, quase sempre, deve ser considerada negativa. Por dedução, quem se guia por essa mentalidade crê que é possível controlar os problemas, isolar as contradições e, assim, voltar

Teoria Marxista, em contraposição à teoria funcionalista, onde a dialética dos conflitos é fonte perene de transformações/mudanças sociais.

Diante desta celeuma, onde a abertura do regime democrático pode inviabilizar o caminhar do Estado o qual, registre-se por oportuno, não constitui um fim em si mesmo¹⁵, *que medidas preventivas poderiam ser tomadas para evitar os entraves impostos ao Estado por si próprio?* Esta questão não se concentra ou se restringe aos limites de uma indagação estritamente acadêmica mas, ao contrário, reflete uma batalha diuturna para a materialização de políticas públicas que correspondam aos anseios da sociedade.

Antes da promulgação da nossa Lei Fundamental, e ainda sob a vigência da Carta de 1967 alterada pela EC n. 1/69, era o Ministério Público Federal quem exercia cumulativamente as atribuições de *custos legis* e da defesa judicial da Fazenda Pública, no âmbito federal. O mesmo ente que em um determinado momento poderia demandar judicialmente contra o Estado, em outro o defendia.

Atualmente tal fato salta aos olhos como um claro contrassenso, especialmente se a ele se somar a diminuta estrutura de material humano (entenda-se Procuradores da República, Procuradores Regionais da República e Subprocuradores Gerais da República) que

sempre no ponto de equilíbrio. Tais pressuposições se apóiam na corrente sociológica positivista-funcionalista, tão presente ainda na academia e nas teorias aplicadas.

Ao pensamento funcionalista se opõe outra concepção. Os formuladores e seguidores deste pensamento consideram que a sociedade e as instituições vivem em permanentes conflitos internos e é a própria existência destes problemas que provoca mudanças. A capacidade de transformação, portanto, estaria dentro da sociedade em geral e das instituições em particular, uma vez que as contradições ocorrem em todos os tipos de interações humanas. Seria importante, em consequência, intervir nelas, explorando suas potencialidades internas de provocar mudanças. O marxismo é a corrente teórica inspiradora de tal posição que explora a dialética dos conflitos como fonte perene de transformações.
[...].

A dinâmica global das transformações sociais acontece, simultaneamente, por via de forças externas e internas, umas atingindo e influenciando as outras.” (MINAYO, p. 54-56)

¹⁵ Miranda nos apresenta duas funções ou finalidades do Estado: como **fim** e como **atividade**. Observe-se o que é dito acerca da primeira: “como fim, tarefa ou incumbência, correspondente a certa necessidade colectiva ou a certa zona da vida social; e como actividade com características próprias, passagem a acção, modelo de comportamento.

No primeiro sentido, a função traduz um determinado enlace entre a sociedade e o Estado, assim como um princípio (ou uma tentativa) de legitimação do exercício do poder. A crescente complexidade das funções assumidas pelo Estado – da garantia da segurança perante o exterior, da justiça e da paz civil à promoção do bem-estar, da cultura e da defesa do ambiente – decorre do alargamento das necessidades humanas, das pretensões de intervenção dos governantes e dos meios de que se podem dotar; e é ainda uma maneira de o Estado ou os governantes em concreto justificarem a sua existência ou a sua permanência no poder.” (MIRANDA, 2005, p. 230-231)

possui o Ministério Público Federal para bem gerir ambas as missões, tendo em vista a gigantesca necessidade da União em se ver representada¹⁶.

Todavia, essa foi a realidade que perdurou até o advento da Constituição de 1988¹⁷. Não é a toa que o ex Advogado-Geral da União e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Ferreira Mendes, em voto vista proferido no julgamento do Mandado de Segurança n. 23.041-5/SC¹⁸, veementemente afirmou haver verdadeiro “estelionato pela via judicial” no tocante à defesa do Poder Público perante o Judiciário. Explica-se: em razão da fragilidade da defesa da Administração Pública Federal (seja em relação à deficiente estrutura do MPF para o exercício de dois misteres completamente diferentes, seja em relação à completa falta de coordenação dos órgãos jurídicos das autarquias e fundações públicas federais), permitia-se (ainda que não intencionalmente) que pessoas má intencionadas se aproveitassem da situação para demandar temerariamente/de má-fé contra o Estado, o que implicava em verdadeiro “estelionato pela via judicial”.

Assim é que não se pode dizer que tal qual todo o restante do caminhar histórico do Brasil no que concerne à defesa e representação judicial da União a opção adotada pela

¹⁶ Nesse sentido, Luziânia Braga afirma que a criação da Advocacia-Geral da União “encerrou graves ambiguidades institucionais, criando um órgão com o mister constitucional de exercer funções até então indevidamente acumuladas pelos Procuradores da República.” (BRAGA; MAGALHÃES, 2009, p. 337).

¹⁷ Maria Jovita Wolney Valente declina um breve resumo sobre os antecedentes históricos da Advocacia-Geral da União que merece ser *in totum* transcrito, *verbis*: “Antes da promulgação da Constituição da República de 5 de outubro de 1988, a *representação judicial* da União (Administração direta) estava a cargo do *Ministério Pública da União* e as atividades de *consultoria e assessoramento* jurídicos do Poder Executivo estavam confiados à Advocacia Consultiva da União, que tinha como instância máxima a *Consultoria-Geral da República* e era composta pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (no Ministério da Fazenda), pelas Consultoria Jurídicas (nos demais Ministérios, Estado-Maior das Forças Armadas e Secretarias da Presidência da República), pelos órgãos jurídicos dos Gabinetes Militar e Civil da Presidência da República, pelas Procuradorias-Gerais e departamentos jurídicos das autarquias e das fundações federais, e pelos órgãos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União. Exercia parcialmente a representação *extrajudicial* da União a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), como órgão do Ministério da Fazenda. A representação judicial da União esteve afeta ao Ministério Público da União até o advento da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, com exceção daquela referente às causa de natureza fiscal, que passaram à antiga Procuradoria-Geral da Fazenda nacional desde a promulgação da Carta Política, por força do art. 29, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).” (VALENTE, 2009. p. 363-364).

¹⁸ “Não foi por acaso que, neste campo [refere-se às ações contra a União, suas autarquias e fundações], sucederam-se escândalos com a condenação do Poder Público a somas absurdas. Esta foi a seara de atuação grandemente extensa daquilo que eu tenho chamado de ‘ESTELIONATO PELA VIA JUDICIAL’. Propunham-se ações contra entes indefesos. Impunham-se cálculos que jamais seriam conferidos. É por isso que alguns segmentos da advocacia envolvidos com crimes sérios, muito semelhantes àqueles noticiados nessa chamada operação Anaconda, passaram a atuar na advocacia contra o Poder Público, especialmente contra as autarquias e fundações. Especialmente em Brasília, esses casos parecem ter produzido sócios ocultos. É que o Advogado do interior apostava na capacidade que algum colega mais conhecido pudesse exercer no âmbito dos tribunais superiores. É famoso um caso de transferência de crédito do Sindicato dos Servidores da FUNASA-RN a um grande escritório de advocacia, com 80% de deságio. São expressivos os casos de decisões contrárias à jurisprudência desta Corte, que somente foram revertidas graças à atuação da Advocacia-Geral da União.”

Constituição de 1988 representou apenas um mero incremento ao que já era por todos conhecido. Ao contrário, representou a criação de um novo modelo, alicerçado em novel teoria, o que revela o seu caráter inovador, eis que superou uma estrutura consolidada por décadas que já não mais atendia às necessidades do Estado.¹⁹

É nesse momento histórico²⁰ que surge a Advocacia-Geral da União – AGU, concebida com a Constituição de 1988, mas nascida sob a égide da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993. Destarte, é-nos permitido questionar: **por ser o órgão responsável pela orientação e defesa da União no âmbito jurídico, deteria a AGU o múnus do auxílio à viabilização das políticas públicas Estatais? Qual o seu papel nesse contexto?**²¹ Eis o problema que se apresenta e que norteará os rumos desta pesquisa.

A questão que ora se propõe discutir apoia-se sobre dois pressupostos básicos: a) a necessidade de implementação de políticas públicas de Estado, com total observância aos ditames da mais estrita legalidade, em um ambiente democrático, plural e contestador; b) o papel da Advocacia-Geral da União, Função Essencial à Justiça, como auxiliar na viabilização dos interesses coletivos veiculados nas políticas públicas pensadas e pretendidas pela União, como é exemplo recente o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC do Governo Federal, cujos projetos em sua ampla maioria, a despeito de inúmeros questionamentos judiciais, permanecem em andamento, até o presente momento.

Deste modo, pode-se destacar, sob duas óticas, os objetivos desta pesquisa, um mais abrangente, dito geral, e outro mais minudente, dito específico:

¹⁹ Thomas Kuhn, em sua obra “A estrutura das revoluções científicas”, sustenta que “uma nova teoria, por mais particular que seja seu âmbito de aplicação, nunca ou quase nunca é um mero incremento ao que já é conhecido. Sua assimilação requer a reconstrução da teoria precedente e a reavaliação dos fatos anteriores. Esse processo intrinsecamente revolucionário raramente é completado por um único homem e nunca de um dia para o outro. Não é de admirar que os historiadores tenham encontrado dificuldades para datar com precisão este processo prolongado, ao qual, impelidos por seu vocabulário, vêem como um evento isolado.” (KUHN, 2009. p. 26).

²⁰ O contexto temporal-material desta pesquisa inscreve-se entre um passado recente e o atual momento histórico vivido em nosso país, pós-redemocratização. Mais especificamente, no período compreendido entre 10 de fevereiro de 1993 (data da publicação da Lei Complementar n. 73) até os presentes dias (embora se pretenda expor, *en passant*, a realidade da representação judicial do Estado brasileiro antes do surgimento da AGU) de modo a se verificar a evolução da Advocacia-Geral da União no exercício do seu papel constitucional, no que toca à orientação da União e sua defesa judicial em razão da implementação de suas políticas públicas.

²¹ Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, em artigo escrito para o Correio Braziliense, declina uma plêiade de dúvidas e questionamentos acerca do futuro da advocacia pública, dentro da qual se encontra inserida a Advocacia-Geral da União: “O futuro da advocacia pública está para ser imaginado. Há esperança de que no presente possa se colher previsão de agenda prospectiva. A afirmação não qualifica nenhuma verdade, essencialista. Coloca-nos, porém, problemas que exigem enfrentamento: Qual advocacia? De Estado, de Governo, do interesse público? Quem os define? Advocacia de combate ou de conciliação? Há limites? Parâmetros? E se os há, quem os identifica?” Tais questionamentos, serão de certa forma abordados no decorrer da pesquisa que se pretendeu empreender. (GODOY, 2011).

- a) O objetivo geral consiste em analisar a atuação da Advocacia-Geral da União, em um ambiente democrático e contestador, na defesa judicial das políticas públicas da União, papel relevante para o desenvolvimento político, econômico e social da República Federativa do Brasil;
- b) Dentre os objetivos específicos deve-se mencionar: o desenvolvimento de um estudo histórico acerca da Advocacia-Geral da União, buscando verificar seus marcos evolutivos e em que ponto referidos marcos puderam contribuir com a implementação das políticas públicas pretendidas pelo Estado brasileiro; a análise de em que medida a Advocacia-Geral da União está ligada ao Poder Executivo: se a mesma integra referido Poder ou se, tal qual o Ministério Público, embora não tenha *status* de Poder, possui independência e autonomia na sua atuação; e o estudo de como de fato as políticas públicas Estatais são concretizadas: qual “caminho burocrático” deve ser percorrido e em que momentos particulares a Advocacia-Geral da União se faz presente na orientação e assessoramento do Poder Executivo.

Nessa esteira, o presente trabalho é dividido em basicamente três capítulos, sendo o primeiro dedicado ao estudo da sociedade, do Estado e do governo, suas diferenças e seus pontos de intercessão, tendo por pano de fundo a separação dos poderes (ou funções estatais) e o regime democrático que permeia nossas vidas pós Constituição Federal de 1988. Nesse capítulo também se verificará como se dá a formação das políticas públicas, tendo por base o conceito de interesse público.

Esse entendimento é de fundamental importância para a correta compreensão da Advocacia-Geral da União, instituição criada sob a égide de uma reabertura democrática e que tem como papel defender a União, seja ela vista sob a ótica do Poder Executivo, Legislativo, Judiciário e inclusive das Funções Essenciais à Justiça, bem como exercer a consultoria e o assessoramento do Poder Executivo.

Sob o manto da democracia, a tríade sociedade, Estado e governo, embora não se confundam, se mesclam formando o amálgama sob o qual transitará a Advocacia-Geral da União no exercício do seu mister, que será retratado nos capítulos que seguem abaixo.

No capítulo segundo, se estudará a Advocacia-Geral da União, seus antecedentes históricos, seu *status constitucional*, as carreiras que a compõem e suas competências, de modo a se ter ciência, ainda que em teoria, acerca do alcance de suas atribuições, a fim de que

se possa formar um juízo inicial de mérito sobre a importância (ou não) de sua missão constitucional em um Estado Democrático de Direito.

Nesse capítulo, faz-se uma breve incursão sobre o caso da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, citando-se os principais processos judiciais que tiveram origem na contestação dessa política pública, especialmente os movidos pelo Ministério Público Federal, tão somente para verificar a magnitude do caso e ver se, de fato, a defesa judicial da política pública em questão é relevante para, em um Estado Democrático de Direito, garantir o seu prosseguimento, respeitados os ditames da legalidade e constitucionalidade e tendo em mira o interesse público normativamente indexado.

Por fim, no capítulo terceiro, estudar-se-ão três casos concretos de grande relevo que chegaram às portas do Supremo Tribunal Federal: três políticas públicas completamente diversas entre si, que tiveram sua higidez constitucional defendida pela Advocacia-Geral da União junto à nossa Corte Constitucional, a saber: o caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, Ação Popular (PET) n. 3388; o caso da proibição da importação de pneumáticos usados, ADPF n. 101; e, por fim, o caso da Lei de Biossegurança e a possibilidade de pesquisa com células-tronco embrionárias inviáveis, ou congeladas há mais de três anos, ADI n. 3510.

Esse é, em breve resumo, o caminho que se pretende percorrer na investigação que impulsionou a condução desta dissertação, em busca das respostas à problematização anteriormente formulada.

CAPÍTULO I - SOCIEDADE, ESTADO E GOVERNO – A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A FORMAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O estudo, ainda que em perspectiva, do Estado é de suma importância para fixarmos balizas prévias e necessárias à compreensão de sua atuação hodierna. De igual modo, uma visão reta da Advocacia-Geral da União, órgão integrante da estrutura estatal, não prescinde de um conhecimento macro anterior acerca do meio em que se insere.

Nesse sentido, tomando como marco teórico dessa primeira parte as lições do professor Norberto Bobbio (2010) (ladeado por outros autores que bem trataram do tema), e a fim de se evitar equívocos quanto ao seu entendimento, buscando corrigir uma visão míope sobre os fatos que norteiam nossa convivência coletiva, pretendemos descortinar as diferenças (e compreender semelhanças) entre três institutos que não raramente são confundidos: sociedade, Estado e governo²², além de passarmos os olhos sobre a República Federativa do Brasil, constituída como Estado Democrático de Direito, e sobre as principais noções do chamado interesse público²³, a fim de melhor compreendermos o movimento de formatação das políticas públicas.

É necessário registrar que não se pretende aqui fazer um exaustivo estudo sobre o tema, analisando as origens da convivência comunitária, promovendo-se diálogos profundos entre as diversas teorias que intentam explicar os fenômenos. Não se pretende, de igual modo, discorrer sobre as diversas formas de Estado, governo e sociedade de ontem e de hoje. O que o desenvolvimento de nossa pesquisa nos mostrou é que sem uma noção firme acerca dos três pilares da vida comunitária não poderíamos avançar satisfatoriamente no estudo das funções da Advocacia-Geral da União.

²² “A Teoria Geral do Estado é *ciência política*. E a política, como a conceituou Aristóteles, estuda o governo da sociedade pelo Estado. Logo, são três os objetos desta ciência – *governo, sociedade e Estado* –, o que corresponde com sua tríplice divisão: teoria *política, sociológica e jurídica*.” (MALUF, 1995, p. 347).

²³ Embora haja tópico específico sobre o tema, salutar transcrever a lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto que bem resume a noção de interesse público: “O *interesse público*, legalmente definido como o que está posto sob a *responsabilidade* do Estado e tido como *finalidade* de sua ação, não é outro senão, em síntese, o *interesse geral* da sociedade, ou, em se preferindo, o *bem comum*, como acepção metajurídica inspiradora da *ação política*, que o Direito, definirá discriminadamente: para cada sociedade e para cada tempo. A positivação deste conceito, embora de inegáveis efeitos práticos para a definição da *legalidade de seu atendimento*, não afasta as dificuldades conceptuais trazidas pelo *pluralismo*, próprio das sociedades democráticas contemporâneas, que passa a exigir a consideração de múltiplos e diferentes interesses grupais, setoriais e regionais na conformação dessa *síntese* que o Estado deve satisfazer tendo em vista a *legitimidade de seu atendimento*, tornando obsoleto, em consequência, o antigo conceito, ainda rousseauiano, de *interesses gerais*.” (MOREIRA NETO, 2009. p. 12).

Assim é que, sem sermos exaustivos e, por outro lado, tentando driblar a superficialidade, promoveremos um corte epistemológico e nos deteremos com mais vagar à forma de Estado e de governo que a sociedade brasileira vivencia desde os últimos 24 (vinte e quatro) anos, mesmo porque é nesse contexto histórico e social que a Advocacia-Geral da União é concebida e vem desenvolvendo suas atividades.

Todavia, para entendermos os dias atuais, necessário retrocedermos no tempo e traçarmos as linhas básicas da evolução do entendimento acerca dos institutos sobre os quais se pretende discorrer.

Nesse contexto, subdividiremos esse capítulo em cinco tópicos, cada um destinado a um tema específico: sociedade, Estado, governo, a República Federativa do Brasil e o interesse público.

Tal se mostra didaticamente aconselhável, para melhor enxergarmos as peculiaridades e idiosincrasias próprias a cada uma das três primeiras figuras e podermos transitar sobre as últimas duas com maior segurança. Contudo, relativamente à sociedade, ao Estado e ao governo, deve-se registrar que tal separação não significa que ditas figuras sejam estanques, incomunicáveis. Muito pelo contrário: elas são correlatas e têm uma atuação sobreposta uma à outra (o Estado surge no seio de uma sociedade²⁴ e é guiado por um determinado governo, na busca da consecução de um dado interesse), de tal forma que muitas vezes se confundem suas essências vendo-se no governante a figura do próprio Estado²⁵, ou chamando de Estado o que na verdade é a sociedade civil²⁶.

Tal constatação é externada por Kelsen (2005, p. 261), ao discorrer um pouco sob a diversidade de sentidos do termo Estado, afirmando que por vezes a expressão denota sentido amplo querendo significar “sociedade”, outras vezes externa sentido restritivo,

²⁴ Aponta Paulo Bonavides que, na linguagem dos filósofos e estadistas, os conceitos de Sociedade e Estado têm sido empregados alguma vezes indistintamente, outras em contraste aparecendo então a Sociedade como círculo mais amplo e o Estado como círculo mas restrito. “A Sociedade vem primeiro; o Estado, depois. A sociedade, de igual modo, também poderia ser vista como uma realidade intermediária, algo interposto entre o indivíduo e o Estado, mais larga e externa, superior ao Estado, porém inferior ainda ao indivíduo, enquanto medida de valor.” (BONAVIDES, 1998, p. 60)

²⁵ Isso de fato ocorreu, e a célebre frase atribuída a Luís XIV (“L’État c’est moi”) ecoou forte pelos séculos que se seguiram e ainda retumba nos ouvidos e mentes de alguns desavisados como mensagem atual. Ao tratar do tema, Burdeau (2005, p. 30) explica que tal pronunciamento, visto em seu contexto, retrata uma passagem da história em que, mais que o rei, a coroa (monarquia) se confundia com o próprio Estado francês, como instituição que legitimava o exercício do Poder político. Desse modo, a figura de quem usava a coroa, de certo modo, se confundia com o próprio Estado daquela época.

²⁶ “Na linguagem política de hoje, a expressão ‘sociedade civil’ é geralmente empregada como um dos termos da grande dicotomia sociedade civil/Estado. O que quer dizer que não se pode determinar seu significado e delimitar sua extensão senão redefinindo simultaneamente o termo ‘Estado’ e delimitando a sua extensão.” (BOBBIO, 2010, p. 33).

querendo significar “governo”. Às vezes a expressão “Estado” tem o mesmo sentido que “Nação”²⁷, bem como, em outras ocasiões, o próprio “território”.

Sobre essa plêiade de significações, o autor pontua: “A situação insatisfatória da teoria política – que, essencialmente, é uma teoria do Estado – deve-se, em boa parte, ao fato de diferentes autores tratarem de problemas bastante diferentes usando o mesmo termo e, até, de um mesmo autor usar inconscientemente a mesma palavra com vários significados” (KELSEN, 2005, p. 261).

Passemos à análise individualizada dos institutos.

1.1 Sociedade

A expressão sociedade é plurissignificativa, muitas vezes sendo utilizada inclusive como sinônimo do próprio Estado. Mas não é essa a ideia que se pretende descortinar neste tópico. Ao contrário, aqui se quer enxergar a sociedade como algo distinto do Estado, mas a ele incontestavelmente ligado.

Sociedade, nesse passo, seria o “meio” em que se dão as “relações” entre os indivíduos. Relações estas que têm nas suas lembranças mais remotas a busca da sobrevivência mútua como fim a lhe justificar e que, com os séculos se tornando cada vez mais complexas, de certo modo tendem a relegar ao esquecimento as razões iniciais que a fizeram surgir. Meio este, formado natural ou contratualmente²⁸, no qual existe uma consciência comunitária entre seus integrantes: onde cada um tem ciência do seu papel e da sua importância individual para a coletividade.

²⁷ Falando do conceito de “Nação”, em Burdeau (2005, p. 16-17) se encontra a seguinte passagem que tanto esclarece o espírito pela precisão de conteúdo, quanto regozija a alma pela beleza de sua construção: “Foi dito tudo, em termos magníficos, sobre o que constitui uma nação. Mancini, Michelet, Renan preencheram esse conceito de uma substância poética que as mais rigorosas análises científicas nunca conseguirão substituir. É que ela nasce de um sentimento ligado às mais íntimas fibras de nosso ser. Decerto podemos inventariar os fatores desse sentimento: a raça, a língua, a religião, as recordações comuns, o *habitat*, mas, seja qual for sua influência, teriam pouco efeito se não encontrassem na consciência dos membros do grupo a cor que os torna atuantes. A nação depende mais do espírito do que da carne. E a que o espírito adere através dela é à perenidade do ser coletivo. Certamente a tradição, a lembrança das provações em comum, o que se ama junto e mais ainda a maneira pela qual se ama são importantes na formação da nação. Mas, se os nacionais são apegados a esse patrimônio espiritual é menos pelo que ele representa do passado do que pelas promessas que traz quanto ao futuro. ‘O espírito dá a ideia de uma nação’, escreveu A. Malraux, ‘mas o que faz sua força sentimental é a afinidade dos sonhos’. A nação significa continuar a ser o que se foi e, em consequência, assegurar, através da interdependência material, a coesão social pela fé numa recordação em comum; é uma possibilidade de sobrevivência pela qual o homem corrige a fugacidade de seu destino pessoal.”

²⁸ Esse tema será melhor desenvolvido mais a frente.

Por fim, sociedade seria a esfera das relações entre os particulares, onde, *a priori*, o Estado não interferiria, seria também o meio do qual emanam as demandas direcionadas ao Estado, razão pela qual no equilíbrio entre demandas e respostas é que se encontra o fator responsável pela higidez da governabilidade nos dias atuais.

Talcott Parsons, citado por Bonavides (1998, p. 54), afirma que o vocábulo sociedade é a palavra mais genérica que serve para referir “todo o complexo de relações do homem com seus semelhantes”²⁹.

A par, contudo, da generalidade do conceito atribuído ao termo sociedade, o fato é que duas correntes predominam acerca da sua origem, uma de cunho naturalístico e outra contratualista.

Aristóteles inaugura a doutrina naturalística aduzindo que o “homem é naturalmente um animal político”³⁰, tanto, prossegue, que é o único dentre todos os “animais que se reúnem” que possui o “dom da palavra”, o que robustece ainda mais o argumento de que a natureza impõe ao homem a sociabilidade. Dalmo de Abreu Dallari, por oportuno, aduz que São Tomás de Aquino é um expressivo seguidor do posicionamento aristotélico, tendo consignado na *Summa Theologica, I, XCVI* que (DALLARI, 1995, p. 8) “o homem é, por natureza, animal social e político, vivendo em multidão, ainda mais que todos os outros animais, o que se evidencia pela natural necessidade.”

De igual modo, Oreste Ranelletti, citado por Dallari (1995, p. 9), afirma que:

[...] o homem é induzido fundamentalmente por uma necessidade natural, porque o associar-se com os outros seres humanos é para ele condição essencial de vida. Só em tais uniões e com o concurso dos outros é que o homem pode conseguir todos os meios necessários para satisfazer as suas necessidades e, portanto, conservar e melhorar a si mesmo, conseguindo atingir os fins de sua existência. Em suma, só na convivência e com a cooperação dos semelhantes o homem pode beneficiar-se das energias, dos conhecimentos, da produção e da experiência dos outros, acumuladas através de gerações, obtendo assim os meios necessários para que possa atingir os

²⁹ Sahid Maluf (1995, p. 347), citando J. Credt, afirma que a sociedade “é a união moral de muitos em busca do bem comum.”

³⁰ “É evidente, pois, que a cidade faz parte das coisas da natureza, que **o homem é naturalmente um animal político**, destinado a viver em sociedade, e que aquele que, por instinto, e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem. [...] Claramente se compreende a razão de ser o homem um animal sociável em grau mais elevado que as abelhas e todos os outros animais que vivem reunidos. A natureza, dizemos, nada faz em vão. **O homem só, entre todos os animais, tem o dom da palavra;** [...] Ora, aquele que não pode viver em sociedade, ou que de nada precisa por bastar-se a si próprio, não faz parte do Estado; é um bruto ou um deus. A natureza compele assim todos os homens a se associarem.” (ARISTÓTELES, 2009, p.16-17)

fins de sua existência, desenvolvendo todo o seu potencial de aperfeiçoamento, no campo intelectual, moral ou técnico.

Sobre a corrente que sustenta ser a sociedade um fato natural, Dallari conclui afirmando que o argumento de que o “homem” necessita do “homem” para a consecução dos fins imprescindíveis a sua existência não possui apenas um cunho material, já que a experiência demonstra que mesmo suprido dos bens materiais necessários à sua subsistência o homem continua a necessitar da vida comunitária. Ademais, é importante destacar que a existência desse impulso associativo natural não afasta a participação da vontade humana. “Consciente de que necessita da vida social, o homem a deseja e procura favorecê-la [...]”. E conclui asseverando que “a sociedade é o produto da conjugação de um simples impulso associativo natural e da cooperação da vontade humana” (DALLARI, 1995, p. 9).

Para Thomas Hobbes o alicerce da associação humana decorre de um contrato social firmado por impulso da razão cujo objeto é a mútua transferência de direitos visando à manutenção de sua vida, já que os homens, em estado de natureza, são seres egoístas, luxuriosos, agressivos e insaciáveis, características essas que somadas especialmente ao fato de todos terem a consciência de que são naturalmente iguais – o que os deixa temerosos uns com relação aos outros –, os leva a combater seus semelhantes em uma guerra constante de todos contra todos. Não é a toa que em seu livro o *Leviatã* há a célebre menção de que o homem é o lobo do homem³¹.

Segundo a vertente contratualista rousseauiana, por outro lado, a **família é a mais antiga das sociedades**, sendo, de igual modo, a única natural (quase que instintiva) eis que a sujeição dos filhos aos pais se faz necessária à conservação da espécie. Assim, uma vez criados os filhos, os laços que os predem aos pais, seus provedores, só se perpetuam acaso

³¹ Dallari (1995, p. 10-11), com precisão, descortina o pensamento contratualista de Hobbes no seguinte trecho: “O contratualismo aparece claramente proposto, com sistematização doutrinária, nas obras de THOMAS HOBBS, sobretudo no ‘*Leviatã*’, publicado em 1651. Para HOBBS o homem vive inicialmente em ‘estado de natureza’, designando-se por esta expressão não só os estágios mais primitivos da História mas, também, a situação de desordem que se verifica sempre que os homens não têm suas ações reprimidas, ou pela voz da razão ou pela presença de instituições políticas eficientes. Assim, pois, o estado de natureza é uma permanente ameaça que pesa sobre a sociedade e que pode irromper sempre que a paixão silenciar a razão ou a autoridade fracassar. [...]”

É neste ponto que interfere a razão humana, levando à celebração do contrato social. Apesar de suas paixões más, o homem é um ser racional e descobre os princípios que deve seguir para superar o estado de natureza e estabelecer o ‘estado social’.

[...]

E é por força desse ato puramente racional que se estabelece a vida em sociedade, cuja preservação, entretanto, depende da existência de um poder visível, que mantenha os homens dentro dos limites consentidos e os obrigue, por temor ao castigo, a realizar seus compromissos e à observância das leis da natureza anteriormente referidas. Esse poder visível é o Estado, um grande e robusto homem artificial, construído pelo homem natural para sua proteção e defesa.”

voluntariamente (e não mais “naturalmente”) eles permaneçam unidos, ou seja, por **convenção**.

Desse modo, a família pode ser vista como uma reprodução nuclear da sociedade, onde quem guia e comanda é a figura do pai, sendo os filhos a imagem do povo que a compõem³². Esse é o raciocínio inicial da teoria contratualista conduzida por Rousseau, onde as famílias, unindo-se em busca de um fim comum, a sua proteção e sobrevivência³³, passam a constituir comunidades³⁴ cada vez maiores de modo a somar forças na defesa de sua integridade física e dos seus bens, sendo que, voluntária essa soma de forças e equânime seu exercício, a liberdade individual permanece intacta (ROUSSEAU, 2000, p. 31-32).

Seguindo a linha da história, na visão de Durkheim, acompanhando Comte, a divisão do trabalho, enxergada sob um ponto de vista não econômico, foi responsável pelo

³² “A família é a mais antiga das sociedades, e também a única natural: os mesmos filhos só ao pai se sujeitam enquanto necessitam dele para se conservar, e, finda a precisão, desprende-se o laço natural; isentos os filhos da obediência devida ao pai, isento este dos cuidados que requer a infância, todos ficam independentes. Se continuam a viver unidos, não é natural, mas sim voluntariamente, é só por convenção que a própria família se mantém. [...] A família é pois, se assim o quereis, a norma primitiva das sociedades políticas: o cabeça é a imagem do pai, o povo a dos filhos; e havendo todos nascido iguais e livres, só a proveito comum alienam a sua liberdade. A diferença toda é que na família o amor que o pai tem aos filhos paga os cuidados que ele lhes dispensa; e no Estado, o júbilo de governar supre o amor que a seus povos não se dedica o maioral político.” (ROUSSEAU, 2000, p. 24)

³³ Aristóteles informa que esse seria o conceito de Estado e não de sociedade quando assevera que “o Estado significa uma associação de homens que possuem o meio de suprir a sua existência.” (ARISTÓTELES, 2009, p. 41). Mas, em outra passagem, e de certo modo mesclando os conceitos de Estado e sociedade, declina que não é só para viver, ou sobreviver, que os homens estabelecem **sociedade** entre si, mas para **viver felizes**. (ARISTÓTELES, 2009, p. 95)

E mais a frente, tomando os termos sociedade, Estado e cidade sem uma diferenciação bem definida, afirma: “Contudo, essa felicidade não será conseguida se não habitarem os homens um só e único lugar, e se não se recorrer aos casamentos. E eis aí o que originou, nos Estados, as alianças de famílias, as fratrias, os sacrifícios comuns e os divertimentos que acompanham tais reuniões. Todas essas instituições são obra de uma benevolência mútua. É a amizade que conduz os homens à vida social. O escopo do Estado é a felicidade na vida. Todas essas instituições têm por fim a felicidade. A cidade é uma reunião de famílias e pequenos povoados associados para gozarem em conjunto uma vida perfeitamente feliz e independente. Mas bem viver, segundo o nosso modo de pensar, é viver feliz e virtuoso. É preciso, pois, admitir em princípio que as ações honestas e virtuosas, e não só a vida comum, são o escopo da sociedade política.” (ARISTÓTELES, 2009, p. 96-97)

³⁴ Acerca da diferenciação entre sociedade e comunidade, mister transcrevermos trecho da obra *Ciência Política*, de Paulo Bonavides, assim versado: “Na Sociedade, há solidariedade mecânica, na Comunidade, orgânica. A Sociedade se governa pela razão, a Comunidade pela vida e pelos instintos. A Comunidade é um organismo, a Sociedade, uma organização (Berdeauff) ou segundo Poch, citado por Agesta, na Comunidade (a Família, por exemplo), a gente é, na Sociedade (uma sociedade mercantil, por exemplo) a gente *está*. Diz Agesta que ‘simbólica ou alegoricamente a Comunidade é um organismo, a Sociedade um contrato.’” (BONAVIDES, 1998, p. 59)

John Rawls, por sua vez, diferencia sociedade e comunidade da seguinte forma: “É um erro grave não distinguir entre a ideia de uma sociedade política democrática e a ideia de comunidade. Uma sociedade democrática sem dúvida acolhe muitas comunidades dentro dela, e tenta ser um mundo social dentro do qual a diversidade possa florescer num clima de entendimento mútuo e concórdia; mas essa sociedade não é em si uma comunidade, nem pode sê-lo tendo em vista o fato do pluralismo razoável. Isso só seria possível mediante o uso opressivo do poder governamental, o que é incompatível com as liberdades democráticas básicas.” (RAWLS, John. **Justiça como Equidade: Uma Reformulação**. tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 29.)

surgimento da solidariedade social, sendo a condição mais essencial para a existência da própria vida em sociedade³⁵.

Nesse mesmo sentido, e agora retrocedendo muitos séculos de volta à antiguidade clássica, temos em Platão (no diálogo de Sócrates com Gláucon e Adimanto) uma descrição muito interessante de como a divisão do trabalho deu origem à sociedade. De fato, o autor utiliza sempre o termo “Estado”, mas como em nenhum momento se reporta à centralização do poder político, mas simplesmente à formação de um conglomerado de homens que necessitam uns dos outros para sobreviver, temos que, em que pese a terminologia seja diversa, o filósofo esteja se referindo à sociedade³⁶. Trata-se de um trecho longo, mas que merece ser lido pela evolução lógica do seu raciocínio, *verbis* (PLATÃO, 2006, p. 102-105):

“Penso que um Estado passa a existir porque nenhum de nós é autossuficiente, todos precisando de muitas coisas. Pensas que a criação e formação de um Estado estejam fundadas em qualquer outro princípio?”

“Não.”

“E porque as pessoas precisam de muitas coisas e porque uma pessoa recorre a uma segunda devido a uma necessidade e a uma terceira devido a uma outra necessidade, muitas pessoas se reúnem num único lugar para viver juntas como parceiros e colaboradores. E a este estabelecimento denomina-se cidade ou Estado, não é assim?”

“É.”

“E se partilham coisas entre si, dando e recebendo, o fazem porque cada um acredita que isto é melhor para si mesmo?”

“Certamente.”

“Bem, então criemos um Estado em teoria a partir de seus primórdios, cientes de que o seu efetivo criador, como parece, será nossas necessidades.”

“Obviamente.”

“Acredito que com certeza nossa primeira e maior necessidade será prover alimento a fim de preservar a vida.”

“Certamente.”

“A segunda necessidade será abrigo e a terceira roupas e coisas similares.”

“Está correto.”

“Como, então, um Estado será capaz de prover tudo isso? Não será necessário que uma pessoa seja agricultor, uma outra construtor e uma

³⁵ “Somos levados, assim, a nos perguntar se a divisão do trabalho não desempenharia o mesmo papel em grupos mais extensos, se, nas sociedades contemporâneas, em que teve o desenvolvimento que sabemos, ela não teria a função de integrar o corpo social, assegurar sua unidade. É legítimo supor que os fatos que acabamos de observar se reproduzem nelas, mas com maior amplitude; que essas grandes sociedades políticas também só se podem manter em equilíbrio graças à especialização das tarefas; que a divisão do trabalho é a fonte, se não única, pelo menos principal da solidariedade social. Já foi nesse ponto de vista que Comte se colocou. [...] Por isso mesmo, e embora ainda não estejamos em condições de resolver a questão com rigor, podemos porém entrever desde já que, se é esta de fato a função da divisão do trabalho, ela deve ter um caráter moral, porque as necessidades de ordem, de harmonia, de solidariedade social são geralmente tidas como morais” (DURKHEIM, 1999, p. 29-30).

³⁶ Jorge Miranda (2005, p. 171) aponta que no “pensamento grego e romano não se encontra uma noção autônoma de sociedade fora da *polis* ou da *Civitas*. A Cidade Antiga não era constituída por uma sociedade civil que devesse ser governada como coisa distinta do Estado.” Talvez seja essa a maior dificuldade dos tradutores de Aristóteles e Platão, já que o termo usado para designar a sociedade, a cidade e o Estado é o mesmo.

terceira tecelão? E não deveremos acrescentar o sapateiro e alguém mais que se ocupe dos cuidados médicos?”

“Decerto.”

[...]

“E quanto a isto: deverá cada um deles contribuir com seu próprio trabalho para o uso comum de todos? Por exemplo, um agricultor fornecerá alimento a todos, despendendo quadruplicamente tempo e trabalho para produzir alimento a ser partilhado por todos? Ou não se incomodará ele com isso, produzindo um quarto desse alimento em um quarto do tempo, gastando os outros três quartos um na construção de uma casa, um na produção de roupas e um fabricando sapatos, não se preocupando em se associar com os outros, mas se atendo ao seu próprio negócio isoladamente?”

“Talvez, Sócrates”, respondeu Adimanto, “o modo que sugeriste primeiramente fosse mais conveniente do que o segundo.”

[...]

“O resultado, portanto, é que artigos em maior quantidade e de melhor qualidade são produzidos mais facilmente se cada indivíduo produzir algo para o que esteja naturalmente apto, produzi-lo no momento certo [e oportuno] e se achar liberado de produzir qualquer um dos outros.”

“Sem dúvida.”

“Então, Adimanto, precisaremos de mais do que quatro cidadãos para produzir as coisas que mencionamos, pois um agricultor não fabricará seu próprio arado, tendo este de ser de boa qualidade, nem sua enxada, nem quaisquer outros dos instrumentos, ferramentas e implementos agrícolas. Tampouco o fará um construtor, este também necessitando muitas coisas. E o mesmo se aplica ao tecelão e ao sapateiro, não é mesmo?”

“É.”

“Por conseguinte, carpinteiros, ferreiros e muitos outros artífices ou profissionais terão de participar de nossa pequena cidade e torná-la maior.”

“Certamente.”

“Ainda assim, não será ela enorme mesmo que lhe juntemos vaqueiros, pastores e outros cuidadores de rebanhos, de modo que o agricultor disponha de vacas para puxar o arado, o construtor disponha de bois para dividir com o agricultor para transportar seus materiais e o tecelão e o sapateiro disponham de lã e couro para o seu uso.”

“Também não será pequena se tiver de encerrar todas essas pessoas.”

“E, além disso, é quase impossível estabelecer um Estado num lugar onde nada tenha de ser importado.”

“Realmente assim é.”

“Consequentemente, precisaremos ainda de mais pessoas que se ocupem de importar de outros Estados tudo o que seja necessário.”

“Sim.”

[...]

Complementarmente, Burdeau informa que todos os sociólogos estão de acordo em afirmar que uma simples aglomeração física de indivíduos não constitui uma sociedade política. Esta necessita da existência de uma consciência comunitária - ou, como a denomina Alexis de Tocqueville, crenças dogmáticas³⁷ -, que sela em seus membros a participação

³⁷ “As crenças dogmáticas são [...] opiniões que os homens recebem em confiança e sem discutir.

[...]

Ora, é fácil ver que não há sociedade que possa prosperar sem crenças semelhantes, ou antes, não há sociedades que subsistam sem elas; porque, sem ideias comuns, não há ação comum, e sem ação comum

individualizada (e ao mesmo tempo coletiva) no referido grupo. Embora existam diversas teorias pelas quais se tente explicar o modo de formação e a natureza da referida consciência social, o autor (BURDEAU, 2005, p. 4) diz haver um ponto pacífico entre os sociólogos:

[...] é que só há sociedade política quando, à socialidade, grupamento instintivo nascido da necessidade, sobrepõe-se uma associação fundamentada pela consciência de sua razão de ser e pela representação de seu objetivo. Esse *consenso* que unifica o grupo procede, no início, da aceitação de um estado de fato, mas ele se enriquece com a imagem de um futuro em que a coletividade ficará mais viva, mais sólida e, se possível, mais feliz. A consciência social que se forma a partir de uma constatação se ordena assim ao redor de um projeto.

Já Bobbio nos traz algumas outras visões da sociedade, por ele chamada civil³⁸. Inicialmente, sob um viés comparativo (negativo) com o Estado³⁹, afirma que a sociedade civil é a “esfera das relações sociais não reguladas pelo Estado” (2010, p. 33), é a esfera do domínio do privado⁴⁰.

Em seguida, o referido autor declina três outras acepções da chamada sociedade civil: na primeira, com uma inclinação, ainda que inconscientemente, à doutrina jusnaturalista, se defende que antes do Estado há a formação de diversas formas de associação, na busca da satisfação dos mais diversos interesses humanos e que sobre essas associações há, posteriormente, a regulação do Estado sem, contudo, vetar-lhes o desenvolvimento, nem impedir-lhes uma contínua renovação; na segunda, a sociedade civil possui uma conotação valorativa positiva e indica o lugar no qual se manifestam as instâncias de luta política e modificação das relações de poder⁴¹; já a terceira acepção sustenta o ideal de

existem homens, mas não um corpo social. Para que haja sociedade e, com maior razão, para que essa sociedade prospere, é necessário pois que todos os espíritos dos cidadãos estejam sempre reunidos e mantidos juntos por algumas ideias principais; e isso não poderia se dar se cada um deles não viesse de vez em quando extrair suas opiniões de uma mesma fonte e consentisse fazer seu certo número de crenças já prontas” (TOCQUEVILLE, 2004, p. 9).

³⁸ A expressão “sociedade civil” quando utilizada pelos autores clássicos, inclusive por Rousseau, denota a ideia de sociedade “civilizada”, em contraposição aos bárbaros e selvagens. Já quando utilizada por Bobbio insere-se no contexto da “sociedade política”, ativa e conflituosa.

³⁹ Trataremos do Estado no tópico seguinte.

⁴⁰ Importante, sob esse aspecto, é a posição de Jorge Miranda (2005, p. 173) por conjugar simplicidade e profundidade ao definir a sociedade: “[...] a sociedade é, por definição, o domínio do privado ou onde o privado se pode manifestar e desenvolver. Somente na medida em que a sociedade em absoluto fosse, em toda a sua vida (e, por conseguinte, em toda a vida dos indivíduos que a compõem) determinada ou sujeita, toda ela, a injunções administrativas é que deixaria de ter sentido distingui-la do Estado (tal como deixaria de ter sentido distinguir Direito público e Direito privado).”

⁴¹ “Numa primeira aproximação pode-se dizer que a sociedade civil é o lugar onde surgem e se desenvolvem os conflitos econômicos, sociais, ideológicos, religiosos, que as instituições estatais têm o dever de resolver através da mediação ou através da repressão. Sujeitos desses conflitos e portanto da sociedade civil exatamente enquanto contraposta ao Estado são as classes sociais, ou mais amplamente os grupos, os movimentos, as associações, as organizações que as representam ou se declaram seus representantes; ao lado das organizações de classe, os grupos de interesse, as associações de vários gêneros com fins sociais, e

sociedade sem Estado, um ideal anárquico que prega o fim da dominação Estatal do corpo social (2010, p. 34).

Sob outra perspectiva, as mais recentes teorias sistêmicas acerca da sociedade sustentam que “a sociedade civil ocupa o espaço reservado à formação das demandas (*input*) que se dirigem ao sistema político e às quais o sistema político tem o dever de responder (*output*): o contraste entre sociedade civil e Estado põe-se então como contraste entre quantidade e qualidade das demandas e capacidade das instituições de dar respostas adequadas e tempestivas” (BOBBIO, 2010, p. 36). Nesse contexto, prossegue Bobbio, o tema da governabilidade das sociedades complexas se apresenta sob, e mais uma vez, a dicotomia entre a sociedade civil e o Estado, onde uma sociedade se torna cada vez mais difícil de governar na medida em que as demandas por ela dirigidas ao Estado passam a não mais ser respondidas satisfatoriamente por este último.

Corroborando com essa ideia, José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 107-108) acentua:

A evolução histórica das sociedades provoca sempre efeitos inovadores, com o que impele o grupo social à formulação de maior quantidade de postulações e de postulações mais complexas. Diante desse quadro, é comum agravar-se a tensão entre o Estado e a sociedade quando o nível de satisfação não atinge os *Standards* que cada um deles registra em seus planos.

Com efeito, a Constituição Federal brasileira em muitos dos seus dispositivos se reporta à sociedade como entidade diversa do Estado, com obrigações próprias e algumas vezes até concorrentes com os deveres estatais na busca do interesse público⁴², sendo que, tal qual a doutrina rousseaneana, há a afirmação de que a família é sim a base da sociedade (artigo 226).

Nesse sentido, vejamos alguns dos dispositivos constitucionais que nos remetem às ideias antes elencadas: inicialmente, o texto da CF/88 afirma expressamente no artigo 3º ser objetivo da República Federativa do Brasil, ou seja do Estado brasileiro, a constituição de

indiretamente políticos, os movimentos de emancipação de grupos étnicos, de defesa dos direitos civis, de libertação da mulher, os movimentos jovens etc.” (BOBBIO, 2010, p. 35-36)

⁴² “Por outro lado, ocorre que, no Direito contemporâneo, cada vez mais os *interesses públicos* nem se apresentam homogêneos nem, tampouco, se constituem como um monopólio do Estado. Como agudamente alguns estudiosos da evolução do Direito Público têm observado, passou-se a admitir – com Massimo Severo Giannini, na Europa e, entre nós, com Odete Medauar – a *heterogeneidade* e a *multiplicidade* do interesse público, daí decorrendo que sua promoção e defesa, em muitos de seus aspectos, devam ser compartilhadas com a sociedade através de suas próprias organizações, pois, na dicção de Umberto Allegretti, ‘o interesse público não pertence à Administração como seu próprio, mas ao corpo social’.” (MOREIRA NETO, 2009, p. 14)

uma **sociedade** livre, justa e solidária, demonstrando desde logo que o domínio do Estado é diverso do domínio da sociedade.

Fortalecendo a ideia de que os domínios de atuação são diversos entre o Estado e a sociedade, o inciso XXXIII do artigo 5º assevera que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, bem como que essas informações serão prestadas em prazo determinado por lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da **sociedade** e do Estado. Ou seja, a segurança do Estado e da sociedade não necessariamente se confundem, sendo certo, contudo, que é dever do Estado garantir tanto a sua segurança quanto a da sociedade (embora também seja responsabilidade de todos), conforme dispõe o artigo 144.

Noutro turno, a CF/88 trata da **sociedade civil**, como legítima entidade de representação dos mais diversos nichos sociais e comunitários. Tanto que um dos Poderes constituídos deve ser palco de interlocução e discussão com essas entidades por meio de audiências públicas destinadas, sobretudo, à formação das demandas (*input*) que são dirigidas ao Estado. É que se percebe pela leitura do artigo 58, § 2º, II que afirma ser função das comissões do Congresso Nacional a realização de audiências públicas com as entidades da sociedade civil.

Ademais, como dito, a Constituição reserva à **sociedade**, concorrentemente com o Estado, funções específicas, como se observa pelos dispositivos a seguir referenciados⁴³: a) artigo 173, § 1º, I; b) artigo 195; c) artigo 205; d) artigo 225; e) artigo 227; f) artigo 230, dentre outros.

⁴³ As normas citadas referem-se à (ao): a) **fiscalização** das empresas públicas, sociedades de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, nos termos do artigo 173, § 1º, I; b) **financiamento** da seguridade social, de forma direta e indireta, por meio de recursos provenientes dos orçamentos (fruto da atividade de tributação do Estado) dos entes federados, nos termos do artigo 195; c) **colaboração** na promoção e incentivo à educação que, por sua vez, é dever do Estado e da família, consoante disposto no artigo 205; d) **dever** da coletividade, portanto da sociedade, e do Poder Público na **defesa e preservação**, para as presentes e futuras gerações, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, que constitui direito de todos indistintamente, consoante dispõe o artigo 225; e) **dever** da família, da sociedade e do Estado de **assegurar** à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, de acordo com o disposto no artigo 227; f) **dever** da sociedade, juntamente com o Estado e a família de **amparar** as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida, tal qual assevera o artigo 230, dentre outros.

Vê-se, portanto, que as acepções da sociedade podem sim ser independentes do conceito de Estado, detendo autonomia e, por conseguinte, existência própria. Todavia, todas as ideias desenvolvidas acerca da sociedade (que é anterior à figura do Estado), especialmente da sociedade civil, estão diretamente ligadas tanto à figura do Estado, quanto à questão da sua governabilidade.

1.2 Estado democrático

Partindo da ideia esposada no tópico anterior, o Estado seria a figura responsável por responder satisfatoriamente às demandas das comunidades que formam a sociedade.

Sendo que, por outro lado, tal figura não se constitui em algo palpável, tangível materialmente; seria o Estado simplesmente uma ideia, só existindo porque pensado e pensado para evitar a submissão dos homens a seus semelhantes.

Todavia, ainda que transcendental, é o Estado detentor do legítimo Poder soberano e, nesse sentido, poderia ser qualificado como o próprio Ordenamento Jurídico Coercitivo que guia os passos daqueles que dele fazem parte.

Difícil, portanto, é qualificá-lo com uma conceituação fechada.

Com efeito, este tópico tem por escopo fornecer uma noção ampla e geral acerca das discussões que circundam o Estado, não pretendendo prescrever-lhe uma definição única e imutável, mesmo porque uma tal tentativa certamente acompanhará uma dada teoria que se adote como marco, bem como terá por pano de fundo a indexação histórica em que o sujeito se veja inserido. Nesse sentido, Sahid Maluf (1995, p. 19) verbera que “Não há nem pode haver um definição de Estado que seja geralmente aceita. As definições são pontos de vista de cada doutrina, de cada autor. Em cada definição se espelha uma doutrina.”

De início, Bobbio (2010, p. 73) nos traz duas teorias que tratam do nascimento do Estado. A primeira tese, que percorre de forma recorrente toda a história do pensamento político e se confunde em muito com a tese do nascimento da própria sociedade civil, é a de que o Estado nasce da dissolução das comunidades primitivas, fundadas exclusivamente sobre laços de parentesco, que, unindo-se por razões de sobrevivência, formam comunidades ampliadas, sendo o Estado, nesse contexto, o ordenamento político dessas mesmas comunidades. Vê-se, portanto, que para essa primeira visão, antes do Estado havia as

sociedades primitivas, onde a ideia do Poder político ainda não está sedimentada, nem sequer de modo incipiente.

Engels, citado por Bobbio, confere outra interpretação à tese do nascimento do Estado (segunda teoria): uma interpretação exclusivamente econômica, vinculada umbilicalmente ao surgimento da propriedade privada. Quando o primeiro homem, demarcando parte da terra, disse “Isto é meu” nasceu, por conseguinte, a divisão do trabalho, e com este a divisão da sociedade em classes sociais, a dos proprietários e a dos não-proprietários. Nesse contexto, o Estado surge para garantir a dominação social, econômica e política de uma classe sobre a outra, na tentativa de evitar o desaparecimento da sociedade estratificada (*apud* BOBBIO, 2010, p. 74). Sob essa segunda visão, o Estado é um fenômeno social bem mais recente, sendo que a simples reunião de famílias ou clãs não é suficiente para caracterizá-lo, enquanto a propriedade for eminentemente coletiva.

Somando sua teoria a essas duas visões trazidas por Bobbio, Burdeau (2005, p. 13) entende que as origens do Estado estão na institucionalização do Poder, e que tal institucionalização é determinada por um conjunto de circunstâncias que concorrem, em dado momento histórico, para torná-la tanto possível quanto necessária.

Além disso, Burdeau (2005, p. X-XI) afirma que o Estado não é algo palpável, querendo significar que a sua existência não pertenceria a uma fenomenologia tangível. Assim, nos fala que, na verdade, o Estado é uma “ideia”, só existindo porque é pensado; e mais à frente pergunta por que há a necessidade de se construir uma ideia abstrata, como a do Estado, quando o mundo dos fatos, o mundo social, já é suficiente para externar a realidade que a ideia de Estado pretende personificar? E ele mesmo responde, dizendo que os homens pensaram na instituição do Estado, criando essa ideia abstrata, para não terem de obedecer diretamente a outros homens.

Noutro giro, impende registrar que sob uma perspectiva eminentemente jurídica, Kelsen (2005, p. 272-273) reduziu a conceituação do Estado à própria noção de Ordem Jurídica⁴⁴, destacando, assim, o seu caráter normativo.

Segundo afirmação de Norberto Bobbio (2010, p. 57), de todas as teses kelsenianas, esta foi a que menos prosperou.

⁴⁴ Ilustrativamente, no Brasil, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010, p.76) sustenta o posicionamento kelseniano: “Em resumo, é o **Estado uma ordem jurídica relativamente centralizada**, limitada no seu domínio espacial e temporal de vigência, soberana e globalmente eficaz. (grifo nosso)

Com efeito, cremos que o primeiro pensamento que normalmente se tem ao se tratar do Estado – quando não o utilizamos como sinônimo de “sociedade” ou de “Nação” (o que nos parece ser ainda mais comum⁴⁵) – é o de uma forma de dominação social pelo uso da força, de um verdadeiro “Poder”. Sendo que essa impressão não é desarrazoada, ao contrário, é bastante difundida, como se observa pelo seguinte trecho extraído de Bobbio (2010, p. 82), quando ele cita o entendimento esposado por outros três autores:

Com uma linguagem extraída da economia, **Weber define o Estado como o detentor do monopólio da coação física legítima**⁴⁶⁴⁷. Para **Kelsen o Estado é um ordenamento coercitivo**, em particular: “O estado é uma organização política porque é um ordenamento que regula o uso da força e porque monopoliza o uso da força” [1945, trad. it. p. 194]. Num dos manuais de ciência política mais difundidos nestes últimos anos pode-se ler: “Estamos de acordo com Max Weber de que **a força física legítima é o fio condutor da ação do sistema político**” [Almond e Powell 1966, trad. it. p. 55]. (grifo nosso)

Vê-se claramente a ligação existente entre a noção de Poder (seja a força bruta, seja o poder político institucionalizado) e o significado do Estado, tanto que a doutrina considera o referido Poder como sendo um dos “elementos constitutivos” do Estado, razão pela qual se faz necessário abordarmos o tema com maior proximidade.

1.2.1 Elementos constitutivos do Estado

Com efeito, desde quando os juristas passaram a tomar conta do “problema” do Estado, este tem sido definido através de três elementos constitutivos básicos, a fim de se lhe impor limites: o território, o povo e o poder (soberano). Citando (BOBBIO, 2010,p. 94) a

⁴⁵ Postulação do autor.

⁴⁶ “O Estado moderno é uma associação de domínio com carácter institucional que tratou, com êxito, de monopolizar, dentro de um território, a violência física legítima como meio de domínio e que, para esse fim, reuniu todos os meios materiais nas mãos do seu dirigente e expropriou todos os funcionários feudais que anteriormente deles dispunham por direito próprio, substituindo-os pelas suas próprias hierarquias supremas. [...]

Este Estado é sociologicamente definível pela referência a um *meio* específico que ele, como qualquer associação política, possui: a violência física. [...] Naturalmente que a violência não é nem o meio normal nem o único meio de que o Estado se serve, mas é realmente o *seu* meio específico. Precisamente hoje, é especialmente íntima a relação do Estado com a violência. No passado, a violência foi utilizada pelas mais diversas associações, a começar pela associação familiar (*Sippe*), como meio inteiramente normal. Hoje, pelo contrário, deveremos dizer que o Estado é a comunidade humana que, dentro de um determinado território (o ‘território’ é elemento definidor) reclama (com êxito) para si o monopólio da *violência física legítima*. É específico do nosso tempo que a todas as outras associações e indivíduos só é concedido o direito à violência física na medida em que o Estado o permite. O Estado é a única fonte do ‘direito’ à violência.” (WEBER; Max, p. 49 e 57).

⁴⁷ Relativamente à questão da “legitimidade do poder” se tratará mais adiante.

definição de Mortati⁴⁸ que é tida por corrente e autorizada, “o Estado é ‘um ordenamento jurídico destinado a exercer o poder soberano sobre um dado território, ao qual estão necessariamente subordinados os sujeitos a ele pertencentes’” [Mortati 1969, p. 23]⁴⁹.

A essa e a outras definições similares Burdeau (2005, p. 14) opõe certa resistência, já que sob sua ótica muito embora esses elementos sejam necessários à existência de um Estado, é um erro caracterizá-los como seus elementos constitutivos, já que se o Poder for individualizado, ainda que os três elementos coexistam, não haverá Estado. Segundo seu entendimento só haverá Estado se o Poder não for individualizado, mas institucionalizado.

Em que pese essa oposição⁵⁰, analisemos de forma sucinta cada um deles, tendo por norte o pensamento kelseniano⁵¹.

Kelsen informa que a doutrina tradicional⁵² distingue três elementos constitutivos do Estado: o território, seu povo e seu poder. Quanto ao primeiro, argumenta-se ser da essência⁵³ do Estado a ocupação de certo território delimitado. Todavia, “a unidade territorial

⁴⁸ Definição extraída por Bobbio da obra *Instituzioni di diritto pubblico* de 1969.

⁴⁹ Bobbio (2005, p. 95), pessoalmente, também afirma que do ponto de vista de uma definição formal e instrumental, as condições necessárias e suficientes (elementos constitutivos) para que exista um Estado é que sobre um (1) **determinado território** se tenha formado um (2) **poder em condição de tomar decisões vinculatórias** (3) **para todos aqueles que vivem naquele território** e que serão efetivamente cumpridas pela grande maioria dos seus destinatários, na maior parte dos casos em que a obediência é requisitada. Sem discrepar Sahid Maluf (1995, p. 23) sustenta que “A condição de Estado perfeito pressupõe a presença concomitante e conjugada desses três elementos, revestidos de características essenciais: população *homogênea*, território *certo e inalienável* e governo *independente*.”

De igual modo, Canotilho (2003, p. 90), ao discorrer sobre a soberania, diz ser possível descortinar os elementos constitutivos do Estado articulando-se sua dimensão constitucional interna com sua dimensão internacional, *verbis*: “Se articularmos a dimensão constitucional interna com a dimensão internacional do Estado poderemos recortar os elementos constitutivos deste: (1) poder político de comando; (2) que tem como destinatários os cidadãos nacionais (povo = sujeitos do soberano e destinatários da soberania); (3) reunidos num determinado território.”

⁵⁰ O fato é que o próprio Burdeau considera que os referidos elementos são necessários à existência do Estado. Significa dizer que ainda que o Poder seja Institucionalizado, sem os demais elementos, não há que se falar em Estado. Desse modo, a constituição do Estado dependeria da soma de todos esses elementos, razão pela qual se entende que a oposição apresentada por Burdeau não inviabiliza, impede ou torna desnecessária a análise dos demais elementos.

⁵¹ Embora Kelsen tenha reduzido o conceito de Estado ao de Ordenamento Jurídico, ele analisa cada um dos seus elementos constitutivos de forma clara e objetiva, o que facilita a compreensão de todo o conjunto, sem, contudo, nos impor a sua conclusão, mencionada no início desta nota de rodapé.

⁵² Kelsen fala em “doutrina tradicional” se colocando fora desse conceito, já que além de combater alguns pontos de vista clássicos, entende que não são apenas três, mas quatro os elementos constitutivos do Estado: território, povo, poder e **tempo**. Kelsen enxerga no fator “tempo” um quarto elemento constituidor do Estado, pois quando se diz que não pode haver mais de um Estado no mesmo território, quer-se dizer que essa coexistência não é **temporalmente** permitida/admissível.

⁵³ Deve-se registrar que há doutrinadores que entendem que o território não é elemento constitutivo do Estado. Nesse sentido, Paulo Bonavides (1998, p. 87) cita o exemplo de Donati, *verbis*: “Tem-se verificado todavia dúvidas quando se trata de indagar se o território é ou não elemento constitutivo do Estado. Responde Donati negativamente. Entende que o território deve ser considerado como condição necessária mas exterior ao Estado.”

do Estado, é uma unidade jurídica, não geográfica ou natural. Porque o território do Estado, na verdade, nada mais é que a esfera territorial de validade da ordem jurídica chamada Estado” (KELSEN, 2005, p. 300). Isso significa que o Estado tem sua esfera de validade (aplicabilidade) limitada, sendo instituída e executada exclusivamente dentro daquele território.

Quanto ao povo, o segundo elemento constitutivo do Estado, Kelsen o enxerga como a esfera pessoal de validade de uma ordem jurídica nacional (2005, p. 334).

Em complemento, Maluf (1995, p. 24) traz a homogeneidade como requisito necessário ao grupamento humano constitutivo do Estado. E explica que tal requisito não compreende a ideia de “raça”, como sustentaram os teóricos do nacional-socialismo alemão, mas envolve um sentido “psicossociológico” na medida em que “A base humana do Estado há de ser, em regra, uma unidade étnico-social que, embora integrada por tipos raciais diversos, vai se formando como unidade política através de um lento processo de estratificação, de fusão dos elementos no cadinho da convivência social.”

Consectários lógicos do elemento povo são as noções de cidadania e nacionalidade⁵⁴. Tais noções, reguladas pelo Direito nacional e internacional quanto à sua aquisição ou perda, são necessárias ao exercício de certos direitos e deveres, como é exemplo claro a prestação do serviço militar (KELSEN, 2005, p. 336).

Importante destacar que dentre os direitos consagrados aos cidadãos de um Estado estão os chamados direitos políticos, que são comumente definidos como “os direitos que dão

Sahid Maluf (1995, p. 25), embora discorde da ideia, também informa que para Duguit e Le Fur o território não é elemento necessário à existência de um Estado. Todavia, contemporaneamente pode-se afirmar que essa posição se encontra superada, especialmente tendo-se em vista o princípio da impenetrabilidade, que quer dizer que a ordem jurídica nacional tem validade exclusiva para um determinado território e, dentro desse território, todos os indivíduos estão sujeitos exclusivamente a essa ordem jurídica nacional. Nas palavras de Kelsen esse princípio “é geralmente expresso dizendo-se que só pode existir um Estado no mesmo território, ou – tomando emprestada uma expressão da física – que o Estado é ‘impenetrável’.” (KELSEN, 2005, p. 306)

⁵⁴ Tratando da cidadania e a diferenciando da nacionalidade, Jorge Miranda leciona: “Ao conceito de povo reporta-se o de cidadania. Cidadãos são os membros do Estado, da *Civitas*, os destinatários da ordem jurídica estatal, os sujeitos e os súbditos do poder.

[...]

Cidadania é a qualidade de cidadão. E por este motivo, a palavra ‘nacionalidade’ – embora mais corrente e não sem conexão com o fundo do Estado nacional – deve ser afastada, porquanto menos precisa. ‘Nacionalidade’ liga-se a nação, revela a pertença a uma nação, não a um Estado. Ou, se se atender a outras utilizações consagradas, trata-se de termo com extensão maior do que cidadania: nacionalidade têm as pessoas colectivas e nacionalidade pode ser atribuída a coisas (navios, aeronaves), mas cidadania só possuem as pessoas singulares.

Cidadania significa ainda, mais vincadamente, a participação em Estado democrático. Foi nesta perspectiva que o conceito foi elaborado e se difundiu após a Revolução francesa. E se, por vezes, parece reservar-se o termo para a cidadania activa, corresponde à capacidade eleitoral, a restrição acaba por radicar ainda na mesma ideia.” (MIRANDA, 2005, p. 205)

ao seu possuidor um poder de influência na formação da vontade do Estado” (KELSEN, 2005, p. 337). Dentre os principais direitos políticos está o direito ao voto, que se encontra previsto na Carta Magna brasileira em seu art. 14⁵⁵. Nesse sentido, outro ponto de vista que se mostra interessante destacar, especialmente no Ordenamento Constitucional brasileiro, é o de “povo” como Titular do Poder estatal, já que referido Poder desse mesmo “povo” emana⁵⁶.

Noutro giro, é fato que o estudo do Estado, em razão da sua própria essência, vem atrelado à análise do “Poder” que o alicerça, seu terceiro elemento constitutivo. A origem desse “Poder”, que caracteriza a dominação e a coerção Estatal, vem sendo perquirida há muitos séculos, e a busca por sua natureza deu origem a vários questionamentos essenciais à correta concepção do Estado.

Ainda em Rousseau (2000, p. 26), tem-se o Capítulo III do Livro I dedicado ao “Direito do mais forte”, onde o autor expõe sua dúvida sobre a origem do “Poder”: viria ele da “força”, como “Poder físico”? E essa “força” teria o condão de criar o “Direito”? Segundo expõe no Contrato Social, se o “Direito” viesse exclusivamente da “força”, consubstanciada no “Poder físico”, dele só adviria o caos, pois se com a causa (força) muda o efeito (direito), toda força superior à primeira tomaria seu lugar e criaria novo direito a partir dela. E qual o direito que restaria quando cessasse a força? Por outro lado, admitindo-se que o direito é simplesmente o “Poder” do mais forte sobre o mais fraco, qual a diferença do poder que emana do Estado para o poder exercido por um bandido que empunha uma arma contra sua vítima? Nesse sentido, conclui: a força não produz o direito, e por consequência, não pode ser ela simplesmente o alicerce do Estado, é necessário “algo mais”, algo que o justifique.

Contemporaneamente, e sem discrepar da essência do pensamento rousseauiano, Burdeau inicia seu estudo sobre o Estado afirmando que nem toda sociedade politicamente organizada pode ser tida como um Estado.

Assim, as definições de Estado que levam em conta apenas a diferenciação entre governados e governantes não podem ser consideradas válidas, já que essa hierarquização revela tão-somente a existência de um “Poder”, e há diversas formas de “Poder” que não são

⁵⁵ “Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

I - plebiscito;

II - referendo;

III - iniciativa popular.”

⁵⁶ O Art. 1º, Parágrafo único de nossa Constituição externa essa ideia com as seguintes palavras: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

Estatais. Afirma que embora a lâmina do machado do carrasco seja feita do mesmo metal, quer execute uma sentença em nome do Estado quer obedeça à ordem de um assassino que eventualmente concentre em si os atributos do “Poder”, não é verdade que este último “Poder” carrega consigo as mesmas características daquele exercido pelo Estado (BURDEAU, 2005, p. 1).

O pensador francês nos fala também que o “Poder” evoluiu de um formato em que era inicialmente anônimo (BURDEAU, 2005, p. 6-7), sem um titular específico, para uma forma individualizada (BURDEAU, 2005, p. 7-8 e 10) numa certa pessoa ou grupo de pessoas, e só então para a forma institucionalizada (BURDEAU, 2005, p. 10-12), que efetivamente caracteriza a existência do Estado.

Completamente diverso é o raciocínio e a lógica kelseniana acerca do fenômeno do “Poder”: segundo aponta, a função de toda ordem social é fazer com que os integrantes daquela determinada sociedade pratiquem atos considerados benéficos à comunidade e se abstenham de praticar atos tidos por nocivos, ou seja “motivar certa conduta recíproca dos seres humanos” (KELSEN, 2005, p. 21), sob pena da incidência de uma sanção.

A sanção como punição, por sua vez, quando organizada socialmente consistirá em privação de posses como vida, saúde, liberdade ou propriedade. Já que ditas posses são tomadas do indivíduo contra sua vontade, ela (punição) necessariamente terá um caráter de coerção, significando que será aplicada a força física em sua execução. Deste modo, a ordem jurídica, ou o Direito, é uma espécie de ordem coercitiva.

Sendo a Ordem Jurídica uma ordem coercitiva, e, no seu entendimento, sendo o Estado a própria Ordem Jurídica, o Estado se consubstanciaria no exercício coercitivo e dominador do direito. Assim, diferentemente de Rousseau, para quem a força não cria (ou pelo menos não deveria criar) o direito, pode-se concluir com Kelsen de forma diametralmente oposta.

Entretanto, segundo Burdeau, o “Poder” do Estado não pode ser confundido com qualquer outro “Poder”, pois possui características próprias que o diferenciam (ou legitimam). Kelsen, contudo, não compartilha dessa mesma visão; para ele se o prefalado “Poder” for capaz de instituir e manter (significa dizer que o “Poder” detém efetividade) uma Ordem

Jurídica⁵⁷, portanto uma Ordem Estatal, será legítimo⁵⁸ independentemente de qualquer outra coisa.

Todavia, a posição reducionista de Kelsen quanto ao conceito de Estado e ao poder que lhe faz derivar, não foi de todo aceita, como apontado por Bobbio, e isso, no nosso entendimento, se deve a uma maior aproximação dos demais doutrinadores do tema a uma teoria sociológica, que enxerga no “Poder” a necessidade de uma justificação maior que simplesmente a força de quem empunha a espada; uma justificação axiológica e ética que imprima ou induza aos destinatários da coerção uma aceitação/obediência ao comando; enfim uma legitimação (Poder com autoridade⁵⁹) que suplante aquela defendida pelo positivismo jurídico.

Prosseguindo a análise acerca do terceiro elemento constitutivo do Estado, é de se afirmar que uma das principais características do Poder estatal é o fato de ser ele “soberano”. Mas o que isso significa? Nesse ponto é bom que se lembre de que tal conceito há muitos séculos vem sendo trabalhado pelos filósofos, inclusive por Rousseau, de onde se extrai que o Poder soberano é derivado da vontade geral formada após o contrato social (2000, p. 33-34).

Atualmente, Canotilho (2003, p. 89) aduz que a primeira característica ou qualidade do “Poder” do Estado é o fato de ser “Soberano”; e a soberania do poder, por sua vez, significaria a sua supremacia no plano interno e a sua independência⁶⁰ no plano internacional (2003, p. 90).

⁵⁷ A dinâmica jurídica desenvolvida por Kelsen em sua Teoria Pura do Direito procura explicar o fundamento de validade de um Ordenamento Jurídico, com base na existência de uma norma fundamental pressuposta, e por consequência do próprio Estado como ordem coercitiva, para onde remetemos o leitor interessado em aprofundar a temática aqui tão somente referida (KELSEN, 2006, p. 215 e ss).

⁵⁸ Bobbio destaca essa característica do Positivismo Jurídico, encontrando em Kelsen um dos seus maiores representantes, na qual a legitimidade e a efetividade praticamente se confundem. (BOBBIO, 2010, p. 91-92)

⁵⁹ Bonavides (1998, p. 106-107) quando trata do Poder do Estado faz uma diferenciação interessante entre “força”, “poder” e “autoridade”, a qual se transcreverá a seguir: “No vocabulário político ocorre com frequência o emprego indistinto das palavras força, poder e autoridade. Exigências de clareza porém recomendam a correção dos abusos aqui perpetrados. A nosso ver, a força exprime a capacidade material de comandar interna e externamente; o poder significa a organização ou disciplina jurídica da força e a autoridade enfim traduz o poder quando ele se explica pelo consentimento, tácito ou expresso, dos governados (quanto mais consentimento mais legitimidade e quanto mais legitimidade mais autoridade). O poder com autoridade é o poder em toda sua plenitude, apto a dar soluções aos problemas sociais. Quanto menor a contestação e quanto maior a base de consentimento e adesão do grupo, mais estável se apresentará o ordenamento estatal, unindo a força ao poder e o poder à autoridade. Onde porém o consentimento social for fraco, a autoridade refletirá essa fraqueza; onde for forte, a autoridade se achará robustecida.”

⁶⁰ Ferreira Filho (2010, p. 76), sem discrepar do constitucionalista português, sustenta que um Estado só pode ser assim denominado se presente um “Poder Soberano”, e prossegue afirmando ser “incontestável que hoje quando se fala em Estado vem à mente a ideia de uma ordem estatal não submetida a outra ordem da mesma espécie. E essa ausência de subordinação é em última análise a soberania. Traço hoje reputado imprescindível ao Estado.”

Nessa linha, grande parte dos autores pesquisados que tratam da soberania (especialmente no âmbito interno) como sendo aquela característica que importa na supremacia do Poder estatal, como dito por Canotilho, menciona paralelamente a sua “divisão funcional”. Abordaremos mais detidamente essa divisão no tópico seguinte, destinado à Separação dos Poderes, todavia, declinaremos alguns posicionamentos que externam a ideia da unidade do Poder agregada à necessidade de sua divisão funcional.

Nessa esteira, Kelsen (2005, p. 364-365) afirma que a soberania é a característica definidora do poder estatal, sendo que não obstante se sustente a unidade desse poder é possível se distinguir três diferentes “funções” que o integram. Contudo, pondera o autor que na verdade não se trataria de uma tricotomia, mas de uma dicotomia: a legislação e a execução. E acaso se perguntasse acerca da função do Poder Judiciário, como terceiro alicerce da tricotomia do poder, diria que o judiciário, tal qual o executivo, “executam” a lei, não sendo a função daquele em essência diferente da deste último.

Trilhando o mesmo caminho de Kelsen, Dallari (1995, p. 181) afirma ser ponto pacífico que o poder do Estado é uno e indivisível, sendo, contudo, “normal e necessário que haja muitos órgãos exercendo o poder soberano do Estado, mas a unidade do poder não se quebra por tal circunstância”⁶¹.

Por fim, Bonavides (1998, p. 109) sustenta a indivisibilidade ou unidade⁶² do Poder estatal ao afirmar que tal característica significa que somente pode haver um único titular desse poder. Entretanto, afirma que essa indivisibilidade não entra em contradição com a teoria da Separação dos Poderes⁶³, eis que ela (a indivisibilidade) se reporta, como dito, à titularidade do Poder estatal, ao passo que a divisão propugnada pela teoria da Separação dos Poderes se manifesta no que concerne ao **exercício** desse Poder; sendo que as formas

⁶¹ Assim também, Temer defende a unidade do Poder como atributo do Estado e acrescenta que a distinção se dá entre órgãos que desempenham funções estatais distintas. (TEMER, 1998, p. 118)

⁶² Seguindo esse mesmo caminho, Raymond Carré de Malberg defende de forma rígida que não existem três diferentes Poderes no Estado, mas, sim, múltiplas formas de manifestação desse mesmo Poder, *verbis*: “No existen en el Estado tres poderes, sino una potestad única, que es su potestad de dominación. Esta potestad se manifiesta bajo múltiples formas: su ejercicio pasa por diversas fases: iniciativa, deliberación, decisión, ejecución. Los diversos modos de actividad que entraña pueden necesitar de la intervención de órganos plurales y distintos. Pero, en el fondo, todos estos modos, formas o fases, concurren a un fin único: asegurar dentro del Estado la supremacía de una voluntad dominante, que no puede ser otra que una voluntad única e indivisible.” (MALBERG, 2001. p. 761.)

⁶³ A Separação dos Poderes será tratada no item seguinte.

fundamentais de manifestação da atividade estatal são a **função** legislativa, **função** executiva e **função** judiciária⁶⁴.

1.2.2 Separação dos Poderes

Uma fase posterior do processo de limitação jurídica do poder político, mencionado no item 1.2.1, é a que se funda na teoria da separação dos poderes, de certo modo já adiantada. No caso, a disputa sobre a divisibilidade ou indivisibilidade do Poder do Estado concerne ao processo de (des)concentração das funções típicas que competirão a quem exercer o Poder supremo em um dado território: o Poder de elaborar as leis, de impor o seu cumprimento e o de julgar, com base nelas, o grau de correção das condutas praticadas.

Com efeito, a clássica teoria da Separação dos Poderes, hoje consolidada senão em todos, mas na grande maioria dos Estados Democráticos, tem como patrono Charles-Louis de Secondat, o Barão de La Brède e Montesquieu, que no século XVIII, ao escrever *O Espírito das Leis* fixou os pilares que ainda hoje sustentam o edifício dos Estados contemporâneos.

Sobre esse patronato há certa controvérsia. Há quem sustente, tal qual Ferreira Filho (2010, p. 161), que a teoria da separação dos poderes foi divulgada, alcançando enorme repercussão, com Montesquieu, mas que a **divisão funcional do poder** é o resultado da evolução constitucional inglesa, consagrada no *Bill of Rights* de 1689, tendo sido teorizada pela primeira vez por John Locke.

A propósito de Locke (LOCKE, 2001), deve-se lembrar de que em sua obra o autor discorreu sobre a existência de quatro Poderes concernentes ao Estado – visando superar o absolutismo monárquico prevalecente no século XVII –, a fim de caracterizá-lo como uma sociedade política, sendo que, paradoxalmente, três deles (“b”, “c” e “d”) deveriam estar concentrados nas mãos do monarca:

⁶⁴ No mesmo sentido é a posição de Karl Loewenstein, citado por Alexandre Santos de Aragão: “As considerações de KARL LOEWENSTEIN a respeito da forma com que o princípio da separação dos poderes deve ser hodiernamente enfocado são, neste sentido, muito esclarecedoras: ‘O que na realidade significa a assim chamada ‘separação de poderes’, não é, nada mais nada menos, que o reconhecimento de que, por um lado, o Estado tem que cumprir determinadas funções – o problema técnico da divisão do trabalho – e que, por outro, os destinatários do poder sejam beneficiados se estas funções forem realizadas por diferentes órgãos: a liberdade é o *telos* ideológico da teoria da separação de poderes. [...] **O que, comumente, ainda que erroneamente, se costuma denominar como a separação dos poderes estatais, é na verdade a distribuição de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado.** O conceito de ‘poderes’, apesar de estar profundamente enraizado, deve ser entendido neste contexto de uma maneira meramente figurativa.’” (LOEWENSTEIN *apud* ARAGÃO, 2012)

- a) O poder legislativo, que segundo informa é o Poder Supremo da sociedade política, devendo os demais poderes ou dele derivar ou a ele estarem subordinados, tendo a função de fixar as diretrizes de como empregar a força da sociedade política em prol de sua preservação, bem como de seus membros;
- b) O poder executivo, que cuida da execução das leis ainda vigentes (seria a função do chefe de governo) elaboradas pelo legislativo;
- c) O poder federativo, a englobar o poder de declarar a guerra e fazer a paz, bem como o de assinar tratados e alianças internacionais, além de firmar as transações comerciais com as pessoas jurídicas de direito internacional (seria função do chefe de Estado) (2001, p. 514-515); e
- d) O prerrogativo que consistia na permissão conferida pelo povo para que seus governantes praticassem diversos atos por sua livre escolha, sempre que a lei silenciasse ou, até mesmo, a contrariando, visando o alcance do bem público (2001, p. 532).

Destaque-se que Locke não fala expressamente no Poder Judiciário, já que os juízes não tinham qualquer independência antes da entrada em vigor do *Act of Settlement*, de 1701, que é posterior à publicação de sua obra. Assim é que o poder de julgar competiria à Coroa soberana, como apontado por Canotilho⁶⁵ (2003, p. 581).

Voltando a Montesquieu (2009, p. 85-86), que adota como paradigma a Constituição da Inglaterra, tem-se n'O Espírito das Leis o desenvolvimento do pensamento acerca da necessidade de se retirar das mãos de um único homem ou de um grupo de homens a concentração de todos os Poderes ínsitos ao Estado, a fim de, fugindo à tirania e à opressão, buscar a liberdade, que consistiria basicamente em fazer tudo o que as leis permitem. Nesse sentido assevera os "porquês" da necessidade de se separar o poder de fazer leis, do de executá-las e do de julgar as condutas de acordo com elas:

A liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabelecem leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

⁶⁵ Diferentemente de Canotilho, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha sustenta que no modelo lockeano o poder judiciário integra as competências do poder legislativo. (ROCHA, 2002. p. 81)

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.^{66 67} (grifo nosso) (MONTESQUIEU, 2009, p. 86)

De igual modo, extrai-se de Rousseau (2000, p. 50-51) passagem em que, ao tratar da figura do legislador, o filósofo deixa claro o seu ponto de vista relativamente à necessidade de separação entre os Poderes legislativo e executivo afirmando expressamente que “se aquele que governa os homens não deve governar as leis, aquele que governa as leis também não deve governar os homens”.

Também se encontra uma robusta exposição da doutrina inaugurada por Montesquieu n’O Federalista⁶⁸. Nas passagens que tratam do tema, o “autor federalista” defende a separação de poderes como princípio que resguarda a liberdade aos cidadãos e a boa condução do governo de um Estado. Sob esse viés, consequentemente, sustenta que a concentração das três principais funções do Estado nas mãos de uma só pessoa (ou grupo de pessoas) levará o governo à tirania (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 298).

Contudo, a separação dos poderes não significa que as três funções devam ser reciprocamente incomunicáveis, mas que se deve evitar que quem possua todos os poderes de um determinado setor também possua todos os poderes de um outro (BOBBIO, 2010, p. 100) – de modo a se flexibilizar um eventual radicalismo na teoria –, sendo, portanto, necessária uma certa comunicabilidade interna, balizada constitucionalmente, para que a cada função seja garantido o controle constitucional das demais, constituindo, deste modo, o sistema de “freios e contrapesos” ou “checks and balances”.

⁶⁶ Canotilho pontua que as principais diferenças do modelo de Locke para o modelo de Montesquieu são que neste há a “autonomização do poder judiciário” e a “inclusão dos poderes federativo e prerrogativo no âmbito do executivo.” (2003, p. 581)

⁶⁷ Discorrendo sobre essa mesma passagem, Mendes, Coelho e Branco informam em sua obra que: “A partir dessa enfática formulação, cujas origens são mais antigas do que se possa imaginar, o princípio da separação dos poderes adquiriu o *status* de uma forma que virou substância no curso do processo de construção e de aprimoramento do Estado de Direito, a ponto de servir de pedra de toque para se dizer da legitimidade dos regimes políticos, como se infere do célebre artigo XVI da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde se declara que não tem constituição aquela sociedade em que não estejam assegurados os direitos dos indivíduos, nem separados os poderes estatais.” (MENDES, 2008, p. 155)

⁶⁸ *O Federalista* trata-se da reunião de diversos artigos esparsos, publicados por volta do ano de 1787 no *Daily Advertiser* de Nova Iorque, destinados a esclarecer e preparar os 13 Estados, recém-libertos do jugo britânico, para receber favoravelmente as instituições republicanas delineadas no texto da Constituição que se pretendia promulgar e que até hoje vige nos EUA. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003.)

Com efeito, nos textos federalistas vê-se uma clara menção ao sistema dos “freios e contrapesos” ou “*checks and balances*”, que se dá por meio de uma retroalimentação circular consistente na ingerência fiscalizatória que cada um dos poderes exerce sobre os outros, sem a qual não seria possível manter-se o grau de separação necessário e essencial à existência de um governo livre (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 305). Todavia, a fim de resistir de certo modo a essa ingerência fiscalizatória, há de se agregar os meios constitucionais necessários para que os poderes possam repelir eventuais tentativas de usurpações por parte dos outros, evitando-se, assim, a acumulação de todos nas mesmas mãos (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 318).

É na soma desses dois mecanismos (fiscalização recíproca e resistência mútua a tentativas de usurpação) que se encontra a essência do sistema de “freios e contrapesos”.

Modernamente, e sob diversa perspectiva, há quem atribua à teoria da Separação de Poderes duas dimensões, como o faz Canotilho (2003, p. 250): **uma negativa**, relativa ao controle e limites do poder (chamada de “divisão dos poderes”), servindo à garantia e proteção da esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos e evitando a concentração de poderes⁶⁹; e **uma positiva**, que vê a separação como **constitucionalização, ordenação e organização dos Poderes do Estado**, bem como impõe responsabilidades pelo seu efetivo exercício (chamada de “separação dos poderes”, em sentido estrito). Tratando dessa segunda concepção, ou seja, da relevância jurídico-constitucional da Separação dos Poderes, o autor aponta três princípios que seriam extraídos da referida teoria, a saber: a) o princípio jurídico-organizatório; b) o princípio normativo autônomo; e c) o princípio fundamentador de incompatibilidades (2003, p. 251-252).

O primeiro, princípio jurídico-organizatório, traz em si **duas ideias básicas** subjacentes à separação funcional dos Poderes do Estado:

- a) **A primeira ideia** é de “ordenação de funções” através de atribuições de competências e da fixação de regras processuais, bem como na vinculação à “forma jurídica” dos Poderes a quem é dirigida essa atribuição. Sob essa perspectiva, a Separação dos Poderes é um “princípio organizatório fundamental da Constituição”. Acrescenta ainda que “Através da criação de uma estrutura constitucional com funções, competências e legitimação de órgãos, claramente fixada, obtém-se um controlo recíproco do poder (*checks*

⁶⁹ Essa dimensão negativa nos remete a uma quarta função do Estado, a função de controle que modernamente é reservada, também, às Funções Essenciais à Justiça.

and balances) e uma *organização jurídica de limites* dos órgãos do poder” (CANOTILHO, 2003, p. 251).

- b) **A segunda ideia básica**, relativa à interpenetração das funções estatais, sustenta que por ordenação funcional separada também se deve entender uma “ordenação controlante-cooperante de funções”. Significa dizer que “O que importa num estado constitucional de direito não será tanto saber se o que o legislador, o governador ou o juiz fazem são actos legislativos, executivos ou jurisdicionais, mas se o que eles fazem *pode ser feito* e é feito de *forma legítima*” (CANOTILHO, 2003, p. 251). Contudo, essa segunda ideia básica é, de certo modo, limitada pelo conteúdo do princípio normativo autônomo, abaixo declinado.

O segundo, princípio normativo autônomo, traz a ideia de que a justeza ou correção de uma decisão pode autorizar ou justificar uma “compartimentação de funções” que não coincida com uma separação orgânica rígida. Isto é, pode ser dada certa competência administrativa ao legislativo e ao judiciário, certas funções legislativas ao executivo e assim por diante, sem que essa sobreposição de funções orgânicas venha a representar a ruptura da Separação de Poderes, salvo, contudo, se o **núcleo essencial** dos limites de competência constitucionalmente fixados for desrespeitado (CANOTILHO, 2003, p. 251-252).

Por último, **o terceiro, princípio fundamentador de incompatibilidades**, tem a ver com a chamada “separação pessoal de poderes ou funções”. Tal princípio tem aplicação particularmente acentuada no que diz respeito aos titulares do Poder Judiciário. Entretanto, no que concerne à separação pessoal governo-parlamento [Canotilho nos fala da experiência de Portugal], “tende hoje a considera-se, sobretudo nos Estados de partidos maioritários, que não há rigorosa delimitação entre parlamento-governo mas entre governo (parlamentar-executivo) e oposição.” E em seguida conclui não constituir isto um problema no sistema constitucional português: “De qualquer modo, um completo entrelaçamento pessoal de funções executivas e parlamentares é evitado através do *princípio da incompatibilidade* entre *cargo* (executivo) e *mandato* (parlamentar) (cfr. Arts. 154.º/1, 161.º/1/a⁷⁰ e 216.º)⁷¹” (CANOTILHO, 2003, p. 253).

⁷⁰ Informe-se que a edição da obra de Canotilho utilizada nesta pesquisa data de 2003 e que a versão da Constituição da República Portuguesa consultada no site <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>, Acesso em: 03 jan. 2012, já fora objeto da VII Revisão Constitucional de 2005. Assim, acreditamos que atualmente o autor deve se referir ao art. 160.º/1/a (reproduzido na nota de rodapé seguinte), já que não existe o art. 161.º/1/a, mas tão somente o art. 161.º/a, que assevera:

Destaque-se que essa visão, especialmente no que toca à dimensão negativa, possui íntima ligação com a função estatal atribuída ao que chamamos de Funções Essenciais à Justiça, como se verá oportunamente.

1.3 Governo – Legitimidade e Democracia Presidencialista

O governo⁷² é definido por Rousseau (2000, p. 64) como sendo o exercício legítimo do poder executivo, observe-se: “Chamo pois governo, ou suprema administração, o exercício legítimo do poder executivo; e príncipe, ou magistrado, o homem ou corpo incumbido dela.” Externa ainda que o governo seja a força intermediária, localizada entre o “soberano” (entenda-se como “soberano” o poder de elaborar normas) e o povo; nesse sentido deverá o governo receber as ordens daquele para aplicá-las nestes: significa dizer que a função do governo se restringiria tão somente a fazer executar as leis no seio da sociedade.

“Artigo 161.º

Competência política e legislativa

Compete à Assembleia da República:

a) Aprovar alterações à Constituição, nos termos dos artigos 284.º a 289.º;”

⁷¹ Constituição da República Portuguesa:

“Artigo 154.º

Incompatibilidades e impedimentos

1. Os Deputados que forem nomeados membros do Governo não podem exercer o mandato até à cessação destas funções, sendo substituídos nos termos do artigo anterior.

[...]

Artigo 160.º

Perda e renúncia do mandato

1. Perdem o mandato os Deputados que:

a) Venham a ser feridos por alguma das incapacidades ou incompatibilidades previstas na lei;

[...]

Artigo 216.º

Garantias e incompatibilidades

1. Os juízes são inamovíveis, não podendo ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei.

2. Os juízes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvas as exceções consignadas na lei.

3. Os juízes em exercício não podem desempenhar qualquer outra função pública ou privada, salvo as funções docentes ou de investigação científica de natureza jurídica, não remuneradas, nos termos da lei.

4. Os juízes em exercício não podem ser nomeados para comissões de serviço estranhas à actividade dos tribunais sem autorização do conselho superior competente.

5. A lei pode estabelecer outras incompatibilidades com o exercício da função de juiz.”

⁷² Segundo Bobbio (2000, p. 553), a definição de governo pode ser enxergada sob duas perspectivas: 1) “como o conjunto de pessoas que exercem o poder político e que determinam a orientação política de uma determinada sociedade. É preciso, porém, acrescentar que o poder de Governo, sendo habitualmente institucionalizado, sobretudo na sociedade moderna, está normalmente associado à noção de Estado”; 2) como “o complexo dos órgãos que institucionalmente têm o exercício do poder. Nesse sentido, o Governo constitui um aspecto do Estado. Na verdade, entre as instituições estatais que organizam a política da sociedade e que, em seu conjunto, constituem o que habitualmente é definido como regime político as que têm a missão de exprimir a orientação política do Estado são os órgãos do Governo.”

Criticando essa afirmação, Boris Mirkine-Guetzévitch, citado por Bonavides (1998, p. 199), afirma que governar não é somente executar ou aplicar mecanicamente as leis, mas dar impulso à vida pública, tomando iniciativa, preparando as leis, nomeando, revogando, punindo, enfim, atuando de modo ativo na administração/condução da vida em sociedade.

Todavia, tal complementação, embora melhor reflita o estágio contemporâneo da atuação governamental, não infirma de modo decisivo a definição rousseauiana de que o governo é a suprema administração legítima da vida em sociedade. Assim, vê-se que a definição do filósofo genebrino compõe-se basicamente de dois pontos principais: a) suprema administração por parte do poder executivo; b) exercício legítimo desse mesmo poder. Seguindo essa linha, passemos a análise desses dois elementos, iniciando a discussão pela temática da legitimidade.

1.3.1 Legitimidade – o “algo mais” que confere fundamento ao “Poder”

A discussão acerca da legitimidade é de grande importância para o entendimento do “Poder” do Estado e sua voz de comando, o governo; tanto que Burdeau (2005, p. 27-28) afirma que do mesmo modo como os governados desejam enxergar legitimidade no governo, os governantes anseiam por serem considerados os legítimos detentores do “Poder”. Isso nos leva a pensar que se a legitimidade fosse simplesmente a força ou “Poder físico” (tal qual defendido pelos Positivistas) capaz de alterar e criar uma Ordem Social Coercitiva, não haveria a necessidade da busca por esse “algo mais” que a constitui: a **aceitação** da mencionada Ordem Coercitiva, por parte de quem é governado; e o **reconhecimento**, por parte dos indivíduos integrantes da sociedade, de que o “Poder” do Estado, personificado na figura de um dado governante é, de fato, a ele destinado.

A legitimidade, assim, é um elemento externo ao “Poder” (aceitação e reconhecimento), independentemente da força de quem o exerce, capaz de conferir uma base mais sólida ao Estado (e conseqüentemente ao governo do Estado) do que simplesmente as qualidades particulares de um dado governante.

Tal posicionamento já fora consagrado por Rousseau (2000, p. 26) em sua doutrina contratualista, caracterizando esse “algo mais” como sendo as **convenções entre os homens**: “Se o homem não tem poder natural sobre seus iguais, se a força não produz direito, **restam-nos as convenções, que são o esteio de toda a autoridade legítima entre os homens**” (destaques nossos).

Já Paulo Bonavides (1995, p. 215), ao tratar do tema da legitimidade das Constituintes e das Constituições, onde se encontra ínsita a ideia de “Poder”, declara peremptoriamente que a legitimidade é basicamente uma questão de **consenso**, pelo menos em se tratando de estabelecer uma ordem democrática e pluralista, onde este aparece como *categoria central*, a traçar a linha que unirá o “constitucional” com o “real”.

Tratando do referido **consenso**, o Professor Moreira Neto (2011) se filia à corrente que o qualifica como gênero a englobar duas espécies (modelos) de organização da sociedade, a **contratual** e a **convencional**, conforme a “aceitação” que lhe confere supedâneo se apresente no grupo de modo **induzido** (modelo contratual) ou de modo **espontâneo** (modelo convencional).

No que se refere ao **modelo contratual**, aponta que tal ideia remonta à antiguidade, eis que desde as sociedades religiosas primitivas toda a articulação social provinha de um pacto entre o homem e seu Deus, tal qual ocorre no Antigo Testamento da religião Cristã (e também no Judaísmo, já que o livro do *Gênesis* foi retirado da *Torah*) onde se narra a **aliança** firmada entre Deus (Jeová) e o povo de Israel. E tal pensamento contratualista restou renovado na época renascentista com Hobbes, Locke e Rousseau⁷³ que fundavam no **consenso** das sociedades o fundamento da legitimidade das instituições civis (MOREIRA NETO, 2011, p. 56-57).

O **modelo convencional**, por sua vez, depende exclusivamente da observância geral de determinados comportamentos, que expressam de modo tácito a sua aceitação por parte do grupo social, prescindindo, nesse sentido, de uma formalização contratual como no primeiro modelo, eis que fundado em um “forte **fundamento psicológico**, que é a *certeza geral* de que aqueles comportamentos sociais, que se provaram reiteradamente eficientes, haverão de ser por todos *espontaneamente* adotados e legados às subseqüentes gerações”. (destaques nossos) (MOREIRA NETO, 2011, p. 57)

Prosseguindo em sua linha de raciocínio, Moreira Neto (2011, p. 58) afirma que as considerações sobre “os dois tipos de *pactos* organizadores das sociedades humanas – o *convencional* e o *contratual* – levam à conseqüente formulação de dois tipos de *legitimidade*, ambos igualmente ancorados no *consenso*”, sendo o primeiro tipo (convencional) chamado de **legitimidade primária**, fundado em uma “aceitação substancial, passiva e espontânea”, e o

⁷³ Embora no trecho transcrito do *Contrato Social* Rousseau fale (conforme a tradução) expressamente em “convenção”, o Professor Moreira Neto defende sua vinculação ao modelo contratual do consensualismo.

segundo (contratual), **legitimidade derivada**, fundado em uma “aceitação formal, ativa e induzida”.

Sob a perspectiva que aqui mais nos interessa, e tendo por norte a consensualidade, Moreira Neto (2011, p. 60) leciona que, modernamente, a legitimidade convencional (primária) se identifica com os valores próprios das relações humanas, por isso nela se assentam os princípios fundamentais; sendo que a **legitimidade contratual (derivada)**, consubstanciada na própria ideia de **legalidade**, se identifica com os valores próprios das organizações de poder e, por conseguinte, formação de um governo.

Nesse ponto, em que o binômio legalidade-legitimidade se entrelaçam, pode-se questionar se todo governo legal é ao mesmo tempo legítimo e se todo governo legítimo é igualmente legal. O professor Bonavides (1998, p. 120-121), entendendo que não, rememora dois exemplos franceses:

Com efeito, concebe-se perfeitamente um governo legal que seja ilegítimo. Haja vista o exemplo francês, muito citado, do governo de Petain, que, investido legalmente no poder, cedo patenteou seu inteiro desacordo com os sentimentos e esperanças e votos do povo francês. Daí resultou negar-lhe o país adesão e consentimento, bases da legitimidade política.

Já o governo francês de De Gaulle no exílio, que emergira das lutas da libertação nacional, foi em 1944, como governo provisório da República francesa, o governo ilegal porém legítimo do povo francês.

Via de regra, os governos que nascem das situações revolucionárias, dos golpes de Estado, das conspirações triunfantes, são governos ilegais, mas eventualmente legítimos, se abraçados logo pelo sentimento nacional de aprovação ao exercício do seu poder. Confirmada a viabilidade desses governos, a legitimidade fundará então com o tempo a nova legalidade. E esta há de perdurar, conciliada no binômio legalidade-legitimidade, até que ulteriores comoções da consciência nacional tragam com a intervenção súbita de crises imprevistas e profundas para a conservação do poder a perda do equilíbrio político dos sistemas legais e sua conseqüente destruição.

Também encontramos estampada a discussão acerca do problema da legitimidade como fundamento (elemento justificador) do “Poder Político”⁷⁴ em Bobbio (2010, p. 86), que nesse contexto questiona: “Admitido que o poder político é o poder que dispõe do uso exclusivo da força num determinado grupo social, basta a força para fazê-lo aceito por aqueles sobre os quais é exercido, para induzir os seus destinatários a obedecê-lo?”

⁷⁴ Nesse sentido, Poder Político deve ser entendido não como a simples possibilidade de uso da força, mas como o direito **exclusivo** do uso da força: “**Se o uso da força é a condição necessária do poder político, apenas o uso exclusivo deste poder lhe é também a condição suficiente**” (grifo nosso) (BOBBIO, 2010, p. 80- 81)

Conforme já mencionado, adotando-se a doutrina kelseniana a resposta à indagação anterior seria afirmativa; adotando-se a teoria sociológica, propugnada por Burdeau e outros⁷⁵, a resposta seria negativa.

Não é à toa que Bobbio (2010, p. 86-87) afirma que a tal gênero de pergunta pode se dar duas respostas, conforme se venha a interpretá-la como uma pergunta acerca do que efetivamente é o “Poder”, ou como uma pergunta acerca do que o “Poder” **deve ser**. Tal questionamento coloca em confronto a “possibilidade de perpetuação do Poder” com a “licitude desse mesmo Poder”. Todavia, explicita que a filosofia política clássica tendeu a negar que um poder apenas forte – esteja ou não em condições de durar – pudesse ser justificado, daí a origem da distinção axiológica entre poder legítimo e poder ilegítimo com base no argumento anteriormente consignado de que se o poder se fundar exclusivamente na força, como se fará para distinguir o poder político do poder de uma horda de criminosos?

Interessante notar, que a consideração de que o Poder político deva também ter uma justificação ética ou um fundamento jurídico que não simplesmente a força propiciou a formulação de diversos **princípios de legitimidade**; significa dizer, vários modos com os quais se procurou conferir ao detentor do poder uma **razão para comandar**, e a quem suporta o comando uma **razão para obedecer**⁷⁶.

Gaetano Mosca, citado por Bobbio, fixa que essas “razões” devem se sustentar sob uma base tanto moral quanto legal, derivando de crenças geralmente aceitas e reconhecidas pela sociedade a quem o “Poder” é dirigido. Assim é que Mosca reconhecia duas fórmulas políticas: a primeira dizia que o “Poder” derivava da **autoridade de Deus**, e a segunda que derivava da **autoridade do povo** (BOBBIO, 2010, p. 88-89); mas Bobbio, diferentemente, sustenta que os referidos princípios de legitimidade são pelo menos seis, subdivididos em três duplas de grandes princípios unificadores, a saber: a **vontade** (que, tal qual defendido por Gaetano Mosca, corresponde à vontade de Deus ou à vontade do Povo, ou até a ambas consoante a doutrina que preceitua a *vox populi vox Dei*), a **natureza** (como força originária ou como a ordem racional, onde as leis da natureza e da razão se identificam) e a **história** (que pode ser a passada, vinculada à tradição e o poder exercido desde os tempos

⁷⁵ Habermas, por exemplo, ao tratar da legitimidade de um dado ordenamento jurídico (e é interessante trazer esse pensamento a tona, já que para Kelsen o Estado é o próprio ordenamento jurídico), afirma que “o Direito não somente exige aceitação; não apenas solicita dos seus endereçados reconhecimento de fato, mas também pleiteia merecer reconhecimento. Para a legitimação de um ordenamento estatal, constituído na forma da lei, requerem-se, por isso, todas as fundamentações e construções públicas que resgatarão esse pleito como digno de ser reconhecido”. (HABERMAS; HÄBERLE, 2003. p. 68)

⁷⁶ As duas ordens de “razão”, na expressão de Gaetano Mosca, constituem a chamada “**fórmula política**” (*apud* BOBBIO, 2010, p. 88)

imemoriais, ou a futura, própria das mudanças sociais revolucionárias, que como fundam um ordenamento que ainda não existe, não podem encontrar sua fonte de legitimação senão em um fato futuro).

Importante destacar ainda o ponto de vista de Max Weber, trazido por Bobbio (2010, p. 92): segundo afirma, Weber não pretendeu elencar os diversos modos com os quais as classes políticas procuraram, e ainda procuram, justificar seu próprio poder, mas descrever as formas históricas do poder legítimo, aquele que está apto a condicionar o comportamento dos membros de um dado grupo social por meio da emissão de comandos que são obedecidos habitualmente, uma vez que seu conteúdo é assumido como uma “máxima” para agir.

Nessa linha, Weber indica três “tipos puros ou ideais” de poder legítimo, a saber: o poder tradicional, o racional-legal e o carismático⁷⁷. No primeiro, o motivo da obediência é a crença na sacralidade (derivada da força daquilo que dura ou se perpetua no tempo) da pessoa do soberano; no segundo, a obediência deriva da crença na racionalidade do comportamento conforme a lei; por fim, no terceiro, a obediência decorre da crença nos dotes particulares e “extraordinários” do governante. “Em outras palavras, com a teoria dos três tipos de poder legítimo Weber desejou mostrar quais foram até agora na história os fundamentos reais, não os presumidos ou declarados, do poder político. O que não exclui que possa existir uma relação entre uns e outros” (BOBBIO, 2010, p. 93).

Por fim, o posicionamento de Niklas Luhmann (1985, p. 65-69) que, se mostrando bastante atual e condizente com a realidade vivenciada pelos Estados contemporâneos que já concluíram o processo de positivização do direito nacional, pretende retirar o foco da análise dos critérios axiológicos normalmente apontados e, tal qual Weber, privilegiar o processo real de legitimação ou deslegitimação, tudo dentro de um dado contexto histórico, político e social. Diferentemente do posicionamento dos positivistas da primeira metade do século XX, que enxergavam no próprio “Poder” a fonte de toda legitimidade, Luhmann defende que a legitimidade é o efeito não da referência a valores, mas da aplicação de certos procedimentos (onde os próprios sujeitos dele participam), produtores de decisões vinculatórias, tais como as eleições políticas, o procedimento legislativo e o procedimento judiciário.

No seu *El derecho de la sociedad*⁷⁸, Luhmann afirma, em curta passagem, que:

Por otra parte y por las mismas razones, es cada vez más difícil exigir legitimidad en el sentido de una orientación dirigida por principios o valores

⁷⁷ Bonavides (1998, p. 117-118) também trata das espécies de legitimidade indicadas por Weber.

⁷⁸ LUHMANN, 2005. p. 633-634.

indubitables y que tengan también, por ello, constancia temporal. Aun aquellos que se aferran al concepto de legitimidad y, en consecuencia, a los fundamentos transpositivos de la validez jurídica, han limitado sus expectativas, con el tiempo, a los procedimientos; han hecho del problema de la legitimidad un problema de procedimiento, i.e., lo han temporalizado.

Assim, vê-se que os “consensos”, “convenções”, “aceitações” e “reconhecimentos” antes falados, externos ao “Poder” em si, são o efeito/resultado da aplicação de um “procedimento” vinculatório, com a participação dos sujeitos que constituem a sociedade, na busca de um comando legítimo para o Estado, sobretudo quando se estiver sob a égide de um governo democrático.

Todavía, em que pese a legitimidade democrática se dê pela manifestação da vontade por meio do sufrágio, não se pode esquecer os critérios axiológicos que guiarão o mencionado processo de escolha.

Com isto quer-se dizer que atualmente a legitimidade conferida a um dado governo não pode ser tida só com um procedimento, nem apenas como critérios axiológicos de justificação daquele que efetivamente o exerce, mas, sim, como a soma desses dois fatores que separados servem para explicar partes distintas do todo, mas que apenas juntos conseguem externar a verdadeira natureza da legitimidade que hoje se busca enxergar em um governo.

1.3.2 Forma democrática⁷⁹ de governo

Para se compreender a democracia representativa que hoje impera na maior parte dos países Ocidentais, mister observarmos, ainda que de modo breve, a “evolução taxonômica” do governo do povo no decorrer da história.

Na antiguidade clássica a democracia era tida, por Aristóteles, como a forma viciada do “governo da multidão”⁸⁰, ao passo que o seu similar virtuoso, que governa no interesse geral da multidão, era a república. Modernamente, outras tipologias das espécies de

⁷⁹ A democracia possui profunda ligação com a legitimidade, tratada em tópico precedente, eis que é justamente por meio dela, vista sob a ótica do exercício do poder de escolha dos representantes, que se conforma tanto o proceduralismo legitimatório sustentado por Luhmann, quanto a valoração axiológica que ocorre previa e internamente na mente do cidadão que irá exercer o seu direito de apontar aquele que prefere como representante.

⁸⁰ A tipologia de governo adotada por Aristóteles (2009, p. 92-93) leva em conta dois elementos: a) o número de governantes; e b) se se governa buscando o interesse geral (virtuoso) ou o interesse exclusivo daqueles que detém o poder (corrompido ou viciado). Nesse sentido, os tipos de governo são assim classificados: a) governo de um só homem: virtuoso – realeza / viciado – tirania; b) governo de vários: virtuoso – aristocracia / viciado – oligarquia; c) governo da multidão: virtuoso – república / viciado – democracia.

governo ainda consideradas clássicas são as de Maquiavel e de Montesquieu, que se encontram bem condensadas na seguinte passagem de Bobbio (2010, p. 104-105):

No *Príncipe*, Maquiavel as reduz a duas, monarquia e república, compreendendo no gênero das repúblicas tanto as aristocráticas quanto as democráticas, com base na consideração de que a diferença essencial passa entre o governo de um só, de uma pessoa física, e o governo de uma assembleia, de um corpo coletivo, sendo a diferença entre uma assembleia de otimatos e uma assembleia popular menos relevante, porque ambas, à diferença da monarquia onde a vontade de um só é lei, devem adotar algumas regras, como a do princípio de maioria, para alcançar a formação da vontade coletiva. Montesquieu retorna a uma tricotomia, diversa porém da aristotélica: monarquia, república, despotismo. Diversa no sentido de que combina a distinção analítica de Maquiavel com a distinção axiológica tradicional, na medida em que define o despotismo como o governo de um só mas “sem lei nem freios”, em outras palavras como a forma degenerada da monarquia. Além do mais, Montesquieu acrescenta um novo critério de distinção, o critério com base nos “princípios”, isto é, com base nas diversas molas (*ressorts*) que induzem os sujeitos a obedecer: a honra nas monarquias, a *virtú* nas repúblicas, o medo no despotismo. Este critério faz pensar nas diversas formas de poder legítimo segundo Weber. Tal como Montesquieu (mas sem nenhuma influência direta), Weber individualiza os diversos tipos de poder distinguindo as diversas possíveis posturas dos governados diante dos governantes: a diferença entre um e outro está no fato de que Montesquieu se preocupa com o funcionamento da máquina do Estado, e Weber com a capacidade que têm os governantes e seus aparatos de obter obediência. A novidade da tipologia de Montesquieu com respeito às duas precedentes [refere-se à de Aristóteles e a de Maquiavel] depende da introdução da categoria do despotismo, tornada necessária pela exigência de dar maior espaço ao mundo oriental, para o qual a categoria do despotismo havia sido forjada pelos antigos.

Como se observa, as tipologias variam sem, contudo, observar qualquer critério minimamente científico, descrevendo exclusivamente ou a realidade histórica vivenciada pelos seus retratadores, ou a realidade que eles entendiam como desejável. Tanto que o termo “República” na visão de Aristóteles era a versão virtuosa do governo da multidão; ao passo que tanto em Maquiavel quanto em Montesquieu a “República” traduzia-se na forma de governo que congregava numa única espécie a aristocracia e a democracia (esta última já vista sob a ótica da virtude), excluindo-se a monarquia.

Já com Rousseau (2000, p. 48), o termo “República” denotava significação diversa das três tipologias anteriores: para ele “República” era todo o Estado regido por leis, independentemente da forma de sua administração, pois só o interesse público (*res publica*) governava. Em seu modo de ver, todo o governo legítimo seria republicano e por República ele poderia denominar uma aristocracia, uma democracia, ou até mesmo uma monarquia,

desde que todos os governos fossem guiados pela vontade geral, que é a lei – a República seria, então, a denominação rousseaneana para o Estado de direito.

Ainda em Rousseau (2000, p. 71-72), vemos que ao tratar da democracia no Capítulo IV do Contrato Social, embora a entenda como uma forma de governo perfeita, digna de um Estado de Deuses e não de homens, levanta diversas dificuldades no que toca à prática do seu exercício no Estado moderno (da época), tais como: a) impossibilidade do estabelecimento de comissões sem alterar a forma do governo; b) só seria possível em Estados territorialmente muito pequenos e com poucos cidadãos; e c) nesses Estados haveria de predominar a simplicidade nos costumes além de imperar uma isonomia de classes e fortunas. Por ser, no modo de ver de Rousseau, quase impossível a reunião de todas essas qualidades em um único Estado, a democracia seria o governo mais propício às guerras civis e agitações intestinas, já que não existiria outro que tendesse tão forte e incessantemente à mudança de forma, nem que requeresse mais vigilância e coragem na sua manutenção.

Tão dura oposição talvez ainda hoje subsistisse em sentido acaso permanecêssemos presos ao conceito, como ocorreu em Rousseau, da democracia como “democracia direta”, tal qual funcionava o “governo das multidões” na antiguidade clássica. Ocorre que justamente pela impossibilidade prática⁸¹ de utilização do processo ínsito à democracia direta, se tornou viável o recurso à chamada democracia indireta ou representativa⁸² (na qual existirá, por consequência, um governo representativo⁸³), que hoje impera nos Estados efetivamente democráticos.

Antes, contudo, de se passar à contemporaneidade, de bom tom se mostra verificar o pensamento dos *founding fathers* dos EUA acerca da democracia e da República, já que foi justamente nesse país onde se resolveu o problema da liberdade democrática.

Com efeito, é fato que os fundadores dos EUA não quiseram que se confundisse a República por eles pretendida com a democracia dos antigos. A respeito desta última, o juízo

⁸¹ “A impossibilidade prática de utilização dos processos da democracia direta, bem como as limitações inerentes aos institutos de democracia semidireta, tornaram inevitável o recurso à *democracia representativa*, apesar de todas as dificuldades já reveladas para sua efetivação. Na democracia representativa o povo concede um mandato a alguns cidadãos, para, na condição de representantes, externarem a vontade popular e tomarem decisões em seu nome, como se o próprio povo estivesse governando.” (DALLARI, 1995, p. 132)

⁸² Para aprofundamento no tema “sistema representativo”, conhecendo os posicionamentos acerca das doutrinas da “duplicidade” e da “identidade”, ver Bonavides (1998, p. 201-227).

⁸³ Sobre o governo representativo Jorge Miranda (2005, p. 46) pontua: “*Governo representativo* significa a forma de governo em que se opera uma dissociação entre a titularidade e o exercício do poder – aquela radicada no povo, na nação (no sentido revolucionário) ou na colectividade, e este conferido a governantes eleitos ou considerados representativos da colectividade (de *toda* a colectividade, e não de estratos ou grupos como no Estado estamental). E é uma forma de governo nova em confronto com a monarquia, com a república aristocrática e com a democracia direta, em que inexistente tal dissociação.”

dos federalistas muito se aproxima ao dos mais ferrenhos antidemocratas (HAMILTON; MADISON; JAY 2003, p. 64).

Ocorre que a forma de governo que o “autor federalista” chamou de democracia, seguindo a lição clássica, era a democracia direta. Noutra vez, por República os federalistas entendiam o “governo representativo” (HAMILTON; MADISON; JAY 2003, p. 64), exatamente a forma de governo que hoje a comunidade internacional chama de democracia, sem necessitar do complemento “representativa”. Vê-se, mais uma vez, uma quarta utilização diferente para o termo República, ao passo que a democracia é, como em Rousseau, vista tão somente como a democracia direta não mais possível de se ver adotada em Estados complexos como eram os Estados modernos (da época) e como se mostrava ser os EUA, especialmente por sua extensão territorial e população⁸⁴, já no momento do seu nascimento.

O fato é que, especialmente após a adoção do modelo “republicano” (democrático representativo) pelos EUA, consolidou-se de forma definitiva o sentido da expressão soberania popular, bem como, e em razão disto, afastou-se a legitimidade para o exercício do Poder político do Estado de uma justificação divina, perenizando-a na vontade expressa pelo povo por meio do sufrágio em seus representantes.

Na Europa o desenvolvimento das ideias democráticas, até o advento da primeira guerra mundial, coincide com o fortalecimento dos Estados representativos nos principais países daquele continente e com o seu desenvolvimento interno, tanto que a tipologia das tradicionais formas de governo foi aos poucos simplificada tendo-se por norte tão somente a contraposição entre as democracias e as autocracias. Deste modo, o Estado representativo europeu passa a conhecer um processo de democratização sustentado por dois pilares: a) a ampliação do direito de voto até se alcançar o sufrágio universal (masculino e feminino); e b) o desenvolvimento do “associacionismo político” até a formação dos partidos de massa e o reconhecimento de sua função pública (BOBBIO, 2005, p. 152-153).

Nesse contexto histórico de mudanças (soberania popular, ampliação do direito de voto, formação de partidos de massa etc.), Dallari (1995, p. 128) nos informa, em síntese, que os princípios que passam a nortear os Estados democráticos de hoje são basicamente três:

⁸⁴ “Outra circunstância que favorece mais as repúblicas federativas que as democracias é que as primeiras podem compreender maior número de cidadãos e um território mais vasto que as últimas; e é precisamente esta circunstância que torna os planos dos fúriosos menos temíveis naquelas.” (HAMILTON; MADISON; JAY 2003, p. 65)

- a) **Supremacia da vontade popular**, que se relaciona à participação popular no governo, tanto no que toca à representatividade, quanto ao direito de voto e aos sistemas eleitorais e partidários;
- b) **Preservação da liberdade**, a significar o poder dos cidadãos de dispor de suas pessoas e de seus bens, sem a interferência do Estado, desde que suas condutas não violem direitos alheios; e
- c) **Igualdade de direitos**, que é a proibição de discriminações econômicas ou sociais no pleno exercício e gozo dos direitos pelos cidadãos.

Noutro turno, imperativo registrar, que a “entrega” do Poder por parte do povo aos seus representantes, como fórmula principal para a constituição contemporânea de um governo democrático, não se dá de forma exaustiva; parcela dessa autoridade soberana não será repassada aos governantes, os quais restarão a ela submetidos, já que tal autoridade da mesma forma que os designa pode, se necessário, destituí-los do exercício do Poder (BURDEAU, 2005, p. 45). Nesse mesmo sentido pontua Maluf (1995, p. 243), sustentando que o ideal democrático exige que a representação seja tanto limitada quanto revogável, ou seja, “que a nação transfira aos seus representantes o *exercício* do poder de soberania, mas a conserve em essência, de maneira que possa recuperá-la a qualquer momento em que estiverem em jogo os interesses vitais, a paz e o bem-estar do povo”.

Neste caso, contudo, salvo na hipótese de revolução popular, como tem ocorrido recentemente no mundo árabe – muito embora nesses países não se viva uma democracia nos termos aqui postos –, com o movimento denominado “Primavera árabe”, há todo um procedimento a ser observado (ampla defesa e o contraditório) para a destituição dos governantes do poder, no caso de cometimento de crimes de responsabilidade. E normalmente tal procedimento não é conduzido diretamente pelo povo, mas por seus representantes eleitos, ainda no pleno exercício da democracia representativa.

Não resta dúvida, porém, que a pressão popular e a atuação dos demais atores sociais são fatores relevantes para a tomada de decisões dessa natureza no âmbito do Estado – seja ele visto sob a ótica do Executivo ou do Legislativo ou até mesmo do Judiciário –, tal qual ocorreu no episódio mais marcante de nossa recente jornada democrática com o movimento dos “caras-pintadas” que protestou fortemente exigindo o *impeachment* do Presidente Fernando Affonso Collor de Mello.

1.4 A República Federativa do Brasil

A própria denominação conferida ao Brasil pelo constituinte originário de 1988 revela seu modelo de organização estatal, bem como a opção política de sua forma de governo.

Por ser república, os contornos democráticos da Constituição devem ser evidentes, especialmente no tocante à Separação de Poderes (ou funções) que, evitando a sua concentração nas mãos de um ou alguns, impede um eventual desvirtuamento do texto constitucional, já que como lembrado por Bobbio (2010, p. 146) todo aquele que detém o Poder tende a dele abusar. Essa característica denota uma “horizontalidade” no trato das funções republicanas, tanto que o texto da nossa Lei Fundamental assevera serem os poderes independentes e harmônicos entre si (art. 2º).

Seguindo o ideal republicano, a forma de escolha dos membros integrantes dos Poderes do Estado deve estar em sintonia com os princípios que regem uma democracia representativa (art. 14 e ss.), de modo a conferir legitimidade a essa representação, além de haver o pleno respeito aos direitos e garantias fundamentais de todas as pessoas (art. 5º).

Pelo viés federativo, vê-se que a organização do Poder do Estado além de ser desconcentrada (característica própria de uma república, como se percebe pela Separação dos Poderes), é também descentralizada, restando o Poder distribuído em quatro esferas federativas diversas: a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios. Sendo que em uma federação as competências de cada unidade federada devem ser previstas Constitucionalmente⁸⁵.

Nesse sentido, nos tópicos abaixo serão abordadas algumas das principais características do nosso federalismo, bem como da evolução constitucional da Separação de Poderes como dado a evidenciar que nem sempre fomos efetivamente uma república, para ao final tratarmos do Brasil como um Estado democrático de direito.

⁸⁵ Agregando outras características às acima aduzidas, Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 801) trazem à baila uma conceituação abrangente de Estado federal, à qual nos filiamos: “É correto afirmar que o Estado Federal expressa um modo de ser do Estado (daí se dizer que é uma forma de Estado) em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre o governo central e os locais, consagrada na Constituição Federal, em que os Estados federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão.”

1.4.1 O Federalismo no Brasil

De início, é de se destacar que a principal diferença entre os movimentos federalistas norte americano e brasileiro é o fato de que no primeiro criou-se um governo central por meio da incorporação das “soberanias” e de parte das competências das 13 antigas colônias, na época já independentes do jugo inglês, perfazendo uma federação de modelo **centrípeto ou contrípeto**⁸⁶; já o modelo brasileiro trilhou caminho inverso. Nossa federação **centrifugou**⁸⁷ as competências do governo central – já que até a proclamação da república o Brasil era um Estado (Império) unitário, subdivido em províncias, com o monarca como seu chefe supremo⁸⁸ –, para os Estados-membros. De modo que se pudéssemos atribuir uma imperfeição ao federalismo dos EUA, esta seria um desproporcional fortalecimento dos Estados membros no âmbito interno, ao passo que no Brasil, a principal fragilidade seria o desproporcional enfraquecimento dos Estados-membros se comparados com a União.

Não obstante o comentário anterior, o fato é que a partir de 1891⁸⁹ até os dias atuais o Brasil adotou a federação como forma de organização política interna, sendo que o

⁸⁶ Corroborando esse pensamento, Tocqueville já dizia que o Governo dos Estados-membros é a regra, é o direito comum, já o Governo Federal é a exceção, na clara menção de que as competências da União não invadiriam as destinadas aos Estados em razão da autonomia preconizada pela Federação norte americana. Não obstante esse discurso federalista de preservação das competências estaduais, o fato é que o federalismo dos EUA não escapou ao processo de dilatação dos poderes federais e da consequente diminuição das competências estaduais, sendo que nas palavras de Bernard Schwartz “os Estados acabarão como simples relíquias de outrora florescente sistema federativo” (HORTA, 1999, p. 308.).

⁸⁷ “A preferência do constituinte federal por determinada concepção de Estado Federal e a atuação desses fatores extraconstitucionais irão conduzir, de forma convergente ou não, ao tipo real de organização federal em determinado momento histórico. Se a concepção do constituinte inclinar-se pelo fortalecimento do poder federal, teremos o *federalismo contrípeto*, que *George Scelle* chamou de federalismo por agregação ou associação; se, ao contrário, a concepção fixar-se na preservação do poder estadual emergirá o *federalismo centrífugo* ou por *segregação*, consoante a terminologia do internacionalista francês.” (HORTA, 1999, p. 304-305)

⁸⁸ Constituição Imperial de 1824:

“Art. 1. O IMPERIO do Brazil é a associação Política de todos os Cidadãos Brasileiros. Elles formam uma Nação livre, e independente, que não admite com qualquer outra laço algum de união, ou federação, que se opponha á sua Independencia.

Art. 2. O seu territorio é dividido em Provincias na fórmula em que actualmente se acha, as quaes poderão ser subdivididas, como pedir o bem do Estado.

[...]

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.”

⁸⁹ Constituição de 1891:

“Art 1º - A Nação brasileira adota como forma de Governo, sob o regime representativo, a República Federativa, proclamada a 15 de novembro de 1889, e constitui-se, por união perpétua e indissolúvel das suas antigas Províncias, em Estados Unidos do Brasil.

Art 2º - Cada uma das antigas Províncias formará um Estado e o antigo Município Neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte.”

art. 60, § 4º, I⁹⁰ da atual CF/88 alça à condição de *cláusula pétrea*⁹¹ a forma federativa de Estado⁹².

Assim, como já apontado, o art. 1º da nossa Lei Fundamental preceitua ser o Brasil uma República Federativa, formada indissolivelmente pela união dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, sendo que as suas competências⁹³ estão constitucional e expressamente previstas nos artigos 21, 22, 23, 24, 25, 30 e 32, § 1º, a fim de que não haja nem conflitos, nem desperdício de esforços e recursos em face da existência de mais de uma ordem jurídica incidente sobre o mesmo território e sobre as mesmas pessoas (MENDES; COELHO; BRANCO; 2008, p. 799).

Relativamente às competências legislativas, pode-se dizer que o Brasil adotou um modelo de repartição simultaneamente horizontalizado e verticalizado, isto é: há, concomitantemente, tanto competências exclusivas (horizontais) próprias a cada um dos entes federativos quanto competências concorrentes (verticais), próprias a alguns entes federativos, sendo que nesse último caso as matérias legislativas de ordem geral são destinadas à União e as envolvendo peculiaridades locais restam afetadas aos Estados, município e Distrito Federal.

Em que pese essa dupla orientação federativa adotada pela Constituição de 1988, percebe-se facilmente uma hipertrofia das competências da União em detrimento das competências dos demais entes federados, como dito no início deste tópico. Exemplo claro desta afirmação são as competências legislativas da União consignadas no art. 22 (incisos de I a XXIX)⁹⁴.

⁹⁰ Constituição de 1988:

“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado”.

⁹¹ No julgamento da ADI 2.024-2, DJ de 01-12-2000, o Ministro Sepúlveda Pertence observou, tratando justamente da imutabilidade da forma federativa prevista na Constituição de 1988, que esta “não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou, e como o adotou.” Isto porque, como bem apontado por Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 798), embora haja traços gerais e típicos do federalismo, não há um modelo único de Estado federal, eis que, de acordo com as suas peculiaridades, esse modelo sofre alterações a fim de se adequar àquelas idiosincrasias.

⁹² Quase todas as Constituições anteriores também adotaram fórmula de imutabilidade similar à adotada pela CF/88 no art. 60, § 4º, I, salvo a de 1937: Constituição de 1891 – art. 90, §4º; Constituição de 1934 – art. 178, §5º; Constituição de 1946 – art. 217, §6º; Constituição de 1967 – art. 50, §1º; EC 1/69 – art. 47, §1º.

⁹³ “A importância da repartição de competências reside no fato de que ela é a coluna de sustentação de todo o edifício constitucional do Estado Federal. A organização federal provém da repartição de competências, pois a repartição vai desencadear as regras de configuração da União e dos Estados, indicando a área de atuação constitucional de cada um.” (HORTA, 199, p. 309)

⁹⁴ Esse rol não é exaustivo: vide art. 48 da CF/88.

No tocante à tributação, ponto de fulcral relevância na busca de um equilíbrio federativo, nossa Constituição em seu art. 24, I, diz ser de competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre direito tributário, financeiro e econômico. Ocorre que a competência tributária fixada na Constituição destina à União a maior gama da capacidade tributária ativa, como se vê pela leitura dos artigos 148 (empréstimo compulsório), 149 (contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas) e 153 (imposto de importação - II, imposto de exportação - IE, imposto de renda - IR, imposto sobre produtos industrializados, imposto sobre operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários - IOF, imposto sobre a propriedade territorial rural - ITR e imposto sobre grandes fortunas - IGF), o que, por si só, não permite que se alcance o mencionado equilíbrio federativo.

Em agravamento à situação, é de se destacar que o principal tributo de competência dos Estados-membros (imposto sobre as operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, art. 155, II), está quase que exaustivamente disciplinado no próprio texto constitucional (art. 155, § 2^a e ss.), extirpando-lhes de fato, por via reversa, a competência para tratar do tema.

Nada obstante as peculiaridades da nossa Federação deve-se ter em mente que as características geográficas e culturais do Brasil exigem, bem ou mal, que nossa forma político-organizativa se funde no federalismo⁹⁵. Sendo esse, em linhas gerais, o nosso modelo.

1.4.2 A Separação dos Poderes nas Constituições brasileiras – um breve passar de olhos

A evolução constitucional brasileira nos mostra que desde a Constituição Imperial de 1824 até a atual Constituição de 1988 se adota, ainda que formalmente⁹⁶, o modelo de

⁹⁵ Sobre esse tema em específico, Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 802) discorrem com lucidez: “Os Estados assumem a forma federal tendo em vista razões de geografia e de formação cultural da comunidade. Um território amplo é propenso a ostentar diferenças de desenvolvimento de cultura e de paisagem geográfica, recomendando, ao lado do governo que busca realizar anseios nacionais, um governo local atento às peculiaridades existentes.

O federalismo tende a permitir a convivência de grupos étnicos heterogêneos, muitas vezes com línguas próprias, como é o caso da Suíça e do Canadá. Atua como força contraposta a tendências centrífugas.

O federalismo, ainda, é uma resposta à necessidade de se ouvirem as bases de um território diferenciado quando da tomada de decisões que afetam o país como um todo. A fórmula opera para reduzir poderes excessivamente centrípetos.

Aponta-se, por fim, um componente de segurança democrática presente no Estado federal. Nele o poder é exercido segundo uma repartição não somente horizontal de funções – executiva, legislativa e judiciária –, mas também vertical, entre Estados-membros e União, em benefício das liberdades públicas.”

Separação dos Poderes, com algumas particularidades a depender da época de vigência da Ordem Constitucional, como se observará a seguir.

Sob a perspectiva da Separação dos Poderes, a Constituição Imperial de 1824 tem como principal característica a sua tetrapartição, com a instituição do Poder Moderador, muito similar ao Poder Prerrogativo do modelo lockeano, assim dispendo em seu Título 3º:

TITULO 3º

Dos Poderes, e Representação Nacional.

Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Políticos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.

Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

Art. 11. Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléa Geral.

Art. 12. Todos estes Poderes no Imperio do Brazil são delegações da Nação.

A Constituição republicana de 1891, por sua vez, consolida o modelo da tripartição dos poderes asseverando em seu artigo 15 que “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.”

Redação próxima a essa se vê no art. 3º da Constituição de 1934, de curta duração: “São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.”

Com a Constituição de 1937 – embora não contenha dispositivo específico tratando do tema, como as anteriores – **mantêm-se formalmente (simuladamente)** a Separação dos Poderes. Todavia, em face do seu cunho autoritário, mudanças substanciais foram efetivadas na estrutura orgânica de distribuição do “Poder” no Estado nacional: primeiramente, é bom que se diga que, muito embora o Poder legislativo continuasse bicameral (art. 38, § 1º), o Senado fora dissolvido por força do seu art. 178, assim permanecendo durante todo o período de sua vigência; em segundo lugar, havia previsão de que o Presidente da República poderia dissolver a Câmara dos Deputados (art. 75, b) e nesses casos, bem como nos períodos de recesso do Parlamento, teria a competência de expedir decretos-lei sobre matéria de competência legislativa da União (art. 13); e por fim, o

⁹⁶ Nos períodos ditatoriais, representados pelas Constituições de 1937, 1967 c/c o Ato Institucional n. 5 de 1968, e pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969 (que é considerada por muitos uma nova Constituição), a previsão da Separação de Poderes, explícita ou implicitamente, constava de seus textos, por isso a expressão acima “ainda que formalmente”. Todavia, as demais disposições constitucionais existentes nas mencionadas Cartas Políticas a enfraqueciam de tal maneira que, na prática, o Poder estatal restava concentrado nas mãos do titular do Poder executivo, como se verá adiante.

parágrafo único do art. 96 da Carta previa que as decisões do Poder Judiciário que declarassem a inconstitucionalidade de leis, que a juízo do Presidente da República fossem necessárias ao bem-estar do povo e aos interesses nacionais, poderiam ser submetidas novamente ao exame do Parlamento, por ordem do chefe do Poder executivo, a fim de serem confirmadas por dois terços de votos em cada uma das Câmaras. Nesse caso as decisões do Tribunal ficariam sem efeito e o ato normativo voltaria a vigor⁹⁷.

Assim disposto, na prática o Poder supremo estava concentrado nas mãos do Presidente da República, muito embora, topograficamente, pudesse se encontrar no texto de 1937 a previsão de existência de três poderes no Estado brasileiro ainda que não fossem eles nem independentes nem harmônicos entre si.

Restaurando o regime democrático, a Constituição de 1946 volta a prever expressamente a harmônica tripartição dos Poderes em seu artigo 36: “São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si”; conferindo, deste modo, estabilidade política ao Estado nacional por quase duas décadas.

Já em 1967, em face da revolução militar de 1964, instaura-se uma nova ordem constitucional ditatorial que perdurou por outras duas décadas. Referida Constituição fez constar expressamente em seu texto a Separação dos Poderes, corolário da República, quando asseverou no art. 6º que o legislativo, o executivo e o judiciário eram Poderes independentes e harmônicos entre si. Todavia, o processo de escolha do Presidente da República não era tão democrático assim, bem como não refletia a disposição do artigo 1º, §1º daquele diploma: “Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido.” Ora, se todo o poder emana do povo, fórmula legitimatória de atribuição do Poder estatal a um determinado governo, o mesmo deveria ser transmitido por meio de sufrágio direto dos cidadãos. Contudo, o art. 76 da Carta de 67 previa que o Presidente seria eleito pelo sufrágio de um Colégio Eleitoral, em sessão pública e mediante votação nominal. Não fosse isso, e talvez a previsão de censura (art. 8º, VII), a Separação dos Poderes não sairia tão lacerada em razão do “golpe” sofrido com a tomada do Poder pelos militares. Ocorre que, para assegurar a continuidade da obra revolucionária, o Presidente da República, no referido regime militar, tendo ouvido o

⁹⁷ Por ironia, encontra-se certa semelhança na *ratio* desse instituto da Constituição de 1937 com o chamado *recall* judicial dos EUA, de cunho eminentemente democrático. A diferença básica e crucial é que neste o povo, por meio de votação, superava a decisão do Tribunal, já no brasileiro, o Presidente, com mão de ferro, superava o Judiciário e fazia prevalecer o seu entendimento. Sobre o *recall* judicial consultar DALLARI, 1995, p. 131-132.

Conselho de Segurança Nacional, editou o **Ato Institucional n. 5 (AI 5)**⁹⁸, de dezembro de 1968, que pôs fim à Separação de Poderes e limitou de forma severa direitos e garantias fundamentais do povo brasileiro.

A partir desse momento histórico a Separação de Poderes (e a própria democracia) tornou-se simplesmente um simulacro a fim de pseudo-legitimar a atuação do governo revolucionário, eis que de fato concentrava todos os Poderes, ou a sua maior parte (o que já era mais do que suficiente para se constituir um governo ditatorial), nas mãos do Presidente da República que poderia decretar o recesso do Poder legislativo em todas as três esferas, assumindo, juntamente com os Governadores ou Interventores e com os Prefeitos, as referidas competências nas respectivas unidades federativas.

Ademais, todos os atos praticados de acordo com o AI 5 e seus atos complementares encontravam-se excluídos de apreciação judicial, o que de uma só vez reduziu as competências do Poder judiciário como legítimo integrante da tripartite ordem Estatal e aumentou exponencialmente a liberdade de atuação do Poder executivo.

Por fim, suprimindo-se todas as limitações ao poder de atuação do Estado previstas na Constituição, ou seja: fazendo letra morta de todas as garantias e direitos previstos na Lei Fundamental da época, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional (art. 90, §§ 1º e 2º) – o que na prática não significava mais “segurança”

⁹⁸ Por sua importância histórica, se transcreverá alguns dos dispositivos do AI 5 que versavam direta ou indiretamente sobre o tema ora em análise:

“Art. 1º - São mantidas a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e as Constituições estaduais, com as modificações constantes deste Ato Institucional.

Art. 2º - O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sitio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República.

§ 1º - Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios.

[...]

Art. 4º - No interesse de preservar a Revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na Constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

Parágrafo único - Aos membros dos Legislativos federal, estaduais e municipais, que tiverem seus mandatos cassados, não serão dados substitutos, determinando-se o quorum parlamentar em função dos lugares efetivamente preenchidos.

[...]

Art. 9º - O Presidente da República poderá baixar Atos Complementares para a execução deste Ato Institucional, bem como adotar, se necessário à defesa da Revolução, as medidas previstas nas alíneas d e e do § 2º do art. 152 da Constituição.

[...]

Art. 11 - Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato Institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.”.

para a população –, poderia suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

Menos de um ano depois da edição do AI 5, na escuridão do recesso Parlamentar decretado pelo Ato Complementar n. 38, de 13 de dezembro de 1968, em 17 de outubro de 1969 foi promulgada a Emenda Constitucional n. 1 à Constituição de 1967, que embora tenha preservado a redação original do art. 6º da Constituição de 1967, que tratava da tripartição harmônica dos Poderes do Estado (legislativo, executivo e judiciário), manteve expressamente a previsão da eleição indireta para o Chefe do Poder executivo (art. 74) e principalmente, no seu art. 182, a vigência do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968 e dos demais Atos posteriormente baixados, o que retirava qualquer força normativa do preceito político e democrático do mencionado art. 6º, chancelando com mão de ferro a rigidez e a tirania do regime revolucionário que se instalara no país.

Vinte anos depois que a Constituição de 67 c/c a EC n. 1/69 foi outorgada, houve a reabertura democrática com a promulgação da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 (CF/88) que, como já referido, efetivamente adotou a Separação dos Poderes na sua clássica formatação tripartite, tal qual consta da redação do seu art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Embora inquestionável a alteração do nosso regime de governo com a adoção da democracia como bússola a nortear o Estado, há quem questione a Separação dos Poderes adotada pela Constituição de 1988, sobretudo no que tange à invasão das competências do Poder legislativo pelo Poder executivo: o caso das Medidas Provisórias, com previsão constitucional no art. 62 e §§, da CF/88⁹⁹.

Sobre o tema, buscando conferir contornos menos drásticos ao caso específico, Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 156) assim se posicionam:

⁹⁹ Como mencionado anteriormente, em lição extraída de J. J. Gomes Canotilho, a teoria da Separação dos Poderes traz naturalmente consigo princípios informadores de sua relevância jurídico-constitucional, dentre os quais está o **princípio normativo autônomo** que – embora repila uma **separação orgânica rígida** sem que uma eventual sobreposição de funções (legislativo e judiciário exercendo funções executivas, executivo e legislativo exercendo funções judicantes e executivo e judiciário exercendo funções legislativas) venha a representar a ruptura do modelo separatista – sustenta a higidez da perfalada separação no respeito incondicional ao **núcleo essencial** dos limites de competência fixados na Constituição para cada um dos Poderes.

Desse modo, o referido autor português cita expressamente o caso do Brasil em torno das medidas provisórias, que segundo ele são “actos provisórios com valor legislativo editados pelo Presidente que é, simultaneamente, chefe de Estado e chefe de Governo.” (CANOTILHO, 2003, p. 252, nota de rodapé 17) Tal, no seu ponto de vista, não se coadunaria com a Separação de Poderes, sob o viés do princípio normativo autônomo, pois o Poder executivo violaria o núcleo essencial de competências do Poder legislativo.

Inicialmente formulado em sentido forte – até porque assim o exigiam as circunstâncias históricas – o princípio da separação dos poderes, nos dias atuais, para ser compreendido de modo constitucionalmente adequado, exige temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam. Nesse contexto de “modernização”, esse velho dogma da sabedoria política teve de flexibilizar-se diante da necessidade imperiosa de ceder espaço para a legislação emanada do Poder Executivo, como as nossas medidas provisórias – que são editadas *com força de lei* – bem assim para a legislação *judicial*, fruto da inevitável criatividade de juízes e tribunais, sobretudo das cortes constitucionais, onde é frequente a criação de normas de caráter geral, como as chamadas sentenças *aditivas* proferidas por esses supertribunais em sede de controle de constitucionalidade.

Nesse mesmo sentido, e adotando como exemplo o próprio exercício de funções legislativas pelo executivo, tendo por base a edição de Medidas Provisórias, Ferreira Filho (2010, p. 163), ao discorrer sobre a interpenetração dos Poderes, parece não enxergar no mencionado caso qualquer ofensa ao núcleo essencial dos limites de competência, mas, ao contrário, afirma que modernamente a especialização funcional do Estado não pode traçar ditas competências em compartimentos estanques e incomunicáveis. Aliás, relembra o autor, que o próprio Montesquieu reconhecia a necessidade de uma comunicabilidade entre os Poderes, de modo inclusive a permitir a perenidade da própria separação. Com efeito, alude que a especialização “inerente” à Separação de Poderes é meramente **relativa**, consistindo numa predominância no desempenho de uma função, mas que, secundariamente, cada Poder deve estar apto a colaborar no desempenho de outras funções, teoricamente alheias à sua esfera de competências originárias.

Por fim, em tal pensamento é acompanhado por Alexandre Aragão (2003) que informa não existir “uma separação de poderes”, mas “muitas”, variáveis segundo cada direito positivo e momento histórico diante do qual nos colocamos. Eis que se se subtrair o “caráter dogmático e sacramental” impingido à clássica Separação dos Poderes, ela poderá ser colocada, sem qualquer prejuízo, em seus devidos termos: consubstanciação de uma divisão das atribuições do Estado entre distintos órgãos, que terão por consequência uma proficiente divisão de trabalho e, concomitantemente, configurarão empecilho à perniciosa concentração das funções estatais. E complementa aduzindo que o Princípio da Separação dos Poderes não pode conduzir à assertiva de que cada um dos respectivos órgãos exercerá tão só e necessariamente uma das três funções habitualmente consideradas – legislativa, executiva e judicial; não se podendo, ademais, dele inferir que todas as funções do Estado devam sempre se subsumir a uma das tradicionais espécies classificatórias.

Aqui, tem-se uma referência, embora implícita, às Funções Essenciais à Justiça – FEJ, como um quarto viés da tradicional teoria da separação do poderes, ou separação das funções estatais¹⁰⁰, sobre as quais se falará com maior vagar no Capítulo II deste trabalho.

1.4.3 Estado Democrático de Direito

A fim de se abordar o tema proposto, se adotará como ponto de partida o Estado cujo modelo foi adotado pela Constituição brasileira de 1988, tal qual inscrito na segunda parte do art. 1º: “A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito”¹⁰¹.

Note-se que a expressão utilizada pelo nosso Constituinte adjetiva o Estado brasileiro com duas importantes qualidades: o fato de ser **democrático**, bem como de estar submetido ao **direito**. Mas o que isso significa? Um Estado democrático não é obrigatoriamente um Estado de direito? Um Estado de direito não pressupõe um Estado democrático? Com efeito, se as respostas a essas perguntas fossem afirmativas (sim, um Estado democrático é ao mesmo tempo um Estado de direito; e, sim, um Estado para ser de direito deve pressupor ser, de igual modo, democrático) nossa Constituição seria duplamente redundante já que ambas as expressões (Democrático e de Direito) trariam consigo além do seu significado próprio o significado inerente à outra expressão¹⁰². Nesse sentido, pode-se

¹⁰⁰ Destaque-se que o modelo Constitucional brasileiro, justamente em razão das FEJ, assume características peculiares, já que ditas Funções Essenciais à Justiça não se colocam em nenhum dos três poderes tradicionalmente referidos.

¹⁰¹ Julia Maurmann Ximenes (2012, p. 4-6) entende que “o Estado Democrático de Direito não representaria apenas o somatório dos direitos e de cunho ‘individualista’, apregoados no Estado Liberal, e dos direitos sociais, do Estado de Bem-Estar Social. Isso porque, na verdade, o próprio conceito de ‘Estado de Direito’ poderá caracterizar essa ‘somatória’, na medida em que o ‘Estado de Direito’, como um *status quo* institucional provém, originariamente, da concepção individualista e racionalista do Direito, durante o século XVIII, mas que, na verdade, teve o rol dos direitos fundamentais, em especial, ampliados por ocasião da Revolução Industrial e do surgimento das políticas do *welfare state*. Nosso objetivo, aqui, é destacar que o Estado Democrático de Direito implica, sim, uma interpretação diferenciada do Direito e não apenas elencar os direitos.
[...]

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito, dentre outras questões passíveis de serem levantadas, acrescenta aos conceitos referentes à própria formulação do Estado Moderno um novo espaço: um espaço necessário para interpretações construtivistas. Trata-se de discutir o papel da Constituição e do próprio Poder Judiciário, como última instância de interpretação desse documento essencial para a caracterização de um ‘Estado de Direito’.”

¹⁰² Canotilho (2003, p. 93) chancela a afirmação de que uma característica não pressupõe necessariamente a outra, ao informar que as duas grandes qualidades de um Estado Constitucional são ser um Estado **democrático** e de **direito**, asseverando, em arremate, que essas qualidades surgem muitas vezes separadas. Sendo que o Estado Constitucional democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito.

dizer que o constituinte de 1988 não se fez redundante nem, por conseguinte, utilizou palavras inúteis¹⁰³ quando afirmou o que resta inscrito em seu art. 1º¹⁰⁴.

Mas, retrocedendo ao primeiro questionamento, o que significa para o Estado ser Democrático de Direito¹⁰⁵?

Abordemos o Estado de Direito, pois a Democracia, como forma de governo, já restou tratada em tópico precedente: o Estado de Direito surge para impor limites ao Poder exercido pelo governante, especialmente o monarca absolutista, eis que não se usava observar as leis por ele mesmo criadas¹⁰⁶. Assim, o Estado de Direito pode ser caracterizado como aquele no qual o Estado se encontra submetido ao direito por ele criado e conseqüentemente à lei, ambos entendidos como reflexo e expressão da vontade geral.

Nesse sentido, García-Pelayo (1977, p. 52) informa que a lei a que se referiu anteriormente não é “qualquer lei”, mas aquela cujo conteúdo normativo se subsuma à ideia de legitimidade, justiça, dos fins e valores aos quais deve servir o Direito, ou seja: valores que

¹⁰³ Segundo Enterría e Fernández “No hay una palabra vana en la Constitución y todas ellas, como meros ‘principios’, como enunciado de ‘valores constitucionales’, como expresión de sentido a tener en cuenta en la interpretación, tienen valor normativo directo. Podrá discutirse su alcance, que, obviamente, tendrá que ser distinto, nunca ese valor normativo.” (ENTERRÍA, 2000, v. 1, p. 110)

¹⁰⁴ Corroborando esse entendimento, Miguel Reale também afirma não concordar com os juristas que consideram os termos Estado de Direito e Estado Democrático de Direito como sinônimos. Diz ele que tal entendimento não lhe parece admissível na hermenêutica jurídica, especialmente a Constitucional, pois em regra termos novos deverão corresponder a novas interpretações. (REALE, 1998, p. 2)

¹⁰⁵ Reale (1998, p. 2), ao tratar do significado da expressão, assim leciona: “Pela leitura dos Anais da Constituinte infere-se que não foi julgado bastante dizer-se que somente é legítimo o Estado constituído de conformidade com o Direito e atuante na forma do Direito, porquanto se quis deixar bem claro que o Estado deve ter origem e finalidade de acordo com o Direito manifestado livre e originariamente pelo próprio povo, excluída, por exemplo, a hipótese de adesão a uma Constituição outorgada por uma autoridade qualquer, civil ou militar, por mais que ela consagre os princípios democráticos.

Poder-se-á acrescentar que o adjetivo ‘Democrático’ pode também indicar o propósito de passar-se de um Estado de Direito, meramente formal, a um Estado de Direito e de Justiça Social, isto é, instaurado concretamente com base nos valores fundantes da comunidade. ‘Estado Democrático de Direito’, nessa linha de pensamento, equivaleria, em última análise, a ‘Estado de Direito e de Justiça Social’. A meu ver, esse é o espírito da Constituição de 1988 [...]”

¹⁰⁶ “No Estado de Direito, a Administração só pode agir, em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinadas na ordenação normativa. Como é sabido, o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares.

Com efeito, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido. Em outras palavras, não basta a simples relação de não-contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja praticado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo [...]” (MELLO, 1991, p. 301.)

De certo modo essa ideia também é veiculada em Aristóteles, ainda que necessitando de lapidação, o que veio a ocorrer com o passar dos séculos. Afirmava o filósofo que a soberania só restaria nas mãos do governante (chamado magistrado) quando a lei não pudesse se explicar de modo claro. **A fora isto, a própria lei seria soberana, e assim o sendo deveria sujeitar a todos, inclusive o governante** [esta última afirmação, grifada, é inferência nossa] (ARISTÓTELES, 2009, p. 101).

expressem normas ou princípios que a lei não possa violar, sob pena de não ser “lei conforme o Direito” e descaracterizar, por conseguinte, o Estado sob essa adjetivação.

Relativamente aos aspectos fundamentais de um Estado de Direito, temos na doutrina de Ernst Wolfgang Böckenförde, trazida por Mendes, Coelho e Branco (2008, p.42), esclarecedora lição, qual seja: a) estar apartado de “qualquer ideia ou objetivo transpessoal do Estado”, ou de qualquer outra conceituação Divina no que concerne à sua origem. O Estado de Direito está a serviço do interesse comum de todos os indivíduos que compõem uma comunidade; b) ter como objetivo do Estado a garantia da liberdade, segurança e propriedade das pessoas, propiciando, assim, o “autodesenvolvimento dos indivíduos”; e c) “a organização do Estado e a regulação das suas atividades obedecem a princípios racionais, do que decorre em primeiro lugar o reconhecimento dos direitos básicos da cidadania”, tais como a liberdade, igualdade, predominância da lei, existência de representação popular etc...

Ademais, Bobbio (1992, p. 61) acrescenta que o Estado de direito é o Estado dos cidadãos, onde o indivíduo tem não só direitos privados, como ocorria no Estado absolutista, mas direitos públicos, ou seja, direitos em face do próprio Estado.

Por outro lado, interessante destacar o entendimento de Paulo Bonavides (1995, p. 190) para quem o Estado de Direito não é nem forma de Estado nem forma de governo, mas sim um “status quo” institucional que reflete a confiança depositada nos governantes pelos cidadãos, como garantidores dos direitos e liberdades fundamentais do homem e da sociedade.

Por derradeiro, e sem destoar das doutrinas anteriormente declinadas, colacionamos o posicionamento de Burdeau (2005, p. 43-44), que ao reafirmar a submissão do Poder do Estado ao Direito, já que este último legitima juridicamente aquele Poder, sustenta que essa submissão não significa a paralisação do governante, nem a inviabilização de sua independência e iniciativa na execução do seu mister, mas que, ao contrário, resulta do fato de os governantes não poderem ser contrários à ideia de direito válida no grupo social que representam. Esse seria o significado do Estado de Direito.

Deste modo, é-nos autorizado concluir que a limitação do Poder por meio do direito dependerá, ao fim e ao cabo, da concepção sobre as relações recíprocas entre governantes e governados: o **equilíbrio** entre a **liberdade** do cidadão e **autoridade** do seu representante, sem que isso implique, de modo algum, em sacrifício daquela em relação a esta, em outras palavras será imprescindível para a real caracterização do Estado de direito

que haja a observância pelos governantes dos direitos dos governados e a consciência destes últimos tanto dos seus direitos quanto dos seus deveres perante o Estado e a sociedade (MIRANDA, 2005, p. 217).

De outra monta, e agora sob a ótica da democracia, procedendo a rápida análise de alguns dos dispositivos da Constituição brasileira de 1988, chega-se à conclusão que tais normas se subsumem aos princípios relacionados por Dallari¹⁰⁷ (tópico 1.3.2) – embora se saiba que a prática democrática traduz-se num aprendizado diário e que não bastam diretrizes legais, ainda que Constitucionais, para imbuir no espírito do povo e do próprio Estado a força cogente de seus preceitos, mas sim o seu efetivo exercício por parte dos seus destinatários, o que só se alcança com anos/décadas de constante prática.

Assim, conjugando-se os dois adjetivos, “democrático” e de “direito”, conclui-se que a profundidade significativa conferida ao Estado suplanta em muito a que este possuiria se fosse exclusivamente democrático ou exclusivamente de direito. Destarte, é-nos autorizado afirmar que o Estado democrático de direito é aquele regido e submetido por normas jurídicas que reflitam os ideais de justiça e os valores aos quais deve servir o Direito, buscando conferir um equilíbrio entre a liberdade do cidadão e a autoridade do Estado, sendo que a referida autoridade é conferida ao Estado por meio do sufrágio universal e do voto direto e secreto para ser exercida em nome e em benefício do seu verdadeiro titular, o povo.

1.5 Interesse Público como bússola a nortear o processo de formação das Políticas Públicas

1.5.1 Interesse Público

Neste item se buscará trazer à tona alguns entendimentos acerca do que vem a ser “Interesse Público” para, em momento posterior, investigando o que são “Políticas Públicas”, verificar se há alguma conformidade ou relação de necessidade entre ambos os conceitos. Em havendo tal complementaridade, analisar-se-á, em momento subsequente, se a atuação da

¹⁰⁷ Nesse sentido, seguem alguns dos artigos que refletem o espírito democrático reintroduzido na vida nacional pela Constituição de 1988: a) **princípio da supremacia da vontade popular** encartado nos artigos 1º *caput*, I, II, III, IV, V e parágrafo único, 14 *caput*, I, II, III e §§ 1º, 2º, 3º; b) **princípio da preservação da liberdade** encartado nos artigos 3º *caput*, I, 5º *caput*, II, IV, VI, IX, X, XI, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XX, XXII, XXVII, XXX, XXXIX, XLV, LIV, LXI, LXII, LXIII, LXVI, LXVII, LXVIII, LXXI e LXXIII; c) **princípio da igualdade de direitos** encartado nos artigos 3º *caput*, III, IV, 5º *caput*, I, V, VIII, XIV, XVI, XXIX, XXXII, XXXIII, XXXIV, XXXVII, XLVIII, LI, LIII, LIV, LV, LVII, LXXIII, LXXIV, LXXVI, LXXVII, LXXVIII e 19 *caput*, III.

Advocacia-Geral da União – AGU, nesse contexto, exerce papel relevante ou se é indiferente no processo/ciclo da política pública Estatal, tal qual problematizado na introdução deste trabalho.

Feitos esses registros, avancemos no nosso estudo.

Cumpra registrar que o Estado não constitui um fim em si mesmo¹⁰⁸, absolutamente. A ideia do Estado foi concebida com uma finalidade, um objetivo que resumidamente se poderia externar como sendo cumprir funções públicas visando, sempre e inarredavelmente, o interesse público e o bem comum: o interesse da coletividade que o integra¹⁰⁹.

Rousseau (2000, p. 39) já asseverava que só a **vontade geral**¹¹⁰ pode dirigir as forças do Estado segundo o fim de sua instituição, o **bem comum**, pois, se a discordância dos interesses particulares tornou necessária a fundação das sociedades – trazendo à luz nesse particular o pensamento lockeano no sentido de que o homem no estado de natureza tende a permanecer em conflito com os outros homens –, a harmonia desses interesses a possibilitou. E é somente nesse comum interesse, conclui o autor, que deve ser governada a sociedade¹¹¹.

Comungando dessa ideia, Cezar Saldanha Souza Júnior (2003, p. 131) afirma que, *verbis*:

Em sentido filosófico, a finalidade do Estado, no plano mais abstrato e universal, é o bem correspondente à sua essência, que ele (Estado) deve (consequência ética) buscar efetivar na vida real. A expressão mais adequada para designá-lo é **bem comum**. Este bem comum genérico necessita ser interpretado e definido especificamente, no espaço e no tempo, num plano onde intervêm as ideologias. Aí se encontram as tarefas (encargos, incumbências) do Estado. (Destques nosso)

Juan Carlos Cassagne¹¹², de igual modo, ao tratar da **finalidade** sustenta que “configura por cierto otro requisito esencial del acto administrativo que se relaciona, como

¹⁰⁸ Vide nota n. 15.

¹⁰⁹ Sem discrepar, Di Pietro declina que “A defesa do interesse público corresponde ao próprio fim do Estado. O Estado tem que defender os interesses da coletividade. Tem que atuar no sentido de favorecer o bem-estar social. Negar a existência desse princípio é negar o próprio papel do Estado.” (DI PIETRO, 2009, p. 37)

¹¹⁰ Lourival Gomes Machado, citado por Carlos Vinícius Alves Ribeiro, comentando essa passagem do Contrato Social, destacou que “Rousseau avançou na direção certa, na medida em que sempre se recusou a reduzir a vontade geral à simples concordância (numérica, ou da maioria, coincidente ou de opinião) das vontades particulares. Para ele, vontade geral só era aquela que traduzisse o que há de comum em todas as vontades individuais, ou seja, o substrato coletivo das consciências.” (RIBEIRO, 2010, p. 113)

¹¹¹ Nesse mesmo sentido: “A expressão *interesse público* pode ser associada a *bem de toda a coletividade*, à percepção geral das exigências da vida na sociedade.” (MEDAUAR, 2009, p. 133)

¹¹² CASSAGNE, Juan Carlos. **El acto administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975. p. 222.

bien se ha dicho, con el aspecto funcional del acto representado en el fin de **interés público o bien común**, que por el mismo se persigue.” (grifo nosso)

Mas, hodiernamente falando, o que vem a ser a finalidade¹¹³ ou interesse público? Como se forma? Onde se encontra definida tal expressão¹¹⁴? Este é um questionamento de singular relevância no desenvolvimento do tema que este trabalho propõe tratar.

Conquanto não seja o objetivo específico do autor ao elaborar sua teoria, temos que à luz do pensamento de Rawls (2000) seria possível alcançar-se, senão a resposta definitiva, ao menos um entendimento firme acerca dos questionamentos formulados, especialmente no tocante à formação do interesse público. Todavia, com esteio no pensamento rawlsiano, se faz necessário responder a um questionamento prévio, antes de enfrentar o problema aqui proposto, e que é objeto de estudo do chamado *liberalismo político*: “[...] como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade estável e justa de cidadãos livres e iguais profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis, embora incompatíveis. Em outras palavras: como é possível que doutrinas abrangentes profundamente opostas, embora razoáveis, possam conviver e que todas endossem a concepção política de um regime constitucional?” (RAWLS, 2000, p. 25-26).

Na tentativa de buscar a resposta à problemática posta e desenvolver sua teoria, Rawls parte da noção de **cooperação social** entre cidadãos livres e iguais. A base do convívio social estaria alicerçada em uma cooperação mútua entre aqueles que compõem as diversas comunidades nela (sociedade) inseridas. Todavia, **esta cooperação restaria prejudicada acaso não fosse escudada por uma concepção de justiça equitativa a manter o equilíbrio de interesses na busca do bem comum**. Nesse sentido, declina dois **princípios de justiça** através dos quais se deve efetivar a distribuição equitativa (imparcial) de bens

¹¹³ Os conceitos doutrinários de **finalidade**, como requisito de todo ato administrativo, e **interesse público** se comunicam de tal forma que podem até ser utilizados como sinônimos, senão vejamos: “E a *finalidade* terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o *interesse público*. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á a invalidação por *desvio de finalidade*, que a nossa lei da ação popular conceituou como o ‘fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência’ do agente (Lei 4.717/65, art. 2º, parágrafo único, ‘e’).” (MEIRELLES, 2004, p. 91).

¹¹⁴ A previsão normativa do “princípio do interesse público” é encontrada no art. 2º da lei n. 9.784/99: “Art. 2º **A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios** da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, **interesse público** e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

II - **atendimento a fins de interesse geral**, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”. (grifo nosso)

Todavia, a lei simplesmente informa de sua existência e, promovendo tão só uma troca de termos, explica o interesse público como sendo o atendimento a fins de interesse geral, o que não responde satisfatoriamente o nosso questionamento.

primários/básicos para toda as pessoas independentemente de seus projetos pessoais de vida ou de suas concepções do bem: **a) todas as pessoas têm igual direito a um projeto inteiramente satisfatório de direitos e liberdades básicas iguais para todos, as quais deverão ter seu valor equitativo garantido; e b) as desigualdades sociais e econômicas eventualmente existentes devem estar vinculadas a posições e cargos disponíveis equitativamente a todos, e, de igual modo, devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade**¹¹⁵ (RAWLS, 2000, p. 47-48).

Mas para além dos dois princípios de justiça, haveria de se estabelecer os termos em que se daria a cooperação social. Como se daria esse contrato? Em que bases seria firmado? Frise-se que no acordo social proposto por Rawls não há espaço para sua imposição pelo uso da força, já que o autor trata de uma sociedade onde todas as pessoas têm igual direito a um projeto de mesmas garantias, mesmos direitos e liberdades básicas¹¹⁶. Contudo, como visto, a sociedade é plural, repleta de **doutrinas abrangentes** (ainda que razoáveis)¹¹⁷ que influenciarão os seus membros na fixação dos termos basilares da referida cooperação social. Tal situação, sob a ótica rawlsiana, não é apropriada à consecução do referido termo de cooperação social, já que distorcida pelas características particulares e idiosincrasias das doutrinas abrangentes, onde, *a priori*, um acordo equitativo entre pessoas consideradas livres e iguais não poderia ser firmado. Nesse contexto, introduz os conceitos de **posição original** e

¹¹⁵ O segundo princípio de justiça equitativa aparentemente nos remete (postulação própria) à noção de “ações afirmativas” já que afirma de modo categórico que as desigualdades existentes devem representar o maior benefício possível aos membros menos privilegiados da sociedade.

¹¹⁶ Rousseau ao tratar dos limites do poder do soberano desenvolve raciocínio, baseado na sua doutrina contratualista, que tem certa ligação com o pensamento rawlsiano, ou vice-versa, [minha impressão particular], veja-se: “Por qualquer lado que chegemos ao princípio, sempre se toca a mesma conclusão; isto é, que **o pacto social estabelece entre os cidadãos uma igualdade tal, que eles se obrigam todos debaixo das mesmas condições, e todos devem gozar dos mesmos direitos. Assim, pela natureza do pacto, todo o ato de soberania, isto é, todo o ato autêntico da vontade geral obriga ou favorece igualmente todos os cidadãos, de maneira que o soberano só conhece o corpo da nação e não distingue nenhum daqueles que a compõe. Que é pois rigorosamente um ato de soberania? Não é uma convenção do superior com o inferior, mas uma convenção do corpo com cada um de seus membros; convenção legítima, porque se escora no contrato social; justa, por ser a todos comum; útil, porque não pode ter outro alvo que o bem geral; e sólida, porque a força pública e o poder supremo lhe servem de garantia.** Enquanto os vassallos estão sujeitos a tais convenções, não obedecem a ninguém, salvo à sua própria vontade; e perguntar até onde se estendem os direitos respectivos do soberano e dos cidadãos é perguntar até que ponto estes se podem comprometer consigo mesmos, cada um com todos e todos com cada um.” (grifo nosso) (ROUSSEAU, 2000, p. 44-45) De certo modo, o Contrato Social pode ter servido de inspiração ao desenvolvimento das ideias do Rawls [postulação nossa].

¹¹⁷ Rawls (2000, p. 103), a fim de explicar o conceito, nos aponta três características das doutrinas abrangentes (razoáveis): 1º) uma doutrina razoável é um exercício de razão teórica, pois diz respeito aos principais aspectos religiosos, filosóficos e morais da vida humana, de uma forma mais ou menos consistente e coerente; 2º) mas também é um exercício de razão prática, na medida em que seleciona valores e tenta estabelecer um equilíbrio entre eles, de modo a evitar conflitos; por fim, 3º) as doutrinas abrangentes, em geral, fazem parte ou se baseiam numa tradição de pensamento e doutrina tendentes a evoluir lentamente à luz daquilo que vê como boas e suficientes razões.

véu da ignorância, os quais são bem explicados na sua obra **Justiça como Equidade: Uma Reformulação** (RAWLS, 2003, p. 21-22):

Na posição original, não se permite que as partes conheçam as posições sociais ou as doutrinas abrangentes específicas das pessoas que elas representam. As partes também ignoram a raça e grupo étnico, sexo, ou outros dons naturais como a força e a inteligência das pessoas. Expressamos figurativamente esses limites de informação dizendo que as partes se encontram por trás de um véu de ignorância.

Um dos motivos pelos quais a posição original tem de abstrair as contingências – as características e circunstâncias particulares das pessoas – da estrutura básica é que as condições para um acordo equitativo entre pessoas livres e iguais sobre os princípios primeiros de justiça para aquela estrutura têm de eliminar as posições vantajosas de negociação que, com o passar do tempo, inevitavelmente surgem em qualquer sociedade como resultado de tendências sociais e históricas cumulativas.

Mas, tentando transportar a teoria rawlsiana para a realidade brasileira, conseguiremos descobrir o que vem a ser a finalidade ou interesse público ou como defini-lo? Creio, como dito, que não seja este o objetivo do referido autor. Contudo, com base na sua doutrina, talvez consigamos descortinar um modo de se alcançar referido interesse público, de perceber como o individualismo de cada pessoa ou de cada grupo comunitário é capaz de transformar vontades singulares e, até certo ponto refratárias, em vontade geral capaz de refletir o bem comum, representação singela, porém contundente, do interesse público.

Seguindo nessa seara, necessário buscar esteio em outros doutrinadores, a fim de lapidarmos um pouco mais nosso entendimento acerca do interesse público, alicerce da atuação estatal, materializada nas políticas públicas adotadas por um governo democraticamente sufragado.

No entendimento do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 276), o interesse público não se confunde nem com a simples somatória dos interesses individuais (eis que muitas vezes se portam de forma antagônica), nem com o interesse do próprio Estado (sob pena de subversão do princípio republicano), nem muito menos com o interesse dos governantes (sob pena de subversão do princípio democrático). Ao contrário, para o referido autor (2009, p. 276-277), o interesse público seria a **projeção coletiva do interesse social**, reflexo do viés gregário próprio do individualismo humano, que também alimentaria interesses sociais, com características solidárias e diretamente relacionadas aos diferentes grupos sociais a que pertença o homem. Neste particular, registre-se que Moreira Neto tem a companhia próxima do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 59-61) que, afirmando não se poder confundir o interesse público com a soma dos interesses individuais,

registra que a manifestação dos interesses individuais é fundamental para a formação do real conceito de interesse público, pois, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado).

Os dois conceitos, embora externados sob perspectivas invertidas, refletem a mesma realidade: Moreira Neto aponta como interesse público a projeção coletiva de um interesse social, que nasce ou é natural ao individualismo humano, em outras palavras, o individualismo do **homem inserido em sociedade** refletirá seus anseios e necessidades nos chamados interesses públicos; ao passo que Bandeira de Mello afirma que o interesse público é aquele resultante de um conjunto de interesses que o homem pessoalmente tem quando inserido em um meio social¹¹⁸.

Não obstante já nos seja possível a identificação de interesses públicos *in abstracto* com escudo nas lições de Moreira Neto e Bandeira de Mello, o fato é que, em tese, nem tudo o que se enquadra na categoria lógico-jurídica que delinea os contornos dos mencionados interesses corresponde às previsões jurídico-positivas que necessariamente os prescrevem. Nas palavras de Bandeira de Mello (2010, p. 68) uma coisa é a estrutura do interesse público, e outra é a inclusão no sistema normativo de um tal interesse que, internamente, será reconhecido como público. Significa dizer que não é de interesse público a norma, medida ou providência que certa pessoa ou grupo de pessoas desejem que deva sê-lo, mas tão somente o interesse que como tal seja qualificado em dado ordenamento jurídico¹¹⁹.

Também sob esse viés, o autor segue ladeado por Moreira Neto (2009, p. 277) ao acentuar que na qualidade de **fenômeno jurídico**, o **interesse público** deve estar **qualificado pela ordem jurídica vigente** em cada sociedade organizada¹²⁰.

Sem divergir, Lucas da Rocha Furtado (2007. p. 90) defende a ideia de que não existem interesses públicos presumidos ou ilimitados, mas que eles somente existem acaso sejam reconhecidos pela Constituição Federal ou pela legislação ordinária como tais, sendo que seus limites, necessariamente, estarão fixados por esse mesmo ordenamento jurídico.

¹¹⁸ Sem discrepar, Jefferson Carús Guedes (2009, p. 250) afirma que: “Os interesses públicos são conceituados como interesses do todo, do conjunto social, e também, a dimensão pública dos interesses individuais, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da sociedade. São nitidamente interesses transindividuais.”

¹¹⁹ De igual modo Leonardo Cunha (2008. p. 505-506) e Marcelo de Siqueira Freitas (2008, p.14).

¹²⁰ Segundo Guedes (2009, p. 250), “Os interesses públicos são identificados pela relação existente entre o Estado (coletivo) e o indivíduo, **para a persecução dos fins postos na lei**.” (grifo nosso)

Vê-se, portanto, que a finalidade ou o interesse público reflete um anseio coletivo que está normativamente regulado no ordenamento jurídico de uma determinada sociedade. E a este ordenamento encontra-se umbilicalmente vinculada a atuação da Administração Pública. Do exposto no parágrafo anterior, percebe-se também que, em que pese o interesse público não se confundir com o interesse do Estado, é este último quem legitimamente o representará em nome do corpo social que o integra¹²¹.

Mas a pergunta que se nos impõe é como se chegar (que método utilizar) ao interesse público em uma sociedade repleta de doutrinas abrangentes?

Com efeito, Rawls (2003, p. 67-68) propõe um método composto de quatro etapas na formulação das normas jurídicas que regerão a cooperação social pretendida (1º - o estágio da adoção dos princípios de justiça, 2º - o estágio da convenção constituinte, 3º - o estágio legislativo em que as leis são promulgadas de acordo com o que a constituição admite e o permitem os princípios de justiça e 4º - o estágio em que as normas são aplicadas por governantes e geralmente seguidas pelos cidadãos, e a constituição e leis são interpretadas por membros do judiciário) em que se parte da **posição original** (estágio 1), onde todos se encontram cobertos pelo **véu da ignorância**, o qual é progressivamente levantado a cada nova etapa do método proposto, até que no último estágio (estágio 4) todos têm plena ciência e consciência do quadro social existente, já que seus rostos estão totalmente descobertos.

Deste modo, a fixação dos princípios basilares que regerão o contrato social deve ser feita a partir da posição original, espécie de estado de natureza (ou até mesmo estado social embrionário), no qual as pessoas desconhecem a posição de cooperação que exercerão (pois totalmente cobertas pelo véu da ignorância), o que as forçaria a buscar um equilíbrio social pleno. Pela leitura de nossa Constituição, e partindo do pressuposto¹²² de que o

¹²¹ Nesse particular é bom que se diga que essa distinção traz consigo consequências importantes: a primeira é que os particulares podem defender o interesse público (especialmente em Ações Populares) já que ele nasce da projeção coletiva de interesses individuais manifestados em uma sociedade; e a segunda, é a de que nem todo interesse do Estado (ou representado pelo Estado) é um interesse público. É certo sim que todo interesse público é um interesse do Estado, figurando como seu titular em nome de toda a população que o legitima, mas a recíproca, nesse caso, não é verdadeira (MELLO, 2010, p. 61-62). Este é o ponto de partida da distinção entre o **interesse primário** (do qual se está a tratar) e o **interesse secundário**, que na visão de Bandeira de Mello é o interesse individual do Estado enquanto pessoa jurídica. Esta segunda espécie de interesse só seria efetivamente um interesse público – muito embora se consubstancie num interesse individual da pessoa jurídica de Direito Público Interno – se ao mesmo tempo revestisse as características de interesse primário. (MELLO, 2010, p. 72-73) Comentado a divisão entre interesse primário e interesse secundário, Carvalho Filho aduz que “a despeito da verdade que cerca tais categorias, a contrariedade dos interesses já seria uma corruptela do dever estatal: afinal o Estado não teria interesses *apenas* seus, como têm os entes privados; os seus interesses devem ser os da própria coletividade.” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 73)

¹²² Postulação nossa com o exclusivo objetivo de promover a continuidade lógica ao argumento desenvolvido.

constituente originário haveria se baseado na teoria rawlsiana, poderíamos listar como exemplos desse equilíbrio principiológico básico os seguintes dispositivos, dentre outros: artigos 1º *caput*, II, III, V, parágrafo único, 3º *caput*, I a IV, 5º *caput*, I, IV, VI, VIII, IX, XIII, XV, XVI, XLII e 14, *caput*, I a III.

Como se vê o próprio legislador (constituente originário) determinou como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil o pluralismo político (art. 1º, V) e, ainda assim (mesmo com toda essa diferença), fixou diversas outras normas constitucionais essenciais à condução de uma nação democrática.

Retornando neste ponto à pergunta que inaugura este capítulo, poder-se-ia dizer que, segundo Rawls, o convívio ao longo do tempo em uma sociedade de cidadãos livres e iguais, possuidores de doutrinas abrangentes opostas – embora razoáveis – é possível em uma conformação tal que se crie o chamado *consenso sobreposto*¹²³ apto a propiciar a estabilidade das relações sociais pautadas na justiça como equidade.

Assim, é coerente afirmar que a doutrina de Rawls subsume-se em um modelo procedimental de democracia constitucional apto a permitir que um sistema equitativo de cooperação social possa se perpetuar através do tempo regulando reflexivamente suas instituições; e que os interesses públicos, inerentes à atuação do Estado e materializados muitas vezes na implementação de políticas públicas, são fruto da busca por uma justiça como equidade obtida na conformação de um consenso sobreposto em face de um pluralismo razoável, próprio e comum a uma sociedade democrática.

Noutro giro, em razão da posição de destaque do interesse público é que advém o chamado princípio da “Supremacia do Interesse Público”¹²⁴, que juntamente com a

¹²³ “Nesse tipo de consenso, as doutrinas razoáveis endossam a concepção política, cada qual a partir de seu ponto de vista específico.” (RAWLS, 2000, p. 179)

¹²⁴ Sobre o referido princípio, seguem algumas palavras de Carvalho Filho: “As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade.

Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como *Welfare State* (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.

Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais. Vemos a aplicação do princípio da supremacia do interesse público, por exemplo, na desapropriação, em que o interesse público suplanta o do proprietário; ou no poder de polícia do Estado por força do qual se estabelecem algumas restrições às atividades individuais.” (CARVALHO FILHO, 2007. p. 26)

“Indisponibilidade” desse mesmo interesse constituem os pilares de sustentação de todo o direito administrativo.

Ocorre que surgiu na doutrina administrativista brasileira posicionamento no sentido de “desconstruir” o princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, ancorado, em suma, nos seguintes argumentos: a) que o sistema constitucional brasileiro não albergaria uma “supremacia” *a priori* do interesse público em detrimento do interesse privado, eis que, b) não haveria uma necessária contradição entre ditos interesses, bem como que, c) a guarida conferida pela Lei Fundamental aos direitos e garantias fundamentais afastaria, por lógica, o primado do princípio que desde muito se pretende como sustentáculo de toda a atuação administrativa nacional.

Vejam, em apertada síntese, o que dizem os principais representantes dessa doutrina, em passagens extraídas de seus escritos¹²⁵:

Humberto Ávila (2007, p. 190):

O interesse privado e o interesse público estão de tal forma instituídos pela Constituição brasileira que não podem ser separadamente descritos na análise da atividade estatal e de seus fins. **Elementos privados estão incluídos nos próprios fins do Estado** (p. ex. preâmbulo e direitos fundamentais).

E mais à frente prossegue (ÁVILA, 2007, p. 197):

Tal como ele é descrito – como um “princípio” “jurídico” de “supremacia” –, ele não encontra fundamento de validade, simplesmente porque não pode ser descoberto no ordenamento jurídico por meio de qualquer método (dedução ou indução, análise das palavras ou do seu conjunto, etc.).

Alexandre Aragão (2007, p. 04-05):

Não há um interesse público abstratamente considerado que deva prevalecer sobre os interesses particulares eventualmente envolvidos. A tarefa regulatória do Estado é bem mais complexa do que a singela formulação de uma “supremacia do interesse público”.

Muitas vezes o princípio da supremacia do interesse público é confundido com meras regras (não princípios) jurídicas, constitucionais ou legais, que realizam uma pré-ponderação entre os valores envolvidos e optam, para a hipótese, pela preponderância de determinado interesse público sobre os interesses particulares (p.ex., as normas constitucionais que prevêm a desapropriação). Note-se, que o contrário também é comumente verificado, ou seja, normas que pré-ponderam os interesses em jogo em favor do interesse privado (ex., as que protegem o sigilo telefônico).

Em se tratando de norma legal, naturalmente que a pré-ponderação efetuada pelo Legislador deve ser constitucional, ou seja, razoável e proporcional

¹²⁵ Trata-se de artigos reunidos no livro **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, organizado por Daniel Sarmento.

diante dos valores constitucionais envolvidos, tanto em abstrato, como na sua aplicação a determinado caso concreto.

Já quando o intérprete se deparar com situações para as quais não exista norma abstrata pré-ponderando os interesses envolvidos, em que não há como se pressupor uma necessária supremacia de alguns desses interesses sobre outros, deve realizar a ponderação de interesses *in concreto*, à luz dos valores constitucionais envolvidos, que podem pesar, ora em favor de interesses públicos, ora de interesses privados. “A prevalência só existiria após a ponderação concreta entre os princípios colidentes. Não haveria, pois, a supremacia antecipada e automática, mas posterior e fundamentada”.

Gustavo Binenbojm (2007, p. 149-150):

O que se está a afirmar é que o *interesse público* comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros. Com efeito, a *afecção* do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que *reconduz* o administrador público à interpretação do *sistema de ponderações* estabelecido na Constituição e na lei, e, via de regra, o obriga a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade.

Daniel Sarmiento (2007, p. 27-28):

Acrescente-se a isso a absoluta indeterminação do conceito de interesse público, em profunda crise no contexto de fragmentação e pluralismo que caracteriza as sociedades contemporâneas, nas quais se torna por vezes impossível extrair, à moda de Rousseau, uma noção homogênea de bem comum ou de vontade geral. Neste quadro, a profunda indeterminação semântica do conceito pode permitir às autoridades públicas que o manuseiam as mais perigosas malversações. O interesse público periga tornar-se o novo figurino para a ressurreição das “razões de Estado”, postas como obstáculo intransponível para o exercício de direitos fundamentais, sobretudo num momento como o que o mundo hoje vivencia desde o 11 de Setembro, em que a exacerbação do discurso da segurança assedia a defesa da liberdade.

Paulo Schier (2007, p. 235-236), por sua vez, resume bem o pensamento esposado em quatro conclusões:

- (i) Interesses públicos e privados se complementam e se harmonizam, não se encontrando, em regra, em conflito, pois a realização de um importa na do outro;
- (ii) Eventuais colisões são resolvidas previamente pelo constituinte originário, que pode optar pela prevalência dos interesses privados (como parece ser o mais usual) ou pela prevalência dos interesses públicos (como parece ser a exceção em homenagem ao princípio da legalidade e do Estado de Direito);
- (iii) Outras colisões são remetidas ao campo das restrições dos direitos fundamentais, onde o constituinte, expressamente, autoriza que os direitos, liberdades e garantias individuais cedam, mediante ponderação infraconstitucional (observado o princípio da reserva de lei) em favor de interesses públicos, sempre com observância do critério (ou princípio) da proporcionalidade e respeito (manutenção)

- do núcleo essencial daqueles (por decorrência da proibição do excesso);
- (iv) Um último grupo de colisão entre interesses públicos e privados, que não venham a se enquadrar nos anteriores, deverá ter solução remetida à ponderação de princípios (ou valores) diante do caso concreto, através não de mediação legislativa mas sim jurisdicional (levando-se em conta, sempre, critérios de proporcionalidade e razoabilidade). Aqui o juiz, em face de cada caso concreto, deverá, sem adotar nenhum critério de preferência predeterminado, decidir, em face dos diversos elementos que integram o âmbito normativo de cada preceito em conflito, qual deverá prevalecer.

Com efeito, a maior parte dos argumentos levantados pelos referidos doutrinadores não vai de encontro, pelo contrário, vai ao encontro, do pensamento tradicionalmente consolidado na doutrina administrativista pátria, conforme se percebe pelas considerações anteriormente formuladas. É fato que interesses privados e públicos muitas vezes se harmonizam, já que como dito nos conceitos de Moreira Neto e Bandeira de Mello, o interesse público é a projeção coletiva do interesse privado, natural ao individualismo humano, manifestado no seio da sociedade.

Quanto à ponderação de valores, tomamos por nossas as palavras de Carvalho Filho (2010, p. 81), que sustenta sua necessidade e imprescindibilidade, especialmente quando se pretende identificar ditos interesses¹²⁶. No seu entender, com o qual concordamos, dita ponderação se faz mais complexa quando está em conflito mais de um interesse público. Todavia, adverte o autor, se os interesses não harmonizados forem públicos *versus* privados, estes últimos deverão ceder àqueles.

É certo que o fato de o legislador constituinte haver “pré-ponderado” determinadas situações em detrimento a outras, não afastaria a presença do princípio em estudo, inspirador da norma no momento de sua concepção. É o que ocorre justamente com o caso da desapropriação. O fato do referido instituto se encontrar previsto na Constituição não o afasta do princípio da Supremacia do Interesse Público que efetivamente lhe confere base axiológica de sustentação.

Por outro lado, causa espanto que a simples negação, ou “desconstrução”, do princípio da Supremacia do interesse público, ao argumento de que haveria risco para o direito e garantias fundamentais, esquece que a Supremacia em questão é corolário do

¹²⁶ Sobre a necessidade de ponderação do caso concreto a fim de se aferir a existência ou não de interesses públicos, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2011, p. 25) afirma: “Contemporaneamente, *interesses públicos* deixam de qualificar conceitos totalizantes, absolutos, apriorísticos. Exige-se reflexão em torno de casos concretos lidos à luz da ponderação. Não se pode perder de vista também o consentimento do cidadão-cliente, no que se refere à definição de políticas e do agir administrativo”.

princípio democrático, que extrai da vontade (interesse) da maioria a legitimidade para suas decisões. Isso é justamente o que defende Alice Gonzalez Borges (BORGES, 2007, p. 03)¹²⁷ ao sustentar que os argumentos que pretendem “desconstruir” a Supremacia do interesse público devem ser usados para “reconstruí-lo”, devidamente conformado aos valores constitucionais propostos pela CF/88:

Sem dúvida, bem pode acontecer que uma parcela da comunidade não reconheça ou identifique aquele interesse como seu, ou cujo próprio interesse se ache, até, em colisão com esse querer valorativo predominante. Ora, o interesse público, em uma ordem democrática, não se impõe coativamente. Somente prevalece, em relação aos interesses individuais divergentes, com prioridade e predominância, por ser um interesse majoritário. O interesse público e o interesse individual colidente ou não coincidente são qualitativamente iguais; somente se distinguem quantitativamente, por ser o interesse público nada mais que um interesse individual que coincide com o interesse individual da maioria dos membros da sociedade¹²⁸. (BORGES, 2007, p. 10)

Utilizando-nos, novamente, do exemplo da desapropriação, vê-se que antes da criação da regra constitucional havia uma colisão de interesses: o interesse da coletividade que precisava expropriar uma determinada área, a fim de que fosse utilizada em prol de toda a sociedade, e o interesse privado do proprietário da terra em não querer desfazer-se dela. O princípio democrático, de viés majoritário, poderia simplesmente dizer que o interesse particular não deveria sobrepor-se às legítimas necessidades da maioria e assim superá-lo, fria e secamente. Ocorre que a prevalência do interesse da maioria pura e simplesmente pode levar à ditadura dessa mesma maioria, o que seria incompatível com o significado moderno que se empresta ao princípio democrático. Desse modo, há uma ponderação de valores que, ainda fazendo prevalecer o interesse da maioria, não deixa ao relento o legítimo direito do proprietário da terra, conferindo-lhe, consoante norma constitucional, uma justa e prévia indenização pela desapropriação do referido bem (art. 5º, XXIV, CF/88).

¹²⁷ “É preciso não confundir a supremacia do interesse público, - alicerce das estruturas democráticas, pilar do regime jurídico administrativo – com as suas manipulações e desvirtuamentos em prol do autoritarismo retrógrado e reacionário de certas autoridades administrativas. O problema, pois, não é do princípio: é, antes de sua aplicação prática.

Trata-se, isto sim, de reconstruir a noção, situá-la devidamente dentro do contexto constitucional, para que possa ser adequadamente defendida e aplicada pelo Poder Judiciário, no exercício de seu inafastável controle. E é no trabalho teórico desses juristas [refere-se aos quatro doutrinadores anteriormente citados] – que se propõem, declaradamente, a **desconstruir** a noção da supremacia do interesse público – que vão exsurgir, como demonstraremos a seguir, sólidas bases para sua reconstrução, coerentemente com o que de melhor tem produzido a respeito a doutrina, no direito nacional e no direito comparado.”

¹²⁸ Registre-se que embora o interesse público não seja simplesmente a soma dos interesses individuais, não se pode negar que uma “projeção coletiva”, como diz Moreira Neto, esteja em sintonia com o viés majoritário do princípio democrático.

Nessa senda, o exemplo dado por Alexandre Aragão quanto ao sigilo telefônico, pode ser lido de outra forma. Não há dúvida que o mencionado sigilo telefônico confere densidade e força à preservação da intimidade do cidadão e conseqüentemente privilegia seu interesse particular. Mas a preservação do interesse particular também é um interesse público, já que a todos, indistintamente, beneficia, constituindo-se em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, quando o art. 1º, I e II destaca a proteção à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Assim, o interesse público em se ter acesso à intimidade (telefônica) do indivíduo, se choca não simplesmente com um interesse particular, mas com outro interesse público.

Isso não quer dizer, contudo, que num juízo de ponderação, onde a proporcionalidade deve se encontrar presente, a intimidade não ceda à segurança, por exemplo, como expressamente o afirma a parte final do art. 5º, XII da CF/88: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Bandeira de Mello (2010, p. 69), utilizando o exemplo geral da indenização por danos sofridos – que pode, pela mesma *ratio*, ser utilizado em todos os casos similares –, afirma ser evidente que a proteção do interesse privado pela Constituição, também configura um interesse público, e aduz ser de **interesse público** que o sujeito que sofrer qualquer dano por ato do Estado seja indenizado, muito embora tal caso também configure a proteção do legítimo interesse privado do indivíduo lesado. E, por fim, afirma contundentemente:

Só mesmo em uma visão muito pedestre ou desassistida do mínimo bom senso é que se poderia imaginar que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado não está a reger nos casos em que sua realização traz consigo a proteção de bens e interesses individuais e que, em tais hipóteses, o que ocorre... é a supremacia inversa, isto é, do interesse privado!

Tal suposição corresponderia a não entender nem mesmo o que há de mais rudimentar na noção de interesse público e de sua supremacia sobre o interesse privado.

Deste modo, como bem apontado por Carvalho Filho (2010, p. 75), afastando a pretensão de “desconstrução” do interesse público e aproximando-se mais da visão “reconstrutiva”: “o núcleo do princípio não mudou; o que tem mudado – e isso sucede com

todos os institutos sociais e jurídicos – é sua aplicação para adequar-se às novas realidades sociais”¹²⁹.

1.5.2 Políticas Públicas

Feitas as considerações anteriores sobre o interesse público, deve-se fixar o que vêm a ser “políticas públicas” e quais as dificuldades que o Estado enfrenta para viabilizá-las num ambiente democrático.

Francisco G. Heidemann (2009, p. 28-29), ao tratar do tema, propõe, a fim de compreender e superar a polissemia da expressão “política pública”, declinar as principais significações atribuídas à palavra “política”. Neste sentido, externa algumas definições, a saber: 1) a política engloba tudo o que diz respeito à vida coletiva das pessoas em sociedade e em suas organizações; 2) a política trata do conjunto de processos, métodos e expedientes usados por indivíduos ou grupos de interesse para influenciar, conquistar e manter o poder; 3) a política é também a arte de governar e realizar o bem público; 4) numa visão mais operacional, a política pode ser entendida como ações, práticas, diretrizes políticas, fundadas em leis e empreendidas como funções de Estado por um governo, para resolver questões gerais e específicas de uma determinada sociedade; 5) por fim, a política é concebida como a teoria política ou o conhecimento dos fenômenos ligados à regulamentação e ao controle da vida humana em sociedade.

Após expor os vários significados para o termo “política”, Heidemann registra algumas definições para a expressão “política pública”¹³⁰, externadas por diferentes autores,

¹²⁹ Aliás, é função da hermenêutica atualizar as normas e os princípios jurídicos às necessidades do meio em que se encontram inseridos. Nesse sentido, atual é a lição que Carlos Maximiliano veicula em sua obra, aplicável ao caso da nova roupagem interpretativa que se pretende conferir ao princípio da Supremacia do Interesse Público, nesse movimento de tentativa de superação da ideia de “desconstrução” para a de “reconstrução”, senão observe-se: “Não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica; e esta não há de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores. [...] O intuito de imprimir efetividade jurídica às aspirações, tendências e necessidades da vida de relação constitui um caminho mais seguro para atingir a interpretação correta do que o tradicional apego às palavras, o sistema silogístico de exegese.” (MAXIMILIANO, 1996. p. 157.)

¹³⁰ “Para David Easton, a política pública significa ‘a alocação oficial de valores para toda a sociedade’ (1953, p. 129). Já H. Lasswell e A. Kaplan definem política como ‘um programa projetado com metas, valores e práticas’ (1970, p. 71). E C. Friedrich garante que ‘é essencial ao conceito de política que contenha uma meta, objetivo ou propósito’ (1963, p. 70).

Outra forma de definir política pública é desdobrar esta noção geral em suas partes constitutivas. O cientista político C. O. Jones (1977, p. 4), por exemplo, propõe que se considere a distinção entre as várias propostas de políticas (meios especificados para atingir as metas), os programas (meios autorizados para atingir as metas), as decisões (ações específicas assumidas para implementar as metas) e os efeitos (os impactos mensuráveis dos programas).

os quais entendem que as políticas públicas podem ser conceituadas como sendo desde a “alocação oficial de valores para toda a sociedade”, passando pela noção estrutural onde se entende essencial ao conceito de política “que esta contenha uma meta, objetivo ou propósito”, até aqueles que, de forma radical, entendem que a “política pública é tudo o que os governos decidem fazer ou deixar de fazer”.

No entendimento de Saravia (2006, p. 28-29), políticas públicas seriam fluxos de decisões públicas que visam à manutenção do equilíbrio social, ou, noutro viés, inclinados à promoção do desequilíbrio no fito de alterar a realidade. Afirma que é possível considerar as políticas públicas como estratégias (apontando para diversos fins) desejadas pelos diversos atores que participam do processo decisório. Ainda definindo o termo, mas sob uma perspectiva operacional, o autor afirma que se trata de um sistema de decisões públicas que visam ações ou omissões (preventivas ou corretivas) destinadas à manutenção ou alteração da realidade dos setores da vida social. Tal prática se dá por meio de definição de objetivos e estratégias de atuação, bem como pela alocação de bens e recursos¹³¹ necessários à consecução dos objetivos pretendidos e estabelecidos.

Em complemento, Saravia (2006, p. 29) faz questão de consignar que não há uma racionalidade manifesta no processo de formação e implementação de políticas públicas, sendo impossível, no atual estágio do desenvolvimento tecnológico, que programas de computadores (tecnologia de racionalidade lógica), por exemplo, descrevam tais processos.

Em sentido similar, todavia sob o viés do relacionamento dialético e historicamente indexado do Estado com a sociedade que o forma, Lenaura Lobato afirma (2006, p. 301-302):

Como *locus* por excelência de realização das políticas públicas, o relacionamento Estado/sociedade é determinado pelas condições histórico-estruturais de desenvolvimento de uma dada formação social. Essas condições remetem ao desenvolvimento das relações de produção, que, interagindo dialeticamente com características históricas e culturais, determinam padrões diversos desse relacionamento, em momentos históricos também diferentes, que permeiam direta ou indiretamente toda a sociedade. Mas os padrões desse relacionamento não são necessariamente passíveis de apreensão e podem, mesmo, ser contrariados, em situações políticas

De acordo com H. Eulau e K. Prewitt, ‘define-se a política como uma ‘decisão existente’, caracterizada por consistência e repetitividade comportamental tanto de quem a formula quanto também de quem a cumpre’ (1973, p. 465).

Entretanto, para o cientista político Thomas R. Dye, ‘a política pública é tudo o que os governos decidem fazer ou deixar de fazer’ (2005, p. 1)”. (HEIDEMANN, 2009, p. 29-30.)

¹³¹ No tocante à alocação de bens e recursos, geração e aumento de despesas, é bom que se diga que o Estado encontra-se vinculado às diretrizes da Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/2000), a qual, em seus artigos 15, 16 e 17, dispõe sobre as despesas ou obrigações que podem ser autorizadas.

específicas. Já o plano de formulação de políticas públicas requer outras condições, que residem em um nível mais singular e são dadas pela organização sociopolítica específica onde se formula a política pública. Nesta são relevantes as organizações social e política vigentes (regime político e padrão de organização da sociedade), as condições econômicas e, em maior ou menor grau, as condições tecnológicas e culturais. Como nível intermediário, a análise de formulação de políticas também não possibilita que se incorra diretamente sobre padrões de relacionamento Estado/sociedade.

Para a análise do processo de formulação de políticas públicas é necessário, portanto, o tratamento de condições específicas de uma dada formação social. A importância da representação de interesses reside em que essas condições, quando referidas ao processo político que inscreve uma determinada política pública, não estão previamente dadas. Elas se manifestam através de diferentes atores sociais, que representam interesses diversos. Tanto as condições histórico-estruturais quanto as específicas que determinam direta e/ou indiretamente uma dada política pública, se localizam no processo político que a circunscreve e se manifestam através de diferentes atores sociais. Os interesses são, portanto, a representação, no nível político, daquelas condições. A possibilidade de que se perpetuem ou sejam modificadas, é expressa na forma de demandas e através de grupos e/ou movimentos específicos da sociedade.

Já na visão da professora Maria Paula Dallari Bucci (2006, p. 241-242) – tentando promover uma aproximação do referido conceito da realidade jurídica –, políticas públicas são programas de ação governamental que visam a coordenação dos meios à disposição do Estado (recursos públicos) e das atividades privadas, com a finalidade de realizar objetivos socialmente relevantes e especificados politicamente. Seriam, em poucas palavras, “metas coletivas conscientes” e, assim, um problema de direito público, em sentido lato. Prosseguindo, a referida autora afirma que adoção da concepção das políticas públicas no âmbito do direito consistiria em reconhecer um maior grau de confluência ou interpenetração entre as esferas jurídica e política, seja atribuindo-se ao direito critérios para elaboração de uma qualificação jurídica de decisões tomadas politicamente, seja conferindo-se ao direito uma postura mais informada por elementos da política.

Em outra passagem de sua obra, Dallari Bucci (2006, p. 252-243) afirma que as políticas são instrumento de ação de governos e que a função de governar é o núcleo da ideia de políticas públicas, num redirecionamento do eixo organizacional do referido governo da noção exclusiva da legalidade (norma geral e abstrata) para as políticas públicas, como seu programa de ação.

Embora se possa afirmar – consciente das discussões que fatalmente surgirão dessa afirmação – que nem toda política de governo externa uma política pública de Estado, toda política pública de Estado deve estar contida numa política de governo. Tal relação

implica muitas vezes, por questões políticas e/ou ideológicas naturais a uma sociedade plural, numa enorme judicialização¹³² dos atos tendentes à materialização das políticas públicas pretendidas pelos que dirigem o Estado.

Mais recentemente, surgiram referências a “políticas de Estado” em lugar de políticas públicas ou governamentais. Essas teriam caráter particularmente estável e inflexível e obrigariam todos os governos de um Estado a implementá-las, independentemente dos mandatos que os eleitores lhes confiassem. Na prática, a noção de “política de Estado” difere pouco do conceito de política pública, uma vez que se limita aos valores consagrados na Constituição. “Afim, governos democráticos não disputam princípios constitucionais, que se presumem universais; simplesmente, cumprem-nos” (HEIDEMANN, 2009, p. 30).

Segundo leciona Carvalho Filho (2008, p. 108-109) são três as formas de atuação do governo quando se depara com um plexo intenso de demandas por parte da sociedade: a) pode tentar executar todas as demandas sociais, o que se mostraria inviável em razão de diversas questões externas (temporais, orçamentárias e de prioridade); b) pode quedar-se inerte, hipótese na qual a sociedade suportaria os gravames de tal inação; e c) passa a estabelecer um processo de opção diante das demandas apresentadas, onde se elegem as de execução prioritária¹³³, deixando as demais para um momento posterior. Essa, segundo informa, é a “forma que, no plano das viabilidades, se apresenta com maior densidade de razão ou, se se preferir, com maior razoabilidade.”

Seguindo esse rumo, ter-se-iam como exemplos robustos de “eleição” de políticas públicas de Estado aquelas tendentes à perfectibilização dos direitos sociais constitucionalmente previstos. No caso, a Lei Fundamental pátria, em seu art. 6º, externa de forma bastante clara quais são ditos direitos sociais, *verbis*: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

A União, por sua vez, a fim de tentar implementar tais direitos, deve buscar os caminhos legalmente viáveis à consecução do seu intento. Ademais, deve angariar recursos para materializar suas pretensões.

¹³² Referida judicialização, por sua vez, é inerente a um Estado Democrático de Direito, onde os debates políticos são amplos e cujos dissensos muitas vezes são levados à apreciação do Poder Judiciário com escudo na norma inserta no art. 5º, XXXV da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹³³ Na esteira da ideia apontada por Carvalho Filho, Maria Coeli Simões Pires identifica as políticas públicas como “o conjunto de diretrizes e metas de ação e de prioridades alocativas do Estado.” (PIRES, 2008, p. 178)

Como anteriormente referido, um dos pilares fundantes sob o qual se encontra apoiado o Estado (Administração Pública) é o princípio da legalidade, insculpido no art. 37, *caput* de nossa Constituição, cujo significado foi objeto de reiteradas manifestações do professor Celso Antônio Bandeira de Mello¹³⁴ no sentido de que a Administração só pode agir em estrita obediência à lei emanada do Estado.

Nenhum ato jurídico é válido, portanto, a não ser que seja conforme as regras editadas pelo Estado. Nenhuma autoridade de nenhum dos Poderes pode tomar decisões que contrariem normas válidas do sistema jurídico em que se encontram. Mesmo a mais alta das autoridades deve suportar a lei que editou, até que esta seja derogada por outra mais recente.

O princípio da legalidade, que informa todos os recantos do direito, não somente assume particular relevância no âmbito do direito constitucional, como no do direito administrativo, ou seja, informa todo o setor publicístico. É o grande princípio que domina a atividade do Estado: o da submissão à legalidade *lato sensu*, sentido em que é tomado hoje, na linha tradicional da antiga fórmula do Estado legal ou Estado de direito.

Na linguagem do direito administrativo, a implementação de políticas públicas, entendida no exemplo confeccionado como a viabilização dos direitos sociais e a angariação de recursos para tal, implica na prática de diversos atos administrativos, os quais, como dito, devem encontrar-se subsumidos à estrita legalidade¹³⁵.

Ingressando especificamente na temática “Políticas Públicas”, cumpre destacar as fases¹³⁶ que antecedem e que superam a sua materialização, o que convencionamos chamar de “caminhos burocráticos”. Segundo Luiz Pedone¹³⁷, o processo de formação e de execução de um plano político albergaria cinco etapas¹³⁸, a saber: 1ª) Formação de Assuntos Públicos e de

¹³⁴ Bandeira de Mello (2010, p. 99-100) afirma que o princípio “da legalidade é *específico do Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares* à lei.”

¹³⁵ Aqui se deve lembrar a expressa disposição do art. 11, V da LC n. 73/93, antes referenciado, que diz competir às consultorias jurídicas (órgãos da AGU) “assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica”

¹³⁶ Carvalho Filho (2008, p. 111) destaca duas fases para a fixação e implementação de políticas públicas, a legiferante e a administrativa.

¹³⁷ PEDONE, Luiz. **Formulação, Implementação e Avaliação de Políticas Públicas**. Brasília: Fundação Centro de Formação do Servidor Público – FUNCEP, 1986.

¹³⁸ Heidemann (2009, p. 34), diferindo um pouco de Pedone, afirma que o ciclo das políticas públicas compreende quatro etapas: “a primeira refere-se às decisões políticas tomadas para resolver problemas sociais previamente estudados. Depois de formuladas, as políticas decididas precisam ser implementadas,

Políticas Públicas; 2ª) Formulação de Políticas Públicas; 3ª) Processo Decisório; 4ª) Implementação das Políticas e 5ª) Avaliação de Políticas.

No que toca às duas primeiras fases elencadas por Pedone, mister registrar o posicionamento inclusivo de Simões Pires (2008, p. 185), ao conclamar a sociedade civil a um papel mais participativo no plano das decisões políticas, sendo capaz de fazer escolhas, estabelecer prioridades na alocação de recursos orçamentários e compartilhar os riscos e os ônus das decisões que conjuntamente tomar com o Poder Público, de forma a conferir maior legitimidade às decisões alocativas de recursos.

O posicionamento externado por Simões Pires, de certa forma e analogamente, nos remete à teoria da “Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição”, preconizada por Peter Häberle¹³⁹. Muito embora o filósofo alemão pretenda alargar as portas do judiciário a fim de permitir uma discussão mais ampla das questões constitucionais, garantindo àqueles que vivem a constituição (o povo) direito à voz na dialética do controle de constitucionalidade, tal ideal, fruto de uma maior abertura democrática do Estado, pode sim ser transposto ao presente caso na medida em que as políticas públicas terão como destinatário esse mesmo povo, que passará a vivê-las em seu cotidiano, razão pela qual devem participar do processo dialético próprio à sua formulação.

Analisando as etapas indicadas por Pedone, infere-se que o papel da Advocacia Pública se destaca especialmente nas fases que compreendem a formulação das políticas públicas e a sua implementação¹⁴⁰, cujos estudos, segundo Heidemann, não têm merecido maior atenção por parte da doutrina especializada no tema¹⁴¹.

pois sem ações elas não passam de boas intenções. Numa terceira etapa, procura-se verificar se as partes interessadas numa política foram satisfeitas em suas demandas. E, enfim, as políticas devem ser avaliadas, com vistas a sua continuidade, aperfeiçoamento, reformulação ou, simplesmente, descontinuidade.”

¹³⁹ Häberle (2002, p. 12-13) sustenta que “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, **todos os cidadãos e grupos**, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. [...] **A interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta.** [...] Os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade.” (grifo nosso)

¹⁴⁰ “**Na fase de formulação de políticas públicas** é que se dá, efetivamente, o início das análises, estudos e debates dos pontos e fatores existentes acerca do problema existente. Os aspectos sociais, econômicos, políticos e jurídicos são aqui discutidos, a fim de se encontrar as melhores diretrizes e coordenadas, para a resolução da questão enfrentada. **Valores, princípios e leis são examinados nessa fase. Igualdade, liberdade, legalidade, moralidade, solidariedade e democracia são fatores que devem ser incorporados ao processo de discussão.**

A tomada de decisões é o momento em que o responsável pela política pública faz a escolha, dentre as opções que lhe foram apresentadas, para bem atingir o objetivo público colimado.

O processo decisório é o momento crítico do processo de política pública, pois o governante tem de ter muita prudência e equilíbrio, para encontrar a solução mais adequada para o problema proposto. Uma decisão bem

Neste contexto, é de se focar na conjugação imanente existente entre a formulação e implementação de políticas públicas no Estado brasileiro e a atuação da Advocacia-Geral da União – AGU como função essencial à justiça, órgão orientador do Poder Executivo e representante judicial e extrajudicial da União.

tomada terá condições de resolver o problema a ser enfrentado, ao passo que a decisão equivocadamente adotada, além de não resolver a situação, pode contribuir para agravá-la.

A implementação de políticas é a execução da política pública. Ocorre quando a política já está contida necessariamente numa espécie normativa. [...]

Por fim, a avaliação de políticas públicas compreende a análise dos resultados da política executada. Preocupa-se em saber se o programa da política pública alcançou o objetivo pretendido. A avaliação de resultados tem grande importância, pois serve para subsidiar o tomador de decisões a encontrar o caminho mais adequado, quando diante de situação que guarda semelhança com outra já previamente resolvida ou fracassada, ajudando-o a entender os motivos do sucesso ou insucesso anteriores, evitando que o mal se repita, ou aperfeiçoando o êxito alcançado”. (grifo nosso) (KIRSCH, César do Vale. A necessária participação da Advocacia-Geral da União no processo de políticas públicas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4139>>. Acesso: 10 fev. 2010.)

¹⁴¹ Analisando o tema acerca da fase de implementação da política pública, Heidemann destaca: “A preocupação com a implementação de políticas não tem merecido tantos estudos quanto as iniciativas de modelagem teórica para a formulação e para a avaliação de políticas. Por muito tempo predominou a visão, inconsciente por certo, de que as decisões políticas teriam impacto automático, uma vez tomadas. Não ocorria a ideia de que fosse necessário se preocupar em termos explícitos com sua implementação. A ‘descoberta’ da ideia de que a implementação das políticas demandaria um esforço consciente e explícito cobrou um tempo precioso até vencer a ingenuidade. Os desafios e as perplexidades que cercam a matéria em parte podem ser encontrados num texto clássico intitulado *Implementation* (de Presseman Wildawski), cuja 3ª e última edição apareceu em 1984. A literatura sobre implementação tem hoje três gerações (GOGGIN et al., 1990). Na exposição de Cline et al. (2000), a primeira baseou-se na metodologia do estudo de caso; a segunda elaborou e testou modelos de análise; e a terceira dedica-se a desenvolver pesquisa na área de implementação, revisando e sintetizando os modelos analíticos propostos. A definição do problema de implementação continua intrigando os estudiosos, como mostra o estudo de Cline, segundo o qual o problema da implementação de uma política deve ser concebido como um esforço para se obter cooperação entre as pessoas incumbidas de promovê-la, e não meramente como um desafio gerencial para proporcionar as melhores condições de comunicação entre estas pessoas; a cooperação pressupõe uma abordagem decisória de natureza participativa e dialógica, e não apenas uma abordagem gerencial de eficácia comunicativa” (HEIDEMANN, 2009, p. 37).

CAPÍTULO II - ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: ORIENTAÇÃO JURÍDICA DO PODER EXECUTIVO E DEFESA JUDICIAL DA UNIÃO

Neste capítulo apresenta-se a Advocacia-Geral da União como instituição competente para a orientação jurídica do Poder Executivo Federal e para a defesa judicial e extrajudicial da União. Analisa-se, de igual modo, seu *status* constitucional como Função Essencial à Justiça e seu papel no Estado democrático de direito¹⁴², além de investigar sua vinculação, ou não, ao Poder Executivo.

Ao final, se investiga sua atuação prática no auxílio à implementação de políticas públicas, especialmente sob a ótica da defesa judicial dessas mesmas políticas. Nesse sentido, estudam-se os números do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, conferindo-se, em seguida, especial enfoque ao caso da Hidrelétrica de Belo Monte, de modo a subsidiar eventual entendimento acerca da imprescindibilidade, ou não, da AGU no embate dialético comum às políticas públicas, fruto da atuação do governo na atual ordem constitucional.

2.1 A construção da AGU e a história da orientação jurídica e da defesa judicial do Estado brasileiro: Império e República

O nascimento da AGU é acontecimento recente na história republicana do Brasil, tendo a instituição apenas 19 (dezenove) anos de existência, muito embora sua idealização (previsão constitucional) date da promulgação da Constituição de 1988, ou seja, há 24 anos.

É fato, contudo, que antes do surgimento da AGU havia sim orientação jurídica e defesa judicial da União, ainda que de modo precário (ao menos para os padrões e necessidades atuais). Significa dizer que a União não estava de todo indefesa ou sem orientação/assessoramento, em que pese os modelos adotados pelas ordens constitucionais que precederam à atual fossem deficitários.

¹⁴² De acordo com Gustavo Binenbojm “existe uma relação de imbricação lógica indissociável entre a Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. Parece-me que à Advocacia Pública é reservada a elevada missão de estabelecer a comunicação entre os subsistemas sociais da política e do direito, e a tarefa institucional de compatibilizar as políticas públicas legítimas, definidas por agentes públicos eleitos, ao quadro de possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, parece-me que a inscrição da Advocacia Pública no capítulo das Funções Essenciais à Justiça não tem um significado restrito ao exercício da função jurisdicional do Estado, mas se liga ao valor justiça e aos valores inerentes ao direito e à democracia.” (BINENBOJM, 2010, p. 01)

No Brasil colonial, como não havia divisão entre as funções executiva e judicial, a atividade de defesa do Rei e de sua Coroa era realizada por “procuradores” que também exerciam a função de “juizes da Coroa” (COSTA; SILVA, 2009. p. 8.). Segundo Jefferson Carús Guedes “A marca deste longo período de implantação da burocracia portuguesa no Brasil é a conexão da função judicial à de defesa do Estado, vez que os Procuradores são sempre membros do mesmo poder que aquele dos juizes, no caso das Relações” (GUEDES, 2009, p. 336-337). Ditas Relações, expõe Guedes (2009, p. 337), “eram órgãos colegiados judiciais e administrativos competentes para exame e reexame das questões conflitivas.”

Com a Constituição Imperial de 1824 é que surge a divisão funcional entre os Poderes Executivo e Judiciário (art. 10) e, portanto, uma divisão entre as funções de defesa do Poder Executivo, bem como de acusação criminal, exercidas por um Procurador da Coroa¹⁴³, e as funções jurisdicionais próprias do Judiciário¹⁴⁴. “Ainda nesse Período tem-se o Decreto de 23 de Junho de 1834, que propôs as divisões nas Relações do Império com suas Províncias através de um *Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional*, cargo que sobreviveu até a Proclamação da República, sob a denominação de *Defensor Judicial da Coroa, da Fazenda e dos seus bens e direitos*” (COSTA *et al*, 2009, p. 9-10).

Com o advento do período Republicano, deparamo-nos com uma nítida “confusão” entre as funções de “Procurador da União”, como sendo o órgão que lhe representa judicialmente, e de Ministério Público, situação que permanecerá inalterada até o advento da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, como o art. 58, § 2º da Constituição de 1891 dizia que as atribuições do Procurador-Geral da República seriam definidas em lei, o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que lhe é anterior e que fazia às vezes da lei declinada no texto constitucional, expressamente consignou em seu art. 22, “b”, que competia ao referido Procurador-Geral da República, que também integrava o Supremo Tribunal Federal, funcionar como representante da União em todos os feitos submetidos à jurisdição do Supremo Tribunal¹⁴⁵.

¹⁴³ “Art. 48. No Juízo dos crimes, cuja acusação não pertence á Camara dos Deputados, accusará o Procurador da Corôa, e Soberania Nacional.”

¹⁴⁴ Guedes (2009, p. 347) afirma que “A marca significativa mais importante desse período é a separação da função de Advocacia ou Procuradoria do Estado daquelas de Juizes e Desembargadores, embora, em alguns ligeiros períodos republicanos, o próprio Ministério Público da União se situasse no Judiciário ou no Executivo [...]”

¹⁴⁵ Posteriormente, a Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894, em seu artigo 28 assim dispôs: “O Procurador da Republica auxiliado pelos adjuntos, ajudantes e solicitadores, em sua respectiva secção, representa os interesses e direitos da União, quer no juizo seccional e no jury federal, em todas as causas da

Relativamente à organização da área consultiva do governo da novel República que se instalara, conferiu-se tal competência, de início, ao Procurador-Geral da República e aos Procuradores da República, com exercício nas seções da Justiça Federal e Estadual, por meio do art. 38, n. 4, alíneas “a” a “g”, da Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894.

Contudo, com a criação da Consultoria-Geral da República, por meio do art. 2º do Decreto 967 de 1903¹⁴⁶, determinou-se que a função consultiva e de representação extrajudicial do Poder Executivo da União ficaria a cargo daquele órgão, situação que somente findará com a criação da AGU¹⁴⁷.

Deste modo, e resumidamente, tem-se que a partir de 1903 e até 1993, ano da efetiva criação da Advocacia-Geral da União, a função consultiva do Poder Executivo seria de competência da Consultoria-Geral da República, sendo que a representação judicial da União ficaria a cargo do Ministério Público, em que pese a instabilidade que tal situação proporcionava¹⁴⁸.

sua privativa competência, quer perante as justiças locais, no que interessar á Fazenda Nacional e á guarda e conservação daquelles direitos e interesses.” Disponível em:<http://www.camara.gov.br/Internet/InfDoc/novoconteudo/Legislacao/Republica/Leis1894_vI%20e%20II/pdf4.pdf>

¹⁴⁶ “Art. 2º É criado o lugar de consultor geral da República, com o vencimento annual de quinze contos de réis, sendo dous terços de ordenado e um terço de gratificação.

§ 1º Ao consultor geral da República incumbe consultar ás Secretarias de Estado, nos mesmos casos em que o fazia o procurador geral da República.”

¹⁴⁷ “Com redação quase idêntica à da Lei n. 221/1894, vinham especificadas as matérias nas quais deveria ser ouvido o Consultor Geral, especialmente as extradições, expulsão de estrangeiros, execução de sentenças estrangeiras, alienação, aforamento, locação e arrendamento de bens nacionais, aposentadorias, reformas, jubilações, pensões e montepios de funcionários federais, matérias típicas de atividade consultiva. Desse modo, isolava-se por completo a atividade consultiva da atividade judicial, que entre 1894 e 1903 haviam ficado sob encargo do Procurador-Geral da República, e assim permaneceria até 1993, quando da organização da Advocacia-Geral da União.” (GUEDES, 2009, p. 349)

¹⁴⁸ “Na Constituição de 1934, o Ministério Público da União manteve sua posição constitucional, inserido no capítulo ‘Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais’, sob a chefia do Procurador-Geral da República, cuja prerrogativa era propor a ação de inconstitucionalidade interventiva e a representação judicial da União, mantida durante toda a existência da Justiça Federal.

Com a extinção da Justiça Federal pela Constituição de 1937, reduziu-se a atividade de representação judicial do Ministério Público Federal, uma vez que a competência para conhecer das causas da União foi deslocada para a Justiça dos Estados e a representação judicial na cobrança da dívida ativa foi delegada ao Ministério Público dos Estados. Preservou-e, com isso, a competência do Procurador-Geral da República para atuar na instância revisora no Supremo Tribunal Federal, pois, nas causas em que a União fizesse parte, o recurso era cabível diretamente para este tribunal.

Nas décadas de 30 e 40, as atividades estatais foram ampliadas por meio das autarquias federais compostas com corpos jurídicos autônomos, com participação de assistentes, advogados, procuradores, tendo estes dupla função de representação judicial e extrajudicial e atendimento consultivo.

Com a Constituição de 1946, foi criado o Tribunal Federal de Recursos, para conhecer as causas de interesse da União, em segundo grau de jurisdição e julgadas em primeiro grau pela Justiça dos Estados membros. O Ministério Público Federal manteve a representação no novo Tribunal, cabendo ao Procurador-Geral da República a atuação no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, essa representação judicial podia ser delegada ao Ministério Público Estadual para atuação na Justiça respectiva de cada Estado.

Ocorre que entre os anos de 1967 e 1988 aprofundou-se a crise de identidade do Ministério Público em razão de sua função híbrida¹⁴⁹, ora atuando como *custos legis*, ora como representante da sociedade e ora como representante judicial da União o que, por consequência, impactou de forma negativa na qualidade da defesa judicial do Estado brasileiro.

Assim, foi-se gerando paulatinamente uma corrente contrária à “equivocidade” da posição do Ministério Público: que de um lado se pretendia imparcial, na função de fiscal da legalidade e de outro se via de algum modo atrelado ao Poder Executivo, sem possuir a necessária relação de confiança ao exercício da representação judicial da União¹⁵⁰¹⁵¹.

Assim, a Consultoria Geral da República preservou a representação extrajudicial e manteve a atividade de consultoria da União e, paulatinamente, foram sendo criadas novas Consultorias Jurídicas nos Ministérios, permitindo que a CGR atendesse direta e exclusivamente o Presidente da República. [...]

Com a Constituição de 1967, o Ministério Público da União passou a integrar o capítulo destinado ao Poder Judiciário, posição alterada pela Emenda Constituição n. 1, de 1969, que o situa no capítulo destinado ao Poder Executivo. Com a recriação da Justiça Federal, o Ministério Público Federal recuperou a representação judicial da União na primeira instância dessa Justiça, que experimentou desde então expressiva expansão. A Consultoria Geral da República, nesse período, manteve-se ligada exclusivamente ao Poder Executivo.

Todas essas mudanças denotam grande instabilidade nas funções de representação judicial da União, tendo na administração direta ora a atividade de Procuradores da República, ora de Promotores de Justiça dos Estados, associada à criação, extinção e recriação da Justiça Federal.” (COSTA *et al.*, 2009, p. 11-12)

¹⁴⁹ O Ministro Roberto Rosas (1988, p. 276-277), em palestra sobre a Advocacia-Geral da União, transformada em texto escrito, comentou, *verbis*: “Os senhores que militam na área federal, nos Estados, na Justiça Federal, ou têm algum contato com o Ministério Público Federal, devem ter sentido ao longo do tempo que sempre houve uma discussão a respeito da função híbrida do Procurador da República, sendo ao mesmo tempo procurador do Ministério Público e Advogado da União, nas autarquias, nas empresas públicas federais.

Então, havia essa crítica e não se sabia o limite entre a função do Ministério Público e a função do Advogado da União ou da autarquia, de uma empresa pública federal. Então, essa discussão é longa, é antiga e na prática se verificava intensamente isso: Não se sabia quando a União falava como Advogado, o procurador da República estava advogando, apelando e funcionando como Ministério Público, principalmente no Mandado de Segurança, onde ele é o fiscal da lei e, na verdade, ele funcionava muitas vezes como o Advogado da autoridade. Isso foi uma reivindicação, uma discussão, [...]. Mas o certo é que saiu essa separação entre Procuradoria da República, Ministério Público Federal, e a Advocacia da União, Advogado mesmo da União.” Esta transcrição, embora um tanto truncada, encontra-se tal qual o seu original.

¹⁵⁰ “Essa desvinculação do Procurador-Geral da República, da relação de confiança com o Poder Executivo traduzida desde a Primeira Constituição Republicana, pela demissibilidade *ad nutum* foi a pá de cal, a meu ver, numa longa discussão sobre o destino do Ministério Público Federal na questão da chamada ‘Dúplice Função’. Desde a sua criação, que é a rigor antes, salvo engano meu, da Primeira Constituição da República, por um decreto de Campos Sales, Ministro da Justiça, desde a sua criação, o Ministério Público Federal exerceu uma Dúplice Função. Exerceu as clássicas funções de defensor da Ordem Jurídica, de agente do processo penal, de fiscal da aplicação da lei em processos entre terceiros, mas as exerceu cumulativamente com a Representação Judicial da União, ou a Advocacia do Estado.

[...]

Aos poucos, foi-se gerando uma longa corrente contrária a essa equivocidade da posição do Ministério Público que se, de um lado, queria imparcial, independente, desvinculado e, de outro, se punha como representante judicial das entidades de Direito Público, envolvendo uma necessária, uma inevitável, relação de confiança com o Executivo, com o responsável pela administração da coisa pública.

Nas discussões pré-constituintes esse foi o tema talvez mais discutido, que mais apaixonou os meus companheiros de trabalho Procuradores da República, em todo o País.

[...]

Conforme anteriormente mencionado, a perenidade dessa situação fez com que o Ministro Gilmar Mendes cunhasse a expressão “estelionato pela via judicial”, já que os entes públicos encontravam-se praticamente indefesos, pois para além da crise existencial (funcional) do Ministério Público, este não possuía meios de proporcionar uma representação/defesa robusta à União nos mais diversos e afastados rincões do país.

Nesse contexto histórico, marcado também pelo processo de redemocratização representado pela Constituição Federal de 1988, houve uma quebra de paradigma¹⁵² – para utilizar expressão de Thomas Kuhn – na estrutura organizacional e funcional concebida para a defesa, representação e assessoramento da União. O fato é que, segundo Kuhn, a ciência normal¹⁵³ não quer ver seus paradigmas alterados, tanto que isto só ocorre quando esgotadas todas as possibilidades de se responder a um determinado problema por meio da utilização do paradigma previamente estabelecido e aceito pela comunidade científica.

De fato, esta percepção pode sim ser transposta para o caso ora sob análise, eis que desde a independência do Brasil, o papel de defesa judicial, consultoria e assessoramento (durante interregno menor de tempo) da União ficaram a cargo do Ministério Público:

É que qualquer proposição de um estatuto de independência do Procurador Geral em relação ao Executivo levaria consigo a impossibilidade da manutenção dessa dupla função. Na medida em que, exatamente por ser responsável político pela administração pública e pelo patrimônio público, ao Chefe do Poder Executivo não se podia jamais negar uma relação de estrita confiança com quem fosse o chefe da Advocacia da União. Por isso, como se fez na Constituição Italiana, na medida em que se aproximava o estatuto do Ministério Público do estatuto da Magistratura e, conseqüentemente, um estatuto de independência, tornou-se inevitável, como se tornara na Itália, na Constituição de 1947, a criação também, no Plano Federal, o que, aliás, ocorrera em todos os *status* da Advocacia do Estado, da *avocatura di stato* com o nome de Advocacia-Geral da União” (PERTENCE, 1988. p. 265-266).

¹⁵¹ “A discussão acerca da criação da Advocacia-Geral da União passou por diversas fases durante o processo legislativo e foi articulada em três premissas principais: a **primeira**, de que o Ministério Público não poderia ser o órgão encarregado da defesa da União em juízo, uma vez que não se vislumbrava, na conceituação do Ministério Público, a possibilidade de inclusão desta atribuição, que não lhe pertencia; a **segunda**, a de que os interesses da União eram quase sempre interesses do Poder Executivo e que, às vezes, eram conflitantes com os interesses da sociedade, e os interesses desta deveriam ser defendidos pelo Ministério Público e a **terceira** premissa, de que o chefe do Ministério Público, ao exercer mandato da União, deveria ser da confiança da Presidente da República, o que retirava da instituição a indispensável independência para o exercício das atribuições.” (COSTA *et al.*, 2009, p. 23)

¹⁵² Thomas Kuhn (2009, p. 13), verificando o processo evolutivo revolucionário das chamadas *hard sciences*, considera “‘paradigmas’ as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.” E mais a frente pontua que “Para ser aceita como paradigma, uma teoria deve parecer melhor que suas competidoras, mas não precisa (e de fato isso nunca acontece) explicar todos os fatos com os quais pode ser confrontada.” (2009, p. 38) Obviamente não é esse o sentido que se pretende conferir ao termo empregado no texto desta pesquisa, todavia não se pode deixar de traçar um paralelo, ainda que metafórico, acerca das mudanças implementadas no modelo de representação e defesa judicial da União na história brasileira com as lições sobre a estrutura das revoluções científicas declinada por Kuhn em sua obra.

¹⁵³ A ciência normal, segundo definição de Kuhn (2009, p. 44-45), é aquela que se preocupa menos com novas descobertas que com simples “operações de acabamento”. O objetivo da ciência normal parece ser uma tentativa de forçar a natureza a se encaixar dentro dos limites fornecidos pelo paradigma anteriormente tido por aceito.

algumas vezes integrando o próprio Poder Judiciário, outras o Poder Executivo, mas invariavelmente ao Ministério Público; muito embora alterações relevantes tenham ocorrido nessa caminhada, como foi a retirada da competência consultiva e de assessoramento do Ministério Público, a partir da criação da Consultoria-Geral da República - CGR, órgão integrante do Poder Executivo.

Contudo, só com a Constituição de 1988 é que o paradigma de mais de 150 (cento e cinquenta) anos foi efetivamente superado, eis que não mais suficiente para atender às necessidades da União no que dizia respeito à sua representação judicial e sua consultoria e assessoramento jurídicos. A criação da Advocacia-Geral da União e a sua catalogação como Função Essencial à Justiça, fora, portanto, da estrutura funcional do Poder Executivo, constitui uma verdadeira revolução¹⁵⁴, senão científica, ao menos política no modelo de separação ou divisão funcional do Poder estatal.

Pode-se dizer, assim, tal qual apontado por Guedes (2009, p. 354-355), que a Constituição de 1988 foi o grande marco na reestruturação das carreiras jurídicas federais, especialmente às relacionadas à Advocacia Pública, eis que em seu artigo 131 apartou em definitivo a função de defesa judicial da União das competências antes atribuídas ao Ministério Público¹⁵⁵, destinando-a à Advocacia-Geral da União¹⁵⁶, bem como agregou, nesse

¹⁵⁴ Em interessante passagem, Kuhn (2009, p. 125-126) nos explica o porquê da utilização do paralelismo entre o termo “revolução”, próprio dos movimentos sociais e políticos, vinculado a uma superação de paradigma científico, *in litteris*: “Por que chamar de revolução uma mudança de paradigma? Face às grandes e essenciais diferenças que separam o desenvolvimento político do científico, que paralelismo poderá justificar a metáfora que encontra revoluções em ambos?”

A esta altura um dos aspectos do paralelismo já deve ser visível. As revoluções políticas iniciam-se com um sentimento crescente, com frequência restrito a um segmento da comunidade política, de que as instituições existentes deixaram de responder adequadamente aos problemas postos por um meio que ajudaram em parte a criar. De forma muito semelhante, as revoluções científicas iniciam-se com um sentimento crescente, também seguidamente restrito a uma pequena subdivisão da comunidade científica, de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da natureza, cuja exploração fora anteriormente dirigida pelo paradigma. Tanto no desenvolvimento político como no científico, o sentimento de funcionamento defeituoso, que pode levar à crise, é um pré-requisito para a revolução.”

¹⁵⁵ Além dos artigos 131 (anteriormente transcrito) e 132 (“Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.”), a Constituição Federal em seu art. 129, IX assevera expressamente ser vedado aos membros do Ministério Público “a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”, o que tão somente corrobora com a dicção dos artigos 131 e 132 da Lei Fundamental, que reservam tais funções à Advocacia Pública de Estado.

¹⁵⁶ “A *Advocacia-Geral da União* nasceu da necessidade de organizar em instituição única a *representação judicial e extrajudicial* da União e as atividades de *consultoria e assessoramento* jurídicos do Poder Executivo, propiciando ao Ministério Público o pleno exercício de sua função essencial de ‘defesa da ordem jurídica – *essencial à Justiça* –, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis’, desvencilhando-o da representação judicial da União, por vezes incompatível com os seus outros misteres.” (VALENTE, 2009, 364)

mesmo órgão, a função de consultoria e assessoramento do Poder Executivo, que em 1903 havia sido atribuída à Consultoria-Geral da República.

É certo, contudo, que o Advogado público e o membro do Ministério Público¹⁵⁷ têm origem comum, devendo, em razão dessa mesma origem, observar e garantir o respeito à Constituição e à lei, como razão primaz de sua existência, tal qual sustentando por Carlos Figueiredo Mourão¹⁵⁸.

2.2 A instituição AGU: suas carreiras, seus membros e suas atribuições

2.2.1 Das carreiras que integram a Advocacia-Geral da União e do Advogado-Geral da União

Com a entrada em vigor da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União¹⁵⁹, a situação da representação judicial e extrajudicial da União bem como da consultoria e assessoramento do Poder executivo sofreu relevante alteração, como anteriormente mencionado. Já no artigo 1º do referido diploma legislativo, consignou-se ser a Advocacia-Geral da União instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente, bem como, em seu parágrafo único, que a ela cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo¹⁶⁰.

¹⁵⁷ “Ao lado do Ministério Público, exercendo também funções essenciais à consecução da justiça, encontram-se, segundo a Carta Magna, a Advocacia Pública, a Advocacia Privada e a Defensoria Pública, cada qual vinculada a uma vocação constitucional característica. Como ponto comum, resta indubitável que as premissas estampadas no discurso do preâmbulo constitucional devem orientar a atuação de todas as instituições, pois tais premissas figuram como regras mestras de hermenêutica constitucional” (FERRARESI, 2011, p. 489-490).

¹⁵⁸ “Assim, o Advogado público e o promotor de justiça têm uma origem comum, posto que nasceram de uma mesma célula, e, assim, têm em sua razão de existir a mesma vertente, ou seja, observar e garantir o respeito à lei. A Advocacia Pública, por sua vez, tem como peculiaridade ser institucionalmente garantidora da observância prévia e interna das normas, por parte da Administração Pública.” (MOURÃO, 2009, p.131.)

¹⁵⁹ “A estrutura da Advocacia-Geral da União prevista na Lei Complementar n. 73, de 1993, tímida e restrita aos principais órgãos voltados às atividades finalísticas, foi implantada emergencialmente para fazer funcionar, de imediato, a nova Casa, pois, da forma como redigido o art. 29, *caput*, do ADCT, não deixou espaço a período de *vacatio legis* para que se concebesse, planejasse e implantasse, de forma mais científica, estrutura compatível com as relevantíssimas e gigantescas atribuições constitucionais da nova instituição antes da entrada da lei em vigor.” (VALENTE, 2009, p. 374)

¹⁶⁰ “A centralização da representação judicial e extrajudicial da União na Advocacia-Geral da União é uma novíssima etapa de um longo processo histórico que recebeu influências dos regimes e sistemas de governo e das concepções de Estado. Ao dizer-se na LC n. 73/1993 que o Advogado-Geral da União é o mais elevado órgão de assessoramento do Poder Executivo, rompia-se uma rica tradição construída ao longo de 90 anos de existência da Consultoria Geral da República (Decreto n. 967/1903). Na medida em que à AGU era dada a representação judicial da União, também se rompia outra tradição republicana centenária de atribuir a defesa judicial da União ao Ministério Público Federal e dos Estados (Decreto n. 884/1890) e reunificava-se em um único órgão representação judicial e extrajudicial. Precedente assemelhado a esse só pode ser lembrado

A Lei Complementar n. 73/93 previu em seu artigo 2º, § 5º¹⁶¹ que são membros da Advocacia-Geral da União (AGU) o Advogado-Geral da União (AGU), o Procurador-Geral da União (PGU), o Procurador-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), o Consultor-Geral da União (CGU), o Corregedor-Geral da Advocacia da União (CGAU), os Secretários-Gerais de Contencioso (SGCT) e de Consultoria (SGCS), os Procuradores Regionais, os Consultores da União, os Corregedores-Auxiliares, os Procuradores-Chefes, os Consultores Jurídicos, os Procuradores Seccionais, os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Assistentes Jurídicos.

Inicialmente, insta consignar que os Assistentes Jurídicos, integrantes da carreira responsável pela atuação consultiva do Poder Executivo, foram integrados (quase todos os seus membros¹⁶²), por transformação, à carreira de Advogado da União, por meio da lei n.

durante a Colônia e o Império, nos quais um mesmo órgão atendia ao contencioso e ao consultivo, a representação extrajudicial e à representação judicial.

Com a Constituição de 1988 e com a Lei Complementar n. 73/1993 fecha-se um ciclo republicano e se ingressa noutra, correspondente a uma nova etapa de conformação do Estado, correspondente também a uma fase de respeito aos direitos sociais e às garantias individuais, de reconhecimento da cidadania consonante o Estado Democrático de Direito.” (COSTA *et al*, 2009, p. 101-102)

¹⁶¹ “Art. 2º - A Advocacia-Geral da União compreende:

I - órgãos de direção superior:

- a) o Advogado-Geral da União;
- b) a Procuradoria-Geral da União e a da Fazenda Nacional;
- c) Consultoria-Geral da União;
- d) o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União; e
- e) a Corregedoria-Geral da Advocacia da União;

II - órgãos de execução:

- a) as Procuradorias Regionais da União e as da Fazenda Nacional e as Procuradorias da União e as da Fazenda Nacional nos Estados e no Distrito Federal e as Procuradorias Seccionais destas;
- b) a Consultoria da União, as Consultorias Jurídicas dos Ministérios, da Secretaria-Geral e das demais Secretarias da Presidência da República e do Estado-Maior das Forças Armadas;

III - órgão de assistência direta e imediata ao Advogado-Geral da União: o Gabinete do Advogado-Geral da União;

IV - (VETADO)

§ 1º - Subordinam-se diretamente ao Advogado-Geral da União, além do seu gabinete, a Procuradoria-Geral da União, a Consultoria-Geral da União, a Corregedoria-Geral da Advocacia-Geral da União, a Secretaria de Controle Interno e, técnica e juridicamente, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

§ 2º - As Procuradorias Seccionais, subordinadas às Procuradorias da União e da Fazenda Nacional nos Estados e no Distrito Federal, serão criadas, no interesse do serviço, por proposta do Advogado-Geral da União.

§ 3º - As Procuradorias e Departamentos Jurídicos das autarquias e fundações públicas são órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União.

§ 4º - O Advogado-Geral da União é auxiliado por dois Secretários-Gerais: o de Contencioso e o de Consultoria.

§ 5º - São membros da Advocacia-Geral da União: o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional, o Consultor-Geral da União, o Corregedor-Geral da Advocacia da União, os Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria, os Procuradores Regionais, os Consultores da União, os Corregedores-Auxiliares, os Procuradores-Chefes, os Consultores Jurídicos, os Procuradores Seccionais, os Advogados da União, os Procuradores da Fazenda Nacional e os Assistentes Jurídicos.”

¹⁶² “A carreira de Assistente Jurídico é da tradição da Administração Direta e Indireta brasileira, sendo hoje, contudo, carreira em extinção, em vista da transposição dos cargos para a carreira de Advogado da União,

10.549/02¹⁶³, razão pela qual hoje a Advocacia-Geral da União é composta, em sentido estrito, por duas carreiras, a de Advogado da União e a de Procurador da Fazenda Nacional, já que a de Assistente Jurídico encontra-se em processo de extinção¹⁶⁴.

Percebe-se que as carreiras de Procurador Federal e Procurador do Banco Central não foram previstas pela lei complementar em questão. Contudo, tal “omissão” legislativa não padeceria por falta de coerência ou lógica ante ao simples fato de ambas as carreiras não existirem à época da edição da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. Na verdade, o que havia no âmbito da Administração Federal Indireta era um complexo, verdadeiro amontoado, de carreiras independentes, próprias a cada uma das Autarquias e Fundações Públicas Federais, sejam as de âmbito nacional, tais como o INSS, INCRA, IBAMA, FUNASA dentre outras, seja as de âmbito local, como eram os antigos CEFET’s (Centros Federais de Educação Tecnológica), hoje IF’s (Institutos Federais de Educação, Ciência e Tecnologia), e as Universidades Federais.

Em face dessa inicial desagregação, e não havendo uma conjuntura política favorável à sua unificação naquele momento histórico, o Constituinte de 1988 previu no artigo 131 da Constituição Federal a figura do chamado “órgão vinculado”¹⁶⁵, que embora não integre estritamente a estrutura orgânica da Advocacia-Geral da União, a ela é funcionalmente vinculado, estando, portanto, sob sua orientação normativa e supervisão técnica direta, sendo, não obstante, integrante da instituição¹⁶⁶ numa leitura mais ampla.

efetivada pela Lei n. 10.549/2002. Geralmente esses profissionais exerciam sua atividade jurídica nas áreas de assessoramento e de consultoria, das Consultorias Jurídicas dos Ministérios de Estado ou em autarquias e empresas públicas.

Restou sem transposição parte dos Assistentes Jurídicos, reunidos em Quadro Suplementar, preservadas as garantias funcionais e remuneratórias, mas em extinção. Assim os cargos de Assistentes Jurídicos que não forem transpostos manter-se-ão até a sua vacância, quando, então, o cargo será transformado no de Advogado da União.” (COSTA *et al*, 2009, p. 128)

¹⁶³ “Art. 11. São transformados em cargos de Advogado da União, da respectiva Carreira da Advocacia-Geral da União, os cargos efetivos, vagos e ocupados, da Carreira de Assistente Jurídico, da Advocacia-Geral da União.”

¹⁶⁴ Aqueles que ainda integram essa carreira fazem parte do quadro suplementar que se refere o art. 46 da Medida Provisória n. 2.229-43, de 6 de setembro de 2001.

¹⁶⁵ A figura dos “Órgãos Vinculados” restou prevista no § 3º do art. 2º da Lei Complementar 73/93 (anteriormente reproduzido), bem como nos artigos 17 e 18 estão consignadas, de modo breve, suas competências.

¹⁶⁶ Situação fática parecida é a vivenciada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que embora prevista na LC n. 73/93 como integrante da AGU, é vinculada administrativamente ao Ministério da Fazenda, como destaca Guedes (2009, p. 356): “A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional manteve posição peculiar, subordinando-se técnica e juridicamente à AGU, mas administrativamente ao Ministério da Fazenda. Não fosse a expressa previsão da LC n. 73/93, a leitura tão somente do texto Constitucional, com destaque em separado para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no § 3º do art. 131, poderia levar à interpretação de que ela seria um dos órgãos vinculados, tal qual menção do *caput* do mesmo artigo.”

As carreiras de Procurador do Banco Central e de Procurador Federal, tais quais hoje configuradas, foram criadas respectivamente pela Lei n. 9.650¹⁶⁷, de 27 de maio de 1998 e pela Medida Provisória n. 2.048-26, de 29 de junho de 2000, reeditada até chegar à Medida Provisória n. 2.229-43¹⁶⁸, de 06 de setembro de 2001.

Relativamente à carreira de Procurador Federal, é de se destacar que por meio da Lei n. 9.028/2001¹⁶⁹ foi criada, no âmbito da Advocacia-Geral da União, a Coordenadoria dos Órgãos Vinculados, responsável por auxiliar o Advogado-Geral da União na orientação normativa e supervisão técnica dos órgãos jurídicos das Autarquias e Fundações Públicas Federais.

Essa Coordenadoria foi logo sucedida pela Procuradoria-Geral Federal¹⁷⁰, criada com o advento da Lei n. 10.480/2002, que em seus artigos dispôs ser a PGF vinculada à AGU

¹⁶⁷ “Art. 1º O quadro de pessoal do Banco Central do Brasil é formado pela Carreira de Especialista do Banco Central do Brasil, composta por cargos de Analista do Banco Central do Brasil, de nível superior, e de Técnico do Banco Central do Brasil, de nível médio, e pela Carreira de Procurador do Banco Central do Brasil, composta por cargos de Procurador do Banco Central do Brasil, de nível superior.
[...]

Art. 4º São atribuições dos titulares do cargo de Procurador do Banco Central do Brasil:

I - a representação judicial e extrajudicial do Banco Central do Brasil;

II - as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Banco Central do Brasil;

III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial; e

IV - assistir aos administradores do Banco Central do Brasil no controle interno da legalidade dos atos a serem por eles praticados ou já efetivados.”

¹⁶⁸ “Art. 35. Fica criada a Carreira de Procurador Federal no âmbito da Administração Pública Federal, nas respectivas autarquias e fundações, composta de cargos de igual denominação, regidos pela Lei nº 8.112, de 1990, com a estrutura de cargo constante do Anexo III.
[...]

Art. 37. São atribuições dos titulares do cargo de Procurador Federal:

I - a representação judicial e extrajudicial da União, quanto às suas atividades descentralizadas a cargo de autarquias e fundações públicas, bem como a representação judicial e extrajudicial dessas entidades;

II - as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos à União, em suas referidas atividades descentralizadas, assim como às autarquias e às fundações federais;

III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial; e

IV - a atividade de assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados.

§ 1º Os membros da Carreira de Procurador Federal são lotados e distribuídos pelo Advogado-Geral da União.

§ 2º A lotação de Procurador Federal nas autarquias e fundações públicas é proposta pelos titulares destas.”

¹⁶⁹ “Art. 8º-A. É criada, na Consultoria-Geral da União, a Coordenadoria dos Órgãos Vinculados, para auxiliá-la na coordenação dos órgãos jurídicos das entidades vinculadas aos Ministérios.

§ 1º O Coordenador dos Órgãos Vinculados será designado pelo Consultor-Geral da União.

§ 2º O Advogado-Geral da União editará ato, nos termos do art. 45 da Lei Complementar nº 73, de 1993, dispondo sobre a Coordenadoria de que trata este artigo, bem como sobre outras coordenadorias que venham a ser instaladas na Consultoria-Geral da União.”

¹⁷⁰ “Da Coordenadoria dos Órgãos Vinculados evoluiu-se para a criação da *Procuradoria-Geral Federal*, como órgão autônomo vinculado à Advocacia-Geral da União e sob a sua supervisão direta, com o objetivo de reunir, sob *administração única*, as atividades de representação judicial e extrajudicial e aquelas de

(art. 9º), deter competência para a representação judicial e extrajudicial das Autarquias e Fundações Públicas Federais e exercer as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos a elas referentes (art. 10), além de criar o cargo de Procurador-Geral Federal (art. 11) e asseverar que os cargos, e seus ocupantes, da carreira de Procurador Federal criada pela Medida Provisória n. 2.229-43/2001, integram quadro próprio da Procuradoria-Geral Federal (art. 12¹⁷¹).

Registre-se que há dúvidas¹⁷² acerca da possibilidade de se incluir a Procuradoria-Geral do Banco Central como órgão vinculado da AGU¹⁷³, nos termos do art. 131 da Constituição. É que diferentemente do que ocorre com a Procuradoria-Geral Federal (art. 9º da Lei 10.480/2002), não há nenhuma norma expressa a “vincular” a Procuradoria-Geral do Banco Central à Advocacia-Geral da União.

Não obstante, é fato que a Lei Complementar n. 73/93 trata em seus artigos 2º, § 3º, 17 e 18 de forma bastante extensiva dos “órgãos jurídicos das autarquias e fundações”, sem fazer qualquer referência restritiva, ou declinar qualquer sorte de ressalva em relação a uma possível situação peculiar do órgão jurídico da autarquia Banco Central do Brasil, no sentido de excluí-la dessa categoria; razão pela qual ao intérprete da norma estaria autorizada a sua inclusão na concepção de “órgão vinculado” à AGU.

Ademais, merece destaque o fato de essa Procuradoria integrar o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União - CSAGU¹⁷⁴, que é órgão direto de consulta ao

consultoria e assessoramento jurídicos da *Administração indireta* (autarquias e fundações federais), em tudo iguais àquelas exercidas pela AGU em relação à *Administração direta*.” (VALENTE, 2009, p. 372)

¹⁷¹ O artigo 12 determina a integração dos cargos de Procurador Federal, dispersos em todas as Autarquias e Fundações Públicas Federais à Procuradoria-Geral Federal, rompendo-se com a relação de subordinação técnica existente entre os Procuradores chefes dessas entidades e os dirigentes das respectivas Autarquias e Fundações Públicas Federais.

¹⁷² Leonardo José Carneiro da Cunha (2008, p. 29) ao tratar da evolução legislativa que criou a Procuradoria-Geral Federal, órgão responsável pela representação judicial e extrajudicial e pelo assessoramento e consultoria às Autarquias e Fundações Públicas Federais, asseverou que “O Banco Central do Brasil, diante da legislação própria, ficou de fora dessa regra, mantendo quadro próprio de procuradores autárquicos, não se confundindo nem pertencendo à categoria dos procuradores federais.”

¹⁷³ William Junqueira Ramos sustenta que: “Há uma peculiaridade específica no caso do Banco Central do Brasil. Embora seja uma autarquia, as funções de representação e assessoramento jurídico são cometidas à Procuradoria-Geral do Banco Central – PGBC e não à Procuradoria-Geral Federal. Em tese há vinculação da Procuradoria-Geral do Banco Central à Advocacia-Geral da União, entretanto, o órgão está atrelado à estrutura administrativa do Banco Central do Brasil, subordinado diretamente ao seu Presidente.” (RAMOS, William Junqueira. A missão institucional da Advocacia-Geral da União no Estado brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2026, 17 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1227>>. Acesso em: 20 mar. 2012.)

¹⁷⁴ O Advogado-Geral da União baixou a Resolução n. 1/2011 que edita o Regimento Interno do Conselho Superior da AGU (CSAGU), o qual em seu artigo 4º assim dispõe: “Art. 4º O CSAGU poderá funcionar como órgão de consulta do Advogado-Geral da União em assuntos de alta relevância relacionados à gestão, ao planejamento estratégico e à atuação jurídica da Advocacia-Geral da

Advogado-Geral da União em assuntos de alta relevância relacionados à gestão, ao planejamento estratégico e à atuação jurídica da AGU e seus órgãos vinculados, além de participar ativamente das reuniões semanais dos dirigentes da AGU e órgãos vinculados, presidida pelo Advogado-Geral da União. Ora, se a PGBC não compõe expressamente a Lei Complementar n. 73/93 como órgão integrante da AGU, mas ainda assim tem assento no CSAGU e na reunião semanal entre os dirigentes da Instituição, o faz, tal qual a Procuradoria-Geral Federal, na qualidade de órgão vinculado à AGU.

Perceba-se, ademais, que o art. 4º da Resolução AGU n. 1/2011 utiliza a expressão “órgãos vinculados” no plural, o que denota a existência de mais de um órgão com essa adjetivação. Não há dúvidas de que a Procuradoria-Geral Federal é um órgão vinculado à AGU. Qual seria, então, o outro? Por óbvio (art. 2º, I da LC n. 73/93) não são nem a Procuradoria-Geral da União, nem a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, nem muito menos a Consultoria-Geral da União. Assim, por exclusão, só poderia ser a Procuradoria-Geral do Banco Central.

Por outro lado, e a fim de superar as argumentações em sentido contrário, o fato de o texto constitucional utilizar a expressão “órgão vinculado” (*caput* do art. 131) no singular, não significa, em absoluto, que só haja um único representante dessa categoria, mesmo porque ao tempo da promulgação da nossa Lei Fundamental sequer existia a Procuradoria-Geral Federal, nem muito menos uma centralização, em qualquer outro órgão, das atribuições de defesa judicial e extrajudicial e de assessoramento e consultoria das Autarquias e Fundações Públicas Federais. Essas eram representadas, como já referido, por órgãos jurídicos próprios e independentes. Assim, no período pós 1988, cada um desses órgãos jurídicos, Procuradorias junto a Autarquias e Fundações Públicas Federais, passou a ser um órgão vinculado à AGU, consoante previsão do art. 131 da Constituição.

União (AGU) e de seus órgãos vinculados, sem prejuízo das competências que lhe são atribuídas pela Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993.

§ 1º No exercício da competência de que trata este artigo, excepcionados os temas atinentes às competências atribuídas ao CSAGU pela Lei Complementar n. 73, de 1993, cuja deliberação é exclusiva dos conselheiros de que trata o art. 3º deste regimento, a composição do CSAGU será acrescida dos seguintes conselheiros:

I - o Procurador-Geral Federal;

II - o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil;

III - o Secretário-Geral de Contencioso;

IV - o Secretário-Geral de Consultoria; e

V - um representante eleito, bem como o respectivo suplente, de cada uma das seguintes carreiras dos órgãos vinculados à AGU:

a) de Procurador Federal; e

b) de Procurador do Banco Central do Brasil.”

Essa observação serve tão somente para esclarecer que a literalidade da expressão “órgão vinculado” (escrita no singular) jamais denotou a existência de um único órgão vinculado. Ao passo que, diferentemente da interpretação que deve ser conferida ao texto constitucional, o fato de a Resolução n. 1/2011 da Advocacia-Geral da União utilizar em seu art. 4º a expressão “órgãos vinculados” (escrita no plural), denota claramente a existência de mais de um órgão integrante dessa categoria.

Ora, como no âmbito federal não há outros órgãos de representação judicial e extrajudicial e de assessoramento e consultoria da Administração Federal Indireta além da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central, difícil seria sustentar a tese de que essa última Procuradoria não integra a AGU como um dos seus órgãos vinculados, mesmo porque, se assim não fosse, não haveria razão para que ela tivesse assento no CSAGU, cuja função é prestar consultoria ao AGU nos assuntos jurídicos e de gestão mais relevantes de interesse da própria AGU e seus órgãos vinculados, nem muito menos na reunião semanal dos dirigentes da AGU e seus órgãos vinculados, presidida pelo próprio Advogado-Geral da União.

Por derradeiro, frise-se que o referido art. 4º, § 1º, V, “b”, da Resolução AGU n. 1/2011 é expreso ao afirmar o fato de a PGBC ser órgão vinculado à AGU (vide nota de rodapé n. 174, parte final), o que põe fim definitivamente à discussão, pelo menos sob a ótica interna da Advocacia-Geral da União.

Em síntese, o fato é que no atual contexto histórico não há mais razão de ordem administrativo gerencial a justificar a separação das carreiras que compõem a Advocacia Pública Federal entre órgãos da AGU e órgãos vinculados, mesmo porque os chamados órgãos vinculados, em tudo o que há de mais relevante, integram, organicamente falando, a Advocacia-Geral da União, estando seus dirigentes subordinados ao Advogado-Geral da União, bem como submetidos aos ditames da Lei Complementar n. 73/93, compondo, ademais, o Conselho Superior da AGU, estando incluídos no planejamento correicional da Corregedoria-Geral da Advocacia da União¹⁷⁵.

¹⁷⁵ As correições ordinárias realizadas no ano de 2011 pela CGAU recaíram sobre os seguintes órgãos: **PFE/IBAMA/DF (31/01 A 11/02/2011); PF/RR (07/02 A 11/02/2011); PFE/UFRR (07/02 A 11/02/2011); PF/MT (21/02 A 25/02/2011); PFE/UFMT (21/02 A 25/02/2011); PU/TO (21/02 A 25/02/2011); CONJUR/MAPA (21/02 A 25/02/2011); PFE/UFAC (14/03 A 18/03/2011); PF/AC (14/03 A 18/03/2011); CONJUR/CIDADES (14/03 A 18/03/2011) CONJUR/TURISMO (28/03 A 01/04/2011); PF/PA (04/04 A 08/04/2011); CONJUR/MCT (04/04 A 08/04/2011); CONJUR/MC (11/04 A 15/04/2011); PFE/UF JUIZ DE FORA/MG (25/04 A 29/04/2011); PSF/JUIZ DE FORA/MG (25/04 A 29/04/2011); PFE/UFPB (06/05 A 10/05/2011); CONJUR/MRE (09/05 A 13/05/2011); PFE/UFFL (16/05 A 20/05/2011); PSF/NITERÓI/RJ (16/05 A 20/05/2011); CONJUR/CULTURA (23/05 A 27/05/2011);**

Nessa esteira é que há entendimentos dentro da Advocacia Pública Federal (embora não sejam unânimes, muito pelo contrário) a defender, dentre outras alterações na Lei Complementar n. 73/93, a reunião (unificação) da Procuradoria-Geral do Banco Central à Procuradoria-Geral Federal, com a consequente transformação dos cargos de Procurador do Banco Central em Procurador Federal¹⁷⁶, especialmente pelo fato de o Banco Central ser a única Autarquia Federal a permanecer no modelo anterior à MP n. 2.229-43/2001 e à lei n. 10.480/2002.

Na verdade, é de se registrar que também causa espécie a segregação da defesa judicial da União em dois órgãos distintos (a Procuradoria-Geral da União e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional). Muito embora a PGFN seja o mais antigo dos órgãos da Advocacia Pública do país, bem como tenha assento constitucional (art. 131, § 3º), hoje sua existência como órgão individualizado vai de encontro ao modelo adotado para a defesa judicial da União e assessoramento do Poder Executivo, já que resta adstrita às matérias afetas ao Ministério da Fazenda, ao passo que a Procuradoria-Geral da União e a Consultoria-Geral da União cuidam, respectivamente, das matérias concernentes ao contencioso judicial e extrajudicial da União e consultoria e assessoramento das demais pastas do Poder Executivo Federal¹⁷⁷.

CONJUR/MARINHA (06/06 A 10/06/2011); CONJUR/AERONÁUTICA (06/06 A 10/06/2011); PFE/UBERLÂNDIA/MG (06/06 A 10/06/2011); PFE/UBERLÂNDIA/MG (06/06 A 10/06/2011); PF/GO (27/06 A 01/07/2011); PFE/UFGO (27/06 A 01/07/2011); CONJUR/EXÉRCITO (27/06 A 01/07/2011); PU/AM (11/07 A 15/07/2011); PFE/UFAM (11/07 A 15/07/2011); PRF/ESC. REGIONAL DA 4ª REGIÃO/ SANTA MARIA/RS (01/08 A 05/08/2011); PRF 5ª REGIÃO (22/08 A 26/08/2011); PU/AL (29/08 A 02/09/2011); PFE/UFAL (29/08 A 02/09/2011); PFE/UF PELOTAS/RS (19/09 A 23/09/2011); PU/PR (26/09 A 30/09/2011); PFE/UFMG (17/10 A 21/10/2011); PFE/UFRS (17/10 A 21/10/2011); PU/MS (17/10 A 21/10/2011); PFE/UFRN (07/11 A 11/11/2011); PFE/UFSC (07/11 A 11/11/2011); e PU/CE (28/11 A 02/12/2011). As unidades negritadas são todas órgãos da Procuradoria-Geral Federal.

Disponível em: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=87662&id_site=531&aberto=&fecha do=>. Acesso em: 22 fev. 12.

¹⁷⁶ Esse posicionamento já foi inclusive defendido em sede doutrinária por Sérgio Luiz Pinheiro Sant'Anna, ao tratar das perspectivas de alteração da Lei Complementar n. 73/93 para melhor adequá-la à atual realidade política que permeia a Advocacia Pública Federal, senão observe-se: "Por derradeiro e em decorrência do processo de discussão, devem ser revistas e adequadas algumas disposições contidas em Títulos e Capítulos do anteprojeto de Lei Complementar da Advocacia-Geral da União, notadamente no que tange à transformação dos cargos da carreira de Procurador do Banco Central em Procurador Federal; a inclusão da Procuradoria-Geral Federal e da Procuradoria-Geral do Banco Central como órgãos de direção superior da AGU, bem assim a inclusão das carreiras de Procurador Federal e de Procurador do Banco Central entre as demais carreiras da instituição, objetivando a consolidação da vertente institucional da carreira, entre outras polêmicas temáticas." (SANT'ANNA, Sérgio Luiz Pinheiro. Os desafios da Advocacia Pública no Estado contemporâneo: análise e reflexão de temas para a nova Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. In: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Advocacia de Estado e Defensoria Pública: Funções Públicas Essenciais à Justiça**. Curitiba: Letra da Lei, 2009. p. 465)

¹⁷⁷ Veja-se, inclusive, que as discussões sobre a inclusão ou não do § 3º ao art. 131 da Constituição foram bastante acaloradas, havendo manifestações incisivas contra a previsão constitucional da Procuradoria da Fazenda Nacional no texto que se pretendia promulgar. Vejamos alguns trechos dos debates (inicialmente a

Desta maneira, entende-se que a permanência do atual modelo em que há órgãos de Advocacia Pública Federal apenas “vinculados” à AGU já cumpriu e esgotou o seu papel, não mais se justificando no atual contexto histórico, mesmo porque referidos órgãos encontram-se inseridos de forma contundente a todas ou quase todas as estruturas orgânicas da Instituição, sendo que sua separação remonta a uma época em que havia uma total

favor da constitucionalização da Procuradoria da Fazenda Nacional e, em seguida, contrariamente a esse entendimento): “**SALA DAS SESSÕES, DE ABRIL DE 1988**

[...]

O SR. ROBERTO BRANT (MG). (Sem revisão do orador) – Sr. Presidente, Sras. e Srs. Constituintes, esta fusão resultou de um ingente e fatigante esforço de diversas Lideranças presentes na Assembleia Nacional Constituinte. (Palmas)

Em suma, de que trata ela? Em primeiro lugar, como decorrência do que foi aprovado em relação ao Ministério Público, ela separa as funções de representação judicial da União do Ministério Público, e para tanto cria uma instituição própria, que é a Advocacia-Geral da União.

A Advocacia-Geral da União não é um órgão novo, é uma instituição que se consagra constitucionalmente e que será o resultado da reunião das diversas consultorias e das diversas procuradorias que se encontram hoje espalhadas nos diversos ministérios, nas diversas autarquias, enfim, em todo o universo da administração direta e indireta da União.

Portanto, não se está criando uma estrutura nova, está se institucionalizando constitucionalmente a representação judicial da União. Não se trata aqui de nenhum ‘trem da alegria’, porque o ingresso nesta instituição dependerá sempre, e em todos os casos, de concurso prévio de provas e títulos.

O segundo aspecto constante da estrutura da fusão é a identidade própria que se reconhece à Procuradoria da Fazenda Nacional.

Hoje, Sr. Presidente, Srs. Constituintes, a Procuradoria da Fazenda Nacional, que é um órgão já antigo, de cento e oitenta anos, foi fundada em, 1808, antes da independência do País; esse órgão inscreve os débitos e os créditos fiscais da União na dívida ativa, mas não tem competência para cobrá-los em juízo. Esta cobrança dispersa-se na Procuradoria da República e nas procuradorias estaduais. Como resultado prático dessa dispersão, hoje a União tem a cobrar créditos fiscais no valor de quatrocentos e sessenta bilhões de cruzados, 2% do PIB, mais do que o Governo tenta recuperar com o congelamento da URP para o funcionalismo público. É preciso dar agilidade e efetividade a esse organismo, porque é indispensável às conveniências do interesse público e às conveniências da União.

[...]

O SR. GASTONE RIGHI (PTB – SP. Sem revisão do orador.) – Sr. Presidente, Srs. Constituintes, ontem, até às 22 horas e 30 minutos, as Lideranças se reuniram procurando uma composição em torno desta emenda de fusão. Curiosamente, concordamos todos com uma forma redacional para a fusão em relação à Advocacia-Geral da União. E hoje, nesta sessão, foi burlada a composição feita ontem à noite. Burlada e de forma grosseira, sem consulta àqueles que ontem se reuniram e unanimemente concordaram com a nova formulação; e burlada para introduzir o que entendo seja uma imoralidade. Pensam que criamos três órgãos – Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública. Não é verdade. Estamos criando quatro órgãos. Aqui aparece, de forma peremptória, concreta e definitiva, um novo órgão, com corpo próprio, com função estanque e determinada, *ad eternitatem*, pela Constituição, ao se dizer, no § 5º [*refere-se ao atual § 3º, do art. 131*], caído do céu, composto à mão, no verso da emenda de fusão:

§ 5º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Nunca existiu, constitucionalmente, essa Procuradoria da Fazenda Nacional. A União e a Fazenda Nacional são a mesma e única coisa. Não há duas figuras distintas. A Fazenda e a União são a mesma pessoa.

No entanto, aqui se cria uma Advocacia-Geral da União e, ao lado, a latere, uma Procuradoria da Fazenda Nacional. Essa Procuradoria jamais funcionou! Ela não funciona hoje. Quem cobra a dívida da União é a Procuradoria da União [*deve estar se referindo à Procuradoria da República*] e não essa tal Procuradoria da Fazenda Nacional.

[...]

No projeto do Centrão, no art. 8º, § 4º, está lá especificado, nas Disposições Transitórias, que a atual Procuradoria da Fazenda Nacional se incorpore e passe a integrar a Advocacia-Geral da União.

Portanto, é uma aberração, é um insulto, inclusive, à lisura desta Assembléia Nacional Constituinte, manter-se no texto essa excrescência que é o § 5º.” (COSTA *et al*, 2009, p. 42-45)

desagregação dos órgãos de defesa, consultoria e assessoramento da Administração Indireta, realidade essa já superada há uma década.

Ademais, a replicação de estruturas similares dentro de uma única Instituição (Advocacia-Geral da União) vai de encontro ao princípio Constitucional da eficiência, **seja sob a ótica da economicidade**, eis que há uma proliferação – desnecessária se houvesse unicidade orgânica – de cargos de chefia e assessoramento, assim como de estrutura administrativa (inclusive predial), que milita contra a gestão racional do dinheiro público; **seja sob a ótica da qualidade da atuação pretendida**, a defesa judicial e assessoramento jurídico do Estado, já que uma multiplicidade de órgãos pode dificultar a uniformidade da orientação jurídica a ser seguida, além de fomentar disputas intestinas que, a par de não contribuírem para o engrandecimento da AGU, provocam uma desarmonia nefasta entre as carreiras que compõem a Advocacia Pública Federal e pernicioso à missão constitucional da Instituição¹⁷⁸.

Merece destaque, de igual modo, o fato de a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e as Consultorias Jurídicas dos Ministérios sofrerem uma espécie de dupla vinculação, ou seja, estão técnica e juridicamente subordinadas ao Advogado-Geral da União, mas estão administrativamente submetidas aos seus respectivos Ministros de Estado¹⁷⁹. Essa

¹⁷⁸ Exemplo claro dessa disputa fratricida, especialmente entre as carreiras de Advogado da União e Procurador Federal, pode ser visto no MS n. 10.272/DF (2004/0183441-3) impetrado no STJ (relatoria do Ministro Vasco Della Giustina – Desembargador convocado do TJ/RS) pela Associação Nacional dos Advogados da União – ANAUNI, que visava combater atos “supostamente ilegais” do Advogado-Geral da União que determinaram o exercício provisório de Procuradores Federais no seu Gabinete, ao argumento de que os Procuradores Federais estariam exercendo, indevidamente, atribuições dos cargos efetivos de Advogados da União.

Em que pese a tese não haver sido acolhida pelo Poder Judiciário, como se vê pela conclusão do voto do relator (p. 16) – “Em síntese, se o Advogado-Geral da União está autorizado a requisitar qualquer servidor dos órgãos ou entidades da Administração Pública Federal, independentemente da titulação exercida, *a fortiori*, poderá ele dispor da notória capacidade funcional dos membros da categoria ‘irmã’ dos Advogados da União, que é a dos Procuradores Federais, para o exercício de atividades em seu gabinete. Principalmente porque a seleção do *staff* para o assessoramento direto em confiança, está inserida no campo discricionário daquela autoridade política, não sendo cargo privativo de nenhuma categoria” – o fato é que a separação das carreiras que defendem a União, Administração Direta *versus* Administração Indireta, bem como a separação interna dessas duas estruturas, já que há duas atuando na defesa judicial da Administração Direta e duas na da Administração Indireta, milita contra a eficiência e estimula uma competição muitas vezes “não saudável” entre as carreiras que integram a AGU e, portanto, prejudicial aos interesses do próprio Estado.

¹⁷⁹ Lei Complementar n. 73/93, *verbis*:

“Art. 2º - A Advocacia-Geral da União **compreende**:

I - órgãos de direção superior:

[...]

b) a Procuradoria-Geral da União e a da Fazenda Nacional;

[...]

II - órgãos de execução:

[...]

b) a Consultoria da União, **as Consultorias Jurídicas dos Ministérios**, da Secretaria-Geral e das demais Secretarias da Presidência da República e do Estado-Maior das Forças Armadas;

[...]

característica, como acentuado por Rommel Macedo, não se mostra adequada à luz da natureza institucional da Advocacia-Geral da União, já que o modelo Constitucional adotado para a AGU visa lhe conferir uma unidade orgânica para o exercício de suas competências¹⁸⁰.

Outro dispositivo da Lei Complementar n. 73/93 que implicou em importante inovação ao modelo de advocacia consultiva, e que ainda hoje permanece atual em significação, é o § 1º do artigo 3º, que afirma ser o Advogado-Geral da União o mais elevado órgão de assessoramento do Poder Executivo¹⁸¹, superando de modo definitivo a figura do Consultor-Geral da República, extinto com a criação da AGU¹⁸². Já o § 1º do artigo 2º afirma que, dentre outros, a Consultoria-Geral da União¹⁸³ é diretamente subordinada ao Advogado-Geral da União¹⁸⁴.

§ 1º - **Subordinam-se diretamente ao Advogado-Geral da União**, além do seu gabinete, a Procuradoria-Geral da União, a Consultoria-Geral da União, a Corregedoria-Geral da Advocacia-Geral da União, a Secretaria de Controle Interno e, **técnica e juridicamente, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional**.

[...]

§ 5º - **São membros da Advocacia-Geral da União**: o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral da União, o **Procurador-Geral da Fazenda Nacional**, o Consultor-Geral da União, o Corregedor-Geral da Advocacia da União, os Secretários-Gerais de Contencioso e de Consultoria, os Procuradores Regionais, os Consultores da União, os Corregedores-Auxiliares, os Procuradores-Chefes, **os Consultores Jurídicos**, os Procuradores Seccionais, os Advogados da União, **os Procuradores da Fazenda Nacional** e os Assistentes Jurídicos.

[...]

Art. 11 - **Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado**, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente [...]" (grifo nosso)

¹⁸⁰ “Ainda no que tange à organização da Advocacia-Geral da União, deve-se ressaltar que não se mostra adequado, à luz da natureza *institucional* que ela possui, prever-se que as Consultorias Jurídicas e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional serão administrativamente subordinadas a Ministros de Estado ou a outras autoridades. Se o modelo adotado pela Constituição de 1988 para a Advocacia-Geral da União visa justamente a conferir unidade orgânica ao exercício de suas competências – o que se revela claro na medida em que todos os órgãos que as executam pertencem a uma única instituição – não se mostra condizente com a Carta Magna essa dupla subordinação: jurídica à Advocacia-Geral da União e administrativa aos Ministros de Estado ou outras autoridades afins. Isto destoa, ademais, da própria função de advocacia do Estado desempenhada pela Advocacia-Geral da União [...]"(MACEDO, 2008, p. 49).

¹⁸¹ “Art. 3º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República, dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 1º - O Advogado-Geral da União é o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, submetido à direta, pessoal e imediata supervisão do Presidente da República.”

¹⁸² Vide Capítulo II, tópico 2.1.

¹⁸³ “Art. 10 - À Consultoria-Geral da União, direta e imediatamente subordinada ao Advogado-Geral da União, incumbe, principalmente, colaborar com este em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição.

Parágrafo único. Compõem a Consultoria-Geral da União o Consultor-Geral da União e a Consultoria da União.”

¹⁸⁴ “A Consultoria-Geral da União (CGU), como foi observado anteriormente, é remanescente na execução parcial das atividades que desde 1903 estavam confiadas à Consultoria Geral da República (CGR), extinta de forma “implícita” com a regulamentação da Advocacia-Geral da União, pela Lei Complementar n. 73/1993. Desde então o Advogado-Geral da União é o mais elevado órgão de assessoramento do Poder Executivo,

Nessa esteira, deve-se destacar uma característica própria ao Advogado-Geral da União, que de certa forma destoa da natureza jurídica dos cargos que compõem a Advocacia-Geral da União. É que, consoante disposto pela lei n. 10.683/2003, o Advogado-Geral da União integra o Poder Executivo Federal, sendo considerado Ministro de Estado¹⁸⁵.

O fato é que a mencionada lei em nenhum momento se refere à Advocacia-Geral da União¹⁸⁶, mas sempre ao Advogado-Geral da União, o que reforça a ideia de que é a figura do Advogado-Geral, sob um determinado aspecto, que integra o Poder Executivo Federal e não a da instituição que ele chefia.

tendo na CGU seu principal colaborador para o cumprimento dessa função de assessoramento e de consulta ao Presidente da República.

Assim, após 1993, foram concentradas no Advogado-Geral da União e na Consultoria-Geral da União aquelas atribuições que entre os anos de 1903 e 1993 eram exclusivas do Consultor Geral da República e da Consultoria Geral da República. Desse modo a CGU se subordina ao AGU, que, por sua vez, está diretamente subordinado ao Presidente da República, como foram anteriormente os órgãos consultivos extintos (CGR).” (COSTA *et al*, 2009, p. 107-108)

¹⁸⁵ “Art. 1º A Presidência da República é constituída, essencialmente:

[...]

§ 1º Integram a Presidência da República, como órgãos de assessoramento imediato ao Presidente da República:

[...]

VI - o Advogado-Geral da União;

[...]

Art. 12. Ao Advogado-Geral da União, o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, incumbe assessorar o Presidente da República em assuntos de natureza jurídica, elaborando pareceres e estudos ou propondo normas, medidas, diretrizes, assistir-lhe no controle interno da legalidade dos atos da Administração Pública Federal, sugerir-lhe medidas de caráter jurídico reclamadas pelo interesse público e apresentar-lhe as informações a serem prestadas ao Poder Judiciário quando impugnado ato ou omissão presidencial, dentre outras atribuições fixadas na Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

[...]

Art. 25. Os Ministérios são os seguintes:

[...]

Parágrafo único. São Ministros de Estado:

[...]

III - o Advogado-Geral da União;”

¹⁸⁶ Sob o posicionamento da AGU fora do Poder Executivo (e de igual modo do Legislativo e Judiciário), Luziânia Braga (2009, p. 343) defende ser necessário ao desempenho do seu mister constitucional, senão vejamos: **“Para o desempenho eficiente de seus misteres constitucionais, a Advocacia de Estado há de ser inequivocamente reconhecida fora do espectro de subordinação do Poder Executivo. A topologia das normas no bojo da CF/88 revela a situação diferenciada da Advocacia do Estado. O constituinte originário deixou de regular a Advocacia Pública no Título III (da Organização do Estado), onde trata especificamente da Administração Pública. Em outras palavras, conferiu-se-lhe locus próprio, emerso, fora das prateleiras do ‘poder executivo’, do ‘poder legislativo’, do ‘poder judiciário’.**” (grifo constante do original) E mais a frente, a mesma autora conclui (2009, p. 346-347): “As necessidades complexas da sociedade atual, com o desafio de instituir um Estado Democrático de Direito, pautado no reconhecimento da Ordem Constitucional e nos Direitos Fundamentais, trouxeram a necessidade de criação de novas instituições, inexistentes na concepção clássica de Estado. Nesse desiderato, ex-surge a Advocacia-Geral da União como órgão integrante das Funções Essenciais à Justiça, consoante se observa de sua topografia constitucional (Título IV – DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA), sendo forçoso reconhecer-lhe posição de independência e total ausência de subordinação administrativa com relação ao Poder Executivo federal.”

Esse posicionamento restou consignado no voto do Ministro Dias Toffoli, no julgamento do RE n. 558.258/SP, da Relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Muito embora a questão discutida nos autos não fosse essa, o Ministro Dias Toffoli, ainda que tangencialmente, destacou: “Se formos analisar a Advocacia-Geral da União, a lei de organização do Poder Executivo não faz referência a ela. Quem integra o Poder Executivo, única e exclusivamente, é o Advogado-Geral da União, e não a Advocacia-Geral da União. E nem poderia ser diferente, porque, no texto constitucional, ela não está dentro do Poder Executivo.” (Voto do Ministro Dias Toffoli, p. 203 do Inteiro Teor do Acórdão)

Nessa seara, sublinhem-se as diferenças de tratamento Constitucional que Rommel Macedo (2008, p. 50) destacou como existentes entre as “tradicionais” figuras dos Ministros de Estado e a do Advogado-Geral da União, o que fragilizaria a disposição normativa constante do art. 25, parágrafo único da lei n. 10.683/2003, *verbis*:

Deve-se também observar que o Advogado-Geral da União (assim como o Procurador-Geral da República) não é caracterizado pela Constituição Federal de 1988 como “Ministro de Estado”. Isto porque:

- a) Os requisitos para a investidura nos cargos são diversos: a.1) somente podem ocupar o cargo de Advogado-Geral da União os cidadãos maiores de *trinta e cinco anos*, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nos termos do art. 131, § 1º¹⁸⁷, da Constituição; a.2) já para ser Ministro de Estado, é necessário ser brasileiro maior de *vinte e um anos* e no exercício dos direitos políticos, consoante dispõe o art. 87¹⁸⁸ do texto constitucional;
- b) Enquanto a nomeação dos Ministros de Estado é tratada no inciso I do art. 84 da Constituição, a nomeação do chefe da Advocacia-Geral da União é prevista no inciso XVI¹⁸⁹ do mesmo artigo;
- c) O parágrafo único do art. 84 trata distintamente os Ministros de Estado e o Advogado-Geral da União¹⁹⁰;
- d) Dispõe o inciso II do art. 52 da Carta Magna¹⁹¹ que o Advogado-Geral da União é processado e julgado, nos crimes de responsabilidade, pelo

¹⁸⁷ “Omissis

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.”

¹⁸⁸ “Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.”

¹⁸⁹ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

I - nomear e exonerar os Ministros de Estado;

[...]

XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;”

¹⁹⁰ “Art. 84 *Omissis*

Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.”

¹⁹¹ “Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

Senado Federal, contrariamente aos Ministros de Estado, que são processados julgados, nos referidos crimes, pelo Supremo Tribunal Federal, nos moldes do art. 102, inciso I, alínea c, da Constituição¹⁹².”

Todavia, embora seja considerado Ministro de Estado, o Advogado-Geral da União só integra o Poder Executivo Federal sob a perspectiva do assessoramento jurídico¹⁹³ direto ao Presidente da República, mas sob as óticas da defesa judicial e da defesa extrajudicial; porém, por mais estranho e paradoxal que possa parecer, não o integra: é que como a defesa judicial e extrajudicial exercida pela Advocacia-Geral e, conseqüentemente, pelo Advogado-Geral, é da União, ou seja, dos três Poderes da República, padeceria do vício de inconstitucionalidade afirmar-se o contrário¹⁹⁴.

Assim, entendemos que melhor se adequaria ao comando Constitucional do art. 131, *caput*, se o Advogado-Geral da União – além de não ser considerado Ministro de Estado –, após escolhido pelo chefe do Poder Executivo Federal, tivesse seu nome aprovado pelo Senado Federal, a fim de lhe conferir uma maior legitimidade institucional, tendo-se em mira, especialmente, o fato de que o Advogado-Geral da União no âmbito do contencioso judicial e extrajudicial não servirá exclusivamente a um Poder específico, mas a todos. Sendo que esse mesmo procedimento deveria ser observado quando de sua destituição do cargo¹⁹⁵. Registre-se que tal controle é exercido relativamente ao nome do Procurador-Geral da República, consoante disposição expressa do art. 128, §§ 1º e 2º do texto constitucional.

II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;”

¹⁹² “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:
[...]

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;”

¹⁹³ Nesse caso, tem-se que a lei disse menos do que gostaria, já que o assessoramento e a consultoria são funções da Advocacia-Geral da União exercidas exclusivamente em favor do Poder Executivo Federal, de modo que não faz sentido dizer-se que o Advogado-Geral da União integra o Poder Executivo para assessorar, mas não o integra na atividade de consultoria. Ademais, pela redação do art. 12, já transcrito, as atividades de consultoria estão descritas como sendo atribuições do Advogado-Geral da União na execução do seu mister de assessorar diretamente ao Presidente da República.

¹⁹⁴ “Evidente, portanto, que o Advogado-Geral da União não pode ser caracterizado como mero Advogado do Presidente da República. Embora preste consultoria e assessoramento jurídicos a este último, o chefe da Advocacia-Geral da União sequer é classificado pela Constituição como Ministro de Estado. Ademais, [...], o chefe da Advocacia-Geral da União, assim como os demais membros dessa instituição, é verdadeiro *Advogado do Estado*, que exerce uma importante função de controle, agindo com independência funcional (respeitados os limites legais) no exercício de suas atribuições.” (MACEDO, 2008, p. 51)

¹⁹⁵ Rommel Macedo (2008, p. 51-52) externa entendimento similar ao afirmar que “mostrar-se-ia igualmente salutar prever que o Advogado-Geral da União somente poderia ser nomeado ou destituído após manifestação favorável da maioria absoluta do Senado Federal, no exercício de uma atividade de controle político.”

Por fim, destacamos nossa concordância com Rommel Macedo (2008, p. 52, nota 39) quando ele pontua que nos termos do art. 52, III, “f” da Constituição Federal, também poderá ser submetida à aprovação do Senado Federal a escolha de “titulares de outros cargos que a lei determinar”, de modo que não haveria, aprioristicamente considerando, impedimento algum a que a lei determinasse que a nomeação do Advogado-Geral da União fosse submetida à aprovação prévia de seu nome pela maioria absoluta do Senado Federal¹⁹⁶.

Essa fórmula democratizaria de forma muito mais contundente o exercício da separação das funções Estatais e, conseqüentemente, conferiria maior legitimidade e força institucional não só ao Advogado-Geral da União, mas a toda a instituição por ele chefiada.

2.2.2 Do regime jurídico dos Advogados Públicos Federais e dos limites éticos de sua atuação

A Advocacia Pública é por determinação legal¹⁹⁷ uma das espécies do gênero “advocacia”, só que adjetivada pelo termo “pública”. Não deixa de integrar, portanto, em face dessa qualificação, o mencionado gênero^{198 199}.

¹⁹⁶ Nesse sentido, relembre-se que no julgamento da ADI n. 3289/DF (p. 333 do Inteiro Teor do Acórdão), o Ministro Gilmar Mendes manifestou-se pela possibilidade de a lei prever que até mesmo os Ministros de Estado devam ter seus nomes aprovados pelo Senado Federal previamente às suas nomeações, em observância ao art. 52, III, “f” da Constituição Federal, *verbis*: “Lembro, por fim, que o requisito adicional para nomeação para o cargo de Presidente do Banco Central, qual seja a aprovação pelo Senado, é objeto de uma reserva legal aberta. O rol previsto no art. 52, inciso III, da Constituição, que cuida da competência privativa do Senado, termina na alínea ‘f’, que prevê a aprovação pelo Senado da escolha dos ‘titulares de outros cargos que a lei determinar’. Ou seja, potencialmente qualquer cargo público, inclusive o de Ministro de Estado, pode vir a se submeter à regra da sabatina prévia perante o Senado. Não seria de se estranhar, por exemplo, que tal condição fosse estabelecida em relação ao Ministro das Relações Exteriores, uma vez que isto é previsto expressamente em relação aos chefes de missão diplomática de caráter permanente (CF, art. 52, III, IV).”

¹⁹⁷ Outra não é a dicção do art. 3º, § 1º da lei 8.906/94, *verbis*: “Exercem atividades de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.”

¹⁹⁸ Esse é o posicionamento defendido pelo professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Vide tópico 2.3 desta pesquisa.

¹⁹⁹ Ademais, destaque-se que a própria AGU, por meio da Orientação Normativa n. 01/2011 da sua Corregedoria, determinou que seus membros devem, sim, ser inscritos, obrigatoriamente, na Ordem dos Advogados do Brasil, sob pena de cometimento de falta funcional, *verbis*:

“ORIENTAÇÃO NORMATIVA N. 1, DE 21 DE JUNHO DE 2011

O CORREGEDOR-GERAL DA ADVOCACIA DA UNIÃO, no exercício das competências e atribuições previstas nos artigos 5º e 6º, da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, e art. 40, III, do Decreto n. 7.392, de 13 de dezembro de 2010, e considerando o despacho do Senhor Advogado-Geral da União constante a fl. 204 do Processo n. 00406.000246/2006-12, bem como a necessidade de orientar a atuação correicional e disciplinar, resolve expedir a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e integrantes do Quadro

O fato é que essa afirmação gera consequências práticas relevantes aos Advogados Públicos, não se restringindo a um cunho eminentemente acadêmico ou posicionamento associativo institucional. Com efeito, ao sustentar-se que os Advogados Públicos são, antes de tudo, “Advogados” impomos à categoria uma tripla vinculação legislativa: à Lei Complementar n. 73/93, à Lei 8.112/90 (arts. 26 e 27²⁰⁰ da LC n. 73/93), estatuto jurídico dos servidores públicos federais, e à Lei n. 8.906/94 (art. 3º, §1º), estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB).

Registre-se, nesse íterim, que o art. 3º, § 1º da Lei n. 8.906/94 foi, por um lado, redigido de forma redundante e, por outro lado, disse menos do que pretendia. É que ao afirmar que exercem a advocacia, subordinando-se ao regime dessa lei, além do seu regime próprio, os membros da AGU, desnecessário seria afirmar que os membros da Procuradoria da Fazenda Nacional também o são, já que por dicção expressa da Lei Complementar n. 73/93 (portanto, anterior à Lei n. 8.906/94) esses últimos integram a Advocacia-Geral da União. Por outro lado, ao sustentar que as Procuradorias e Consultorias Jurídicas das entidades de administração indireta e fundacional dos Estados, Distrito Federal e Municípios exercem a advocacia, a lei deixou, por um lapso, de mencionar as entidades da administração indireta autárquica e fundacional da União.

É que, como já anteriormente mencionado, as Procuradorias e Consultorias Jurídicas da Administração Indireta Federal, em razão de uma conjuntura político-estrutural que predominava na época da edição da Lei Complementar n. 73/93, não integraram diretamente a Advocacia-Geral da União, mas a ela se ligaram por meio de uma “vinculação” (Órgão Vinculado) prevista inclusive Constitucionalmente. Assim, restringindo-se a interpretação do dispositivo à sua literalidade, chegar-se-ia a uma conclusão absurda²⁰¹, já que

Suplementar da Advocacia-Geral da União, de que trata o art. 46 da Medida Provisória n. 2.229-43, de 6 de setembro de 2011:

É OBRIGATÓRIA A INSCRIÇÃO NA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL, POR TODOS OS ADVOGADOS DA UNIÃO, PROCURADORES DA FAZENDA NACIONAL, PROCURADORES FEDERAIS E INTEGRANTES DO QUADRO SUPLEMENTAR DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, DE QUE TRATA O ART. 46 DA MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.229-43, DE 6 DE SETEMBRO DE 2001, PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PÚBLICA NO ÂMBITO DA INSTITUIÇÃO.” (Disponível em: <http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=270464&ID_SITE=>) Deste modo, não se pode chegar a outra conclusão senão aquela que aponta para o reconhecimento pela AGU da condição de Advogados que seus Procuradores ostentam.

²⁰⁰ “Art. 26. Os membros efetivos da Advocacia-Geral da União têm os direitos assegurados pela Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; e nesta lei complementar.”

“Art. 27. Os membros efetivos da Advocacia-Geral da União têm os deveres previstos na Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, sujeitando-se ainda às proibições e impedimentos nesta lei complementar.”

²⁰¹ Chaïm Perelman (2004, p. 79-80), citando o professor Tarello, assevera que há trezes espécies de argumentos a permear o raciocínio jurídico, dentre os quais está o chamado **argumento apagógico** que é aquele que vendo na figura do legislador um ser sensato, não permitiria uma interpretação da lei que conduziria a

se teria os Advogados da União e Procuradores da Fazenda Nacional como integrantes de carreiras que exercem a atividade advocatícia e os Procuradores Federais e do Banco Central, que exercem o mesmo mister (defesa judicial e extrajudicial e consultoria e assessoramento) no âmbito da Administração Indireta Federal, não sendo considerados Advogados para os fins da Lei n. 8.906/94.

Por essas razões é que se sustenta, por um lado, uma redundância e, por outro, uma omissão inseridos no mesmo dispositivo legal do EOAB.

Ultrapassada essa dificuldade inicial, e fixada a premissa de que os membros da AGU e seus órgãos vinculados exercem a atividade advocatícia em defesa do Estado brasileiro, chega-se, *a fortiori*, a uma outra conclusão, qual seja, a de que os membros da AGU e seus órgãos vinculados submetem-se ao Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. De todo modo, ainda que dúvida houvesse quanto à conclusão propugnada nesta passagem, tal submissão encontra esteio na disposição normativa veiculada por meio do art. 33²⁰² do EOAB, o que afastaria eventual contradita.

Com efeito, dentro dos limites éticos da atuação do Advogado, e consequentemente do Advogado Público, está a questão do sigilo profissional, prevista no texto dos artigos 25, 26 e 27 do Código de Ética e Disciplina da OAB²⁰³. Referidas disposições impõem o sigilo profissional ao Advogado, a fim de resguardar sua atividade profissional bem como os interesses mais íntimos e caros do seu eventual cliente²⁰⁴.

consequências ilógicas, absurdas ou iníquas. Busca a justiça da decisão, afastando-se de uma concepção puramente positivista do direito.

²⁰² “Art. 33. O Advogado obriga-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina.”

²⁰³ “Art. 25. O sigilo profissional é inerente à profissão, impondo-se o seu respeito, salvo grave ameaça ao direito à vida, à honra, ou quando o Advogado se veja afrontado pelo próprio cliente e, em defesa própria, tenha que revelar segredo, porém sempre restrito ao interesse da causa.

Art. 26. O Advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido Advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.

Art. 27. As confidências feitas ao Advogado pelo cliente podem ser utilizadas nos limites da necessidade da defesa, desde que autorizado aquele pelo constituinte.

Parágrafo único. Presumem-se confidenciais as comunicações epistolares entre Advogado e cliente, as quais não podem ser reveladas a terceiros.”

Publicado no Diário da Justiça, Seção I, do dia 01.03.1995, pp. 4.000/4.004. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaooab/codigodeetica.pdf>> .

²⁰⁴ Carlos Figueiredo Mourão (2009, p.129) se questiona acerca dos limites da atuação do Advogado Público, tendo-se em vista a aplicabilidade do EOAB a esses profissionais: “Qual é o papel do Advogado público? Será ele um *custos legis* da administração pública? Ou, ainda, será um defensor do administrador de plantão? Ora, o Advogado privado é um confessor do seu cliente e pode possuir todas as informações, desde as mais ‘nobres’, até aquelas mais inacreditáveis, as quais não se conseguiria contar para ninguém. De posse de tais

Noutra seara, tem-se conhecimento de que a Lei n. 8.112/90²⁰⁵ dispõe serem deveres do servidor, dentre outros, levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que tiver ciência em razão do cargo. Esta é a dicção expressa do art. 116, VI do referido diploma legal. Prosseguindo, o art. 143 da Lei n. 8.112/90 assevera que a autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, observadas as garantias do contraditório e ampla defesa.

Com efeito, todas as informações que chegarem aos Advogados Públicos para que possam exercer o seu dever constitucional, lhes serão repassadas em razão do cargo. Nesse sentido, é encargo do Advogado Público, enquanto autoridade pública, promover a apuração da irregularidade ou, no mínimo, levá-la ao conhecimento do seu superior hierárquico²⁰⁶.

Os dispositivos do Código de Ética e Disciplina da OAB e os dispositivos da Lei n. 8.112/90 numa primeira leitura parecem estar em clara antinomia, já que a diretriz ética posta para a manutenção do sigilo profissional vai de encontro ao dever do servidor (Advogado Público) em combater irregularidades que venha ter conhecimento em razão do cargo. Contudo, entendemos que não existe qualquer incongruência, antinomia ou conflito normativo no presente caso.

O fato é que ao intérprete é dada a tarefa de tentar conciliar o dever ético de sigilo e o dever legal de defesa do interesse público, do patrimônio público e da probidade administrativa. Esse ponto de equilíbrio é a coluna de sustentação central da ideia que se está desenvolvendo. A Advocacia Pública encontra-se inserida num regime híbrido, e a ele deve adaptar-se para melhor desempenhar seu papel constitucional e legal.

Não se pode exigir que os Advogados Públicos fechem os seus olhos diante de irregularidades administrativas que impliquem em malversação do dinheiro público por meio

informações, o Advogado privado tem como obrigação legal defender o seu cliente, podendo, até, esconder aquelas informações que não favorecem a sua causa, com a proteção do princípio da ampla defesa.

E o Advogado público? Pode ele se quedar inerte perante uma ilegalidade de que tenha conhecimento em virtude de sua função?"

²⁰⁵ A Lei 8.112/90, como anteriormente mencionado, aplica-se aos membros da AGU e seus órgãos vinculados por força da disposição contida nos artigos 26 e 27 da Lei Complementar n. 73/93.

²⁰⁶ Esse posicionamento também é defendido por Mourão (2009, p. 136), sob a perspectiva do controle interno dos atos administrativos, ao afirmar que: "O Estado de Direito impõe à Administração Pública que seus atos estejam vinculados à lei, e, para tanto, foram criados sistemas de controle desses atos. Assim, a execução de suas obrigações constitucionais se dá por intermédio de entes de direito público de caráter permanente, cujos membros ingressaram na carreira mediante concurso. Dentre eles, os procuradores públicos, que têm a obrigação legal e exclusiva de analisar atos administrativos à luz do princípio da legalidade. Portanto, cabe à Advocacia Pública o poder-dever de realizar, institucionalmente, o controle interno de legalidade da Administração Pública."

de práticas ilícitas ou ímprobas, sob a alegação do dever ético do sigilo em face de sua vinculação ao seu cliente²⁰⁷. Todavia, é de se frisar que não se deve confundir as atribuições e competências da Advocacia Pública com as do Ministério Público, mesmo porque a reunião de ambas as atribuições e competências em um único órgão foi a razão fundamental para o fracasso do modelo adotado antes da Constituição de 1988, tendo se constituído no maior pilar para justificar a cisão que terminou por criar a Advocacia-Geral da União. Nesse contexto, tem-se de buscar o caminho do equilíbrio entre os deveres impostos ao Advogado Público pela lei n. 8.112/90 e as disposições do Código de Ética e Disciplina da OAB.

Então, poder-se-ia questionar: como se alcança esse mencionado equilíbrio? No nosso entender, não há fórmula prévia e certa para se assegurar a atuação (ou restringi-la) dos Advogados Públicos dentro dos estritos limites de suas atribuições, mesmo porque a separação das competências entre o Ministério Público e Advocacia Geral da União não se deu de forma absoluta, sendo que algumas competências, antes exclusivas do MP, hoje são concorrentes com as demais Funções Essenciais à Justiça, especialmente com a Advocacia Pública Federal²⁰⁸.

Contudo, não se pode esquecer que os artigos 4º, VIII, 11, V e 18 da Lei Complementar n. 73/93 afirmam ser atribuição dos órgãos da AGU, vinculados ou não, assistir à autoridade assessorada no **controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados**, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica, norte este a apontar para a não observância cega a um sigilo que somente beneficiará o gestor público.

²⁰⁷ O cliente do Advogado Público é primeiramente o Estado e secundariamente o governo e o governante. Quando a atuação deste último se dá compassadamente aos mandamentos legais e constitucionais, as figuras (Estado, governo e governante) caminham juntas. Quando, por outro lado, há prática de atos de improbidade, malversação do dinheiro público, ilicitudes etc., o Advogado Público deve postar-se ao lado do Estado, não sendo mais obrigado funcionalmente a defender o referido gestor (Portaria AGU n. 408/2009).

²⁰⁸ A União, os Estados e os Municípios, suas autarquias e funções públicas, por meio de suas procuradorias jurídicas, têm legitimidade para ingressar com Ações Cíveis Públicas conforme dispõem os incisos III e IV do art. 5º da Lei n. 7.347/1985, com redação alterada pela Lei n. 11.448/2007. De igual modo, há previsão expressa na Lei n. 8.429/92, de combate à Improbidade Administrativa, de que uma vez constatado seu cometimento ou indícios fortes da sua prática, a Comissão administrativa processante (art. 14, § 3º) representará ao Ministério Público ou à **procuradoria do órgão** para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público (art. 16). Prosseguindo, o art. 17 da referida lei assevera que **a ação principal**, que terá o rito ordinário, **será proposta** pelo Ministério Público ou **pela pessoa jurídica interessada**, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. Sendo que o seu § 2º permite à **Fazenda Pública**, quando for o caso, **promover as ações necessárias à complementação do ressarcimento do patrimônio público**. (grifo nosso)

Assim, buscando o controle interno da legalidade e constitucionalidade dos atos administrativos, sempre que houver conflito de interesses entre a vontade do gestor e a vontade legal e constitucionalmente declinada pelo Estado, o Advogado Público deve guiar-se na defesa deste último, ainda que para isso tenha de quebrar o sigilo preconizado pelo Código de Ética e Disciplina da OAB.

Especificamente no que toca ao combate à improbidade administrativa e à corrupção, Fernando Luiz Albuquerque Faria²⁰⁹ destaca (ainda no ano de 2008) a atuação da Procuradoria-Geral da União, aduzindo que:

Com relação à ação de improbidade administrativa, cabe destacar que se trata de instrumento judicial que, ultimamente, tem sido amplamente utilizado pela Procuradoria-Geral da União, tanto que, recentemente, se constituiu, por meio da Portaria n. 21, de 8 de outubro de 2008, do Procurador-Geral da União, força tarefa destinada à preparação e à adoção de medidas judiciais visando o combate à corrupção e à improbidade, e, em 1º de janeiro de 2009, será, conforme a Portaria n. 15, de 25 de setembro de 2008, do Procurador-Geral da União, constituído um Grupo Permanente de Combate à Corrupção e à Improbidade Administrativa.

Além disso, a Procuradoria-Geral da União tem atuado em conjunto, não só com a Controladoria-Geral da União, que tem encaminhado os resultados de fiscalizações que indicam o mau uso de recursos federais por agentes públicos federais, estaduais ou municipais, ou terceiros à AGU, mas também com o Tribunal de Contas da União, o qual, tão logo verifica haver indícios de desvio de recursos públicos federais, encaminha a questão imediatamente à Procuradoria-Geral da União, para esta ajuizar ação cautelar visando o bloqueio de bens dos agentes ou terceiros envolvidos e, em seguida, propor ação principal de improbidade administrativa contra esses.

Vê-se, portanto, que o compromisso jurídico da Advocacia Pública deve conviver simultaneamente com o compromisso democrático, o que implica na imposição de limites jurídicos à vontade do gestor, seja no exercício da consultoria, seja no exercício da representação judicial, sendo essa uma das características principais a diferenciar as atuações da advocacia pública e privada²¹⁰.

Assim agindo, e tendo em mente o regime jurídico híbrido ao qual se encontra submetido, o Advogado Público não estará atuando de modo antiético, muito pelo contrário,

²⁰⁹ FARIA, 2008, p. 25.

²¹⁰ “[...] o compromisso jurídico da Advocacia Pública deve conviver paralela e simultaneamente com o compromisso democrático. A imposição de limites jurídicos à vontade de gestores públicos é condição *sine qua non* da Advocacia Pública diferenciada da Advocacia Privada. Se o Advogado Privado é o profissional que atende aos interesses do seu cliente, dentro dos limites da sua ciência e da sua consciência, o Advogado Público, além de sua ciência e da sua consciência, deve reverência aos limites impostos pelo ordenamento jurídico. E esses balizamentos jurídicos devem ser estabelecidos tanto no exercício da consultoria, como no exercício da representação judicial.” (BINENBOJM, 2010, p. 03)

já que seu compromisso maior não é com as pessoas que ocasionalmente compõem um dado governo, mas com o Estado que esse governo representa.

2.2.3 Das competências constitucionais e legais da Instituição

Conforme já pontuado, as competências constitucionais da Advocacia-Geral da União encontram-se estampadas no *caput* do art. 131 da Constituição, que está assim redigido: “A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo”²¹¹.

Importante, contudo, compatibilizar as funções elencadas no texto do artigo 131 com o Estado Democrático de Direito e ter em mente que a Advocacia Pública, embora tenha o mesmo *status* constitucional, não se confunde com a Defensoria Pública, com o Ministério Público, nem muito menos com a Advocacia privada.

Na verdade, a Advocacia Pública tem características particulares próprias, que não encontram similaridade com nenhuma outra Função Essencial à Justiça: ela tem como uma de suas missões mais relevantes promover a viabilização jurídica de políticas públicas, ou seja, cabe ao Advogado Público fazer uma ponte de ligação entre a vontade democrática manifestada legitimamente pelo governo eleito e o direito, compreendendo a política pública desejada e buscando estabelecer mecanismos jurídicos que sejam aptos a viabilizar sua realização²¹².

²¹¹ Propondo uma divisão tripartite e não bipartite, como consta do texto constitucional, Ronaldo Vieira Junior afirma que a AGU possui uma tripla missão constitucional, a saber: 1) a representação judicial da União; 2) a representação extrajudicial da União; e 3) o assessoramento e a consultoria jurídica ao Poder Executivo. No caso, o autor pretende conferir certo grau de autonomia à função de representação extrajudicial, ao separá-la da representação judicial. Todavia, ao fim e ao cabo, não há qualquer discrepância teleológica com o texto do art. 131 da Constituição Federal. (VIEIRA JUNIOR, 2009, p. 19,.)

²¹² Esse pensamento é compartilhado e defendido por Gustavo Binenbojm (2010, p. 02) que assim se posiciona: “Em primeiro lugar, vou abordar o compromisso democrático da Advocacia Pública. Esse compromisso atende à compreensão do nosso papel institucional em relação aos governantes eleitos. O Advogado Público não é um censor, não é um juiz administrativo, nem um Ministério Público interno à Administração Pública. O Advogado Público tem como uma das suas missões institucionais mais nobres e relevantes cuidar da viabilização jurídica de políticas públicas legítimas definidas pelos agentes políticos democraticamente eleitos. [...]”

Nesse sentido, o papel do Advogado Público é o de realizar a mediação entre a vontade democrática e o direito. Mas essa mediação não é estática. Não é o exercício de um ‘sim’ ou um ‘não’. Não é proferir um *decisum* estático, como faz a magistratura. Nem exercer *opinio delicti*, como faz o Ministério Público. O papel do Advogado Público é compreender a política pública que se deseja implementar, que é vontade popular, ao fim e ao cabo, e buscar estabelecer os mecanismos que viabilizem a realização dessa política. Isso

Para uma correta compreensão da extensão das atividades da AGU, mister transcrevermos (notas de rodapé) as atribuições finalísticas tanto do seu dirigente máximo, o Advogado-Geral da União, consignadas no art. 4º da LC n. 73/93²¹³, quanto dos órgãos que integram a AGU, ainda que de forma vinculada.

Nesse sentido, dentre as principais funções atribuídas ao Advogado-Geral da União estão as de representar a União perante o Supremo Tribunal Federal, defender a norma legal impugnada nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, Assessorar o Presidente da República em assuntos de natureza jurídica, propondo, inclusive a edição de normas, medidas e diretrizes, assistir o Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos da Administração e sugerir ao Presidente da República medidas jurídicas reclamadas pelo interesse público.

De igual modo, a Lei Complementar n. 73/93 prevê em seus dispositivos as competências e atribuições dos demais órgãos que compõem a AGU, tanto na esfera de

pode ensejar, por exemplo, trabalhar na elaboração de uma proposta de emenda constitucional, cujo limite último são as cláusulas pétreas da Constituição, trabalhar na elaboração de uma minuta de um projeto de lei, trabalhar na elaboração de minutas de outros atos normativos, como portarias, decretos, resoluções, e assim por diante.

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

²¹³ “Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União:

- I - dirigir a Advocacia-Geral da União, superintender e coordenar suas atividades e orientar-lhe a atuação;
 - II - despachar com o Presidente da República;
 - III - representar a União junto ao Supremo Tribunal Federal;
 - IV - defender, nas ações diretas de inconstitucionalidade, a norma legal ou ato normativo, objeto de impugnação;
 - V - apresentar as informações a serem prestadas pelo Presidente da República, relativas a medidas impugnadoras de ato ou omissão presidencial;
 - VI - desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente; (Ver Lei 9.469, 10/07/97)
 - VII - assessorar o Presidente da República em assuntos de natureza jurídica, elaborando pareceres e estudos ou propondo normas, medidas e diretrizes;
 - VIII - assistir o Presidente da República no controle interno da legalidade dos atos da Administração;
 - IX - sugerir ao Presidente da República medidas de caráter jurídico reclamadas pelo interesse público;
 - X - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal;
 - XI - unificar a jurisprudência administrativa, garantir a correta aplicação das leis, prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal;
 - XII - editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais;
 - XIII - exercer orientação normativa e supervisão técnica quanto aos órgãos jurídicos das entidades a que alude o Capítulo IX do Título II desta Lei Complementar;
 - [...]
 - XIX - propor, ao Presidente da República, as alterações a esta Lei Complementar;
- § 1º - O Advogado-Geral da União pode representá-la junto a qualquer juízo ou Tribunal.
- § 2º - O Advogado-Geral da União pode avocar quaisquer matérias jurídicas de interesse desta, inclusive no que concerne a sua representação extrajudicial.”

atuação judicial quanto na esfera de atuação consultiva, conforme constante do seu Título II²¹⁴, Capítulos IV (Procuradoria-Geral da União), V (Consultoria-Geral da União), VI

²¹⁴ “Capítulo IV

Da Procuradoria-Geral da União

Art. 9º - À Procuradoria-Geral da União, subordinada direta e imediatamente ao Advogado-Geral da União, incumbe representá-la, judicialmente, nos termos e limites desta Lei Complementar.

§ 1º - Ao Procurador-Geral da União compete representá-la junto aos tribunais superiores.

§ 2º - Às Procuradorias-Regionais da União cabe sua representação perante os demais tribunais.

§ 3º - Às Procuradorias da União organizadas em cada Estado e no Distrito Federal²¹⁴, incumbe representá-la junto à primeira instância da Justiça Federal, comum e especializada.

§ 4º - O Procurador-Geral da União pode atuar perante os órgãos judiciários referidos nos §§ 2º e 3º, e os Procuradores Regionais da União junto aos mencionados no § 3º deste artigo.

Capítulo V

Da Consultoria-Geral da União

Art. 10 - À Consultoria-Geral da União, direta e imediatamente subordinada ao Advogado-Geral da União, incumbe, principalmente, colaborar com este em seu assessoramento jurídico ao Presidente da República produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam atribuídos pelo chefe da instituição.

Parágrafo único. Compõem a Consultoria-Geral da União o Consultor-Geral da União e a Consultoria da União.

Capítulo VI

Das Consultorias Jurídicas

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

I - assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo;

II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;

V - assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica;

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

Capítulo VII

Da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Art. 12 - À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente:

I - apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança, amigável ou judicial;

II - representar privativamente a União, na execução de sua dívida ativa de caráter tributário;

III - (VETADO)

IV - examinar previamente a legalidade dos contratos, acordos, ajustes e convênios que interessem ao Ministério da Fazenda, inclusive os referentes à dívida pública externa, e promover a respectiva rescisão por via administrativa ou judicial;

V - representar a União nas causas de natureza fiscal.

Parágrafo único - São consideradas causas de natureza fiscal as relativas a:

I - tributos de competência da União, inclusive infrações à legislação tributária;

II - empréstimos compulsórios;

III - apreensão de mercadorias, nacionais ou estrangeiras;

IV - decisões de órgãos do contencioso administrativo fiscal;

V - benefícios e isenções fiscais;

VI - créditos e estímulos fiscais à exportação;

VII - responsabilidade tributária de transportadores e agentes marítimos;

(Consultorias Jurídicas), VII (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional) e IX (Órgãos Vinculados²¹⁵).

Com efeito, a atuação judicial dos órgãos da AGU abrange todas as instâncias e esferas do Poder Judiciário²¹⁶, havendo uma certa “privatividade” quanto à atuação dos seus órgãos junto aos tribunais pátrios, especialmente os Tribunais Regionais Federais, Tribunais Superiores e Supremo Tribunal Federal. Sendo que o Advogado-Geral da União²¹⁷ e o Procurador-Geral Federal²¹⁸ poderão atuar em quaisquer juízos e Tribunais.

Ponto que merece destaque é o de que na atuação contenciosa ou postulatória uma das ideias atualmente mais combatidas, inclusive internamente dentro das carreiras que compõem a Advocacia Pública Federal, é a cultura da recorribilidade a todo custo²¹⁹. O fato é

VIII - incidentes processuais suscitados em ações de natureza fiscal.

Art. 13 - A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desempenha as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos no âmbito do Ministério da Fazenda e seus órgãos autônomos e entes tutelados.

Parágrafo único. No desempenho das atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional rege-se pela presente Lei Complementar

[...]

Capítulo IX

Dos Órgãos Vinculados

Art. 17 - Aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas compete:

I - a sua representação judicial e extrajudicial;

II - as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos;

III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

Art. 18. No desempenho das atividades de consultoria e assessoramento aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas aplica-se, no que couber, o disposto no art. 11 desta lei complementar.”

²¹⁵ Vide nota anterior.

²¹⁶ “A representação judicial ou em juízo, ou nos juízos em que a União demanda ou é demandada, exige a intervenção judicial de seu órgão de representação em qualquer nível ou instância da justiça brasileira. Embora a Advocacia-Geral da União atue primordialmente na Justiça Federal, também tem atuação na Justiça do Trabalho, na Justiça Eleitoral, na Justiça Militar e na Justiça Comum dos Estados, desde que nelas tramitem causas de interesse da União que não possam ser deslocadas.” (COSTA *et al*, 2009, p. 86)

²¹⁷ Vide nota n. 213.

²¹⁸ Lei 10.480/2002: “Art. 11. É criado, na Procuradoria-Geral Federal, o cargo de Procurador-Geral Federal, de Natureza Especial, privativo de Bacharel em Direito de elevado saber jurídico e reconhecida idoneidade.

§ 1º O Procurador-Geral Federal é nomeado pelo Presidente da República, mediante indicação do Advogado-Geral da União. (Redação dada pela Lei n. 11.941, de 2009)

§ 2º Compete ao Procurador-Geral Federal: (Redação dada pela Lei n. 11.941, de 2009)

I – dirigir a Procuradoria-Geral Federal, coordenar suas atividades e orientar-lhe a atuação; (Redação dada pela Lei n. 11.941, de 2009)

II – exercer a representação das autarquias e fundações federais perante o Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores; (Redação dada pela Lei n. 11.941, de 2009)

III – sugerir ao Advogado-Geral da União medidas de caráter jurídico de interesse das autarquias e fundações federais, reclamadas pelo interesse público; (Redação dada pela Lei n. 11.941, de 2009)

[...]

§ 3º No desempenho de suas atribuições, o Procurador-Geral Federal pode atuar junto a qualquer juízo ou Tribunal.” (Redação dada pela Lei n. 11.941, de 2009) (grifo nosso)

²¹⁹ Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes, sob esse aspecto, destaca o pensamento do professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem o Advogado Público deve recusar-se a recorrer sistematicamente contra, por exemplo, jurisprudência pacificada dos Tribunais ou com intenções meramente protelatórias. Todavia,

que tal cultura, que reflete uma imaturidade institucional, nem sempre produz bons frutos ao Estado, pois muitas vezes se posterga o cumprimento de decisões judiciais (pela utilização legal do aparato recursal posto à disposição dos que litigam em juízo), as quais, ao final, impactarão de forma muito mais lesiva às contas públicas em razão do valor dos juros incidentes, bem como de eventuais multas pela utilização de recursos com caráter eminentemente protelatórios.

Isso não significa dizer que na dúvida não se deve defender os interesses – ainda que interesses públicos secundários – do Estado em juízo. Absolutamente. Se assim o fosse, estar-se-ia negando ao Estado o próprio direito à defesa a todos garantido pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Sob esse aspecto, interessante registrar o pensamento de Carvalho Fernandes, ao sustentar que inclusive quando o Estado efetivamente erra, ele ainda assim deverá ser defendido em juízo²²⁰; contudo, não para negar, ocultar ou mascarar seu erro, mas para se buscar uma decisão judicial justa. Assim procedendo, estará o Advogado Público exercendo o seu papel constitucional de forma plena, pois a um só tempo garantirá a aplicabilidade do artigo 5º, LV e defenderá o erário ao buscar uma indenização razoável e condizente com o prejuízo efetivamente causado pela atuação estatal.

Noutro turno, como defensor do interesse do público, ao Advogado Público deve ser dada a possibilidade de avaliar a viabilidade da tese defendida, e ponderar se uma

Carvalho Fernandes confere temperamentos ao posicionamento de Moreira Neto, o que faz nos seguintes termos: “Contudo, essa afirmação deve ser lida com temperamentos, uma vez que em alguns casos a jurisprudência recalcitrante pode ser modificada com trabalhos bem estruturados de alguns Procuradores ou da própria Procuradoria-Geral.

Assim, há que se ter dois pesos diferentes para duas medidas diversas. Se não se vislumbra a possibilidade de modificação da jurisprudência em curto ou médio prazo, tanto o Advogado Público como a Casa jurídica devem concordar com a dispensa recursal nos casos citados pelo nobre professor. Por outro lado, caso haja essa possibilidade, há que se trabalhar arduamente para que isso se efetive, pois muitas vezes a jurisprudência pacificada é alterada, sobretudo, diante da mudança de composição de uma Turma ou Tribunal, ou até pela mudança no pensamento de magistrados e da própria sociedade”(FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Regime Jurídico da Advocacia Pública**. São Paulo: Método, Série Advocacia Pública, vol. 1, 2010, p.125-126.).

²²⁰ “E quando o Estado erra, seu Advogado deverá ir a juízo e entregar bens públicos ao particular lesado? Entendemos que não. Do mesmo modo que um homicida confesso tem direito à defesa, o Estado, mesmo nesses casos, também o tem. Em situações como essas se busca a redução da indenização, se for o caso, a ser paga pelo Erário. Isso com o intuito de resguardar o patrimônio de toda a sociedade. Pagar pelo próprio erro é correto, porém arcar com indenizações desarrazoadas não parece acertado.

É nesse contexto que se afirma a possibilidade e necessidade da utilização da *transação*, do *reconhecimento do pedido*, da *dispensa de recurso*, entre outros.” (FERNANDES, 2010, p.121.)

composição judicial, por exemplo, não seria mais benéfica ao Estado do que simplesmente se insistir no embate judicial.

Combatendo a “cultura recursal” desarrazoada, destaca Aldemário Araújo Castro (2007):

[...] é preciso superar as equivocadas visões arraigadas na linha da defesa “a todo custo” ou da defesa “contra tudo e contra todos”. Ademais, nesse campo, a Advocacia Pública pode contribuir de forma decisiva para a redução dos níveis de litigiosidade que chegam ao Poder Judiciário. Importa consignar, com a ênfase devida, a missão fundamental da Advocacia Pública: **sustentar e aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito** (interesse público primário). Isso significa que a defesa do interesse público secundário, meramente patrimonial ou financeiro, pressupõe compatibilidade com o interesse público primário. O conflito inconciliável entre as duas manifestações do interesse público resolve-se, com afastamento do secundário, em favor do primário.

De fato, não se pode esquecer que o Poder Público consta em grande parte das ações judiciais que tramitam no Judiciário Pátrio, em todas as suas esferas, conforme pesquisa do CNJ divulgada em março de 2011²²¹. Muito embora a leitura dos dados postos pelo Conselho Nacional de Justiça não informem se o Estado é litigante ou litigado, nem muito menos destaque claramente as demandas que são objeto de maior irresignação, tanto por parte do particular quanto do Poder Público, difícil negar que o Estado tenha de chamar para si a responsabilidade de contribuir para a redução do volume de feitos que efetivamente chegam às portas do Judiciário²²².

²²¹ Pesquisa do CNJ – 100 maiores litigantes – extraído do *site* <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 23 maio 2011. Nessa pesquisa aponta-se o Instituto Nacional do Seguro Nacional – INSS como o maior litigante na Justiça Federal, com o percentual de 43,12% de todas as ações judiciais que lá tramitam; como o segundo maior litigante na Justiça do Trabalho, com o percentual de 6,41% de todas as ações que lá tramitam; e como o quarto maior litigante na Justiça Estadual, com o percentual de 5,95% de todas as ações que lá tramitam. Esses dados tornam o INSS o maior litigante (seja no polo ativo seja no polo passivo) do Brasil com o percentual de 22,33% de todas as ações que tramitam em todo o país. Além do INSS, integram o “ranking” dos 10 maiores litigantes a União (administração direta), englobando também as demandas próprias da Fazenda Nacional, o Estado do Rio Grande do Sul, os Municípios de Manaus e Goiânia, o INCRA e o IBAMA; isso desconsiderando as empresas públicas e sociedades de economia mista que também compõem o quadro dos grandes litigantes nacionais.

²²² Tanto isso é verdade, que as unidades de execução da Procuradoria-Geral Federal – PGF, órgãos da Advocacia-Geral da União, realizaram entre os meses de maio/2011 a maio/2012 cerca de 89.000 (oitenta e nove mil) acordos judiciais, que implicaram no pagamento de aproximadamente R\$ 557.600.000,00 (quinhentos e cinquenta e sete milhões e seiscentos mil reais) aos demandantes (particulares) e na economia de R\$ 282.300.000,00 (duzentos e oitenta e dois milhões e trezentos mil reais) aos cofres públicos. A maioria dos acordos se deu em demandas previdenciárias que tramitavam nos Juizados Especiais Federais nas 27 unidades da federação. Em outra atuação, a PGF desistiu no último mês de abril/2012 de 222 (duzentos e vinte e dois) recursos na Justiça do trabalho relativos à cobrança de contribuições previdenciárias e desde o ano de 2011 já houve a desistência de 2.207 (dois mil, duzentos e sete) recursos que tramitavam no Tribunal Superior do Trabalho.

As iniciativas declinadas na nota de rodapé n. 223 apontam para um esforço que vem sendo estimulado e desenvolvido pela Advocacia-Geral da União e suas unidades na busca pela redução da litigiosidade judicial²²³.

Registre-se ainda, nessa atuação contenciosa ou postulatória, que por força do art. 22, da Lei 9.028/95, a Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados ficam autorizados a representar judicialmente os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, inclusive promovendo ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, **quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações**, ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar habeas corpus e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata esse artigo.

Referida competência dos membros da AGU, segundo disposto no § 1º, I e II do mesmo art. 22 também se estende aos ex-titulares dos cargos mencionados, bem como aos designados para a execução dos regimes especiais previstos na Lei n. 6.024/74, nos Decretos-Leis n. 73/66, e n. 2.321/87; e aos militares das Forças Armadas e aos integrantes do órgão de segurança do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República, quando, em decorrência do cumprimento de dever constitucional, legal ou regulamentar, responderem a inquérito policial ou a processo judicial.

Contudo, equivocava-se quem pretende enxergar nessa atuação um desvirtuamento da finalidade precípua da AGU conferindo-lhe um viés axiologicamente pejorativo ou enquadrando-a como “advocacia de governantes (gestores) e ex-governantes (ex-gestores)”²²⁴,

Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=190833&id_site=3> Acesso em: 29 maio 2012.

²²³ Conferir a Portaria AGU n. 990/2009, que trata da delegação de competência para a realização de acordos judiciais no âmbito da AGU e a Portaria PGF n. 915/2009, que autoriza a realização de acordos no âmbito da Procuradoria-Geral Federal, estabelece seus limites de valor e dá outras providências para a aplicação da Lei n. 9.469/2002, bem como a Ordem de Serviço PGU n. 13/2009, que versa sobre a mesma matéria no âmbito da Procuradoria-Geral da União. Disponíveis em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListaNormasInternasAGU.aspx>>.

²²⁴ Ao tratar da Advocacia Pública e do princípio da eficiência, Moreira Neto combate essa ideia, asseverando que tal pensamento revela apenas a ignorância, o descaso e o preconceito que permeiam a percepção da

eis que o próprio dispositivo legal acentua que tal representação só se dará quando os atos impugnados judicialmente tenham sido praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações.

Esse registro é relevante, mesmo porque a Advocacia-Geral da União, escudada na dicção do § 2º do referido artigo 22, disciplinou a mencionada representação²²⁵, asseverando que os membros da instituição poderão negar o pedido de representação formulado especialmente caso se observe: a) não terem sido os atos praticados no estrito exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares; b) ter sido o ato impugnado praticado em dissonância com a orientação, se existente, do órgão de consultoria e assessoramento jurídico competente, que tenha apontado expressamente a inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato, salvo se possuir outro fundamento jurídico razoável e legítimo; c) incompatibilidade do ato praticado com o interesse público no caso concreto; d) que a conduta foi praticada com abuso ou desvio de poder, ilegalidade, improbidade ou imoralidade administrativa, especialmente se comprovados e reconhecidos administrativamente por órgão de auditoria ou correição; e) que a autoria, materialidade ou responsabilidade do requerente tenha feito coisa julgada na esfera cível ou penal; e f) ter sido o fato levado a juízo por requerimento da União, autarquia ou fundação pública federal, inclusive por força de intervenção de terceiros ou litisconsórcio necessário.

Assim, é que a atuação judicial deve estar atrelada primordialmente à defesa do interesse público²²⁶, já que a própria legislação dispõe que compete ao Advogado-Geral da

classe política do nosso país no que toca à missão da Advocacia Pública: “Assim, embora, por um lado, no plano do *ideal*, se disponha de um exposto princípio, apontando o aperfeiçoamento da atuação da *advocacia de Estado*, ou seja, um dever de torná-la mais *eficiente* em sua missão constitucional, com vistas a que a ação dos demais entes estatais seja cada vez mais obediente à ordem jurídica, por outro lado, no plano do *real*, a árdua luta, ainda por vencer, continua a ser o alcançar um mínimo satisfatório de *eficácia* no desempenho dessas funções, superando, para tanto, a ignorância, o descaso e o preconceito que a cercam, e, sobretudo, a descabida mas arraigada percepção divulgada na classe política de que advocacia de Estado deve ser advocacia dos governantes.” (MOREIRA NETO, 1999, p. 04). Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51775>>. Acesso em: 4 fev. 2012.

²²⁵ Artigo 6º da Portaria AGU n. 408/2009.

Disponível em: <http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=188243&ID_SITE=>>.

²²⁶ Luiz Carlos de Castro Lugon, em contexto diverso, mas que não infirma a menção de sua assertiva, chama a atenção para a confusão que se costuma fazer entre o “interesse público” e o “interesse do órgão público”, que não são necessariamente coincidentes. (LUGON, 2007). Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao019/Luiz_Lugon.htm>. Acesso em: 27 fev. 2012.

União sugerir ao Presidente da República medidas de caráter jurídico reclamadas por dito interesse²²⁷.

Tal entendimento também se encontra consignado no art. 1º Ato Regimental n. 08, de 27 de dezembro de 2002²²⁸, da Advocacia-Geral da União assim como no art. 6º, § 3º da Lei n. 4.717/65, lei da ação popular²²⁹.

Não é por outra razão que em Costa *et al* (2009, p. 91) se sustenta que entre conflitos de interesses primários e secundários, o Advogado público tem por dever observar os primeiros, “por corresponder aos interesses da coletividade não somente do governante ou do Estado.” E, em complemento arremata:

É por essa razão que a AGU não se vincula funcionalmente (mas apenas organicamente) ao Poder Executivo, pois está dotada de prerrogativas que lhe garantem certa independência funcional e permitem sua atuação na defesa dos interesses públicos primários²³⁰.

Além de atuar na defesa do interesse público, a Advocacia-Geral da União também desempenha suas funções buscando a salvaguarda da cidadania. Exemplos dessa natureza podem ser encontrados nas manifestações consultivas sobre o reconhecimento de comunidades tradicionais e quilombolas, ou no reconhecimento administrativo da união homoafetiva, geradora de direitos civis e de outras garantias.

Ambos os exemplos denotam a expressão da Justiça da Administração, seguindo normas constitucionais e gerais, de princípios, sem que se tenha qualquer espécie de atuação judicial ou contenciosa.

²²⁷ Artigo 4º, IX da LC n. 73/93. Consoante disposição do art. 11, § 2º, III da mesma lei, o Procurador-Geral Federal possui competência similar.

²²⁸ “Art. 1º Os Membros efetivos da Advocacia-Geral da União - AGU, integrantes das Carreiras de Advogado da União e de Procurador da Fazenda Nacional, e os Membros da Carreira de Procurador Federal, observadas as concernentes disposições constitucionais, e aquelas da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, da Lei n. 10.480, de 2 de julho de 2002, e demais disposições pertinentes, exercerão a representação judicial e extrajudicial da União, de suas autarquias e fundações e as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, de competência da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal, nos termos e forma deste Ato Regimental.

§ 1º No desempenho das atribuições de seus cargos, os Membros efetivos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal observarão especialmente:

I - a Constituição Federal, as leis e os atos normativos emanados dos Poderes e autoridades competentes;

II - o interesse público, neste considerado o da sociedade, o da União e de cada um dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário;

II - as Políticas Públicas fixadas pelo Governo Federal;

III - os princípios éticos e morais inerentes aos agentes públicos;

IV - as orientações dos seus superiores hierárquicos.”

²²⁹ “Art. 6º A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

[...]

§ 3º A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.”

²³⁰ Esse tema será mais bem abordado e desenvolvido no tópico seguinte.

As funções de consultoria²³¹ e assessoramento jurídico, por sua vez, significam a conformação prévia dos atos administrativos, que o Poder Executivo pretende praticar, aos preceitos constitucionais e legais de nosso Ordenamento.

Registre-se que há quem aponte diferenciações entre as atividades de consultoria e assessoramento²³². Costa *et al* (2009, p. 88-90), descrevendo as características de cada uma das atividades, sustenta que:

Em relação à consultoria jurídica, encarregada do controle preventivo de legalidade e legitimidade, pode-se dizer que não se encontra vinculada aos interesses político-partidários adotados pelo Governo. Nesse *mister*, é objetivo da instituição zelar pelo cumprimento dos princípios constitucionais e dos dispositivos de lei de forma ampla, independentemente da vontade e dos interesses daqueles que estejam, momentaneamente, na chefia do Poder Executivo Federal.

A função consultiva da AGU é desempenhada por uma série de unidades de execução que tem no topo o Advogado-Geral da União, considerado o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo (art. 3º, § 1º, LC n. 73/1993). Este é seguido pela Consultoria-Geral da União, composta por dez Consultores da União, e auxiliada pelas Consultorias Jurídicas dos ministérios e pelos Núcleos de Assessoramento Jurídico [hoje Consultoria Jurídica da União nos Estados] situados nos Estados. Todos os agentes têm por missão atender, por meio do assessoramento ou por meio da atividade consultiva, os órgãos do Poder Executivo.

[...]

²³¹ Há quem sustente abertamente ser a função de consultoria a mais relevante das funções da advocacia pública, como o faz Luciane Moessa de Souza (2009, p. 166), *verbis*: “É na consultoria jurídica que reside, a nosso ver, a mais relevante das funções da advocacia pública. E a vislumbramos como mais relevante por uma razão muito simples, já mencionada linhas atrás: **a situação ideal de realização do Direito é o cumprimento espontâneo das normas.** Sabendo-se que ao Poder Público, em sociedades extremamente desiguais como a nossa, são acometidas constitucionalmente missões gigantescas, tanto do ponto de vista qualitativo como quantitativo, as quais serão detalhadas pelo Poder Legislativo e postas em prática pelo Poder Executivo, percebe-se que a orientação jurídica aos governantes e demais integrantes da Administração Pública sobre o correto cumprimento das normas jurídicas dirigidas ao Estado é tarefa das mais espinhosas e, ao mesmo tempo, necessárias, de molde a **evitar que, face ao gigantismo de suas funções, venha o Poder Público a se omitir quando não poderia fazê-lo ou venha a atropelar os direitos daqueles que ele deveria, ao contrário, proteger.**”

²³² Em outro artigo, Moessa de Souza (2009, p. 90) traça didática diferenciação entre assessoramento e consultoria jurídicos, a seguir reproduzida: “Função pouco lembrada, até porque desempenhada por número muito menor de integrantes dos quadros públicos, normalmente exercentes de cargos em comissão, é o *assessoramento jurídico*, que se assemelha, por um lado, à consultoria jurídica, por envolver a aplicação espontânea de normas jurídicas por parte do Poder Público, de modo a evitar futuros questionamentos quanto à licitude de seus comportamentos, bem como a elaboração de projetos de lei e normas regulamentares. Por outro lado, distingue-se da consultoria por envolver uma orientação voltada não à realização dos valores permanentes do Estado pré-definidos pela ordem jurídica (razão pela qual a consultoria, via de regra, deve ser vinculante), mas sim direcionada à realização de objetivos transitórios, de governo, em que a ordem jurídica revela-se apenas como *limite* e não com objetivo norteador, razão pela qual o assessoramento, em regra não é vinculante.” Do mesmo modo, mas destacando o viés da responsabilidade do Advogado Público, Rommel Macedo (2008, p. 46) afirma: “O assessoramento jurídico se distingue da consultoria. No primeiro, o Advogado não possui qualquer responsabilidade sobre a decisão a ser tomada, tendo apenas a incumbência de orientar a instância decisória; já na segunda, o Advogado exara pareceres, sobre os quais possui inequívoca responsabilidade. Por meio da consultoria jurídica, emite-se aquilo que *Moreira Neto* (1992, p. 41-57) considera uma verdadeira ‘vontade estatal’, devendo a Administração Pública demonstrar a razão para o não-acatamento dos termos do parecer proferido, sob pena de nulidade do ato.”

Em suma, a consultoria ao Poder Executivo tem por objetivo resguardar os princípios constitucionais da Administração Pública e os valores do Estado Democrático de Direito, dentre esses “a supremacia da vontade popular; obediência à isonomia e à liberdade; submissão ao império da lei e da moral; indisponibilidade do patrimônio público; atuar com eficiência; publicidade; conduta proporcional e razoável; respeito aos direitos fundamentais”.

[...]

Como dito, não há perfeita paridade entre as tarefas de consultoria e as de assessoramento, sendo a consultoria voltada para o órgão e o assessoramento dirigido principalmente para o agente público.

O Advogado-Geral da União é o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo (art. 3º, LC 73/1991). Em seu auxílio, a Consultoria-Geral da União está incumbida, principalmente, de colaborar no assessoramento jurídico ao Presidente da República. Produz pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhes sejam solicitados pelo chefe da instituição (art. 10, LC 73/1993). Ressalte-se, contudo, que a Lei 10.683/2003, art. 2º, conferiu competência à Casa Civil da Presidência para prestar assessoramento jurídico ao Presidente da República, sobretudo na verificação prévia da constitucionalidade e legalidade dos atos presidenciais. O assessoramento a que se refere o texto constitucional visa compatibilizar as políticas públicas formuladas pelos dirigentes de Governo com as normas e princípios vigentes, para a perfeita satisfação dos interesses públicos.

É por meio do assessoramento jurídico ao Presidente da República que o Advogado-Geral da União tem o dever, dentre outros, de: (a) orientar na elaboração do plano político e no controle interno da legalidade dos atos da Administração; (b) elaborar pareceres e estudos; prevenir e dirimir as controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal (art. 4º, LC 73/1993). (grifo nosso)

Via de regra, essa atuação é a que se encontra mais sujeita a possíveis pressões externas²³³, já que os órgãos de consultoria da União encontram-se subordinados administrativamente aos Ministros de Estado, de acordo com expressa dicção do art. 11 da LC n. 73/93, o mesmo ocorrendo com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (Art. 12 c/c Art. 13, da LC n. 73/93)²³⁴, além de situarem-se fisicamente dentro das sedes dos referidos ministérios.

²³³ Postulação do autor fundada na experiência, mas sem comprovação por meio de dado empírico.

²³⁴ Nesse sentido, inteiramente pertinente a crítica feita por Rommel Macedo (2008, p. 49): “no que tange à organização da Advocacia-Geral da União, deve-se ressaltar que não se mostra adequado, à luz da natureza *institucional* que ela possui, prever-se que as Consultorias Jurídicas e a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional serão administrativamente subordinadas a Ministros de Estado ou a outras autoridades. Se o modelo adotado pela Constituição de 1988 para a Advocacia-Geral da União visa justamente a conferir unidade orgânica ao exercício de suas competências – o que se revela claro na medida em que todos os órgãos que as executam pertencem a uma única instituição – não se mostra condizente com a Carta Magna essa dupla subordinação: jurídica à Advocacia-Geral da União e administrativa aos Ministros de Estado ou outras autoridades afins. Isto destoa, ademais, da própria função de advocacia do Estado desempenhada pela Advocacia-Geral da União [...]”

Sem discrepar, os órgãos de consultoria e assessoramento da Procuradoria-Geral do Banco Central, não sendo vinculados à Procuradoria-Geral Federal²³⁵, são administrativamente subordinados à referida Autarquia já que integram carreira própria daquela entidade, conforme reza o art. 1º da Lei 9.650/1998, ao passo que os órgãos correspondentes da Procuradoria-Geral Federal, embora não tenham vinculação ou subordinação direta com qualquer Autarquia ou Fundação Pública Federal, também estão sujeitos a ditas intervenções, uma vez que os Procuradores Federais responsáveis pela consultoria e assessoramento jurídico encontram-se exercendo suas funções fisicamente dentro das referidas entidades descentralizadas.

Em que pese o dado fático declinado, por ser a atividade consultiva encarregada do controle preventivo da constitucionalidade, legalidade e legitimidade, não se encontra normativamente vinculada aos interesses político-partidários eventualmente adotados pelo Governo. “Nesse *mister*, é objetivo da instituição zelar pelo cumprimento dos princípios constitucionais e dos dispositivos de lei de forma ampla, independentemente da vontade e dos interesses daqueles que estejam, momentaneamente, na chefia do Poder Executivo Federal” (COSTA *et al*, 2009, p. 88).

Resumindo tudo o que foi dito sobre as funções consultiva e de assessoramento jurídico, pode-se concluir que ambas têm por objetivo resguardar os princípios constitucionais da Administração Pública e os valores do Estado Democrático de Direito, tais como a supremacia da vontade popular; obediência à isonomia e à liberdade; submissão ao império da lei e da moral; indisponibilidade do patrimônio público; além de visar uma eficiente atuação estatal, primando pela publicidade dos seus atos e por uma conduta proporcional e razoável, com amplo respeito aos direitos fundamentais (COSTA *et al*, 2009, p. 89).

Assim, seja qual for a sua atuação (contenciosa ou consultiva), como o interesse público é um interesse normativamente qualificado pela ordem jurídica vigente²³⁶, a Advocacia-Geral da União deve pautar-se sempre pela busca da legalidade na conduta estatal. Significa dizer que não deve, mesmo porque lhe é vedado, patrocinar a defesa judicial de condutas manifestamente ilegais ou ilegítimas, ao passo que tem por obrigação apontar os caminhos juridicamente viáveis ao administrador público. Em outras palavras: guiar a

²³⁵ Lei n. 10.480/2002: “Art. 15. O disposto nos arts. 10 e 11 não se aplica à Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil.”

²³⁶ Vide item 1.5.1 do Capítulo I.

condução do ato administrativo (Políticas Públicas) a ser praticado de modo que esteja conforme os ditames constitucionais e legais.

É justamente o que Fernando Luiz Albuquerque de Faria (2008, p. 26) defende, ao afirmar que:

[...] quando não se combate e se tolera ilegalidade, abusos e desvios contra o interesse público, quebra-se a confiança dos eleitores nos eleitos, dos administrados nos administradores, dos destinatários de decisões e ações governamentais nos gestores públicos, e, por conseguinte, rui-se os próprios alicerces que dão sustentação ao Estado [...].

Destarte, a violação ao interesse público é um mal que deve ser não só prevenido, como combatido, através da mudança na passividade das instituições de controle, que incluem a Advocacia-Geral da União²³⁷²³⁸.

Esse é o papel que o Estado Democrático de Direito reserva à AGU: o Direito que subjaz ao Estado não lhe permite caminhar à margem do ordenamento por ele mesmo criado, e a Democracia que confere legitimação ao governo e guia seus passos não admite ser ultrajada por condutas que firam ou destoem da sua finalidade última, a busca do interesse público previsto normativamente: reflexo dos ideais de justiça e dos valores aos quais deve servir o Direito²³⁹.

²³⁷ Fazendo-se um breve recorte epistemológico e tomando-se por base as ideias acima desenvolvidas, poder-se-ia traçar o seguinte raciocínio silogístico, tão somente para facilitar o entendimento do argumento antes exposto:

- **Premissa Maior:** A AGU visa dar conformação jurídica aos Interesses Públicos, externados por meio de Políticas Públicas.
- **Premissa Menor:** Interesses Públicos não se confundem, necessariamente, com interesses dos governantes.
- **Síntese:** A AGU, como Advocacia de Estado, não se confunde, necessariamente, com uma Advocacia em defesa dos interesses dos governantes.

²³⁸ O posicionamento consignado no silogismo acima também é sustentado por Ana Paula Andrade Borges de Faria (2002, p. 173), a saber: “O Advogado Público tem compromisso com a legalidade, não com o interesse transitório de governantes. Tal é o motivo, aliás, pelo qual a Constituição qualifica o Procurador como PROCURADOR DO ESTADO (art. 132, CF). Assim sendo, no exercício da atividade de controle, deve servir unicamente ao interesse público. Em tal esteira, inclusive, é a aguda observação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto: ‘Na qualidade de órgão unipessoal o Procurador é o Estado presente no controle externo, perante o Judiciário, postulando seus interesses, bem como é o Estado, presente no controle interno, dizendo o direito aplicável à Administração.’”

²³⁹ “Meu ponto de partida é o de que esse projeto do Estado Democrático de Direito seria reduzido a uma mera figura de retórica se não existissem, no plano das instituições, mecanismos e instrumentos que dessem consequência a esse programa. E parece-me que a Advocacia Pública é a função de Estado por excelência encarregada de realizar a vontade majoritária democraticamente estabelecida, adequando-a aos marcos do ordenamento jurídico.

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

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

Segundo Arnaldo Godoy²⁴⁰, em posição firme e contundente acerca da discussão Advocacia de Estado *versus* Advocacia de Governo, “A ruptura entre Estado e governo funda-se no corte metafísico que remonta à alegoria da caverna de Platão. Sugere dois mundos: um real, outro ideal. O corte platônico dá-nos a direção da tradição ocidental.” E prossegue afirmando que na organização social democrática “o Estado é substancializado pelo governo, que lhe dá vida. Quebrar o silogismo é desconhecer as regras do jogo. É artifício de eloquência para se situar acima de tudo e de todos. Estado sem governo é metonímia que toma a causa pelo efeito, possuído pelo possuidor.”

De fato, como apontado anteriormente, em um ambiente democrático, onde o governo é legitimamente escolhido pelo povo, de onde o Poder efetivamente emana, consoante disposição do parágrafo único, do art. 1º da Constituição Federal, não há que se fazer a distinção entre Estado e governo, sob a ótica de possíveis teleologias discrepantes entre si, para os fins de adjetivar a Advocacia Pública com um ou outro qualificativo²⁴¹.

juridicidade.” (BINENBOJM, 2010, p. 1-2). Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=70773>>

²⁴⁰ “Viceja entre nós Advogados Públicos um nó górdio existencial que precisa ser desatado. Para quem advogamos? Para o Estado ou para o governo? Menos do que duelo de serpentário a pergunta revela um absoluto dilema ou esconde falso problema. Meio caminho não há.

A ruptura entre Estado e governo funda-se no corte metafísico que remonta à alegoria da caverna de Platão. Sugere dois mundos: um real, outro ideal. O corte platônico dá-nos a direção da tradição ocidental. É o núcleo de todas as fendas, antagonismos e bipolaridades que marcam a teologia, a ciência política, a psicanálise e o direito.

Dizer-se Advogado do Estado, e não do governo, é mecanismo retórico sutil que coloca o Advogado público acima do bem e do mal, do certo e do errado, do recorrente e do efêmero, do sempre e do às vezes. Ver-se como Advogado do Estado é um abre-te sésamo para todos os achismos e idiosincrasias. É a autorização para o uso das próprias razões, que se confundem com as razões do Estado. Qualquer semelhança com o ideário do autor de Mandrágora não é mera coincidência. É estar do lado do bem, da beleza, da verdade, do mundo onde não há conflitos, e nem responsabilidades. É o território perfeito para os especialistas em superficialidades. É a preocupação desleal com o procedimento, e não com o resultado.

Dizer-se Advogado do governo, e não do Estado, é judicioso exercício de coerência prática e de ética pragmática. É coragem. É admitir que a ineficiência da própria ação redunde na admoestação e na responsabilização dos órgãos de controle, isto é, das corregedorias e dos mecanismos de aferição de produtividade. E porque não existe Advogado sem parte, inclusive no direito canônico, que prevê o Advogado do diabo, e até nas burocracias da Inquisição, frágil imaginar a defesa de um Estado quimérico que transcenda à couraça de um governo real. O Advogado do governo, na visão dos serafins e querubins, é mero agente do convencimento pela força. Miopia maior não há. Além do que, o sistema já contempla a cidadania que se revela no Estado por meio do Ministério Público. Não é por acaso que inúmeras ações há opondo Ministério Público e Advogado público, embora a convergência de entendimento circunstancialmente também ocorra. Esta última trata-se, no entanto, de exceção, e não de regra.

[...]

Para diminuir o atrito, a sociedade civil se organiza de várias formas, e a democracia parece ser a mais virtuosa delas. Os grupos se articulam, legitimam-se pelo voto, agem em nome do governo. Outra forma não há. Numa sociedade democrática o Estado é substancializado pelo governo, que lhe dá vida. Quebrar o silogismo é desconhecer as regras do jogo. É artifício de eloquência para se situar acima de tudo e de todos. Estado sem governo é metonímia que toma a causa pelo efeito, o possuído pelo possuidor. (GODOY, 2010.)

²⁴¹ Todavia, não se pode esquecer que, ainda assim, o Estado é uma entidade permanente de viés perene ao passo que o governo é temporário e de viés mutante, já que periodicamente é alterado. Sob essa perspectiva, ainda em um Estado democrático, haveria sentido em se falar em Advocacia de Estado *versus* Advocacia de

Acaso assim procedêssemos estaríamos adentrando no terreno platônico da “alegoria da caverna”, tal qual firmemente apontado por Arnaldo Godoy, contrapondo, de modo ingênuo, a realidade fática a um ideal utópico.

Todavia, ainda que diante desta constatação, o silogismo declinado na nota de rodapé n. 238 não perde em significado, eis que, consoante apontado pela própria Lei Complementar n. 73/93 a busca pelo interesse público (normativamente qualificado) é corolário da atuação da Advocacia-Geral da União, de modo que “desejos” arbitrariamente externados pelo governante, acaso não se conformem aos ditames constitucionais e legais, não poderão ser transvestidos em uma “pseudojuridicidade” sob pena de macular-se o próprio alicerce justificador da Advocacia Pública no modelo de Estado que hoje nos é apresentado: o regime democrático²⁴².

Com efeito, o mérito da escolha política não deverá ser contestado pela Advocacia Pública. Por outro lado, sua conformação jurídica (tanto constitucional como legal) não deve ser relativizada a fim de mascarar uma pretensão do governo ou do governante que não se coadune com o Ordenamento Jurídico pátrio.

Essa é a tônica da interpretação jurídica sugerida por Kelsen na sua Teoria Pura do Direito. Em emblemática passagem é dito que o direito a aplicar é como uma moldura dentro da qual há várias possibilidades de aplicação, pelo que será conforme ao direito todo e qualquer ato que se mantenha nos estritos limites que a moldura impõe ao quadro normativo (2006, p. 390).

É justamente o que ocorre na atuação da Advocacia Pública: a decisão política é pinçada pelo Estado, por meio do governante, cabendo ao seu Advogado verificar se aquela escolha encontra-se inserida na moldura de possibilidades interpretativas da norma jurídica. A liberdade, autonomia ou independência dos Advogados Públicos não os autoriza a permanecerem inertes ou a recusarem atuação por qualquer outra justificativa que não o descompasso da atuação do gestor com os ditames da legalidade.

Governo. De igual modo, se tivermos em mente a ponderação promovida por Cezar Saldanha Souza Júnior entre o Estado e o Governo de que “enquanto o primeiro é a sociedade política global – o todo – o governo é um dos elementos do Estado, ou seja, o elemento diretor ou o conjunto de órgãos que detêm o poder na sociedade política”, também poderíamos nos questionar se a Advocacia Pública é Advocacia do “todo” (Estado) ou de “parte” (Governo). (SOUZA JUNIOR, p. 81, 1978).

²⁴² Como dito pelo Ministro Carlos Ayres Britto em voto proferido quando da relatoria da ADPF n. 130 – e essa lição deve nortear a atuação da AGU especialmente no seu viés consultivo –, que resultou na não recepção em bloco da Lei n. 5.250/67 (antiga Lei de Imprensa): “Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada.” (p. 11 da Ementa do Acórdão)

As possibilidades de aplicação do direito estão dentro da moldura, o que não significa que o aplicador não possa fixar uma norma fora dessa moldura. Há essa possibilidade, todavia tal norma não estará conforme o direito (Kelsen, 2006, p. 393). Nesse caso, compete à Advocacia Pública orientar o gestor para que retorne às fronteiras estabelecidas pela norma, a fim de conferir higidez ao ato administrativo (político) que se pretende viabilizar, mesmo porque, conforme expressa disposição Constitucional já referida, os atos administrativos devem inserir-se nos mais estritos limites da legalidade.

Depreende-se do texto que Kelsen resiste à ideia de que seria possível por meio da interpretação extrair-se uma única solução correta e justa. Para ele, como dito, há uma série de possibilidades para o preenchimento da moldura, e todas essas normas seriam normas igualmente possíveis, sendo inexistente qualquer critério com base no qual uma das possibilidades pudesse ser preferida à outra²⁴³. Esta é mais uma razão para que o Advogado Público não se imiscua no mérito do ato administrativo, pois, nesse sentido, estaria tentando substituir-se ao agente com competência legal para tomar a decisão político-gerencial²⁴⁴. Dentro dos limites da norma (que são múltiplos), limites esses apontados pelo Advogado Público, o governante pode legitimamente trafegar e sua conduta deverá ser chancelada e defendida pela Advocacia-Geral da União.

Em resumo, o texto normativo descreve uma moldura dentro da qual, por meio da interpretação, podem-se extrair diversas normas. Quaisquer normas validamente contidas dentro da moldura são, indiscutivelmente, normas jurídicas. A norma escolhida e imposta ao caso concreto é, portanto, tão legítima quanto qualquer outra, a única diferença é que é mais conveniente sob um juízo de valor político social, que, repita-se, não compete ao Advogado Público mensurar.

²⁴³ “Todos os métodos de interpretação até ao presente elaborados conduzem sempre a um resultado apenas possível, nunca a um resultado que seja o único correto.
[...]

A questão de saber qual é, dentre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a ‘correta’, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema de teoria do Direito, mas um problema de política do Direito. A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, criar as únicas leis justas (certas). Assim como da Constituição, através de interpretação, não podemos extrair as únicas leis corretas, tampouco podemos, a partir da lei, por interpretação, obter as únicas sentenças corretas.” (KELSEN, 2006, p. 392-393)

²⁴⁴ Nesse sentido o Enunciado n. 07 do Manual de Boas Práticas Consultivas assevera: “O Órgão Consultivo não deve emitir manifestações conclusivas sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade.” Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=153380&id_site=1104&aberto=&fechado=> . Acesso em 15 jun. 2012.

Sendo esse o panorama que permeia a atuação judicial e consultiva da Advocacia-Geral da União, deve-se voltar as atenções ao seu *status* Constitucional e analisar quais implicações há no fato de a AGU ter sido concebida como uma Função Essencial à Justiça.

2.3 A AGU como Função Essencial à Justiça – autonomia funcional e independência coordenada

A Advocacia-Geral da União – AGU, prevista no art. 131, integra, topograficamente falando, o Capítulo IV, do Título IV da nossa Constituição, que trata, por sua vez, das Funções Essenciais à Justiça – FEJ.

Esse registro é importante, para fixar inicialmente que a AGU não foi encartada pelo Legislador Constituinte Originário dentro de nenhum dos outros Capítulos do referido Título IV da Constituição, reservados especificamente a cada um dos três Poderes Estatais constituídos, a saber: Capítulo I – Do Poder Legislativo; Capítulo II – Do Poder Executivo; e Capítulo III – Do Poder Judiciário.

Nesse contexto, e sem apartar-se da Separação dos Poderes tratada no **Capítulo I**, Moreira Neto (2011, p. 71-95) propõe um modelo que afasta o sentido originário da referida Separação para atrair ao cenário do chamado “neoconstitucionalismo” o sentido da **Separação das Funções Estatais**, senão observe-se (MOREIRA NETO, 1994, p. 34):

Hoje, mais importante que a ideia de órgão é a ideia de função. Quando o capítulo IV (do título IV da Constituição Federal de 1988) fala em funções essenciais à justiça, já está afinado com uma visão bastante moderna do que seja a redistribuição do poder do Estado. O poder do Estado é uno (isso já está na lição dos clássicos), é o próprio *Lowenstein*, um clássico, que acrescenta aos poderes tradicionais, enquanto funções, essa de controle. A função de controle, assim como as demais funções constitucionais, podem se agrupar ou não em complexos orgânicos. Essas novas funções estatais estão todas no título dos poderes do Estado e o primeiro título se refere ao estatuto da Nação; o segundo título, ao estatuto da sociedade; o terceiro, ao estatuto do Estado; e o quarto, ao estatuto do poder do Estado. É neste estatuto do poder do Estado, que desponta a quadripartição: três conservam a sua natureza orgânica, sistêmica, mas o quarto não; o quarto é repartido entre brigas distintas e unipessoais, para que possam atuar junto a todos os demais, com a maior flexibilidade possível. Então não conformam eles um quarto poder, mas, sem dúvida, um quarto tipo de atuação do Estado: uma atuação provocativa, sem a qual as demais não podem funcionar corretamente. Daí a essencialidade à justiça de todas as quatro funções.

Dentre ditas funções estão as chamadas **funções partidariamente descomprometidas**, também chamadas de **funções neutrais**²⁴⁵.

Segundo afirma, podem ser identificadas cinco espécies de funções neutrais²⁴⁶ constitucionalmente independentes, dentre as quais se destacam as definidas como **essenciais**

²⁴⁵ Sobre o tema, Aragão leciona: “No advento da Revolução Francesa, acreditava-se que apenas os órgãos da soberania popular, ou seja, os mandatários eleitos, poderiam levar a vida em sociedade a bom termo. Logo, porém, foi verificada a necessidade da criação de órgãos estatais com autonomia de gestão e independência funcional para, fora do círculo político-eleitoral, controlar e equilibrar as relações entre os titulares dos cargos eletivos para assegurar a observância dos valores maiores da coletividade. Surgiram, então, os poderes neutrais do Estado, que abrangem realidades díspares, desde as cortes constitucionais às agências reguladoras independentes, passando pelos tribunais de contas, conselhos com sede constitucional, etc.

O que há em comum a todos estes órgãos, que, sem dúvida possuem escala de autonomia variável, é o (1) caráter não eletivo do provimento dos seus titulares, (2) a natureza preponderantemente técnica das suas funções e (3) a independência, ou seja, a ausência de subordinação aos poderes políticos eletivos do Estado como forma de propiciar o (4) exercício imparcial das suas funções em relação aos diversos interesses particulares que estiverem em jogo, aos interesses do próprio Estado do qual fazem parte e à vontade majoritária da sociedade tal como expressa por seus representantes.

Estes poderes neutrais do Estado, infensos ao menos imediatamente às mudanças político-eleitorais, longe de serem antinômicos à democracia em razão da possibilidade de contradição com as forças políticas majoritárias, asseguram o pluralismo no seio do Estado sem retirar totalmente os poderes do Chefe do Poder Executivo e do Poder Legislativo. São, com efeito, uma feliz combinação do pluralismo com o princípio majoritário.

A Teoria dos Poderes neutrais não é nova, devendo grande parte da sua construção a BENJAMIN CONSTANT e a CARL SCHMITT. Todavia, a sua importância só veio a ser notada com maior intensidade pela pena da mais moderna doutrina alemã, sobretudo através de FICHTMULLER, italiana, com destaque para MICHELA MANETTI e SILVIA NICCOLAI, e espanhola, na qual JOSÉ MANUEL SALA ARQUER merece especial citação por seu pioneirismo, que livraram a Teoria dos Poderes neutrais das concepções autoritárias que permearam a sua origem, transformando-a em importante instrumento para a compreensão da complexidade estatal e social em que vivemos.” (ARAGÃO, **O controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da Teoria dos Poderes Neutrais**, item II, jul./set. 2003)

²⁴⁶ “Desse modo, nestas categorias inovadas, identificam-se *cinco tipos de funções neutrais constitucionalmente independentes*, com suas respectivas atuações referidas à *zeladoria*, ao *controle* e à *promoção* e à *defesa* de interesses juridicamente protegidos, por esta razão, todas apropriadamente inseridas na Carta Política brasileira em seu Título IV – Da Organização dos Poderes – como a seguir descritas e identificadas:

1º - funções neutrais constitucionalmente independentes de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, voltadas explicitamente à tutela da legalidade, da legitimidade e da economicidade da gestão administrativa, e, implicitamente, também à tutela da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência da gestão pública, categorizadas como atividades de zeladoria e de controle, cometidas ao sistema nacional de *Tribunais de Contas*;

2º - funções neutrais constitucionalmente independentes de controle da atuação administrativa e financeiras do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juizes, de custódia da autonomia do poder judiciário, do cumprimento do estatuto da magistratura e da observância dos princípios da administração pública, de promoção de justiça em casos de crime contra administração pública e abuso de autoridade e atribuições correlatas, categorizadas como de zeladoria, controle e promoção de justiça e cometidas ao *Conselho Nacional de Justiça*;

3º - funções neutrais constitucionalmente independentes de controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais dos seus membros, de custódia da autonomia funcional e administrativa dessa instituição e da observância dos princípios da administração pública, e atribuições correlatas, categorizadas como de zeladoria e controle, cometidas ao *Conselho Nacional do Ministério Público*;

4º - funções neutrais constitucionalmente independentes e definidas como essenciais à justiça, categorizadas como de controle, zeladoria e promoção de interesses juridicamente qualificados de toda natureza, cometidas, respectivamente, conforme a especificidade dos interesses, a quatro complexos orgânicos distintos: ao *Ministério Público*, à *Advocacia de Estado*, à *Advocacia* e a *Defensoria Pública*;

e

à **justiça**, “categorizadas como de controle, zeladoria e promoção de interesses juridicamente qualificados de toda natureza, cometidas, respectivamente, conforme a especificidade dos interesses, a quatro complexos orgânicos distintos: ao *Ministério Público*, à *Advocacia de Estado*, à *Advocacia* e à *Defensoria Pública* [...]”²⁴⁷ (MOREIRA NETO, 2011, p. 91).

Moreira Neto ensina que essas funções devem ser desempenhadas por agentes do Estado cujas competências constitucionais estejam afetas ao interesse direto da sociedade (Ministério Público), muito embora, sempre que legitimamente compatível, também podem estar afetas ao interesse do próprio Estado (Advocacia do Estado)²⁴⁸.

Sob esse viés, caracteriza as FEJ como funções exercidas no Estado que não necessariamente pertenceriam ou se veriam inseridas, como de fato não pertencem nem se inserem, a nenhuma das outras funções (executiva, legislativa e judiciária) exercidas **pelo** ou **no** Estado.

Lembre-se, a propósito dessa temática, que Canotilho trata de duas dimensões atribuídas à teoria da Separação dos Poderes²⁴⁹: uma negativa, e uma positiva. A negativa se relaciona com a função de controle e limites no uso do poder, servindo especialmente à garantia e proteção da esfera jurídico-subjetiva dos indivíduos e evitando, por outro lado, que ditos poderes (funções) restem concentrados. Embora cada um dos tradicionais Poderes se comunique e se inter-relacione uns com os outros, no claro propósito de promover um mútuo e recíproco controle, essa dimensão negativa, modernamente, é atribuída de modo mais

5º - funções neutras constitucionalmente de lei ou ato normativo federal (sic), bem como a concursos públicos de ingresso na magistratura, no ministério público e nas procuradorias dos estados e do distrito federal, cometidas à *Ordem dos Advogados do Brasil*.” (MOREIRA NETO, 2011, p. 26-27)

²⁴⁷ Em outro texto, mantendo a coerência de entendimento, Moreira Neto (1991, p. 20) define as Funções Essenciais à Justiça como “o conjunto de atividades políticas preventivas e postulatorias através das quais interesses juridicamente protegidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais”.

²⁴⁸ “Essas funções, como se indicou, também devem ser desempenhadas por agentes do Estado, mas que se distingam pelo exercício de competências constitucionais prioritariamente afetas ao interesse direto da sociedade, embora, sempre que legitimamente compatível, possam também estar afetas ao interesse do próprio Estado, em seus desdobramentos políticos e administrativos, constituindo-se, igualmente, como um segundo bloco constitucional de funções estatais neutras.
[...]

Portanto, a teoria dos ‘*poderes neutrais*’ – que, mais apropriadamente, hoje assim não mais se definirão, mas como ‘*funções neutrais*’, em razão da própria *unicidade do poder estatal*, entendida não como uma neutralidade genérica, mas como uma *neutralidade específica*, ou seja, apenas restrita aos assuntos político-partidários – parte da constatação dessa paulatina *erosão da legitimidade* das assembleias políticas, as quais, muito embora formalmente eleitas, perdem *legitimidade* quando se trata de aferir, com imparcialidade e independência, a pleora de valores em constante concorrência nas sociedades contemporâneas” (MOREIRA NETO, Revista da AGU, 2011, p. 19-21).

²⁴⁹ Vide item 1.2.2, Capítulo 1.

robusto e direto às Funções Essenciais à Justiça, mormente em razão da sua independência relativamente às demais funções (Poderes) do Estado.

Não significa que as Funções Essenciais à Justiça sejam um quarto Poder, mas nos permite inferir que as referidas funções detêm o mesmo nível de importância que os três tradicionais Poderes do Estado. Essa posição é defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (p. 13, 1996), *verbis*:

[...] a Constituição não colocou essas instituições dentro de um ou outro dos Poderes do Estado, colocou-as no mesmo nível daqueles, englobando-as num bloco único, quase como se constituíssem um quarto poder dentro do título IV da Constituição, pertinente à organização dos Poderes. Isto não significa que exista um quarto Poder, mas permite inferir que as funções ali referidas são do mesmo nível de importância que as desempenhadas pelos três Poderes do Estado.

Frise-se, noutra senda, que ser Função Essencial à Justiça não se confunde (tão-somente) com ser função essencial ao funcionamento do Poder Judiciário, mesmo porque no Estado Democrático de Direito, lugar do surgimento da Advocacia Pública, esta restrição de sentido milita contra a própria missão constitucional que lhe foi conferida. Significa dizer que o termo “Justiça”, conforme empregado pela Constituição, tem uma acepção mais ampla, dizendo respeito diretamente aos fins propostos pelo Estado Democrático de Direito: significa, portanto, o envolvimento de toda a atividade do Estado.

Outro não é o entendimento de Sérgio de Andréa Ferreira (1991, p. 12), a saber:

O que se busca com a atuação dessas instituições é a realização da justiça, tomando esse termo não apenas no sentido da justiça de estrita legalidade; de justiça jurisdicional mas da justiça abrangente da equidade, da legitimidade, da moralidade. [...] Não nos deixemos impressionar com a ênfase que alguns dispositivos desse Capítulo IV atribuem ao relacionamento da atividade dessas instituições com a função jurisdicional (cf. arts. 127, 131, 132 e 134). É claro que a Justiça, mesmo a abrangente, a compreensiva, se faz, em grande parte, mediante a provocação e a prestação da função jurisdicional. Mas não só através desse meio. E tanto é assim, que a atuação dessas instituições se desenvolve, também, em face de outros Poderes.

Noutro turno, “Justiça” também pode ser compreendida no contexto da própria ponderação de valores proposta pela Constituição, tanto no seu Preâmbulo²⁵⁰ quanto no seu art. 3º, I²⁵¹.

²⁵⁰ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e

Nessa mesma esteira, Costa *et al* (2009, p. 82-83) entende que o termo “Justiça”, elevado como um valor supremo da sociedade, tal qual consignado no preâmbulo da Constituição, tem sentido bem mais largo do que a “justiça” prestada pelo serviços judiciais em geral, sendo que essa “necessidade de interpretação mais ampla se ajusta às diversas atividades das instituições, órgãos e agentes que atuam na área judiciária ou além dela e devem ter sempre a justiça como objetivo.” Ademais, assevera que o termo “essencial” “exprime algo que é indispensável, necessário, imprescindível para a realização de determinado objetivo.” Nesse sentido, constituir-se-ia negação do próprio Estado Democrático de Direito a inexistência do Ministério Público, Advocacia Pública e Privada e Defensoria Pública. E, por fim, arremata que “a própria ‘essencialidade’ das funções realizadas por tais instituições afasta a nota de subordinação a qualquer outra função ou Poder do Estado”²⁵².

Claro, então, que a figura das Funções Essenciais à Justiça constituem inovação, introduzida na realidade jurídico-social brasileira pelo constituinte de 1988, no que concerne não especificamente à clássica Separação de Poderes, mas à **Separação de Funções Estatais**.

Nas palavras de Mário Bernardo Sesta (1993, p. 199) a instituição da Advocacia de Estado (em todas as esferas federativas) pela Constituição Federal, como Função Essencial à Justiça, não é mais do que consequência natural das premissas que definem o Estado de Direito, o qual confere particular relevo ao caráter participativo do modelo democrático, buscando assegurar melhores instrumentos de preservação do princípio da legalidade administrativa.

Com efeito, em um Estado Democrático de Direito deve-se pressupor a democratização até mesmo do exercício do Poder (funções) estatal, razão pela qual o nosso Constituinte conferiu o mesmo *status* Constitucional das demais funções (Poderes) do Estado – Legislativa, Executiva e Judiciária – às Funções Essenciais à Justiça, ou seja outorgou-lhes

internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

²⁵¹ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

²⁵² Tal qual declinado por Costa *et al*, Luziânia Braga (2009, p. 341) cinde a expressão para definir o que significa ser “essencial à justiça”, e analisa cada um dos termos separadamente, *verbis*: “A palavra *essencial* há de ter significado jurídico: tais instituições não deveriam ser podadas, não poderiam deixar de existir. Pois sua inexistência mutilaria o Estado Democrático de Direito. Essencialidade repugna a subordinação a outra função do estado. A Advocacia-Geral da União não é essencial ao poder executivo. É função essencial ao Estado democrático de Direito, tanto quanto o poder executivo (e outras tantas funções) pode sê-lo. No mais, a palavra Justiça não deve ser concebida como um resultado monopolizado pela função jurisdicional. ‘A justiça é um fim social, da mesma forma que a igualdade ou a liberdade ou a democracia ou o bem-estar’. A Justiça é um benfazejo fruto a ser perseguido em toda emanção do poder estatal.”

parcela do poder estatal, poder esse emanado do povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988).

Nas palavras de Sesta (2001, p. 72) ser Função Essencial à Justiça significa que, sem a participação ativa dessas carreiras, justiça, na concepção moderna de Estado democrático, não haverá, *verbis*:

A simples situação dessas carreiras na topologia da constituição, de forma inteiramente nova no constitucionalismo brasileiro, e sua qualificação como ‘Funções Essenciais à Justiça’, está a significar que participam da essência da atividade de realização da Justiça.

Que significa, afinal, dizer-se que tais ou quais funções são essenciais à Justiça? Significa por certo que, sem seu concurso, justiça não haverá, pressuposto e decorrência que são da escolha constitucional de um perfil moderno de Estado Democrático.

Significa a sobrevalorização do interesse público, que se busca alcançar já não só pela pacificação vinculativa na solução das lides, mas ainda por uma especial valorização da custódia da lei; da impessoalidade no aconselhamento preventivo e no patrocínio judicial dos interesses do Estado; na franquia do acesso ao amparo da ordem jurídica em favor dos desvalidos da fortuna.

Não fosse isso, tão só pela simples leitura da norma constante do art. 131 da CF/88 poder-se-ia perceber a razão da inserção da Advocacia-Geral da União em Capítulo distinto dos três outros que lhe antecedem: o fato é que compete à AGU representar judicial e extrajudicialmente a União (Administração Direita e Indireta). Assim, a AGU representa/defende todos os Órgãos e Poderes da União, caso contrário, seria necessário haver uma Advocacia-Geral do Poder Legislativo, uma Advocacia-Geral do Poder Judiciário, uma Advocacia-Geral do Poder Executivo e assim sucessivamente²⁵³.

Deste modo, vê-se que, na qualidade de entidade componente das Funções Essenciais à Justiça, a AGU goza, assim como o Ministério Público (entidade onde se

²⁵³ Sobre o tema Fernando Luiz Albuquerque Faria (2008, p. 12-13) leciona: “Além de criar essa Instituição destinada a agrupar toda a atividade de advocacia pública federal, o Constituinte de 1988 optou por prevê-la sob o manto do Título IV que trata da ‘Organização dos Poderes’, sem, todavia, incluí-la nos Capítulos I, II e III, referentes aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e sim fazendo constá-la dentro do Capítulo IV denominado de ‘Funções Essenciais à Justiça’, junto com o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Privada, na Seção II relativa à ‘Advocacia Pública’.

Esse fato, conforme a ilustre Procuradora Federal Maria Jovita Wolney Valente, não teria a intenção de estabelecer um ‘quarto poder’, mas sim para que a Advocacia-Geral da União pudesse atender, com independência, aos três Poderes, tendo presente que, quando a Carta Magna fala em representação judicial da União se refere a todos eles e, inclusive, por decorrência lógica, às instituições públicas federais consideradas também funções essenciais à justiça (Ministério Público da União e Defensoria Pública da União) e que também fazem parte da entidade denominada ‘União’.”

consegue enxergar isso com maior nitidez e facilidade), de certa independência²⁵⁴ (autonomia) e liberdade no âmbito de sua atuação.

Registre-se que um tratamento díspar entre ambas as instituições (Ministério Público e Advocacia Pública) vai de encontro à própria evolução histórica das referidas funções no Estado brasileiro, eis que o Ministério Público surge da noção embrionária de Advocacia Pública, assumindo, posteriormente ambas as atribuições, sendo que a divisão de competências entre os órgãos só surge com a Constituição de 1988. Razão pela qual não há que se tratar diferentemente a Advocacia Pública e o Ministério Público, já que têm a mesma origem histórica e dividem, juntamente com a Defensoria Pública, o mesmo *status* e essencialidade Constitucional²⁵⁵.

Tal assertiva resta mais robusta quando se percebe que todos os órgãos que compõem as Funções Essenciais à Justiça são órgãos de *advocacia* em sentido *lato*. Com efeito, como registrado pelo professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, o gênero *advocacia* se divide em advocacia privada e pública, sendo essa última subdividida em outras três categorias distintas^{256 257}: 1ª) a Advocacia da Sociedade – própria do Ministério Público; 2ª) a

²⁵⁴ Trata-se de uma independência, no caso da atuação judicial, coordenada, consoante disposição expressa do art. 28, II da Lei Complementar n. 73/93, diferentemente do que se dá com o MP.

²⁵⁵ Sobre a equivalência das posições ocupadas pelo Ministério Público e pela Advocacia Pública, José Afonso da Silva (2001, p. 12) leciona: “Isso significa, como aliás, já observara Tomás Pará Filho, no I Congresso Nacional de Procuradores de Estado, que, diante da tradição firmada em nosso sistema administrativo, a Advocacia Pública tem posição equivalente à do Ministério Público, 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, manter o princípio da equivalência entre os seus executores.”

²⁵⁶ “A **advocacia privada** é a prestada por **Advogados**, em caráter particular, atuando na zeladoria, promoção e defesa de todos os interesses jurídicos, de modo geral, excetuando-se as atuações reservadas exclusivamente aos órgãos da **advocacia pública** (CF, art. 133). Esta, a **advocacia de pública**, é prestada organicamente *na estrutura do Estado*, através de órgãos unipessoais e funcionalmente independentes, subdividindo-se em três modalidades: a **advocacia da sociedade**, cometida ao Ministério Público (CF, art. 127), a **advocacia de Estado**, reservada expressamente à Advocacia-Geral da União, aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (CF, arts. 131 e 132) e, implicitamente, aos Procuradores autárquicos e fundacionais e aos Procuradores de municípios com investidura estatutária, e a **advocacia dos hipossuficientes**, confiada à Defensoria Pública (CF, art. 134).” (MOREIRA NETO, 2009, p. 31)

²⁵⁷ Diferentemente de Moreira Neto, Arnaldo Godoy (2011, p. 1) afirma que a defesa do Estado, no fracionamento de competências operacionalizado pela Constituição de 1988, compete ao Ministério Público, ao passo que à Advocacia Pública compete a defesa do governo, muito embora deva, esta última, sempre ter em mira o interesse público, *verbis*: “A Constituição de 1988 fracionou competências. E se ao **Ministério Público** incumbiu-se a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, à Advocacia-Geral da União determinou-se a representação da União, judicial e extrajudicial, bem como o assessoramento jurídico e a consultoria ao Poder Executivo. Ao primeiro, MP, a defesa do Estado e dos interesses indisponíveis; à **segunda, AGU, a defesa do governo, embora, bem entendido, sempre na mira do interesse público**, revelado numa imaginária vontade geral, constatada no romantismo político de Rousseau.” (grifo nosso) (GODOY, 2011, p. 1)

Advocacia de Estado – própria da Advocacia-Geral da União e das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal; e 3ª) a Advocacia dos Hipossuficientes – própria da Defensoria Pública.

Segundo Kirsch (2009, p. 396), “Essa separação [...] é meramente formal, já que todas as funções cometidas a essas instituições são coerentemente as de *ad vocare*, ou seja, falar sempre por alguém e em seu interesse.” Tais palavras, descontextualizadas, podem parecer conferir só menos importância à lição do professor Moreira Neto, mas não foi isso, em absoluto, que César Kirsch declinou em seu artigo. Na verdade, suas palavras confirmam a lição do professor Moreira Neto e apontam para uma opção política do Constituinte de 1987-1988, qual seja, a de subdividir as “facetas” da advocacia pública, de modo a proporcionar maior efetividade às atividades desempenhadas por cada uma das Funções Essenciais à Justiça. Isto se deu em razão do insucesso do modelo anteriormente vigente, no qual o Ministério Público congregava todas as funções da Advocacia Pública no âmbito Federal.

Retomando o tema, além da independência (autonomia) própria dos órgãos que compõem as Funções Essenciais à Justiça, os membros das quatro carreiras²⁵⁸ que integram a Advocacia-Geral da União – AGU gozam da independência particular dos Advogados, em sentido estrito.

Ora, como dito, a Advocacia de Estado nada mais é do que uma subdivisão da própria Advocacia, a expressão “de Estado”, adjetivando o termo Advocacia, embora confira uma missão diferenciada aos membros da AGU, não lhes retira o *ethos* de Advogado. Portanto, todas as normas próprias da advocacia privada, que não conflitem com a missão constitucional da AGU, lhes são aplicáveis.

Assim, é de se destacar a norma constitucional presente no art. 133 do texto constitucional, que assevera ser o Advogado indispensável à administração da justiça, bem como *inviolável* por seus atos e manifestações, no exercício de sua profissão, respeitados os limites da lei. De igual modo, o art. 7º, I do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei n. 8.906/94) estabelece como direito do Advogado o exercício, *com liberdade*, da profissão em todo o território nacional; o art. 18, por sua vez, é contudente ao determinar que a relação de emprego não retira a isenção técnica nem reduz a *independência profissional* inerentes à advocacia; e o art. 31, § 1º da mesma lei prevê o *dever de independência*, em qualquer circunstância, que o Advogado deve guardar no exercício do seu mister (MACEDO, 2009, p. 474). Por óbvio, registre-se, que tal liberdade e independência, frutos da inviolabilidade,

²⁵⁸ Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e Procuradores do Banco Central.

devem ser lidos em consonância com os ditames da legalidade e dos entendimentos sumulados que vinculam a atuação do Advogado Público Federal.

Assim é que a Lei Complementar n. 73/93, em seu art. 28, II, norteia a atuação dos Advogados Públicos Federais ao estabelecer ser vedada a atuação em contrariedade à súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União. Significa dizer que há coordenação²⁵⁹ institucional no tocante à atuação jurídica, pelo Advogado-Geral da União²⁶⁰, com relação aos membros integrantes da Advocacia-Geral da União, a fim de impedir ações/conduas díspares e temerárias por parte dos Advogados Públicos Federais.

Essa disposição legal nos remete à diferenciação entre autonomia funcional e independência funcional: aquela consiste na liberdade de exercer o ofício em face de outros órgãos e instituições do Estado, ao passo que esta consiste na liberdade com que se exerce seu ofício em face de outros órgãos da própria instituição²⁶¹. No caso, percebe-se que a Advocacia Pública detém autonomia, ao passo que sua independência encontra limites na coordenação exercida pelo Advogado-Geral da União.

Ademais, é de se ter em mente que tal coordenação visa conferir uniformidade à consultoria e ao assessoramento jurídicos, bem como à defesa judicial e extrajudicial da União, suas Autarquias e Fundações Públicas, sob pena de a orientação e defesa restarem inviabilizadas em razão de uma independência que, se sob certo aspecto é fundamental à

²⁵⁹ Referida coordenação é defendida por Dárcio Augusto Chaves Faria (1993, p. 32-33) como sendo um dos fundamentos a embasar a independência dos Advogados Públicos. Em breve resumo, o autor afirma que o Advogado não está subordinado ao administrador, mas está a ele vinculado por uma relação de coordenação, além disso afirma que nenhum Advogado está autorizado a atuar contra literal disposição de lei (art. 34, VI, da lei 8.906/1994), nem dar cumprimento a ordem manifestamente ilegal, mas, ao contrário, deve apresentar representação contra ilegalidades ou eventuais abusos de poder (art. 116, IV e XII, da lei 8.112/1990).

²⁶⁰ Na verdade há uma coordenação hierarquizada como dispõe o Ato Regimental n. 08, de 27 de dezembro de 2002, em seu art. 1º, § 1º, IV: “Art. 1º Os Membros efetivos da Advocacia-Geral da União - AGU, integrantes das Carreiras de Advogado da União e de Procurador da Fazenda Nacional, e os Membros da Carreira de Procurador Federal, observadas as concernentes disposições constitucionais, e aquelas da Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, da Lei n. 10.480, de 2 de julho de 2002, e demais disposições pertinentes, exercerão a representação judicial e extrajudicial da União, de suas autarquias e fundações e as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, de competência da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal, nos termos e forma deste Ato Regimental. § 1º No desempenho das atribuições de seus cargos, os Membros efetivos da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal observarão especialmente:

[...]

IV - as orientações dos seus superiores hierárquicos.”

²⁶¹ Essa distinção é declinada por Faria e Ferreira (2001, p. 27) que assim lecionam: “É dizer, Procuradores do Estado [ou Advogados Públicos Federais] têm autonomia funcional, protegendo sua atuação contra a interferência de pessoas ou instituições de fora da Procuradoria Geral do Estado [ou da Advocacia-Geral da União]. A independência funcional consiste na liberdade no exercício da atuação do Procurador, sem intervenção de outros órgãos ou membros da própria instituição.” Como visto, essa última hipótese, com rigor, não corresponde à realidade vivenciada pelos membros da AGU.

liberdade do advogado, por outro pode vir a ser prejudicial à sua própria missão constitucional e à própria razão de sua existência.

Deste modo, o Advogado Público, enquanto cidadão, pode até discordar da política pública que se pretende implementar, todavia, não pode, por escusa de consciência ou qualquer outra justificativa particular ou convicção pessoal, se recusar a defendê-la juridicamente²⁶² acaso ela se mantenha dentro dos marcos da Constituição e das leis em vigor²⁶³.

De todo modo, um certo grau de independência²⁶⁴ (autonomia) tem crucial importância para exercício do múnus do Advogado Público Federal, especialmente se considerarmos (e não podemos desconsiderar) que referidos agentes constantemente sofrem pressões políticas internas e externas que visam de todas as maneiras interferir na manifestação livre do seu entendimento, externada diuturnamente no exercício hermenêutico das normas constitucionais e legais conjugadas com as situações fáticas que lhes são submetidas.

Por essa razão é que o Parecer n. GQ -24/1994²⁶⁵, da Advocacia-Geral da União assevera que “A positividade da disciplina específica dos servidores públicos, na condição de advogados, não lhes tolhe a isenção técnica ou independência da atuação profissional”²⁶⁶.

Nesse sentido, sendo o órgão responsável por nortear os passos da Administração no caminho da constitucionalidade e da legalidade, não pode, por incompatibilidade lógica com o exercício de suas funções, ser tolhido em sua liberdade e independência técnicas²⁶⁷.

²⁶² “O Advogado Público tem o direito, como cidadão, de discordar dessas políticas. Eu diria até que ele tem o dever se esta for a sua convicção pessoal. Todavia, tem ele o dever funcional de se engajar na promoção e na preservação dessas políticas, desde que elas se mantenham dentro dos marcos da Constituição e das leis em vigor.” (BINENBOJM, 2010, p. 02)

²⁶³ Ver tópico 2.2.3, parte final (interpretação à luz da teoria kelseniana).

²⁶⁴ Essa independência surge quando não há orientação, parecer ou súmula da AGU a nortear o entendimento jurídico da instituição.

²⁶⁵ Disponível em: <http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/ListarAtos.aspx?TIPO_FILTRO=Pareceres>. Consulta em 24 jun. 2012.

²⁶⁶ O Parecer n. GQ-24/1994 foi aprovado pelo Presidente da República e publicado juntamente com o despacho presidencial, o que lhe confere efeito vinculativo relativamente a toda Administração Pública Federal, nos termos do art. 40, § 1º da Lei Complementar n. 73/93, *in litteris*:

“Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.”

²⁶⁷ Sustentando essa tese, Alexandre Magno Fernandes Moreira de Aguiar (2009, p. 56) leciona: “Ora, a legalidade dos atos administrativos deve ser verificada exatamente por aqueles profissionais qualificados para o mister: os Advogados Públicos. Essa verificação é exatamente o controle interno dos atos administrativos, previsto expressamente pela Constituição (art. 74). Antes, durante ou mesmo depois da expedição desses atos, é indispensável que o Advogado público verifique sua legalidade. Para o efetivo exercício do controle

Contudo, não se pode esquecer, como registrado anteriormente, que a independência da Advocacia Pública é uma independência coordenada, consoante se extrai do teor do art. 28, II da Lei Complementar n. 73/93 e do Ato Regimental n. 08/2002, da Advocacia-Geral da União; e isso não implica nem em antinomia legislativa nem em inconstitucionalidade, já que dita coordenação é necessária à manutenção de uma uniformidade na prestação do serviço de consultoria e assessoramento, bem como de representação judicial e extrajudicial de toda a Administração Pública Federal, o que propicia um ambiente de segurança tanto para o Advogado Público Federal, portanto institucional, quanto para o seu cliente, a União.

2.4 A Atuação da AGU na busca pela construção e defesa das Políticas Públicas de Estado – notas descritivas sobre o PAC e sobre o empreendimento da Usina Hidrelétrica de Belo Monte²⁶⁸

A atuação da Advocacia-Geral da União, disseminada entre as quatro carreiras que a compõem, é por demais vasta e alberga as mais diversas matérias de interesse da União, suas autarquias e fundações públicas federais. Na verdade, algumas disciplinas são comuns a todas ou quase todas as entidades públicas federais e à União, mas a atividade finalística de cada uma das autarquias e fundações públicas, bem como de cada um dos Ministérios, lhes confere uma identidade única na medida em que especifica uma determinada política como sendo objeto de sua atuação particular²⁶⁹.

interno, é indispensável que exista independência do profissional que o realize, sob pena de se tornar suscetível a pressões políticas em sentido contrário ao prescrito no ordenamento jurídico.”

²⁶⁸ “**Quanto à abrangência das políticas estatais, estas devem abarcar medidas que assegurem, sobretudo, a efetivação de direitos previstos expressamente na Constituição Federal**, como, por exemplo, o direito à saúde, à educação, à creche e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por vezes, a legislação infraconstitucional prevê, explicitamente, a obrigação do Estado de realizar políticas sociais, a exemplo do que consta no Estatuto do Idoso, na Lei Antidrogas, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei Maria da Penha. **Outro exemplo de política social são os Programas de Aceleração de Crescimento (PACs), criados pelo Governo Federal, cujas principais características são: o grande porte das obras, a repercussão nacional e o tempo prolongado para implantação**” (FERRARESI, 2011, p. 492). (grifo nosso)

²⁶⁹ Nesse sentido, no intuito de conferir especialidade aos seus órgãos de execução, a PGF editou a Portaria 420/2008 especificando as áreas temáticas que as Procuradorias Regionais, Estaduais e Seccionais Federais deveriam observar na sua organização interna sempre que possível. Assim, dividiu as matérias de competência das autarquias e fundações públicas federais e onze temas, senão vejamos:

“Art. 1º. A representação judicial das autarquias e fundações públicas federais que já tenha sido ou venha a ser atribuída à Adjuntoria de Contencioso, Procuradorias-Regionais Federais, Procuradorias Federais nos Estados, Procuradorias-Seccionais Federais e Escritórios de Representação será exercida nos termos da Portaria PGF n. 530, de 13 de julho de 2007.

Além das áreas temáticas expressamente elencadas na Portaria PGF 420/2008, a AGU atua, por meio de seus demais órgãos (PGU, PGFN e PGBC), na defesa da probidade administrativa e combate à corrupção, direito internacional, inclusive no processo de celebração de tratados, acordos, e ajustes internacionais, em matérias concernentes aos servidores militares, direito eleitoral, em matéria tributária, bem como no que diz respeito à regulação do mercado financeiro e da política monetária nacionais.

Assim, a AGU transita no assessoramento e consultoria e na defesa judicial e extrajudicial de todas as matérias de competência da União e de suas autarquias e fundações públicas, de modo que todas as políticas públicas desenvolvidas em âmbito federal passam pela Advocacia-Geral da União, a fim de serem examinadas ou defendidas nos seus aspectos jurídicos, consoante normatizado pelo artigo 131 da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto de especialização, tem-se que a atuação da AGU se dá em dois momentos distintos: a) o primeiro com um viés preventivo, orientando e apontando o norte a ser seguido pelo gestor público. Este é o papel dos Advogados Públicos Federais que atuam nas consultorias jurídicas (seja nos Ministérios, seja nas consultorias junto às Autarquias e Fundações Públicas Federais). Trata-se de um “a priori”, ou seja, da etapa da formulação da política pública²⁷⁰; b) o segundo com um viés mais combativo, em contraposição ao primeiro,

Art. 2º. Para o desempenho da atribuição prevista no art. 1º, a Adjuntoria de Contencioso, as Procuradorias Regionais Federais, as Procuradorias Federais nos Estados, as Procuradorias Seccionais Federais e os Escritórios de Representação deverão distribuir as atividades de contencioso em áreas temáticas.

Art. 3º. As áreas temáticas a serem criadas são:

- I - Cobrança e Recuperação de Créditos;
- II - Desenvolvimento Agrário e Desapropriações;
- III - Desenvolvimento Econômico;
- IV - Educação, Cultura, Ciência e Tecnologia;
- V - Indígena;
- VI - Infra-Estrutura;
- VII - Licitações, Contratos e Patrimônio;
- VIII - Meio Ambiente;
- IX - Previdência e Assistência Social;
- X - Saúde; e,
- XI - Servidor Público e Pessoal.”

²⁷⁰ Segundo Patrícia Marques Gazola todas as políticas públicas deveriam não só ser submetidas ao crivo da consultoria jurídica a fim de verificar sua higidez constitucional e legal, mas deveriam ser elaboradas, desde o início, com a participação do Advogado Público, senão vejamos: “Todas as políticas públicas deveriam ser elaboradas com a participação de um Advogado público, tanto para que este conheça melhor as efetivas necessidades a serem atendidas pelas ações administrativas, quando para que este, ciente dos interesses públicos que estão carecendo tutela, possa orientar o agente público sobre os procedimentos adequados ao cumprimento dos requisitos legais, seja recomendando uma formatação jurídica diversa no documento, seja propondo a elaboração de um projeto de lei e regulamentação necessária para que se assegure o respeito aos princípios constitucionais ou ainda suscitando a necessidade de implantação em conjunto com ações de outras Secretarias ou Ministérios.

Sem esta proximidade, muitas vezes projetos são desenvolvidos durante meses e acabam sendo ‘barrados’ nas Procuradorias, que, distantes das discussões, apenas analisam os aspectos formais do processo olvidando-

dir-se-ia repressivo ou postulatório. Este papel compete aos Advogados Públicos Federais que atuam nos órgãos de contencioso judicial da AGU. Trata-se de um “a posteriori”, ou seja, da etapa da implementação da política pública.

Com efeito, a finalidade de todo e qualquer ato administrativo tem no interesse público o seu ponto de referência para o controle de legalidade. Uma vez desatendido o interesse público, seja por violação direta da lei seja por ofensa disfarçada, não há como se validar a conduta praticada pelo condutor da política estatal, eis que contaminada por vício (desvio ou abuso) em sua finalidade. Tal desvio representa frontal agressão ao interesse público e é justamente por essa razão que se tem desenvolvido mecanismos de controle de atos administrativos, a fim de se evitar a ocorrência de tais defeitos (CARVALHO FILHO, 2010, p. 75).

O controle de finalidade das condutas administrativas representa o próprio controle do interesse público. Quando se fala em controle da finalidade é de se considerar que o desvio de conduta não se consuma apenas quando o administrador se envolve com fins privados, mas o desvio ocorre da mesma forma quando o fim, aparentemente de interesse público, é diverso do que a lei indicou²⁷¹. Nesse caso, o desvio é mais ostensivo do que no anterior – este usualmente escamoteado pela aparência de legalidade. (CARVALHO FILHO, 2010, p. 75).

Tem-se, pois, que o papel das consultorias jurídicas seria o de garantir a higidez, entendida esta sob as perspectivas da legalidade e legitimidade, do ato administrativo praticado pelo gestor, responsável pela formulação da política pública de Estado que se visa implementar.²⁷² Nessa linha, é de se destacar a nítida finalidade preventiva da atividade

se dos interesses públicos que estão sendo objeto da busca de concretização. Perde-se tempo, dinheiro e adia-se o acesso a direitos fundamentais para muitos cidadãos.

A maior proximidade da Procuradoria no momento da elaboração das políticas públicas poderá viabilizar a otimização das ações, para que estas deixem de ser consideradas como locais burocráticos que somente criam problemas para se converterem em parceiras na busca de viabilização da verdadeira missão da administração pública.

Sendo assim, a atuação do Advogado público é fundamental na implantação de políticas públicas integradas, pois pode viabilizar a aproximação dos diversos interesses afetos às diferentes áreas de atuação estatal.” (GAZOLA; FIGUEIREDO, 2009. 417-418)

²⁷¹ No mesmo sentido, Enterría e Ramón Fernández (2000, p. 467-468) lecionam que para o vício na finalidade ser perpetrado “no es necesario que el fin perseguido sea un fin privado, un interés particular del agente o autoridad administrativa, sino que basta que dicho fin, aunque público, sea distinto del previsto y fijado por la norma que atribuya la potestad.”

²⁷² “É justamente por objetivar garantir a aplicação dos princípios da legalidade e da legitimidade que a consultoria jurídica desempenhada pela Advocacia-Geral da União se caracteriza como uma verdadeira função de controle no processo político (*policy control*, à luz da classificação funcional de Karl Loewenstein). Garantindo que as políticas públicas formuladas no âmbito do Poder Executivo estejam de acordo com o ordenamento jurídico, tanto no plano constitucional como legal, a consultoria jurídica

consultiva, na medida em que impede que políticas públicas formuladas venham, no momento da sua implementação, a ser consideradas contrárias ao ordenamento jurídico, e, portanto, questionadas judicial ou extrajudicialmente.

Em imprescindível complementação, Bercovici destaca que as políticas públicas podem e devem ser controladas não apenas no que toca à legalidade formal dos seus atos constitutivos, mas, sobretudo, no que concerne à sua adequação constitucional²⁷³, especialmente quanto aos objetivos fundamentais fixados no art. 3º da nossa Constituição²⁷⁴.

Não discrepando desse entendimento, Kirsch (2009. p. 401) aponta que a consultoria jurídica da AGU irá auxiliar o Gestor/Governante e demais colaboradores na correta elaboração do seu plano político. Tal plano deve-se guiar pelos corolários da moralidade, legalidade e eficiência²⁷⁵, de modo que se possa alcançar o sucesso na elaboração e futura execução das políticas públicas que visem a proporcionar o bem comum da sociedade em geral. Tal norte é de ser apontado pela referida consultoria jurídica²⁷⁶.

Contudo, se ainda assim ditas políticas públicas forem contestadas, caberá à Advocacia-Geral da União sob a perspectiva do contencioso judicial, ou seja, da defesa dos interesses públicos em juízo, atuar de modo a garantir a implementação do ato Administrativo Estatal.

possibilita a responsabilização do administrador público pelos seus atos, na medida em que ele não se poderá valer de uma suposta eficiência no atendimento das demandas sociais para deixar de obedecer à lei e à Constituição.” (MACEDO, 2009, p. 472-473)

²⁷³ “As políticas públicas podem ser controladas, assim, não apenas em seus aspectos de legalidade formal, mas, também, no tocante à sua adequação ao conteúdo e aos fins da Constituição, que são, entre outros, fundamentalmente os fixados no art. 3º. A redução das desigualdades regionais é um imperativo que deve permear todas as políticas públicas propostas e executadas no Brasil. É inconstitucional qualquer política que atente contra os fins determinados na Constituição de 1988 e que despreze ou prejudique o desenvolvimento e a diminuição dos desequilíbrios regionais, a menos que a consideremos como algo que pode ser cumprido aleatoriamente, a bel-prazer dos detentores do poder.” (BERCOVICI, 2005, p. 112-113.)

²⁷⁴ Constituição Federal de 1988 – “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; - III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

²⁷⁵ Em outro artigo, Kirsch (2006, p. 81) assevera que “o governante não pode olvidar que a máquina estatal deve agir com o máximo de eficiência, conforme prevê o art. 37 da Lei Maior, tornando-se, destarte, imperiosa a participação da AGU na elaboração do plano político, para conferir segurança e credibilidade jurídicas, evitar desperdício de tempo e danos aos administrados, assim como prevenir equívocos dos próprios governantes”.

²⁷⁶ Nas palavras de Dallari Bucci (2006, p. 255), “O modelo das políticas públicas não exclui o da legalidade, mas convive com ele. Para Charles-Albert Morand, as políticas públicas podem ser incorporadas à lei, se superpor a elas ou se pôr a seu serviço, num quadro em que o direito é cada vez mais desordenado, complexo e movido. Não obstante, no modelo que estamos propondo, a realização das políticas deve dar-se dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, o que implica que passem a ser reconhecidos pelo direito – e gerar efeitos jurídicos – os atos e também as omissões que constituem cada política pública. O problema passa a ser, então, o de desenvolver a análise jurídica, ‘de modo a tornar operacional o conceito de política, na tarefa de interpretação do direito vigente e de construção do direito futuro’.”

Percebe-se, deste modo, que as atribuições Constitucionalmente previstas como próprias à Advocacia-Geral da União não são nem estanques nem separadas, ao contrário, complementam-se e comunicam-se mutuamente.

Firmando o olhar sob a perspectiva da atuação contenciosa, percebe-se de logo sua relevância quando se vê por informação do Procurador-Geral Federal, Marcelo de Siqueira Freitas, em artigo anteriormente citado, que até outubro de 2008, data do fechamento do referido ensaio, não havia nenhum projeto do Programa de Aceleração do Crescimento do Governo Federal – PAC paralisado em razão de decisão judicial, fosse ela liminar ou definitiva.

Conforme estampado em seu 1º Balanço²⁷⁷ (janeiro a abril de 2007), o PAC é um programa de **desenvolvimento** que ingressou na agenda política nacional, fazendo parte da ordem do dia da sociedade brasileira.

Constitui-se em um amplo conjunto de ações governamentais que tem por objetivo acelerar o ritmo de crescimento da economia, como sua própria denominação já denota, aumentando o emprego e a renda e diminuindo as desigualdades sociais e regionais, mantendo, por conseguinte, os fundamentos macroeconômicos que o Brasil vem implementando nos últimos anos, visando o controle da inflação, a consistência fiscal e a solidez nas contas externas²⁷⁸.

O principal instrumento por meio do qual o PAC pretende alcançar os objetivos traçados é a elevação dos investimentos privados, ao lado do incremento no investimento público. Nesse sentido, o Governo Federal instituiu políticas de aumento do crédito e redução de juros, melhoria do ambiente de investimento, investimentos em infra-estrutura e aperfeiçoamento do sistema tributário.

Como se vê²⁷⁹, há todo um planejamento voltado à formulação e implementação de políticas públicas de desenvolvimento em grande parte já iniciado. E, como dito por Bercovici²⁸⁰, citando Dallari Bucci, o conceito de desenvolvimento nacional é a principal

²⁷⁷ Dados extraídos do *site* da Presidência da República. Disponível em: <http://www.casacivil.gov.br/arquivos/pasta.2010-07-28.8154672857/pac1_parte1apresenta.pdf>. Acesso em: 12 set. 2010.

²⁷⁸ Isto em observância ao disposto no art. 3º da Constituição Federal de 1988.

²⁷⁹ Maiores detalhes podem ser acessados no *site* <<http://www.presidencia.gov.br>>.

²⁸⁰ “O Estado, como toda instituição humana, tem uma função objetiva que nem sempre está de acordo com os fins subjetivos de cada um dos homens que o formam. A determinação do sentido do Estado é de crucial importância para a sua compreensão. Sem uma referência ao sentido do Estado, os conceitos da Teoria do Estado, segundo Heller, seriam vazios de significado, não sendo possível diferenciá-lo de outras organizações sociais. A atribuição de fins ao Estado significa, praticamente, sua justificação, sua legitimação material. De

política pública que um governo pode pretender, e esse é o objetivo do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC.

Mas o que efetivamente é desenvolvimento? Seria o mesmo que modernização? Nas palavras de Bercovici (2005, p. 53-54), não. Segundo o autor, o desenvolvimento só pode ocorrer por meio de um processo de ruptura com o sistema político vigente em determinado Estado.

Para que haja desenvolvimento é necessário haver transformação das estruturas sociais. Sem referidas transformações, não se está diante de um processo de desenvolvimento, mas de simples modernização, que, ao contrário, mantém o subdesenvolvimento que se visa superar, agravando a concentração de renda.

Deste modo, o conceito de desenvolvimento compreende, porém supera, o de crescimento. Nele, deve estar incluído, por exemplo, o elemento redistribuição de renda, conforme lecionam Fernando Henrique Cardoso e Enzo Faletto no Capítulo I de sua obra²⁸¹, *Dependência e Desenvolvimento na América Latina: ensaio de interpretação sociológica*.

Tal ideal é externado de modo bastante contundente por Bercovici ao afirmar que o desenvolvimento não é uma mudança simplesmente quantitativa, mas acima de tudo qualitativa. E citando a conceituação de Fábio Konder Comparato, diz que o desenvolvimento é um processo de longo prazo, induzido por políticas públicas interligadas de três distintas ordens: econômicas, sociais e políticas²⁸². O destaque se dá para as políticas ou programas

acordo com Jellinek, os fins do Estado não servem para determinar o que acontecerá, mas para determinar o que não deve ser feito. [...]

Na questão dos fins do Estado, o conceito-chave do Estado Social é a distribuição. O papel primordial do Estado Social é o de promover a integração da sociedade nacional, ou seja, ‘el proceso constantemente renovado de conversión de una pluralidad en una unidad sin perjuicio de la capacidad de autodeterminación de las partes.’ [...]

A fixação constitucional dos objetivos da República no art. 3º insere-se neste contexto de legitimação do Estado pela capacidade de realizar fins predeterminados, cuja realização se dá por meio de políticas públicas e programas de ação estatal. O próprio fundamento das políticas públicas, segundo Maria Paula Dallari Bucci, é a existência dos direitos sociais, que se concretizam através de prestações positivas do Estado, e o conceito de desenvolvimento nacional, que é a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais.” (BERCOVICI, 2005. p. 106-107.)

²⁸¹ CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTI, Enzo. **Dependência e Desenvolvimento na América Latina: ensaio de interpretação sociológica**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

²⁸² “O desenvolvimento nacional é, conforme vimos, um dos objetivos da República consagrados no art. 3º da CF. Para definirmos um conceito de desenvolvimento ‘constitucionalmente adequado’ devemos, preliminarmente, diferenciar a ideia de desenvolvimento da de crescimento: o desenvolvimento é uma mudança qualitativa, não apenas quantitativa, englobando, assim, a ideia de crescimento e superando-a. Feita esta distinção essencial, podemos adotar aqui o conceito de desenvolvimento exposto por Fábio Konder Comparato: ‘De qualquer modo, já se estabeleceu um razoável consenso no sentido de que o desenvolvimento é um processo de longo prazo, induzido por políticas públicas ou programas de ação governamental em três campos interligados: econômico, social e político. O elemento econômico consiste no crescimento endógeno sustentado na produção de bens e serviços. [...] O elemento social do processo

sociais, que objetivam a aquisição da progressiva igualdade de condições básicas de vida da população nacional.

Tanto isso é verdade, que o próprio Governo Federal ao instituir o Programa de Aceleração do Crescimento destacou dentre seus objetivos o aumento do emprego e da renda com a conseqüente diminuição das desigualdades sociais e regionais, para torná-lo um verdadeiro programa desenvolvimentista e não simplesmente modernizador.

Todavia, para se tentar tecer qualquer sorte de relação entre as políticas públicas do Governo Federal e a atuação da Advocacia-Geral da União - AGU, há de se limitar a análise, como dito anteriormente, às fases de formulação e implementação da ação governamental, não sendo função da AGU ingressar no campo da avaliação dos rumos da referida política pública²⁸³, mas tão-somente apontar o norte da legalidade e da constitucionalidade ao Gestor, a fim de que a agenda política do Governo possa ser praticada com higidez e legitimidade. Afora isto, também compete à AGU defender a política pública desafiada judicialmente, já que, em face da sua atuação consultiva prévia, em tese, a mesma ajusta-se aos referidos pré-requisitos básicos e indispensáveis à sua execução: respeito à Constituição e às normas legais que a conduzem.

desenvolvimentista é a aquisição da progressiva igualdade de condições básicas de vida [...]. Enfim, o desenvolvimento integral comporta, necessariamente, um elemento político, que é a chave da abóboda de todo o processo: a realização da vida democrática, isto é, a efetiva assunção, pelo povo, do seu papel de sujeito político, fonte legitimadora de todo poder e destinatário do seu exercício.' [...]

O art. 3º da CF, ao fixar o desenvolvimento nacional e a redução das desigualdades regionais como fins a serem alcançados, fundamenta a reivindicação do direito à realização de políticas públicas para a concretização do programa constitucional. O que há em comum em todas as políticas públicas é o processo político de escolha de prioridades para o governo, tanto em termos de finalidades, como em termos de procedimentos. O Poder Executivo encarrega-se da formulação e execução das políticas públicas sem qualquer tipo de controle ou fiscalização, desde que não ultrapasse suas competências. Ou seja, em princípio, o controle das políticas públicas limita-se à sua legalidade formal. [...]

Para se implementar efetivamente o desenvolvimento consagrado no programa constitucional, Fábio Konder Comparato defende a criação de mecanismos para o controle judicial de políticas públicas. Esse controle deve se dar não apenas no tocante às suas finalidades [...], mas, também, em relação aos meios empregados para se chegar a esses fins, sempre levando-se em consideração que o juízo de validade de uma política pública não pode ser confundido com o juízo de validade das normas e atos jurídicos que a compõem." (BERCOVICI, 2005. p. 108-109).

²⁸³ Criticando os teóricos da implementação, Anne Larason Schneider afirma: "Muitos estudiosos da implementação [...] não estão cientes do trabalho que tem sido feito sobre pesquisa de avaliação, e muitos definem todo o processo pós-adoção como implementação de políticas. Uma consequência disso é que a implementação 'bem sucedida' é muitas vezes definida [...] como alcance das metas da política. Trata-se de uma conclusão infeliz, porque se a política não consegue atingir suas metas, é importante determinar se o malogro foi causado por pressupostos deficientes [...], ou se foi porque os órgãos responsáveis por sua implementação não conseguiram traduzir adequadamente a teoria subjacente à política em um plano operacional, ou porque os responsáveis pela implementação não contaram com os recursos necessários." (SCHNEIDER, 2009.)

Embora se tenha plena consciência da fundamental e indispensável fase da avaliação da política pública, tal atuação compete a outros agentes, atores especializados e diversos dos que compõem a Advocacia-Geral da União. Assim, enxergando-se o fenômeno “política pública” como um ato complexo, não se pode, ao nosso sentir, priorizar uma de suas etapas em detrimento de outras. Todas as fases de uma política pública têm suas peculiaridades e importâncias, razão pela qual não há de se impor uma superposição entre elas. Tal pretensão pareceria mais arbitrária que científica, já que, como dito pelo próprio Saravia, e comentado em momento anterior, é importante destacar que o processo de política pública não possui uma racionalidade manifesta, não se constituindo em uma ordenação tranquila na qual cada ator social conhece e desempenha um papel determinado. Assim, mais acertado seria tentar visualizar uma relação de complementaridade, ainda que não muito bem ordenada, no processo de construção da política pública. Daí a importância do estudo que ora se desenvolve, ainda que limitado à atuação de apenas um dos vários atores responsáveis pelo desenvolvimento de políticas públicas de Estado.

Nessa esteira, e tomando as obras do PAC como exemplo do trabalho executado pela Advocacia-Geral da União, vê-se os resultados oriundos da atuação dos seus órgãos na defesa dessa(s) política(s) pública(s), tal qual se pode perceber pelos dados abaixo indicados, extraídos de notícias divulgadas no *site* da AGU (portanto, com caráter informativo).

Em dezembro de 2009 a Advocacia-Geral da União – AGU acompanhava 6.948 ações judiciais e procedimentos administrativos referentes ao Programa de Aceleração do Crescimento - PAC do Governo Federal. Corroborando o dado de outubro de 2008, antes mencionado, nenhuma obra do Programa se encontrava parada, de acordo com o 9º Relatório do Grupo de Acompanhamento do PAC (Gepac/AGU)²⁸⁴.

Em fevereiro de 2010, a Advocacia-Geral da União, representada pelo seu dirigente máximo, o Advogado-Geral da União, participou da apresentação do 9º Balanço do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC.

²⁸⁴ Gepac – Grupo de Acompanhamento do PAC: trata-se de grupo especial de atuação coordenada criado no âmbito da AGU. Conta com a participação de Advogados da União, Procuradores Federais e da Fazenda Nacional, integrantes, portanto, das carreiras da AGU. Essa atuação coordenada permitiu, por exemplo, a realização do leilão que garantiu tarifas mais baixas de pedágio em rodovias federais da Bahia e o leilão de energia elétrica da hidrelétrica de Belo Monte, no Pará. Principais áreas: o eixo de empreendimento que mais tem ações é o de Infraestrutura Logística com 1.578. São rodovias (771), aeroportos (613), ferrovias (188), portos (5) e hidrovias (1). Depois, estão as áreas Energética (351), Social e Urbana (176), e outras (4.843). Disponível em: <http://www.agu.gov.br>. Acesso: 22 maio 2010.

Na referida solenidade a coordenadora do Comitê Gestor do PAC informou que 50% das ações do PAC estavam concluídas, sem contar as áreas de saneamento e habitação, de acordo com dados consolidados até 31 de dezembro de 2009.

Ressaltou-se que para tratar de forma especial as ações do PAC, a AGU criou, em 2007, o Grupo de Acompanhamento do PAC, cuja função, dentre outras, consiste em monitorar diariamente os processos judiciais que tenham relação com o Programa de Aceleração do Crescimento, com o objetivo de manter a execução dos seus projetos (políticas públicas do Governo Federal).

No referido ano, a instituição acompanhava de forma atenta e proativa mais de 7.000 ações, cujas vitórias garantiram, por exemplo, a manutenção da 10ª Rodada de Licitações de Blocos para Exploração e Produção de Petróleo e Gás Natural; da licença de instalação da Usina Hidrelétrica (UHE) de Santo Antônio e da construção das UHEs de Santo Antônio, Jirau, Belo Monte e Mauá; além da realização do Leilão n. 01/09 da ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica) para a concessão de dezenove (19) linhas de transmissão de energia elétrica e nove (09) subestações em treze (13) Estados do país²⁸⁵.

Em julho de 2011, foi divulgado o seguinte dado pelo Gepac: A Advocacia-Geral da União (AGU) acompanha, atualmente, 10.619 processos que envolvem obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). A maior parte – 4.486 – deve-se à ampliação de rodovias e ferrovias, bem como a construção de açudes e aeroportos em terrenos particulares. A AGU atua de maneira proativa com a proposição de ações de desapropriação, para viabilizar as políticas públicas.

Do total, 6.207 são ações judiciais (cujo aumento se deu em razão do avanço das obras do PAC) e 4.412 extrajudiciais, relacionadas a obras como reformas e construção de rodovias federais, Usinas Hidrelétricas (UHEs) para geração de energia, ampliação e instalação de novos aeroportos para receber turistas na Copa de 2014 e nas Olimpíadas de 2016, metrô, ferrovias e portos.

²⁸⁵ O 9º Balanço do PAC divulgado anunciou que 44% das obras do PAC estavam com o andamento dentro do cronograma previsto pelo governo, 5% estão em situação de atenção e 1% em estágio preocupante. Até fevereiro de 2010 haviam sido gastos R\$ 256,9 bilhões, de um total de R\$ 638 bilhões. Do total investido, R\$ 126,3 bilhões são de estatais e R\$ 88,8 bilhões do setor privado. Da quantia de R\$ 19,1 bilhões de financiamentos previstos para a habitação no período, foram contratados R\$ 16,5 bilhões e R\$ 2,6 bilhões estão em contratação. No setor de saneamento, dos R\$ 39,3 bilhões previstos, R\$ 32,2 bilhões foram contratados e R\$ 7,1 bilhões estão em contratação. Disponível em: <[http://: www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br)>. Acesso: 22 maio 2010.

O relatório também informa que as obras na área de infraestrutura logística são as campeãs em processos – 3.331. As hidrelétricas e hidrovias estão entre os segmentos mais questionados, com 1.472 ações. Em seguida estão outros empreendimentos não especificados (1.282), rodovias (1.244) e aeroportos (1.051). Sendo que a região com maior número de processos é a Nordeste, que totaliza 2.422 ações na Justiça. Depois está o Sudeste com 1.693, o Sul com 1.272, o Norte com 608 e o Centro-Oeste com 212. Ademais, é de se registrar, que o relatório aponta um percentual de êxito, em razão da atuação da AGU, superior a 95% nas ações que envolvem obras do PAC²⁸⁶.

Tais números visam demonstrar que a atuação da AGU, seja no âmbito das consultorias jurídicas, com um viés preventivo, seja no contencioso judicial, na defesa das políticas públicas pretendidas por um determinado Governo, resulta, efetivamente, em dados favoráveis ao país²⁸⁷ e que, de fato, a instituição detém um papel de relevo na seara desenvolvimentista da nação brasileira, sob o viés da orientação jurídica e defesa judicial das políticas públicas pretendidas pelo Estado e desenvolvidas por um Governo legítima e democraticamente escolhido/sufragado.

Como exemplo prático de ação desenvolvida pelo Programa de Aceleração do Crescimento – PAC tem-se o empreendimento da **Usina Hidrelétrica de Belo Monte**, no Estado do Pará. É fato que o PAC tem destacado interesse no desenvolvimento do potencial energético do Brasil, sendo que tal desenvolvimento não engloba, contudo, investimentos para toda e qualquer espécie de matriz energética. O PAC visa promover o crescimento do potencial energético buscando um ponto de equilíbrio entre o custo do investimento e seu efetivo retorno, sem afastar-se dos preceitos constitucionais que determinam a integração do crescimento econômico com observância da agenda ambiental, o chamado desenvolvimento sustentável²⁸⁸.

²⁸⁶ Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 26 de julho de 2011.

²⁸⁷ Esclareça-se: não se está fazendo um juízo meritório acerca da “justiça ou injustiça” / “acerto ou desacerto” das políticas públicas eleitas pelo governo. Assim, quando se diz que a atuação da AGU resulta em “dados favoráveis ao país”, se pretende afirmar que sua atuação rende frutos benéficos e favoráveis às ações que o governo, legitimamente posto por meio do sufrágio popular, entende como sendo necessárias e, por conseguinte, pretende implementar no Estado.

²⁸⁸ Trata-se da conjugação dos artigos 3º, II (garantir o desenvolvimento nacional), 174, § 1º (Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento) e 225 (Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações).

Fundado nesse tríplice alicerce, o governo brasileiro optou por se utilizar do potencial pluviométrico que o nosso país possui, a fim de produzir energia elétrica. Com efeito, trata-se de uma opção que leva em conta tanto o custo benefício entre investimento despendido e retorno esperado, quanto o preceito do desenvolvimento sustentável, eis que a energia hidrelétrica é uma energia limpa e não poluente.

Por outro lado, é óbvio que a construção de uma usina hidrelétrica causa impactos ambientais severos e muitas vezes danos irreversíveis à fauna e flora dos locais inundados, podendo inclusive afetar de modo significativo a vida das populações que habitam a área onde se pretende instalar o empreendimento.

Diante desse quadro, o Estado se vê obrigado a efetuar uma ponderação de interesses entre a necessidade de se promover o desenvolvimento nacional por meio do crescimento econômico do país, geração de emprego e renda, diminuição das desigualdades regionais²⁸⁹, ou a necessidade de se respeitar o modo de vida tradicional de parcela da população brasileira²⁹⁰ que – se utilizando do espaço geográfico destinado à construção de uma usina hidrelétrica, por vezes há muitas gerações – retira seu sustento de uma área fadada ao desaparecimento e que verá seu modo de vida alterado de maneira abrupta e quiçá de forma irreversível.

Sob essa perspectiva, o governo tem o dever de identificar (decidir) onde reside o interesse público primário, se na construção de uma usina hidrelétrica ou na preservação do modo de vida de uma dada população, poupando-se, conseqüentemente, o meio ambiente dos impactos oriundos do empreendimento. Todavia, ao tomar sua decisão não pode simplesmente virar as costas para a opção que restou vencida na ponderação de interesses.

Acaso opte por preservar o modo de vida tradicional de uma dada população, com a preservação do ambiente onde vivem e de onde retiram seu sustento, o governo não poderá simplesmente esquecer-se da produção energética, devendo buscar meios alternativos para suprir tal necessidade. Se, por outro lado, optar pela construção de uma usina hidrelétrica, não poderá simplesmente deixar as populações locais abandonadas à própria sorte, nem esquecer-se dos danos impostos ao meio ambiente. A ponderação de interesses constitucionais vai mais além do que uma simples escolha entre duas ou mais opções.

²⁸⁹ Constituição Federal de 1988 – “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais [...]”.

²⁹⁰ Constituição Federal de 1988 – “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana [...]”.

Por vezes, as opções políticas colocadas em confronto sob o pano de fundo de uma ponderação de princípios e interesses constitucionais não permite ao gestor pinçar a que lhe convém e descartar a que não lhe convém, ao contrário, a ponderação de princípios que permeiam uma decisão política deve ter por escopo viabilizar, por exemplo, o desenvolvimento econômico, com a preservação do meio ambiente e o respeito às populações locais que serão afetadas por um dado empreendimento governamental.

Nesse sentido, sempre que optar pelo desenvolvimento do potencial de produção energética do país, especialmente quando se tratar da construção de usinas hidrelétricas, sendo Belo Monte seu principal e mais atual exemplo, o governo terá de pensar paralelamente em como restringir ao máximo os efeitos do impacto ambiental da obra, bem como diminuir os efeitos maléficos daquele empreendimento às populações diretamente afetadas pela decisão, garantindo mecanismos aptos a propiciar a sobrevivência com dignidade dos cidadãos que terão seu tradicional modo de vida alterado em nome de um bem coletivo que se entendeu maior.

Com efeito, desde antes do início das obras da Usina Hidrelétrica de Belo Monte até os dias de hoje, o Ministério Público Federal no Estado do Pará já ingressou e continua ingressando com diversas Ações Civil Públicas, além de recursos contra decisões interlocutórias, visando impedir o prosseguimento do empreendimento²⁹¹. E, nesse contexto de ampla movimentação da máquina judicial, a Advocacia-Geral da União tem atuado ativamente na tentativa de sustar as iniciativas de paralisação das obras de construção da usina.

As origens do projeto de construção de uma usina hidrelétrica na Bacia Hidrográfica do rio Xingu antecedem a criação da AGU em quase 20 anos. Inicialmente os estudos de viabilidade técnica e econômica do referido Complexo Hidrelétrico, que seria formado pelas usinas de Babaquara e Kararaô (que juntas teriam 17,6 mil MW de potência instalada), implicariam na inundação de 1.225 Km² de floresta, território esse que compreendia inclusive a área indígena Paquiçamba e Arara da Volta Grande do Xingu²⁹².

²⁹¹ O Ministério Público, como Função Essencial à Justiça e, na conceituação de Moreira Neto, Advocacia Pública da sociedade, exerce um importante papel como ator/interlocutor nessa moderna relação sociedade *versus* Estado ou sociedade *versus* governo – fruto de respeito à democracia e à pluralidade Constitucionalmente albergadas –, na qual as políticas públicas são questionadas em um ambiente neutro e imparcial, o Judiciário.

²⁹² Em razão desse primeiro projeto, cujos estudos remontam ao ano de 1975, houve, em 1989, durante o 1º Encontro dos Povos Indígenas do Xingu, reunião entre representantes da Eletronorte e as comunidades indígenas atingidas pelo empreendimento na qual uma índia Caiapó chamada Tuíra levanta-se da plateia e, depois de diversas investidas contra o ar, põe seu facão junto ao rosto e ao pescoço de um dos diretores da

Hoje, deve-se registrar, o atual projeto de Belo Monte prevê a inundação de 516 Km² de floresta, com produção instalada de 11,233 mil MW de potência²⁹³, além de não compreender na Área Diretamente Afetada nenhuma terra indígena.

Como dito, a alteração do projeto Belo Monte implicou numa guinada de quase 180 graus na condução governamental do empreendimento. Com efeito, ainda que na ponderação de interesses a balança haja pendido para o incremento do potencial energético do país, por meio da construção de uma Usina Hidrelétrica, os demais interesses que sucumbiram no processo de ponderação não restaram esquecidos. Tanto é verdade, que os estudos empreendidos conjuntamente pela FUNAI, IBAMA, ANEEL, MMA e MME excluíram das áreas inundadas os territórios indígenas que antes integravam o projeto.

Atente-se, ademais, que a preocupação com os impactos ambientais não se concentram tão-somente na proteção das populações indígenas, mas também inclui as populações ribeirinhas e as cidades próximas ao empreendimento.

Nesse contexto, em obediência aos termos da Resolução CONAMA n. 237/97²⁹⁴, e após longa discussão, análise e aprovação dos estudos técnicos apresentados (Estudo de Impacto Ambiental – EIA), e considerando os impactos positivos e negativos relacionados ao empreendimento, o IBAMA atestou a sua viabilidade mediante a emissão da Licença Prévia n. 342/2010, que estabelece, por sua vez, todas as condições para a realização do projeto, condições essas que vão muito além da necessária compensação ambiental.

Eletronorte, José Antônio Muniz Lopes, que discursava sobre o referido projeto. Tal fato histórico restou marcado como evento emblemático e propiciou uma mudança paulatina na concepção do projeto que evoluiu até tomar o formato que tem hoje. Vários jornais da época noticiaram o fato, como se pode ver, por exemplo, no endereço eletrônico <http://pib.socioambiental.org/anexos/17159_20101109_105057.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2012.

²⁹³ Dados técnicos sobre a Usina Hidrelétrica de Belo Monte podem ser encontrados no Contrato de concessão de uso de bem público para geração de energia elétrica n. 01/2010-MME-UHE BELO MONTE. Disponível em: <http://www.aneel.gov.br/aplicacoes/Contrato/Documentos_Aplicacao/Contrato%20Belo%20Monte.pdf>. Acesso: 03 abr. 2012.

²⁹⁴ Resolução CONAMA n. 237/1997 – “Art. 8º O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I – Licença Prévia (LP) – concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II – Licença de Instalação (LI) – autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III – Licença de Operação (LO) – autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Parágrafo único. As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade.”

No total, a Licença Prévia estabeleceu 40 (quarenta) condicionantes²⁹⁵ para a empresa responsável pela obra.

O fato é que em 2006, quando de sua implementação²⁹⁶, o MPF intensificou o combate contra o empreendimento, tendo como campo de batalha o Poder Judiciário, sendo que a AGU, por meio dos seus órgãos de execução que atuam na representação judicial da União, autarquias e fundações públicas federais, permaneceu e ainda permanece firme na defesa dessa política pública.

Na próxima nota de rodapé serão listados os principais feitos judiciais que versam sobre a construção da UHE – Belo Monte – com a indicação da numeração do processo, um pequeno resumo do objeto da demanda, seu atual estágio judicial, além dos recursos e ações que dele derivaram –, seja tentado impedir a continuidade do empreendimento (Ministério Público Federal), seja visando permitir a sua efetiva implementação (Advocacia-Geral da União)²⁹⁷.

²⁹⁵ Dentre as condicionantes, destacam-se:

- a) implantação do hidrograma ecológico, visando garantir a manutenção da reprodução da ictiofauna e da navegação;
- b) PAN – planos de ação nacional para espécies da fauna e flora ameaçadas;
- c) proteção de áreas por meio da compensação ambiental;
- d) a fixação como áreas de proteção permanente (APP) os 500 (quinhentões) metros médios no entorno dos reservatórios de Belo Monte;
- e) implantação de mecanismos de transposição de embarcações, a fim de garantir a navegabilidade no rio;
- f) projetos de aquicultura e incentivo à pesca sustentável;
- g) apoio à pequena produção e à agricultura familiar;
- h) saneamento básico em Vitória do Xingu e Altamira;
- i) esgotamento sanitário em 100% da área urbana;
- j) melhoria e ampliação do sistema de abastecimento de água;
- l) remediação do lixo existente em Altamira;
- m) implantação de aterro sanitário;
- n) implantação do sistema de drenagem urbana;
- o) retirada da população das áreas de risco;
- p) indenização aos atingidos com perda imobiliária ou de atividade produtiva; etc..

Todos esses dados podem ser consultados nos autos da Apelação Cível (Ação Civil Pública) n. 0000709-88.2006.4.01.3903, que tramita no TRF1 sob a relatoria da Des. Federal Selene Maria de Almeida.

²⁹⁶ Com o termo “implementação” quer-se dizer o início das obras de construção da UHE – Belo Monte.

²⁹⁷ Principais feitos judiciais envolvendo a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte no PA:

1. Processo nº 2006.39.03.000711-8 - ACP – Seção Judiciária Federal de Altamira – JFPA:

Nova numeração: 0000709-88.2006.4.01.3903.

Autor: MPF e FUNAI.

Réus: IBAMA, União (assistente), Eletronorte, Eletrobrás.

Objeto: ação proposta em 24/03/2006 na Vara Única da Subseção Judiciária de Altamira/PA. Pretende o MPF suspender “qualquer procedimento empreendido pelo IBAMA para condução do licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte [...]”. Para tanto, argumenta a **nulidade do Decreto Legislativo nº 788/2005**, que autoriza o Poder Executivo a implantar o Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte, uma vez que: a) o § 6º do art. 231, CF exige lei complementar, b) violação aos arts. 170, VI e 231, § 3º, da Constituição da República, porque as comunidades afetadas, mormente as indígenas, não teriam sido consultadas; c) modificação do projeto de decreto legislativo pelo Senado Federal sem o devido retorno à Câmara dos Deputados, o que ofenderia o art. 123 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

OBSERVAÇÕES:

Houve, em março de 2006, deferimento de liminar paralisando o empreendimento. Referida liminar restou cassada (SLAT nº 125 perante o STF – já baixada ao arquivo). A ação proposta pelo MPF em face do IBAMA, ELETRONORTE e outros, em trâmite na Seção Judiciária de Altamira, foi julgada improcedente, nos seguintes termos: [...] “*julgo integralmente improcedentes os pedidos autorais, [...], ficando assegurado o pleno exercício do seu poder de polícia, com integral e estrita observância do Decreto Legislativo nº 788/2005, do Congresso Nacional, em cujo ato normativo não vislumbro qualquer mácula de inconstitucionalidade*”.

Fase Atual: Processo remetido ao TRF – apelação. Contrarrazões apresentadas pela União, IBAMA, Eletrobrás e Eletronorte. No âmbito do TRF 1ª, o processo (AP nº 2006.39.03.000711-8) está concluso à Relatora, Des. Selene Maria de Almeida, desde 20.06.2008.

Em 09/11/2011, prosseguindo no julgamento, após o voto vista da Des. Maria do Carmo Cardoso, acompanhando o voto divergente do Desembargador Federal Fagundes de Deus, **decidiu a Turma, por maioria, negar provimento à Apelação do Ministério Público Federal e à Remessa Oficial tida por interposta.**

Em 27.01.2012 o MPF opôs Embargos de Declaração que ainda se encontram pendentes de julgamento.

Processos e recursos relacionados à ação:

AI n. 2006.01.00.012868-0 - TRF1ª Região.

AI n. 2006.01.00.012867-7 - TRF1ª Região.

AI n. 2006.01.00.016317-8 - TRF1ª Região.

AI n. 2006.01.00.017736-8 - TRF1ª Região.

AI n. 2006.01.00.016442-0 - TRF1ª Região.

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 22.02.12

2. Processo nº 2007.39.03.000283-9 – ACP – Seção Judiciária Federal de Altamira – JFPA:

Autor: MPF.

Réu: IBAMA, Eletrobrás.

Objeto: Ação proposta em 16/04/2007 na Vara Única da Subseção Judiciária de Altamira/PA, pelo MPF em desfavor, dentre outros, do IBAMA, no qual pretende a paralisação dos Estudos de Viabilidade da Usina Hidrelétrica de Belo Monte até a edição do Termo de Referência pelo IBAMA.

OBSERVAÇÕES:

Resumo da Sentença: “Do exposto, promovendo o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do CPC e extinguindo o presente feito com resolução de mérito, nos termos do art. 269-I, do digesto processual civil, julgo integralmente improcedentes os pedidos autorais [...]”.

Fase atual: A apelação foi distribuída por dependência à Des. Selene Maria de Almeida em 09.02.09, sendo que a Procuradoria Regional da República oficiou pugnando pela extinção do feito sem resolução do mérito em razão da superveniente perda de seu objeto.

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 24.01.12

3. Processo nº 2008.39.03.000071-9 – ACP – Seção Judiciária Federal de Altamira – JFPA:

Nova numeração: 7184-20.08.4.01.3903.

Autor: Ministério Público Federal.

Réus: Centrais Elétricas Brasileiras S/A – ELETROBRÁS – Construtora Andrade Gutierrez S/A – Construtora Norberto Odebrecht – Construções e Comércio Camargo Corrêa S/A. União atua como assistente.

Objeto: O autor questiona a legalidade dos procedimentos de realização dos estudos da UHE – Belo Monte e requer a nulidade do Acordo de Cooperação Técnica ECE 120/2005, firmado entre a Eletrobrás e as demais empresas rés.

Aduz que a escolha das empresas para a realização do estudo do licenciamento do empreendimento depende de licitação, além disso, alega que não poderia haver cláusula de confidencialidade no contrato.

Fase Atual: Em 21/06/2011 foi proferida decisão pelo magistrado federal da subseção judiciária de Altamira remetendo os autos à 9ª Vara Federal de Belém/PA, especializada em matérias ambiental e agrária, por força de decisões administrativas do TRF – 1ª Região consignadas na RESOLUÇÃO/PRESI/CENAG 14, de 13/05/2010 e na PORTARIA/PRESI/CENAG 200, de 18/05/2010, ambas publicadas no boletim de serviço nº 87, de 21/05/2010, do Tribunal Regional Federal da Primeira Região.

Processo Relacionado: AI n. 2008.01.00.021184-4, TRF1ª Região – Objeto: A Eletrobrás interpõe AI com pedido de concessão de efeito suspensivo contra decisão do MM. Juízo da Vara Federal Única de Altamira que deferiu provimento liminar para suspender os efeitos do Acordo de Cooperação Técnica 120/2005 e, por conseguinte, a realização de todo e qualquer ato relacionado à UHE – Belo Monte, inclusive e sobretudo os estudos de impacto ambiental – EIA/RIMA, em curso visando ao licenciamento do empreendimento.

Em 16/05/08, suspensa liminar, com publicação em 27.05.08, pela Des. Selene Maria de Almeida.

Em 18/06/08, agravo regimental interposto pelo MPF. Em 19.08.08, o agravo do MPF foi considerado descabido haja vista que não cabe agravo de decisão que defere ou indefere efeito suspensivo. Igualmente, o pedido de reconsideração foi indeferido.

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 24.01.12

4. Processo nº 2009.39.03.000326-2 – ACP – Seção Judiciária Federal de Altamira – JFPA:

Nova numeração: 25779-77.2010.4.01.3900.

Autor: Ministério Público Federal.

Réus: Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A – ELETRONORTE – ANEEL – IBAMA – Grupo Andrade Gutierrez – Construtora Norberto Odebrecht – Grupo Camargo Corrêa.

Objeto:

- a) Declaração da nulidade da decisão proferida pela ANEEL que aprovou o Inventário Hidrelétrico da Bacia Hidrográfica do Rio Xingu, através do despacho nº 2756 de 25 de julho de 2008;
- b) Nulidade do registro do estudo de viabilidade da UHE – Belo Monte por parte da ANEEL;
- c) Declaração de nulidade do aceite do estudo de impacto ambiental e seu respectivo resumo (EIA/RIMA) da UHE – Belo Monte por parte do IBAMA.

OBSERVAÇÕES:

Em 03/06/09 foi proferida decisão sobre o pedido de liminar nos seguintes termos: “O art. 12 da Lei nº 7.347/85 exara que, em sede de ação pública, o magistrado está autorizado a deferir medida liminar quando se fizerem relevantes os fundamentos da impetração e do mesmo puder resultar a ineficácia do provimento final, caso seja deferido, além de perigo concreto de dano irreparável ou de difícil reparação. Assim, mostra-se possível a concessão ante a existência concomitante dos conhecidos *fumus boni iuris e periculum in mora*. Porém, verifico que a questão é assaz complexa e assim, neste momento perfunctório, deixo para apreciar o pedido integral de concessão de liminar após o recebimento das contestações, momento em que haverá mais elementos para decidir acerca das alegações contidas na exordial. Nada obstante, em face do prazo divulgado no edital juntado à fl. 81, a realização de audiência pública para apresentação do EIA/RIMA à sociedade civil poderia ser inócua notadamente em face de que referido EIA/RIMA é objeto de discussão, sendo inclusive, no pedido principal, suscitada sua nulidade pelo MPF. Isto posto, DEFIRO parcialmente o pedido do MPF e DECIDO SUSPENDER – até o recebimento de todas as contestações, momento em que os autos devem retornar conclusos para apreciação do pedido integral de concessão de liminar – o prazo constante do edital publicado pelo IBAMA em 25/05/09, acerca do EIA/RIMA da UHE Belo Monte, assim como SUSPENDER a requisição e realização de toda e qualquer audiência pública de apresentação do EIA/RIMA da UHE Belo Monte à sociedade civil em qualquer local do território nacional.”

Contudo, em 05/08/2009 o TRF 1ª Região profere decisão na SLAT **2009.01.00.038765-2/PA**, interposta pela AGU: “Pelo exposto, defiro o pedido e suspendo os efeitos da medida liminar proferida na ACP nº 2009.39.03.000326-2...”.

Processos Relacionados:

AI n. 2009.01.00.034833-5 – TRF1ª Região

AI n. 2009.01.00.034602-0/PA – TRF1ª Região.

SLAT n. 2009.01.00.038756-3 – TRF1ª Região.

SLAT n. 2009.01.00.038765-2 – TRF1ª Região.

CC n. 0041328-56.2011.4.01.0000 – TRF1ª Região

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 24/01/12

5. Processo nº 2009.39.03.000363-2 – ACP – Seção Judiciária Federal de Altamira – JFPA:

Autor: Ministério Público Federal.

Réu: Servidor do IBAMA.

Objeto: Ação de Improbidade Administrativa promovida contra servidor do IBAMA que proferiu decisão de aceite do EIA/RIMA sem as devidas informações exigidas no Termo de Referência expedido pelo próprio órgão, desvirtuando o instituto do aceite.

OBSERVAÇÕES:

Em 15.03.10 foi proferida sentença de indeferimento da petição inicial, visto não ter sido constatada a prática de nenhum ato de improbidade administrativa.

Processo Relacionado: Apelação n. 0000363-35.2009.4.01.3903 – TRF 1ª Região.

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 24.01.12

6. Processo nº 2009.39.03.000575-6 – ACP – Seção Judiciária Federal de Altamira – JFPA:

Nova numeração: 26161-70.2010.4.01.3900/Belém.

Autor: Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado do Pará.

Réus: IBAMA, Eletronorte, Eletrobrás e União.

Objeto: Ação proposta em 29/05/2009 na Subseção Judiciária de Altamira/PA. Pretende o autor a interrupção do licenciamento ambiental da UHE Belo Monte, sob o fundamento de irregularidades na

realização das audiências públicas. Alega nulidade das audiências públicas realizadas para discutir o EIA e o RIMA do empreendimento face ao cerceamento do direito de participação da sociedade civil, da população afetada, das comunidades indígenas e violação ao direito à informação e ao cerceamento das prerrogativas institucionais do Ministério Público. Requer a nulidade das audiências realizadas, bem como a realização de novas audiências públicas em vinte e duas localidades listadas na inicial.

OBSERVAÇÕES:

Em 10/11/09 foi proferida decisão interlocutória: “liminar deferida em parte: defiro parcialmente o pedido liminar e suspendo o procedimento de licenciamento da UHE Belo Monte.”

Em 11/11/09 a liminar que paralisava o procedimento licitatório da UHE – Belo Monte foi Suspensa por meio de decisão do Presidente do TRF da 1ª Região (SLAT nº 2009.01.00.069492-2, interposta pelo IBAMA. Tal decisão foi mantida pela Corte Especial do TRF da 1ª Região, ao negar provimento ao agravo regimental interposto pelo MPF.

Processos Relacionados:

SLAT n. 2009.01.00.069492-2 (IBAMA) – TRF 1ª Região.

SLAT n. 2009.01.00.069580-4 (UNIÃO) – TRF 1ª Região.

AI n. 2009.01.00.072110-0 (ELETROBRÁS) – TRF 1ª Região.

CC n. 0041323-34.2011.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 24/01/12.

7. Processo nº 2010.39.03.000067-1 – ACP – Seção Judiciária Federal de Altamira – JFPA:

Nova numeração 24231-17.2010.4.01.3900/Belém.

Autor: Conselho Indigenista Missionário – CIMI.

Réus: IBAMA, ANEEL e UNIÃO.

Objeto: O Conselho Indigenista Missionário – CIMI propôs a ação em 16/03/2010 em face do IBAMA, da ANEEL e da União, perante a Vara Única da Subseção Judiciária de Altamira/PA. Pretendia a declaração de inconstitucionalidade incidental do § 4º do artigo 28 da lei nº 9.427, de 26/12/1996, bem como a declaração de nulidade do Decreto nº 788/2005 e dos processos administrativos nº 27100.000057/1988, em tramitação na ANEEL, e nº 02001.001848/2006-75, em tramitação no IBAMA, por ausência de previsão legal dispondo sobre as condições específicas para que se proceda ao aproveitamento dos recursos hídricos e potenciais energéticos em terras indígenas, ou a suspensão de sua tramitação até que comece a vigorar a lei a que se refere o § 1º do art. 176 da Constituição Federal.

Processos Relacionados:

AI n. 0036215-24.2011.4.01.0000 – TRF 1ª Região

CC n. 0041324-19.2011.4.01.0000 – TRF 1ª Região

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 24/01/12.

8. Processo nº 410-72.2010.4.01.3903 – ACP – Seção Judiciária Federal de Altamira – JFPA:

Nova numeração: 25999-75.2010.4.01.3900/Belém.

Autor: MPF.

Réus: IBAMA, ANEEL, ANA, ELETROBRÁS e UNIÃO.

Objeto: O MPF propôs a ação em 08/04/2010 perante a Vara Única da Subseção Judiciária de Altamira/PA. Nela, pretende, dentre outros pedidos, suspender os efeitos da Licença Prévia nº 342/2010 expedida pelo IBAMA para a UHE Belo Monte, bem como a realização do leilão de concessão do projeto da UHE Belo Monte. Para tanto, alega inconsistências no procedimento de licenciamento ambiental: aduz que o IBAMA emitiu a licença prévia ambiental da UHE Belo Monte sem considerar as contribuições oferecidas no âmbito das audiências públicas, ocorrência de incerteza quanto à área afetada pela vazão reduzida, ilegalidade por se permitir a postergação da avaliação quanto à qualidade da água e dúvidas quanto à eficiência dos programas e projetos ambientais apresentados no EIA para o fim de mitigar os impactos ali constatados. Alega, ainda, a inviabilidade econômica do empreendimento.

Causa de pedir: não consideração das audiências públicas, carência de diagnóstico, postergação do prognóstico da qualidade da água, dentre outros argumentos.

OBSERVAÇÕES:

Em 19/04/10 os autos foram devolvidos com liminar deferida.

Em 20/04/2010 a União interpõe a SLAT nº 0022487-47.2010.4.01.0000.

Em 22/04/10: e-mail recebido comunicando decisão exarada nos autos da SLAT 0022487-47.2010.4.01.0000, do TRF1: “Defiro o pedido e suspendo os efeitos da medida liminar proferida...”

Processos Relacionados:

SLAT n. 22486-62.2010.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

SLAT n. 22487-47.2010.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

AI n. 0026755-47.2010.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

AI n. 0026923-49.2010.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

AI n. 0031138-68.2010.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

AI n. 0027215-34.2010.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

AI n. 0026967-68.2010.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

CC n. 0041327-71.2011.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 24/01/12.

9. Processo nº 411-57.2010.4.01.3903 – ACP – Seção Judiciária Federal de Altamira – JFPA:

Nova numeração: 25997-08.2010.4.01.3900/Belém.

Autor: MPF.

Réus: IBAMA, FUNAI, ELETROBRÁS e UNIÃO.

Objeto: O MPF propôs a ação em 08/04/2010 perante a Vara Única da Subseção Judiciária de Altamira/PA. Também nessa ação, pretende suspender os efeitos da Licença Prévia nº 342/2010 expedida pelo IBAMA para a UHE Belo Monte, bem como a realização de leilão de concessão do projeto da UHE Belo Monte. Para tanto alega que não poderia haver exploração de potencial hídrico em terras indígenas enquanto não regulamentado o art. 176, §1º da Constituição Federal²⁹⁷.

OBSERVAÇÕES:

Em 14/04/10 os autos foram devolvidos com liminar deferida.

Em 16/04/10 a União interpõe SLAT nº 0021954-88.2010.4.01.0000.

Em 16/04/10 foi juntada a decisão proferido na SLAT nº 0021954-88.2010.4.01.0000: “Pelo exposto, defiro o pedido e suspendo os efeitos da medida liminar proferida na Ação Civil Pública 4115720104013903/PA...”.

Processos Relacionados:

SLAT n. 21954-88.2010.4.01.0000/PA – TRF 1ª Região.

SLAT n. 21955-73.2010.4.01.0000/PA – TRF 1ª Região.

AI n. 0025159-28.2010.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

AI n. 0026254-93.2010.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

AI n. 0025595-84.2010.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

AI n. 0025604-46.2010.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 24/01/12.

10. Processo nº 421-04.2010.4.01.3903 – ACP – Seção Judiciária Federal de Altamira – JFPA:

Nova numeração: 25915-74.2010.4.01.3900/Belém.

Autor: OSCIP AMIGOS DA TERRA e ASSOCIAÇÃO DE DEFESA ETNOAMBIENTAL – KANINDÉ.

Réus: ANEEL, EPE, ELETROBRÁS e UNIÃO.

Objeto: Ação proposta em 19/04/2010 perante a Vara Única da Subseção Judiciária de Altamira/PA que pretende suspender liminarmente o certame licitatório previsto no edital ANEEL nº 006/2009 (realização do Leilão marcado para 20/04/10), até o julgamento final da demanda, quando deveriam ser confirmados os termos da liminar.

Causa de pedir: Alegam que o EIA considerou um reservatório para o empreendimento de Belo Monte no tamanho de 516 km² e que a Agência Nacional de Águas levou em conta este estudo na declaração de reserva de disponibilidade hídrica do Rio Xingu e que o IBAMA também se baseou nestes estudos para conceder a Licença Prévia, porém, a imagem de satélite constante do Anexo IV, apêndice C, do Edital ANEEL nº 006/2009 indica que a área instalada dos reservatórios seria de 668,10 Km².

OBSERVAÇÕES:

Em 20/04/10 os autos foram devolvidos com a liminar deferida.

Em 22/04/10: e-mail recebido comunicando decisão exarada nos autos da SLAT nº 0022534-21.2010.4.01.0000, do TRF1: “Defiro o pedido e suspendo os efeitos da medida liminar proferida...”

Processos Relacionados:

SLAT n. 22534-21.2010.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

AI n. 0028144-67.2010.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

AI n. 0027065-53.2010.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

CC n. 0041325-04.2011.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 24/01/12.

11. Processo nº 19152-05.2010.4.01.3400 – Interdito Proibitório – Seção Judiciária do Distrito Federal – JFDF:

Autor: ANEEL.

Réus: CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO – CIMI E OUTROS (52 NO TOTAL).

Objeto: Proibição de bloqueio das vias de acesso às dependências da ANEEL por manifestantes, com a retirada de eventuais meios coercitivos que impeçam o livre acesso a tais dependências, inclusive, determinando-se à Polícia Militar e Federal que promovam a desobstrução de entrada e livre acesso dos

servidores e demais entes credenciados às dependências da ANEEL na data do leilão, bem como evitem toda e qualquer turbação ou esbulho que possa vir a ocorrer.

OBSERVAÇÕES:

Em 20/07/2011 é prolatada sentença de extinção do feito sem exame de mérito em face da perda do seu objeto.

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 24/01/12.

12. Processo nº 18945-06.2010.4.01.3400 – Ação Popular – Seção Judiciária do Distrito Federal – JFDF:

Autor: CLEBER CESAR BUZATTO e JOSE EDEN PEREIRA MAGALHÃES.

Réus: UNIÃO, RENAN CALHEIROS, ANEEL, DIRETOR-GERAL SUBSTITUTO DA ANEEL, ELETROBRÁS, IBAMA, CAMARGO CORREA, ANDRADE GUTIERREZ, NORBERTO ODEBRECHT.

Objeto: Suspender os efeitos do Decreto-Legislativo 788/2005; declarar nulidade dos Processos Administrativos nº 27100.000057/1988/ANAEEL, nº 02001.001848/2006-75/IBAMA e os efeitos jurídicos do edital 06/2009 - UHE Belo Monte.

OBSERVAÇÕES:

Em 19/04/10 os autos foram devolvidos com liminar indeferida.

Em 27/08/10 os autos foram conclusos para sentença. Na mesma data houve a desistência da ação.

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 24/01/12.

13. Processo nº 968-19.2011.4.01.3900 – ACP – Seção Judiciária Federal de Belém – JFPA:

Autor: MPF.

Réus: IBAMA, BNDES, Norte Energia S.A. e União (assistente).

Objeto: Ação proposta pelo MPF em 27/01/2011 perante a 9ª Vara Federal de Belém/PA, requerendo a nulidade da Licença de Instalação nº 770/2011 específica para os canteiros e da Autorização de Supressão de Vegetação nº 501/2011, bem como condenação do BNDES em obrigação de não fazer, consistente em deixar de repassar quaisquer recursos enquanto as ações relativas à UHE – Belo Monte estiverem tramitando.

Causa de pedir: Alega a inconstitucionalidade da Licença de Instalação por etapas, bem como o não cumprimento das condicionantes fixadas na Licença Prévia.

OBSERVAÇÕES:

Em 25/02/2011 os autos foram devolvidos com liminar deferida “para suspender a eficácia da Licença de Instalação nº 770/2011 e da Autorização de Supressão de Vegetação nº 501/2011, bem como determinar ao BNDES que se abstenha de transferir recursos financeiros à NESÁ, tudo até o advento da sentença ou até que, à vista da comprovação do cumprimento das condicionantes, esta decisão seja revogada.”

Em 02/03/2011 o feito foi distribuída a SLAT nº 0012208-65.2011.4.01.0000 (IBAMA).

Em 03/03/2011 foi deferida liminar para suspender decisão da 1ª instância. Na decisão a Corte consignou a necessidade de se respeitar a discricionariedade técnica do IBAMA em conduzir o processo de licenciamento ambiental, bem como anuiu com a legalidade do entendimento do IBAMA de que não há necessidade de cumprimento de todas as condicionantes da Licença Prévia – LP para a emissão da Licença de Instalação – LI.

Processos Relacionados:

SLAT n. 0012208-65.2011.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

SLAT n. 0012204-28.2011.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

AI n. 0013048-75.2011.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

AI n. 0014217-97.2011.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

AI n. 0056635-50.2011.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 08/02/2012.

14. Processo nº 18026-35.2011.4.01.3900 - ACP – Seção Judiciária Federal de Belém – JFPA:

Autor: MPF.

Réus: IBAMA e NORTE ENERGIA S/A (NESÁ) (União atua como assistente dos réus).

Objeto: Ação proposta pelo MPF em 06/06/2011 perante a 9ª Vara Federal de Belém/PA, com o objeto de declarar a nulidade da Licença de Instalação nº 795/2011, de 1º de junho de 2011, emitida pelo IBAMA para o aproveitamento hidrelétrico de Belo Monte.

Causa de Pedir: Alega o não cumprimento integral de todas as condicionantes.

OBSERVAÇÕES:

Em 13/07/2011 foi proferida decisão de incompetência com a consequente remessa dos autos para Subseção Judiciária de Altamira.

Em 17/11/2011 os autos são devolvidos com decisão liminar indeferida.

Processos Relacionados:

AI n. 0056634-65.2011.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

AI n. 0074410-78.2011.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 27/02/12.

15. Processo nº 0000326-37.2011.4.01.3903 – Procedimento Ordinário – Seção Judiciária do Pará:**Autor:** ACEPOAT – Associação dos Criadores e Exportadores de peixes Ornamentais de Altamira.**Réus:** IBAMA, NORTE ENERGIA S/A (NESA) e Secretaria Estadual do Meio Ambiente (SESMA – PA) (União atua como assistente dos réus).**Objeto:** Ação proposta em 03/06/2011 visando impedir a expedição de Licença de Instalação por parte dos órgãos ambientais, até que fosse realizada prova pericial em ação cautelar de produção de prova a ser ingressada pela parte Autora. Em aditamento da petição inicial, a autora acrescentou pedido no sentido de impedir o início das obras, suspendendo os efeitos da Licença Ambiental de Instalação nº 795/2011.**Causa de Pedir:** A associação reúne 26 (vinte e seis) empresas exportadoras, que atuam na atividade pesqueira de peixes ornamentais vivos existentes no Rio Xingu. Alegam que o início dos trabalhos para a construção da UHE – Belo Monte nos sítios Pimental e Belo Monte irá paralisar totalmente a atividade pesqueira em tela, ocasionando verdadeira expropriação das licenças de operação dos filiados da associação autora, uma vez que o acesso ao Rio Xingu estará impedido, tanto para os pescadores quanto para os peixes.**OBSERVAÇÕES:**

Em 03/06/2011 a ação foi proposta.

Em 27/09/2011 os autos foram devolvidos com decisão liminar deferida em parte (para proibir intervenção no leito do rio): “determinar a imediata suspensão das obras relativas à construção da UHE Belo Monte tão somente no Rio Xingu, local onde são desenvolvidas as atividades de pesca de peixes ornamentais pelos associados da parte autora, impedindo a realização de qualquer obra no leito do rio, tais como implantação de porto, explosões, implantação de barragens, escavação de canais, enfim, qualquer obra que venha a interferir no curso natural do Rio Xingu com consequente alteração na fauna ictiológica”.

Em 16/12/2011 os autos foram devolvidos com decisão de tutela antecipada revogada: “Assim sendo, não há mais motivos jurídicos que justifiquem a manutenção da liminar antes deferida, razão pela qual, em juízo de retratação, revogo a decisão das fls. 963/973, para permitir a realização das obras no leito do rio Xingu.”

Processos Relacionados:

AI n. 0063332-87.2011.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

AI n. 0063969-38.2011.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

AI n. 0063875-90.2011.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

AI n. 0004745-38.2012.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 16/02/12.

16. Processo nº 0000364-49.2011.4.01.3903 – Produção Antecipada de Provas – Seção Judiciária do Pará:**Autor:** ACEPOAT – Associação dos Criadores e Exportadores de peixes Ornamentais de Altamira.**Réu:** NORTE ENERGIA S/A (NESA).**Observação:** Distribuição por dependência ao processo nº 0000326-37.2011.4.01.3903**OBSERVAÇÕES:**

Em 29/09/2011 foi proferida decisão liminar deferindo em parte o pedido “para determinar a realização de exame pericial, conforme solicitado pela parte autora.”

Processo Relacionado: AI n. 0064057-76.2011.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 25.01.12

17. Processo nº 0028944-98.2011.4.01.3900 - ACP – Seção Judiciária Federal de Belém - JFPA Pará:**Autor:** MPF.**Réu:** NORTE ENERGIA S/A (NESA) (União atua como assistente da parte ré).**Objeto:** Tem o objetivo de suspender a construção do Aproveitamento Hidrelétrico (AHE) Belo Monte ou, alternativamente, o pagamento de indenização aos povos indígenas Juruna e Arara e aos ribeirinhos da Volta Grande do Xingu pelos supostos impactos e perda da biodiversidade da área afetada pela construção da hidrelétrica. “Natureza como sujeito de direito”.**Causa de Pedir:** Argumenta que a redução da vazão do Rio Xingu na Volta Grande inviabilizará o ecossistema e a vida dos povos indígenas que ali habitam, pois eles vivem da pesca e da caça. Assim, os índios teriam de ser removidos, o que é vedado pelo art. 231 da Constituição Federal. Argumenta também que o direito da natureza e o direito ao desenvolvimento sustentável das gerações futuras estão sendo violados.**OBSERVAÇÕES:**

Em 18/08/2011 foi proferida decisão declinando-se da competência para a Subseção Judiciária de Altamira.

Em 24/02/2012 os autos foram devolvidos com o seguinte despacho: “Considerando que esta magistrada suscitou, nos presentes autos, conflito negativo de competência perante o egrégio Tribunal Regional Federal da 1ª Região (fls. 66/76), fica prejudicado o exercício de juízo de retratação, nos termos requerido pela agravante União, na qualidade de terceiro interessado, às fls. 37/64.2. Publique-se. Intimem-se.”

Processos Relacionados:

AI n. 0057756-16.2011.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

CC n. 0061089-73.2011.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 29/02/12.

18. Processo nº 0001618-57.2011.4.01.3903 - ACP – Seção Judiciária Federal de Altamira – JFPA:

Autor: MPF.

Réus: NORTE ENERGIA S/A (NESA) e União.

Objeto: Ação proposta em 23/09/2011 perante a 9ª Vara Federal de Belém, requerendo que a Norte Energia conclua o cadastro socioeconômico da população que será atingida pela construção do empreendimento na região da Volta Grande do Xingu, em até 60 dias, sob pena de paralisação das obras. Alega o MPF que, em razão das áreas que serão alagadas pela construção de Belo Monte, a população da área da Volta Grande do Xingu, nomeadamente indígenas e ribeirinhos, deverão ser deslocados. Requer também que seja determinado a Norte Energia que se abstenha de ingressar no domicílio dos moradores da Volta Grande do Xingu sem autorização (art. 5º, XI, CF). Requer ainda que seja determinado à União que inicie imediatamente o processo de regularização fundiária na região da Volta Grande do Xingu, nos termos da Lei nº 11.952/2009 (que trata do programa “Terra Legal”), e o conclua em até 120 dias.

Causa de Pedir: Alega grave violação a direitos humanos – relatório do Conselho Nacional de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana. Alega ocorrência de violação ao direito à informação dos atingidos, a inviolabilidade do domicílio e direito à regularização fundiária (Lei 11.952/2009)

OBSERVAÇÕES:

Em 28/09/2011 os autos foram devolvido com a seguinte decisão: “Com essas considerações, reconheço a incompetência absoluta deste juízo para processar e julgar o presente feito e determino a remessa dos autos, após a devida baixa, à 9ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Pará”.

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 25.01.12.

19. Processo nº 0034557-02.2011.4.01.3900 – Procedimento Ordinário – Seção Judiciária Federal de Belém – JFPA:

Autor: COLONIA DE PESCADORES Z-57 DE ALTAMIRA E SEUS FILIADOS.

Réus: NORTE ENERGIA S/A (NESA) e IBAMA.

Objeto: Impedir o início das atividades de construção da UHE – Belo Monte no leito do rio, tendo em vista que referida área é objeto de concessão e licença de pesca para 1.200 pescadores filiados. Requer indenização por perdas e danos no valor de R\$ 218.232.000,00 caso seja impossível o resultado prático requerido pela autora. Requer ainda seja defeso a Norte Energia transportar lixo produzido no canteiro de obras da UHE – Belo Monte até o município de Altamira. “Fato denúncia”: Postula, liminarmente, que todo o lixo produzido pelos funcionários contratados pela NESA para a construção de Belo Monte não seja transportado para Altamira e também pede que seja suspensa qualquer intervenção de obras no rio Xingu.

Causa de Pedir: Alega que não terão acesso à pesca após o início das intervenções no leito do rio em um raio de 50 km do canteiro de obras, pois a água do rio ficará “podre” e imprópria para o consumo, bem como que a trafegabilidade do rio será interrompida, impedindo que os pescadores continuem a exercer suas atividades.

OBSERVAÇÕES:

Em 19/12/2011 os autos foram devolvidos com liminar indeferida.

Processo Relacionado: AI n. 0004744-53.2012.4.01.0000 – TRF 1ª Região.

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 16/02/12.

20. Processo nº 5059088-86.2011.4.04.7100 – Ação Popular – Seção Judiciária de Porto Alegre - JFRS:

Autor: GIOVANE UEBEL PEREIRA e outros.

Réus: IBAMA e União.

Objeto: Pedidos: (a) as obras de construção ainda não iniciadas não sejam realizadas e as que já se iniciaram sejam imediatamente interrompidas; (b) o Governo seja obrigado a realizar todos os estudos necessários (impacto ambiental, social, econômico e outros) no tempo que for necessário para que se possa investir em outras fontes de energia que não tragam as mesmas consequências nefastas (ambientais e sociais) como aconteceria se fosse construída essa usina; (c) a Licença Ambiental seja anulada pelo seu caráter lesivo ao meio ambiente e também seja considerada a legislação que garante aos índios o usufruto das terras em que habitam; (d) as pessoas que já foram retiradas do local possam retornar, caso ainda existam condições para tal, e que todos aqueles que já foram removidos sejam indenizados pelo Governo Federal de forma a reparar os danos materiais da mudança, bem como lhes seja garantida reparação também por danos morais em face dos transtornos que o deslocamento e mudanças acarretaram e quaisquer outros abusos cometidos para com estas pessoas, determinando-se a instauração de rito próprio junto ao Ministério Público Federal para apuração e ressarcimento desses danos. No mérito, pediu a procedência da ação.

OBSERVAÇÕES:

Em 08/11/2011 o feito foi distribuído.

Em que pese as obras da Usina Hidrelétrica de Belo Monte estejam em andamento, pelas informações colhidas das ações judiciais antes elencadas, o empreendimento restou suspenso/paralisado diversas vezes por força de decisões liminares, sendo que o seu prosseguimento só foi restaurado em razão do manejo pela AGU dos instrumentos processuais aptos a superar as decisões judiciais de primeiro grau (recursos e pedidos autônomos de suspensão de liminares e tutelas antecipadas).

Nesse sentido, pode-se perceber, ou pelo menos inferir em face do número de questionamentos judiciais do PAC e especificamente do empreendimento de Belo Monte, que a opção do nosso constituinte originário por criar a Advocacia-Geral da União, com a parcela da competência do Ministério Público Federal referente à representação judicial e extrajudicial do Estado, se por um lado contribuiu para estimular o embate dialético no tocante à atuação do Estado na promoção das políticas públicas que entende melhor refletir o interesse público primário da sociedade, por outro garantiu paridade de armas no desenrolar dos debates travados junto ao Poder Judiciário, o que, por si só, justificaria sua inclusão no rol das FEJ.

Noutra senda, é fato que as disputas judiciais contra a implementação desta ou daquela política pública têm nos polos ativos outros atores para além do Ministério Público, e algumas dessas demandas, ademais, têm seu início diretamente junto ao Supremo Tribunal Federal.

No capítulo seguinte se analisará, descritivamente, a discussão travada no STF em três relevantes feitos sobre políticas públicas completamente diferentes, onde de um lado tem-se a AGU na defesa das referidas políticas e de outro variados atores a questionar a atuação estatal sobre a ótica da constitucionalidade das normas editadas.

Tal análise, aliada aos dados numéricos trazidos em relação ao PAC bem como à incursão feita junto à discussão sobre o empreendimento de Belo Monte, auxiliará de modo bastante relevante na busca pelas respostas à problematização formulada no início desta pesquisa.

Em 13/12/2011 foi proferida decisão declinada da competência: “Reconheço a conexão entre esta ação popular e as ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal que tenham por objeto a construção da Hidrelétrica de Belo Monte, declaro a incompetência deste juízo e declino da competência para a 9ª Vara Federal de Belém/PA”.

ÚLTIMA ATUALIZAÇÃO: 25.01.12.

CAPÍTULO III - A ATUAÇÃO DA AGU NA DEFESA JUDICIAL DA UNIÃO: ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

Como mencionado no item 2.4 desta dissertação, a atuação da Advocacia-Geral da União abarca as mais diversas matérias de interesse da União, suas autarquias e fundações públicas federais. Embora algumas disciplinas sejam comuns a todas ou quase todas as entidades públicas federais e à União, tem-se que a atividade finalística de cada uma das autarquias e fundações públicas, bem como de cada um dos Ministérios, lhes confere singularidade na medida em que especifica uma determinada política como sendo objeto de sua atuação particular.

Nesse sentido, a AGU transita, no assessoramento e consultoria e na defesa judicial e extrajudicial, em todas as matérias de competência da União e de suas autarquias e fundações públicas, de modo que todas as políticas públicas desenvolvidas em âmbito federal passam pela Advocacia-Geral da União, a fim de serem examinadas ou defendidas nos seus aspectos jurídicos (constitucionais e legais).

A título eminentemente exemplificativo, dentre as diversas participações da AGU²⁹⁸ na defesa das políticas públicas²⁹⁹ desenvolvidas pelo poder público federal, se declinará três atuações da Instituição junto ao Supremo Tribunal Federal³⁰⁰, a saber³⁰¹: a) o

²⁹⁸ Além das questões elencadas e discutidas no tópico, pode-se dizer que apenas nos últimos anos de atuação junto ao Supremo Tribunal Federal a AGU participou diretamente da defesa de importantes questões postas em debate público, muitas delas constituindo-se em relevantes políticas públicas que o Governo Federal pretendia implementar, e que de fato implementou, no Estado brasileiro, a saber: 1) reforma da previdência (EC n. 41/2003); 2) novo modelo elétrico implantado pela Medida Provisória n.º 144/2003, convertida na Lei n.º 10.848/2004; 3) passe livre para os idosos comprovadamente carentes; 4) gratuidade de registro público de nascimento e óbito para os reconhecidamente pobres; 5) piso salarial nacional para o magistério; 6) implantação do sistema de TV digital; 7) preservação de diversas unidades de conservação ambiental; 8) confirmação da exigência de concurso público para cartórios; 9) higidez de diversos decretos presidenciais para implementação da política de reforma agrária; 10) prosseguimento dos trabalhos de licenciamento ambiental do Projeto de Integração do Rio São Francisco; 11) fiscalização da Controladoria-Geral da União quanto à aplicação de recursos federais nos Estados e Municípios; 12) defesa das competências constitucionais do Conselho Nacional de Justiça; 13) decisões que impediram a liberação de bilhões de reais em pagamentos indevidos, como no caso do salário de benefício do auxílio doença *versus* salário de contribuição da aposentadoria por invalidez, julgado no Recurso Extraordinário n. 583.834/SC (só nesse caso houve uma economia estimada para os cofres do INSS da ordem de 13 bilhões de reais), etc.

²⁹⁹ Registre-se que o estudo que se pretende empreender não se consubstancia numa análise qualitativa das matérias objeto de atuação da AGU na esfera judicial ou extrajudicial, nem tampouco numa análise de hermenêutica jurisprudencial, mas tão somente visa mostrar que, de fato, a AGU participa ativamente das fases de formulação e implementação de políticas públicas pelo Estado brasileiro, mormente quando as defende em juízo.

³⁰⁰ Deve-se ter em mente que as decisões do STF acerca das políticas públicas nacionais levam em consideração a questão orçamentária, limitada pela teoria da “reserva do possível”. Nesse sentido destaca Susana Henriques da Costa (2011, p. 465), *verbis*: “O Supremo Tribunal Federal não ignora a questão orçamentária, quando da prolação de suas decisões em questões envolvendo políticas públicas. Em decisão monocrática, referendada pela Segunda Turma, também envolvendo o atendimento de crianças de zero a seis anos em

caso da demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol; b) o caso da proibição da importação e pneumáticos usados; e c) a defesa da Lei da Biossegurança, e a consequente permissão das pesquisas com células-tronco embrionárias.

Em cada um dos casos elencados serão descritos os principais argumentos utilizados pela AGU na defesa da União, suas Autarquias e Fundações Públicas Federais, bem como os ventilados pelas partes adversas. Em seguida, serão descritos os mais relevantes fundamentos declinados pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a demanda, a fim de se verificar se a AGU efetivamente influenciou o judiciário, tendo contribuído de forma efetiva e eficaz para a implementação da política pública desafiada judicialmente.

3.1 Ação Popular (PET) n. 3388 – A atuação da AGU na demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol

A atuação da Advocacia-Geral da União no caso em tela visa garantir a higidez constitucional de ato do Poder Executivo Federal na implementação de política pública voltada à defesa de povos indígenas e das terras tradicionalmente por eles ocupadas, tal qual previsto pelo art. 231 da Constituição³⁰², cumulado com o Decreto 1.775/1996³⁰³, que dispõe

creches, o Ministro Carlos Veloso concedeu efeito suspensivo ao recurso extraordinário interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que condenou o Município do Rio de Janeiro a, no prazo de 30 dias, garantir a gratuidade do atendimento e, no prazo de um ano, ampliar o número de vagas a fim de atender a 100% da demanda local. Segundo o Ministro, a decisão, numa primeira análise, violaria as normas constitucionais, pois implicaria a realização de despesas sem a devida autorização orçamentária (art. 167, CF) (Pet. N. 2.836-QO/RJ).”

³⁰¹ Todos os dados a respeito da atuação da Advocacia-Geral da União na defesa das políticas públicas elencadas nessa passagem da pesquisa estão disponíveis em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 03 mar. 2012 a 20 mar. 2012. Nos casos em que a pesquisa se der fora do âmbito do sítio eletrônico da AGU, será declinada a fonte da informação.

³⁰² “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º - As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ‘ad referendum’ do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania

sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, e com os artigos 17³⁰⁴ e 19³⁰⁵ da Lei 6.001/1973, que dispõe sobre o Estatuto do Índio.

No caso, trata-se de Ação Popular n. 3388³⁰⁶ (Pet n. 3388) movida pelo Estado de Roraima e por dois Senadores da República que impugnava a Portaria n. 534/2005³⁰⁷ do

do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.”

³⁰³ “Art. 1º As terras indígenas, de que tratam o art. 17, I, da Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973, e o art. 231 da Constituição, serão administrativamente demarcadas por iniciativa e sob a orientação do órgão federal de assistência ao índio, de acordo com o disposto neste Decreto.”

³⁰⁴ “Art. 17. Reputam-se terras indígenas:

I - as terras ocupadas ou habitadas pelos silvícolas, a que se referem os artigos 4º, IV, e 198, da Constituição;
II - as áreas reservadas de que trata o Capítulo III deste Título;
III - as terras de domínio das comunidades indígenas ou de silvícolas.”

O dispositivo mencionado no inciso I, do art. 17 (que se reporta à EC n. 1/1969 à Constituição de 1967), atualizado para a Constituição de 1988 equivale ao art. 231.

³⁰⁵ “Art. 19. As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio, serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido em decreto do Poder Executivo.

§ 1º A demarcação promovida nos termos deste artigo, homologada pelo Presidente da República, será registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras.

§ 2º Contra a demarcação processada nos termos deste artigo não caberá a concessão de interdito possessório, facultado aos interessados contra ela recorrer à ação petítória ou à demarcatória.”

³⁰⁶ Brasil, STF, Ação Popular n. 3388, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612760>>. Acesso: 05 mar. 2012.

³⁰⁷ “PORTARIA N. 534, DE 13 DE ABRIL DE 2005

O MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA, no uso de suas atribuições, observando o disposto no Decreto n. 1.775, de 8 de janeiro de 1996, e com o objetivo de definir os limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, e considerando que a Portaria MJ n. 820/98 não contempla solução para questões de fato controvertidas ressalvadas no Despacho n. 50, de 10 de dezembro de 1998, do então Ministro da Justiça; Considerando ser conveniente e oportuno solucionar, de modo pacífico, situações de fato controvertidas ressalvadas no referido Despacho n. 50;

Considerando que os atos praticados com fundamento na Portaria MJ n. 820, de 11 de dezembro de 1998, são válidos e devem ser aproveitados;

Considerando que o Parque Nacional do Monte Roraima pode ser submetido, por decreto presidencial, a regime jurídico de dupla afetação, como bem público da União destinado à preservação do meio ambiente e à realização dos direitos constitucionais dos índios que ali vivem;

Considerando que o Decreto n. 4.412, de 7 de outubro de 2002, assegura a ação das Forças Armadas, para defesa do território e da soberania nacionais, e do Departamento de Polícia Federal, para garantir a segurança, a ordem pública e a proteção dos direitos constitucionais dos índios, na faixa de fronteira, onde se situa a Terra Indígena Raposa Serra do Sol;

Considerando, por fim, o imperativo de harmonizar os direitos constitucionais dos índios, as condições indispensáveis para a defesa do território e da soberania nacionais, a preservação do meio ambiente, a proteção da diversidade étnica e cultural e o princípio federativo; resolve:

Art. 1º Ratificar, com as ressalvas contidas nesta Portaria, a declaração de posse permanente dos grupos indígenas Ingarikó, Makuxi, Taurepang e Wapixana sobre a Terra Indígena denominada Raposa Serra do Sol.

Art. 2º A Terra Indígena Raposa Serra do Sol, com superfície de um milhão, setecentos e quarenta e três mil, oitenta e nove hectares, vinte e oito ares e cinco centiares e perímetro de novecentos e cinquenta e sete mil, trezentos e noventa e nove metros e treze centímetros, situada nos Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, Estado de Roraima, está circunscrita aos seguintes limites: NORTE: partindo do Marco SAT RR-13=MF BV-0, de coordenadas geodésicas 05º12'07,662" N e 60º44'14,057" Wgr., localizado sobre o Monte

Ministério da Justiça – que modificou a Portaria n. 820/98 –, homologada pelo Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005, que demarcou em limites contínuos a terra indígena Raposa Serra do Sol (TIRSS), e de qualquer outra Portaria que tenha por finalidade frustrar o andamento judicial das ações que discutam a demarcação da referida terra indígena.

Os autores sustentavam que a Portaria n. 534/2005, além de afrontar os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, segurança jurídica, legalidade e devido processo legal, incidiria nas seguintes irregularidades: a) nulidade do procedimento administrativo, por violação aos Decretos n. 22/91 e n. 1.775/96, tendo em vista a não participação de todos os

Roraima, na trijunção das fronteiras Brasil/Venezuela/Guiana, segue pelo limite internacional Brasil/Guiana, passando pelos Marcos de Fronteira B/BG-1, B/BG-2, B/BG-3, B/BG-4, B/BG-5, B/BG-6, B/BG-7, B/BG-8, B/BG-9, B/BG-10, B/BG-11, B/BG-11A, B/BG-12 e B/BG-13, até o Ponto Digitalizado 02, de coordenadas geodésicas aproximadas 05°11'54,8" N e 60°06'32,0" Wgr., localizado na cabeceira do Rio Maú ou Ireng; LESTE: do ponto antes descrito, segue pela margem direita do Rio Maú ou Ireng, a jusante, acompanhando o limite internacional Brasil/Guiana, passando pelos Marcos de Fronteira B/5, B/4, B/3 e B/2, até o Ponto Digitalizado 03 de coordenadas geodésicas aproximadas 03°51'56,5" N e 59°35'25,1" Wgr., localizado na confluência com o Igarapé Uanamará; SUL: do ponto antes descrito, segue pela margem esquerda do Igarapé Uanamará, a montante, até o Marco 04 de coordenadas geodésicas 03°55'12,8544" N e 59°41'50,4479" Wgr., localizado na confluência com o Igarapé Nambi; daí, segue por uma linha reta até o Marco 05 (marco de observação astronômica, denominado Marco Pirarara), de coordenadas geodésicas 03°40'05,75" N e 59°43'21,59" Wgr.; daí, segue no mesmo alinhamento até a margem direita do Rio Maú ou Ireng; daí, segue por esta margem, a jusante, acompanhando o limite internacional Brasil/Guiana, até a sua confluência com o Rio Tacutu, onde está localizado o Marco de Fronteira 1 de coordenadas geodésicas 03°33'58,25" N e 59°52'09,19" Wgr.; daí, segue pela margem direita do Rio Tacutu, a jusante, até o Ponto digitalizado 07 de coordenadas geodésicas aproximadas 03°22'25,2" N e 60°19'14,5" Wgr., localizado na confluência com o Rio Surumu; OESTE: do ponto antes descrito, segue pela margem esquerda do Rio Surumu, a montante, até o Ponto Digitalizado 08, de coordenadas geodésicas aproximadas 04°12'39,9" N e 60°47'49,7" Wgr., localizado na confluência com o Rio Miang; daí, segue pela margem esquerda do Rio Miang, a montante, até o Marco de Fronteira L8-82 de coordenadas geodésicas 04°29'38,731" N e 61°08'00,994" Wgr., localizado na sua cabeceira, na Serra Pacaraima, junto ao limite internacional Brasil/Venezuela; daí, segue pelo limite internacional, passando pelos Marcos de Fronteira BV-7, BV-6, BV-5, BV-4, BV-3, BV-2, BV-1 e BV-0=Marco SAT RR-13, início da descrição deste perímetro. Base cartográfica utilizada na elaboração deste memorial descritivo: NB.20

Z-B; NB.21-Y-A; NB.20-Z-D; NB.21-Y-C; NA.20-X-B e NA.21-V-A - Escala 1:250.000, RADAMBRASIL/DSG Ano 1975/76/78/80.

Art. 3º A terra indígena de que trata esta Portaria, situada na faixa de fronteira, submete-se ao disposto no art. 20, § 2º, da constituição.

Art. 4º Ficam excluídos da área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol:

I - a área do 6º Pelotão Especial de Fronteira (6º PEF), no Município de Uiramutã, Estado de Roraima;

II - os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes;

III - o núcleo urbano atualmente existente da sede do Município de Uiramutã, no Estado de Roraima;

IV - as linhas de transmissão de energia elétrica; e

V - os leitos das rodovias públicas federais e estaduais atualmente existentes.

Art. 5º É proibido o ingresso, o trânsito e a permanência de pessoas ou grupos de não-índios dentro do perímetro ora especificado, ressalvadas a presença e a ação de autoridades federais, bem como a de particulares especialmente autorizados, desde que sua atividade não seja nociva, inconveniente ou danosa à vida, aos bens e ao processo de assistência aos índios.

Parágrafo único. A extrusão dos ocupantes não-índios presentes na área da Terra Indígena Raposa Serra do Sol será realizada em prazo razoável, não superior a um ano, a partir da data de homologação da demarcação administrativa por decreto presidencial.

Art. 6º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.”

Disponível

em:

<<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=59&data=15/04/2005>>. Acesso em: 05 mar. 2012.

interessados na lide e não apresentação de relatório circunstanciado por parte do Grupo Interinstitucional de Trabalho; b) nulidade do estudo antropológico conclusivo posto ter sido o mesmo assinado por um único profissional; c) iminentes prejuízos à economia do Estado de Roraima caso a demarcação da Reserva Indígena ocorra em área contínua; d) instabilidade quanto à segurança nacional, porquanto a Reserva Indígena estaria contida em faixa de fronteira do Brasil com a Venezuela e Guiana; e) ofensa ao equilíbrio federativo, haja vista que a área demarcada ocupa grande parte do território do Estado de Roraima.

A União e a FUNAI, representadas pelo Advogado-Geral da União e pelo Procurador-Geral Federal, respectivamente, defenderam a constitucionalidade da Portaria n. 534/2005, homologada via Decreto Presidencial, bem como a permanência dos povos indígenas na referida reserva. Os principais fundamentos elencados na peça de defesa e relembrados nos memoriais³⁰⁸ apresentados ao STF podem ser assim descritos:

3.1.1 Dos argumentos da AGU

No que se refere à tradicional ocupação indígena na região objeto da disputa judicial, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, no Brasil existem cerca de 604 (seiscentas e quatro) áreas reconhecidas como indígenas, compreendendo 12,5% do território nacional, com significativa concentração na Amazônia Legal, sendo que 70% delas são terras devidamente demarcadas e homologadas.

A área debatida na presente causa é habitada tradicionalmente por grupos indígenas de filiação linguística Carib e Aruak, distribuídos em 194 (cento e noventa e quatro) aldeias (memoriais da AGU, p. 5)³⁰⁹.

Com efeito, a ocupação indígena na área é comprovada por documentação historiográfica (juntada aos autos do processo), sendo que no período republicano de nossa história foi instalada na região objeto desta contenda judicial uma sede do antigo Serviço de Proteção aos Índios – SPI, órgão oficial que antecedeu a FUNAI. Tal instalação tinha por escopo garantir a permanência da ocupação indígena na área, em razão do aumento dos conflitos ocasionados com a chegada dos colonos civis na região (memoriais da AGU, p. 6-7).

³⁰⁸ Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=78166&id_site=3>. Acesso em: 03 mar. 2012.

³⁰⁹ “A ocupação tradicional exercida continuamente pelos índios na área é atestada em diversos registros documentais, o que pode ser verificado, em anos mais recentes, pelo mapa etnográfico publicado pelo linguista Ernesto Migliazza em 1970, contendo a localização aproximada de 90 aldeias Macuxi e Ingaricó”. (memoriais da AGU, p. 8-9)

O Indigenato, por sua vez, é instituto jurídico cuja origem remonta à época do Brasil colonial quando o Alvará Régio de 1º de abril de 1680 firmou o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores dela. Deste modo, não se trata de reconhecimento de simples ocupação ou mera posse por parte dos índios, mas, ao contrário, se constitui em fonte primária e congênita da posse territorial, tendo, atualmente, amparo no art. 231, § 2º da Constituição Federal e no art. 25 da lei n. 6.001/73³¹⁰ (memoriais da AGU, p. 9-10).

Afirmou ainda a AGU, com escólio na doutrina de Dalmo Dallari, que “A posse indígena, prevista na Carta Magna, não está ligada simplesmente à ocupação e exploração da terra, como ocorre com a posse civil, mas, sim, à sobrevivência física e cultural dos índios (memoriais da AGU, p. 10-11).

Quanto à garantia Constitucional das terras indígenas, a AGU destaca (memoriais, p. 11) que desde a Constituição de 1934 (art. 129)³¹¹, passando pelas de 1937 (art. 154)³¹², de 1946 (art. 216)³¹³ e 1967 c/c EC n. 1/69 (art. 198)³¹⁴ a posse indígena das terras tradicionalmente por si ocupadas é protegida. E afirma que a Constituição de 1988 não discrepou no que toca à referida proteção, consoante se observa do seu art. 231, § 4º que afirma serem inalienáveis e indisponíveis as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, bem como imprescritíveis os seus direitos sobre elas.

³¹⁰ Constituição Federal: “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

[...]

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.”

Lei n. 6.001/73: “Art. 25. O reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal [*refere-se ao ordenamento constitucional anterior*], independerá de sua demarcação, e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas, atendendo à situação atual e ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação, sem prejuízo das medidas cabíveis que, na omissão ou erro do referido órgão, tomar qualquer dos Poderes da República.”

³¹¹ “Art 129 - Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las.”

³¹² “Art 154 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras em que se achem localizados em caráter permanente, sendo-lhes, porém, vedada a alienação das mesmas.”

³¹³ “Art 216 - Será respeitada aos silvícolas a posse das terras onde se achem permanentemente localizados, com a condição de não a transferirem.”

³¹⁴ “Art. 198. As terras habitadas pelos silvícolas são inalienáveis nos termos que a lei federal determinar, a êles cabendo a sua posse permanente e ficando reconhecido o seu direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais e de tôdas as utilidades nelas existentes.

§ 1º Ficam declaradas a nulidade e a extinção dos efeitos jurídicos de qualquer natureza que tenham por objeto o domínio, a posse ou a ocupação de terras habitadas pelos silvícolas.

§ 2º A nulidade e extinção de que trata o parágrafo anterior não dão aos ocupantes direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a Fundação Nacional do Índio.”

Deste modo, não há que se falar em lesão aos ocupantes dos imóveis existentes nas áreas demarcadas, uma vez que não existe direito adquirido à posse das terras indígenas por particulares, a teor do disposto no referenciado § 4º, sendo, portanto, juridicamente nulos todos os atos ou títulos produzidos que tenham por objeto a ocupação, domínio ou posse de terras indígenas e das riquezas nelas existentes (art. 231, § 6º da Constituição³¹⁵) (memoriais da AGU, p. 12).

“A demarcação da TIRSS [diz a AGU], repise-se, não configura ato constitutivo de posse, mas sim ato meramente declaratório que define a real extensão da posse e torna eficazes o mandamento constitucional e o Estatuto do Índio (art. 25 da Lei nº 6.001/1973)” (memoriais da AGU, p. 12-13)

Noutro turno, a AGU sustenta a necessidade da TIRSS ser demarcada em faixa contínua, sendo que isso não implica em risco ao Pacto Federativo³¹⁶. Este tópico é de fundamental importância para o convencimento dos julgadores, pois visa demonstrar a desproporcionalidade e a falta de razoabilidade do pleito formulado na Ação Popular em questão, já que o território indígena que se pretende demarcar corresponde a uma pequena parte do território total do Estado de Roraima.

Com efeito, esclarece a AGU que conforme disposição contida na Portaria n. 534/2005, a TIRSS ocupa uma faixa contínua de 17.474,64 km², de um total de 224.298,98

³¹⁵ “Art. 231 *omissis*

[...]

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.”

³¹⁶ Com relação a este tópico, importante registrar, desde já, o posicionamento do relator do processo, Ministro Carlos Ayres Britto (voto p. 84-85 e inteiro teor do acórdão p. 338-339): “[...] a extensão da área demarcada é compatível com as coordenadas constitucionais aqui longamente descritas, sobretudo à vista do que vimos chamando de postulado da proporcionalidade extensiva. Valendo enfatizar que a demarcação de terras indígenas não se orienta por critérios rigorosamente matemáticos. Sem falar que não têm préstimo para esse fim critérios não-índios de mensuração, como, por exemplo, cálculo de hectare/habitante e *clusters* (demarcação por ilhas ou do tipo ‘queijo suíço’). As próprias características geográficas da região contra-indicam uma demarcação avara ou restritiva, pois a reconhecida infertilidade dos solos (causadora da necessidade da prática da coivara e da pecuária extensiva), os períodos de cheias e a acidentada topografia da região já são em si mesmos um contraponto ao generoso querer objetivo da constituição em matéria de proteção indígena.”

Nesse trecho, o relator abre uma nota de rodapé (n. 11), e nela destaca: “Generoso querer da Constituição que, de modo algum, retira dos não-índios o espaço necessário para seu adequado desenvolvimento. É que, em se tratando do Estado de Roraima (como da maioria dos Estados da região Norte do Brasil), as extensões territoriais são superlativas. Prova disso é que as terras não-indígenas do Estado de Roraima se estendem por uma área de 121.182,19 km², para uma população de menos de 400 mil habitantes. Só para que se tenha uma ideia da extensão dessas terras, o Estado de Pernambuco, com mais de 8 milhões de habitantes, possui 98.311,616 km². Já o Estado do Rio de Janeiro, com apenas 43.696,054 km², é habitado por mais de 15 milhões de pessoas.”

km², que corresponde ao tamanho total do Estado de Roraima. Isso significa que a terra indígena equivale a menos de 8% do território estadual, sendo que na área demarcada existem 194 aldeias com cerca 19.000 indígenas de cinco etnias diferentes.

Nesse contexto, a AGU destaca que a Constituição reconhece não apenas a ocupação das áreas correspondentes às tribos indígenas, mas sim toda a área representativa da ocupação tradicional do território indígena. Significa dizer: área tradicionalmente ocupada é aquela extensão de terra necessária à manutenção e preservação das particularidades culturais de cada grupo, ou seja, para além da área de habitação permanente e coleta, todos os espaços necessários à manutenção das tradições do grupo, inclusive as terras consideradas sagradas³¹⁷, cemitérios distantes etc. (memoriais da AGU, p.13).

Eis a necessidade da demarcação contínua da TIRSS³¹⁸, e não em “ilhas” como desejavam os impetrantes, a fim de preservar a identidade histórica e cultural dos povos indígenas que lá habitam³¹⁹ (memoriais da AGU, p. 14).

Ademais, a Advocacia-Geral da União destaca em sua manifestação que o autor fundamenta seu pedido de demarcação da TIRSS em “ilhas” por meio de dois documentos: 1) Relatório elaborado por uma Comissão formada por membros do Senado Federal e 2) laudo pericial determinado pelo juízo da 1ª Vara Federal de Roraima.

Todavia, ambos os documentos juntados aos autos mostram-se inservíveis para os fins aos quais se propõem, pois parciais e carentes de conclusões técnicas aptas a formular um correto convencimento: no primeiro, dentre os integrantes da Comissão, encontra-se o Senador Mozarildo Cavalcante, eleito pelo Estado de Roraima e integrante da lide na qualidade de assistente do requerente; no segundo, mais uma vez a parcialidade e falta de

³¹⁷ “Cumprir ainda asseverar que na TIRSS localiza-se o **Monte Roraima** (Parque Nacional do Monte Roraima), **que possui grande significado místico** para todas as etnias que vivem nas aldeias da reserva. **A demarcação em ilhas privaria as comunidades existentes na Terra Indígena do acesso ao seu referencial cosmológico primevo**, impedindo, conseqüentemente, o direito constitucionalmente garantido ao **livre exercício de suas crenças**.” (memoriais da AGU, p. 16-17)

³¹⁸ “Outro ponto relevante a ensejar a demarcação contínua é que, **considerando a ecologia da região**, configurada por campos e serras, em que ocorrem apenas ilhas de matas ciliares – isto é, à margem dos cursos d’água –, **as áreas de cultivo ficam distante das aldeias, em média a 15 km**. Por sua vez, a agricultura indígena obedece à rotatividade necessária do solo, a fim de prevenir seu esgotamento. Dessa forma, cada aldeia necessita de maiores extensões, aproximadamente 30 a 40 km, para o desempenho das atividades de caça, coleta e criação.” (memoriais da AGU, p. 16)

³¹⁹ “A manutenção de Raposa Serra do Sol em território contínuo consiste, portanto, em condição imprescindível à vida social e cultural, à reprodução dos costumes, línguas, crenças, tradições indígenas, e dá plena eficácia ao texto constitucional. A demarcação em ‘ilhas’ não coligadas, além de significar um retrocesso na política indigenista brasileira, coloca em risco a própria sobrevivência física e cultural das comunidades que lá vivem.” (memoriais da AGU, p.17)

respaldo técnico mostram-se presentes, pois dos cinco técnicos designados para elaborar o laudo pericial, um deles, o senhor Erwin Heinrich Frank – único antropólogo presente no grupo –, posicionou-se veementemente contra o laudo formulado pelos demais, recusando-se a assiná-lo e tendo, inclusive, proferido manifestação em separado (memoriais da AGU, p. 23).

Retomando o ponto referente à extensão da TIRSS, a AGU acentua não se poder aventar quebra do equilíbrio federativo, já que a demarcação abarca tão somente 7,79% do território de Roraima e não os 46% asseverados na inicial pelos autores da Ação Popular. Na verdade poder-se-ia chegar ao percentual de 46% de terras indígenas se fossem somadas todas as demais reservas existentes no Estado de Roraima, mas não apenas a TIRSS. Ademais, ainda que se considerem os 54% de território remanescente, a AGU lembra que esses 121.121,44 km² restantes são maiores do que os Estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo e Alagoas somados, o que, por si só, afasta qualquer alegação de quebra do equilíbrio federativo (memoriais da AGU, p. 26-27).

Seguindo sua linha de argumentação contra a mencionada quebra do equilíbrio federativo, a AGU (memoriais da AGU, p. 28), supedaneada por dados colhidos do IBGE, informa que em Roraima há uma população indígena de aproximadamente 45.000 aldeados, constituindo-se uma das maiores populações indígenas do país. Sendo que desse total, cerca de 42% (ou seja, 19.000 indígenas) concentram-se numa área equivalente a 7,79% do referido Estado.

A partir desse dado, a AGU faz a seguinte proporção, ainda com base em dados do IBGE: o Estado de Roraima possui o menor número de habitantes por unidade da Federação no país, com menos de 400.000 habitantes³²⁰ para ocupar uma área total de 224.298,98 km², sendo que a maior parte dessa população, cerca de 250.000 habitantes, vive na capital do Estado, Boa Vista, com uma área de 5.687km². Os demais, cerca de 150.000 habitantes, encontram-se distribuídos por 218.611,98 km², o que proporciona uma densidade demográfica de mais ou menos 0,65 habitantes por quilômetro quadrado (excetuando-se a população concentrada na região de Boa Vista, que constitui uma exceção aos padrões do Estado³²¹).

³²⁰ Dados colhidos nos memoriais da AGU e referentes à época em que os mesmos foram confeccionados. Hoje, o Estado de Roraima possui população de pouco mais de 450.000 habitantes.

³²¹ Para verificar o posicionamento do Ministro relator, Carlos Ayres Britto, em seu voto, vide nota de rodapé n. 316.

Noutro turno, a terra indígena Raposa Serra do Sol possui cerca de 19.000 indígenas para ocupação de uma área de 17.474,64 km² o que corresponde a uma densidade demográfica de cerca de 1,09 habitante por quilômetro quadrado. Maior, portanto, que densidade demográfica média do Estado (a exceção da sua Capital).

Assim, por mais essa razão, não há que se falar em ofensa ao Pacto Federativo ou ao princípio da razoabilidade ou proporcionalidade quanto à demarcação contínua da TIRSS.

Quanto aos aspectos geopolíticos envolvidos na demanda, a AGU destaca que dentro da TIRSS há parte dos territórios de três municípios, a saber: Normandia, Pacaraima e Uiramutã, sendo que tal fato não interfere de modo relevante ou severo na vida dos munícipes ou na autonomia do próprio Município.

O Município de Normandia (criado por meio da Lei n. 7.009/1982) tem sua sede fora dos limites da TIRSS.

Os Municípios de Pacaraima e Uiramutã (criados pelas Leis Estaduais n. 96 e n. 98, ambas de 17 de outubro de 1995) foram criados durante o procedimento de identificação e demarcação da TIRSS, que teve início em 1991.

O fato é que a Portaria n. 534/2005 excluiu dos limites da TIRSS a sede do Município de Uiramutã. No que toca ao Município de Pacaraima, cuja sede fica dentro dos limites de outra Terra Indígena, a Terra Indígena São Marcos, firmou-se acordo na Ação Cautelar n° 861, movida pelo Ministério Público Federal e FUNAI, em face das Leis Municipais n° 110/2006 e 111/2006, para se abster de praticar atos e criação de distritos na área da TIRSS, bem como para paralisar toda e qualquer obra de urbanização e asfaltamento da região (memoriais da AGU, p. 29-30).

Ademais, pontua a AGU que o domínio da União sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios não redundará em perda da sua autonomia política nem por parte dos Municípios nem por parte do Estado, já que as autoridades municipais e estaduais poderão implementar diversas políticas públicas nas terras indígenas, observando-se os requisitos da legislação federal aplicável e o necessário acompanhamento FUNAI, com a única ressalva de que as referidas atividades não sejam nocivas, danosas ou inconvenientes à vida e aos bens dos índios (memoriais da AGU, p. 30-31).

Outro ponto forte na argumentação dos autores é aquele que diz respeito aos danos que adviriam à economia de Roraima com a demarcação contínua da TIRSS, em face da retirada dos produtores de arroz daquela região do Estado.

Relativamente ao ponto, a AGU, mais uma vez com base em dados do IBGE, afirma que a atividade rizicultora em todo o Estado de Roraima rende algo em torno de R\$ 55.625.000,00 (cinquenta e cinco milhões, seiscentos e vinte e cinco mil reais) por ano, ao passo que o Produto Interno Bruto – PIB³²² do Estado é de cerca de R\$ 3.176.611.000,00 (três bilhões, cento e setenta e seis milhões, seiscentos e onze mil reais)³²³.

Assim, a atividade rizicultora representa aproximadamente 1,75% do PIB e não 6%, como afirmado na inicial da ação. Ressalte-se, noutro turno, que a população indígena que habita a TIRSS produz anualmente 50 toneladas de milho, 10 toneladas de arroz, 10 toneladas de feijão, além de possuir o maior rebanho bovino do Estado, com cerca de 35.000 cabeças e gado e venda anual de algo em torno de 3.000 bezerros. Desse modo, além da colaboração cultural, os indígenas também contribuem para o crescimento da economia do Estado (memoriais da AGU, p. 31).

A AGU consigna também seu ponto de vista acerca da má-fé dos posseiros e dos danos ambientais por eles causados, a fim de descaracterizar a necessidade de indenização do Estado por benfeitorias, conforme previsão inserta no § 6º do art. 231 da Constituição.

Nesse sentido, ancorada em imagens de satélite fornecidas pelo INPE – Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, a AGU traz informações acerca de 7 (sete) fazendas ocupadas/cercadas por posseiros após o início dos estudos para demarcação da TIRSS, *verbis*:

- a) Fazenda Praia Grande: ocupada por Ivalcir Centenaro, com área de 2.182 hectares, sendo 598 hectares destinados à rizicultura. Posseiro com título de 594 hectares ocupa a área, segundo declaração à Justiça Federal, **desde 1994**;
- b) Fazenda Tatu: ocupada por Ivo Barilli, com área de 9.156 hectares, sendo 1.336 hectares destinados à rizicultura. Posse em nome de Maria Tereza Costa Magalhães, cuja transferência ao atual ocupante se deu **em 1992**;
- c) Fazenda Canadá: ocupada por Luiz Afonso Faccio e outro, com área de 3.316 hectares, sendo 2.826 hectares destinados à rizicultura. Posseiro ocupa a área, segundo sua declaração, **desde 1997**;
- d) Fazenda Guanabara: ocupada por Luiz Afonso Faccio e outro, não havendo qualquer hectare destinados à rizicultura. Posseiro ocupa a área, segundo sua declaração, **desde 1997**;
- e) Fazenda Depósito: ocupada por Paulo César Justo Quartiero, com área de 5.070 hectares, sendo 3.118 hectares destinados à rizicultura. Posse em nome

³²² “[...] conforme elementos do Departamento de Estudos Econômicos e Sociais do Estado de Roraima, a atividade agrícola em conjunto com a pecuária representa tão-somente 3,8% do produto interno bruto daquele ente, atrás, portanto, da Administração Pública (58,2%), da construção civil (6,0%) e do comércio (9,3%).” (memoriais da AGU, p. 31)

³²³ Dados colhidos nos memoriais da AGU e referentes à época em que os mesmos foram confeccionados. Hoje, o Estado de Roraima possui um PIB de pouco menos de R\$ 4.900.000.000,00 (quatro bilhões e novecentos milhões de reais). Ainda assim, o menor dentre todos os Estados do Brasil.

de José Mendes de Brito, cuja transferência ao atual ocupante se deu em 11 de maio **de 1992**;

f) Fazenda Providência: ocupada por Paulo César Justo Quartiero, com área de 4.291 hectares, sendo 3.226 hectares destinados à rizicultura. Posse em nome de Darci Sales e João Gualberto, cuja transferência ao atual ocupante se deu em 2001, conforme depoimento pessoal do ocupante no Processo nº 2004.42.00.001403-5, **em 14 de setembro de 2004**;

g) Fazenda Carnaúba: ocupada por Nelson Massami Itikawa, com área de 2.703 hectares, sendo 737 hectares destinados à rizicultura, com suposto título de compra expedido pelo INCRA em nome de Edmilson Cordeiro de Melo, cuja transferência ao atual ocupante se deu em 18 de agosto **de 1993**; (memoriais da AGU, p. 33-34)

Comentando o trecho reproduzido, a AGU destaca: “Como se observa pelos trechos negritados, todas as ocupações acima aconteceram de forma irregular e após o ano de 1991, ano em que se iniciou o procedimento de identificação e demarcação da Terra Indígena” (memoriais da AGU, p. 34).

Seguindo sua análise, ainda com base nas imagens fornecidas pelo INPE, a AGU (memoriais, p. 35) registra que as lavouras de arroz aparecem nitidamente dentro da TIRSS, pela primeira vez, em 1992, apresentando uma área de 2.111,83 hectares, ou seja, depois do início dos estudos destinados à demarcação da TIRSS. Sendo que ano após ano as referidas lavouras seguem crescendo no interior da reversa indígena: em 1997, elas já ocupam 6.294,8 hectares; em 1998, 7.585,26 hectares; e em 2005, 10.348,59 hectares.

Assim, ressalta a AGU, ainda que se considerasse a primeira Portaria demarcatória (Portaria n.º 820/98) como o marco caracterizador de uma eventual posse de boa-fé, é razoável afirmar que pelo menos metade da área total das lavouras existentes em 2005 seja objetivamente fruto de atividade maculada pela má-fé dos posseiros (memoriais da AGU, p. 35).

Noutro turno, a AGU (memoriais, p. 36) identifica alguns impactos ambientais irreversíveis produzidos pelas lavouras de arroz, como, por exemplo, a) a supressão completa da vegetação nativa, com perda total da biodiversidade local e b) as alterações nas estruturas dos recursos hídricos, com a supressão ou mesmo a extinção de lagos e igarapés.

Aduzem ainda os autores da Ação Popular que a presença dos indígenas em faixa de fronteira militarizada contra a segurança e a defesa nacional, argumento esse prontamente rebatido pela AGU (memoriais, p. 37-38) ao afirmar que a presença indígena na fronteira, em

lugares de difícil acesso, até mesmo para os militares, contribui para a proteção e defesa nacional em face de eventuais invasores³²⁴.

Ainda quanto à defesa nacional, a AGU (memoriais, p. 40) destaca o fato de não haver qualquer problema em que o território tenha dupla afetação (ser terra indígena e faixa de fronteira indispensável à segurança nacional), ou seja estar submetido a um duplo regime jurídico especial, consoante normas inscritas nos artigos 20, § 2º e 231, § 2º da Constituição Federal.

A se pensar de maneira diversa, estaríamos diante de uma situação em que uma regra constitucional afastaria por completo a aplicação da outra, sendo que tal exclusão não estaria embasada em nenhum critério de temporalidade, hierarquia ou especialidade, tornando tal opção uma escolha desarrazoada do intérprete.

Nesse sentido, sustenta a AGU (memoriais, p. 41) que não há qualquer conflito, ainda que aparente, das normas que garantem, de um lado, o direito de ocupação das terras tradicionais indígenas e, de outro lado, a segurança do território nacional nas faixas de fronteira. Sendo plenamente viável e possível a afetação da terra ao uso das Forças Armadas, no caso de a área indígena demarcada se configurar em espaço territorial indispensável à segurança nacional³²⁵.

Sustentam, por fim, os autores violação ao art. 91, § 1º, III³²⁶ da Constituição Federal, uma vez que no processo administrativo que culminou com a homologação da TIRSS não se procedeu a oitiva do Conselho de Defesa Nacional – CDN.

³²⁴ “Outro dado importante de se trazer à baila é que **as Forças Armadas contam com o apoio total dos silvícolas que habitam a TIRSS**, posto que os mesmos adentram diariamente a área e podem, em primeira mão, perceber qualquer invasão ou dano ao território brasileiro.

Dessa forma, não há motivos para temer qualquer ato no sentido de se ameaçar a soberania do Brasil. Pelo contrário, a presença indígena em áreas de fronteira deve ser vista como uma estratégia de segurança nacional.

Ademais, as terras indígenas são de propriedade da União e, portanto, inalienáveis, imprescritíveis e impenhoráveis. Os índios possuem apenas seu usufruto, não podendo delas dispor.” (memoriais da AGU, p. 39)

³²⁵ “Ademais, a Constituição Federal prevê, em seu artigo 231, § 5º, ser possível a remoção, *ad referendum* do Congresso Nacional, dos grupos indígenas de suas terras no interesse da soberania do país, o que demonstra uma harmonia entre os princípios constitucionais que garantem o direito originário de posse das terras indígenas tradicionais e a segurança das faixas de fronteira.” (memoriais da AGU, p. 41)

³²⁶ “Art. 91. O Conselho de Defesa Nacional é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos:

[...]

§ 1º - Compete ao Conselho de Defesa Nacional:

[...]

Todavia, argumenta a AGU (memoriais, p. 43-44) que a oitiva da CDN no caso de demarcação de terra indígenas é facultativa e não obrigatória, pois os critérios e as condições de utilização das terras demarcadas, quando forem de igual modo indispensáveis à defesa do território nacional, já estão fixados nos artigos 231³²⁷ e 232³²⁸, ambos da Constituição Federal, razão pela qual não há qualquer mácula a ser apontada no processo administrativo de demarcação da TIRSS³²⁹.

3.1.2 Do Acórdão do STF

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em julgamento finalizado em 19/03/2009, por maioria de votos, vencido o Ministro Marco Aurélio, manteve a demarcação

III - propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo”.

³²⁷ Vide nota de rodapé n. 302.

³²⁸ “Art. 232. Os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo.”

³²⁹ “Cumprе ressaltar que essa Excelsa Corte, em mais de uma ocasião, declarou a legalidade e a constitucionalidade do procedimento administrativo demarcatório que culminou na expedição da Portaria/MJ n. 534, de 13 de abril de 2005, posteriormente homologada pelo Decreto Presidencial publicado no Diário Oficial da União em 15 de abril de 2005.

De fato, constatada a existência de potencial conflito federativo no exame da matéria concernente à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol – nos moldes do art. 102, I, “f”, da Lei Maior – esse Supremo Tribunal Federal declarou-se competente para julgar todos os litígios dela decorrentes.

Nessa perspectiva, houve o aforamento de diversas ações, individuais e coletivas, de cunho possessório, de natureza declaratória e cautelar, sempre com vistas à anulação do decreto demarcatório, sob o argumento de que a Portaria n. 534/2005 conteria supostas ilegalidades.

É de se destacar, todavia, que a União já pagou um total de 13 milhões de reais em indenizações, e que os particulares remanescentes não vêm obtendo êxito em suas derradeiras demandas junto a essa Suprema Corte. A propósito, destaca-se a **decisão denegatória** proferida, à unanimidade, nos autos do Mandado de Segurança n. 25.483/DF. Confira-se, nos moldes do relatado pelo Ministro CARLOS BRITTO:

‘MANDADO DE SEGURANÇA. **HOMOLOGAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS RAPOSA SERRA DO SOL. IMPRESTABILIDADE DO LAUDO ANTROPOLÓGICO. TERRAS TRADICIONALMENTE OCUPADAS POR ÍNDIOS. DIREITO ADQUIRIDO À POSSE E AO DOMÍNIO DAS TERRAS OCUPADAS IMEMORIALMENTE PELOS IMPETRANTES. COMPETÊNCIA PARA A HOMOLOGAÇÃO. GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO. BOA-FÉ ADMINISTRATIVA. ACESSO À JUSTIÇA. INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUALMENTE ESTREITA DO MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.**

[...] Não há que se falar em supressão das garantias do contraditório e da ampla defesa se aos impetrantes foi dada a oportunidade de que trata o artigo 9º do Decreto 1.775/96 (MS 24.045, Rel. Min. Joaquim Barbosa). Na ausência de ordem judicial a impedir a realização ou execução de atos, a Administração Pública segue no seu dinâmico existir, baseada nas determinações constitucionais e legais. O procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas Raposa Serra do Sol não é mais do que o proceder conforme a natureza jurídica da Administração Pública, timbrada pelo auto-impulso e pela auto-executoriedade. Mandado de Segurança parcialmente conhecido para se denegar a segurança.’ (grifou-se).

Dessa feita, demonstrada a regularidade de todo o processo administrativo demarcatório, restam infundados os argumentos do autor.” (memoriais da AGU, p. 48-49)

contínua da Reserva Indígena Raposa Serra do Sol. Vejamos os principais pontos fixados pelo Acórdão³³⁰ em questão, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto.

³³⁰ **EMENTA:** AÇÃO POPULAR. DEMARCAÇÃO DA TERRA INDÍGENA RAPOSA SERRA DO SOL. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO- DEMARCATÓRIO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, BEM COMO DA LEI N. 6.001/73 E SEUS DECRETOS REGULAMENTARES. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DA PORTARIA N. 534/2005, DO MINISTRO DA JUSTIÇA, ASSIM COMO DO DECRETO PRESIDENCIAL HOMOLOGATÓRIO. RECONHECIMENTO DA CONDIÇÃO INDÍGENA DA ÁREA DEMARCADA, EM SUA TOTALIDADE. MODELO CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. REVELAÇÃO DO REGIME CONSTITUCIONAL DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COMO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. INCLUSÃO COMUNITÁRIA PELA VIA DA IDENTIDADE ÉTNICA. VOTO DO RELATOR QUE FAZ AGREGAR AOS RESPECTIVOS FUNDAMENTOS SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS DITADAS PELA SUPERLATIVA IMPORTÂNCIA HISTÓRICO-CULTURAL DA CAUSA. SALVAGUARDAS AMPLIADAS A PARTIR DE VOTO-VISTA DO MINISTRO MENEZES DIREITO E DESLOCADAS PARA A PARTE DISPOSITIVA DA DECISÃO. 1. AÇÃO NÃO CONHECIDA EM PARTE. Ação não-conhecida quanto à pretensão autoral de excluir da área demarcada o que dela já fora excluída: o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes. Ausência de interesse jurídico. Pedidos já contemplados na Portaria n. 534/2005 do Ministro da Justiça. Quanto à sede do Município de Pacaraima, cuida-se de território encravado na "Terra Indígena São Marcos", matéria estranha à presente demanda. Pleito, por igual, não conhecido. 2. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS PROCESSUAIS NA AÇÃO POPULAR. 2.1. Nulidade dos atos, ainda que formais, tendo por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras situadas na área indígena Raposa Serra do Sol. Pretensos titulares privados que não são partes na presente ação popular. Ação que se destina à proteção do patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe (inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal), e não à defesa de interesses particulares. 2.2. Ilegitimidade passiva do Estado de Roraima, que não foi acusado de praticar ato lesivo ao tipo de bem jurídico para cuja proteção se preordena a ação popular. Impossibilidade de ingresso do Estado-membro na condição de autor, tendo em vista que a legitimidade ativa da ação popular é tão-somente do cidadão. 2.3. Ingresso do Estado de Roraima e de outros interessados, inclusive de representantes das comunidades indígenas, exclusivamente como assistentes simples. 2.4. Regular atuação do Ministério Público. 3. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DEMARCATÓRIO. 3.1. Processo que observou as regras do Decreto n. 1.775/96, já declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 24.045, da relatoria do ministro Joaquim Barbosa. Os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação das terras indígenas, como de fato assim procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas, estas por meio de petições, cartas e prestação de informações. Observância das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3.2. Os dados e peças de caráter antropológico foram revelados e subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e se dotaram de todos os elementos exigidos pela Constituição e pelo Direito infraconstitucional para a demarcação de terras indígenas, não sendo obrigatória a subscrição do laudo por todos os integrantes do grupo técnico (Decretos nos 22/91 e 1.775/96). 3.3. A demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é "ato estatal que se reveste da presunção juris tantum de legitimidade e de veracidade" (RE 183.188, da relatoria do ministro Celso de Mello), além de se revestir de natureza declaratória e força auto-executória. Não comprovação das fraudes alegadas pelo autor popular e seu originário assistente. 4. O SIGNIFICADO DO SUBSTANTIVO "ÍNDIOS" NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O substantivo "índios" é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva. 5. AS TERRAS INDÍGENAS COMO PARTE ESSENCIAL DO TERRITÓRIO BRASILEIRO. 5.1. As "terras indígenas" versadas pela Constituição Federal de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das

relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou "independência nacional" (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as 'terras indígenas' são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles "tradicionalmente ocupadas". Segundo, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuida-se, cada etnia indígena, de realidade sócio-cultural, e não de natureza político-territorial. 6. NECESSÁRIA LIDERANÇA INSTITUCIONAL DA UNIÃO, SEMPRE QUE OS ESTADOS E MUNICÍPIOS ATUAREM NO PRÓPRIO INTERIOR DAS TERRAS JÁ DEMARCADAS COMO DE AFETAÇÃO INDÍGENA. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupamentos de não-índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF). 7. AS TERRAS INDÍGENAS COMO CATEGORIA JURÍDICA DISTINTA DE TERRITÓRIOS INDÍGENAS. O DESABONO CONSTITUCIONAL AOS VOCÁBULOS "POVO", "PAÍS", "TERRITÓRIO", "PÁTRIA" OU "NAÇÃO" INDÍGENA. Somente o "território" enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo "terras" é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em "terras indígenas". A traduzir que os "grupos", "organizações", "populações" ou "comunidades" indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como "Nação", "País", "Pátria", "território nacional" ou "povo" independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de "nacionalidade" e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro. 8. A DEMARCAÇÃO COMO COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da Constituição Federal. 9. A DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS COMO CAPÍTULO AVANÇADO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. Os arts. 231 e 232 da Constituição Federal são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não-índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. 10. O FALSO ANTAGONISMO ENTRE A QUESTÃO INDÍGENA E O DESENVOLVIMENTO. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da Constituição Federal, assecuratório de um tipo de "desenvolvimento nacional" tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena. 11. O CONTEÚDO POSITIVO DO ATO DE DEMARCAÇÃO DAS

TERRAS INDÍGENAS. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa -- a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) -- como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios. Caso das "fazendas" situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da "Raposa Serra do Sol". 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as "imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar" e ainda aquelas que se revelarem "necessárias à reprodução física e cultural" de cada qual das comunidades étnico-indígenas, "segundo seus usos, costumes e tradições" (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não-índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras "são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis" (§ 4º do art. 231 da Constituição Federal). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara inteligência de que OS ARTIGOS 231 E 232 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL CONSTITUEM UM COMPLETO ESTATUTO JURÍDICO DA CAUSA INDÍGENA. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado "princípio da proporcionalidade". A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do chamado "princípio da proporcionalidade", quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. 12. DIREITOS "ORIGINÁRIOS". Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente "reconhecidos", e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de "originários", a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como "nulos e extintos" (§ 6º do art. 231 da CF). 13. O MODELO PECULIARMENTE CONTÍNUO DE DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a auto-suficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em "bolsões", "ilhas", "blocos" ou "clusters", a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio). 14. A CONCILIAÇÃO ENTRE TERRAS INDÍGENAS E A VISITA DE NÃO-ÍNDIOS, TANTO QUANTO COM A ABERTURA DE VIAS DE COMUNICAÇÃO E A MONTAGEM DE BASES FÍSICAS PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS OU DE RELEVÂNCIA PÚBLICA. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não-índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas. 15. A RELAÇÃO DE PERTINÊNCIA ENTRE TERRAS INDÍGENAS E MEIO AMBIENTE. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de "conservação" e "preservação" ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a administração do competente órgão de defesa ambiental. 16. A DEMARCAÇÃO NECESSARIAMENTE ENDÓGENA OU INTRAÉTNICA. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados

Inicialmente, o relator tratou de questões processuais, não tendo conhecido da parte da pretensão autoral (p. 3-4 do voto e p. 257-258 do inteiro teor do acórdão) que visava excluir o 6º Pelotão Especial de Fronteira, os núcleos urbanos dos Municípios de Uiramutã e Normandia, os equipamentos e instalações públicos federais e estaduais atualmente existentes, as linhas de transmissão de energia elétrica e os leitos das rodovias federais e estaduais também já existentes em face da falta de interesse jurídico, uma vez que os referidos pedidos já haviam sido contemplados na própria Portaria nº 534/2005 do Ministro da Justiça, como destacado pela AGU. De igual modo, não conheceu da pretensão no que toca à sede do Município de Pacaraima, pois referido território está encravado na “Terra Indígena São Marcos” e não na TIRSS, constituindo-se, portanto, matéria estranha à demanda.

Em seguida o relator saneou irregularidades processuais existentes na Ação Popular 3388, no sentido de apontar nulidades, ainda que formais, a fim de legitimar a posse das terras situadas na área demarcada, tendo destacado que a ação popular não visa à defesa de interesses particulares de pretensos proprietários de terra que sequer são partes na demanda. Depois fixou não ser possível ao Estado de Roraima figurar no polo ativo da demanda na qualidade de autor, já que só quem detém legitimidade em ação popular para atuar nessa condição é o “cidadão”. Assim, tanto o Estado de Roraima quanto outros interessados, inclusive representantes de comunidades indígenas, foram admitidos no processo na qualidade assistentes simples.

espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma convivência empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não-índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios. 17. COMPATIBILIDADE ENTRE FAIXA DE FRONTEIRA E TERRAS INDÍGENAS. Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente malsã de certas organizações não-governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém. 18. FUNDAMENTOS JURÍDICOS E SALVAGUARDAS INSTITUCIONAIS QUE SE COMPLEMENTAM. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão.”

Ainda no que toca à parte processual, o Ministro Carlo Ayres Britto (p. 05 do voto e 259 do inteiro teor do acórdão) sustentou a inexistência de vícios no processo administrativo de demarcação da TIRSS. Segundo o relator, o referido processo observou as regras do Decreto n. 1.775/96, as quais já foram declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança n. 24.045.

Ademais, no final do seu voto, destaca que não houve violação aos princípios do contraditório e ampla defesa, já que todos os interessados tiveram a oportunidade de se habilitar no processo administrativo de demarcação da TIRSS, como procederam o Estado de Roraima, o Município de Normandia, os pretensos posseiros e comunidades indígenas (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 74 e p. 328 do inteiro teor do acórdão).

Noutro turno, os dados técnicos (caráter antropológico) produzidos foram subscritos por profissionais de reconhecidas qualificação científica e observaram todos os preceitos Constitucionais e legais necessários à demarcação de terras indígenas (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 77 e p. 331 do inteiro teor do acórdão).

Prosseguindo, destaca (p. 5 do voto e p. 259 do inteiro teor do acórdão) que a demarcação administrativa, homologada pelo Presidente da República, é “ato estatal que se reveste da presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade”, além de se revestir de natureza declaratória e força autoexecutória, tal qual apontado pela Advocacia-Geral da União em sua peça de defesa.

Superadas as questões processuais e procedimentais, o relator adentra ao mérito do caso firmando seu entendimento sobre o significado do termo “índios”³³¹ no contexto da Constituição Federal de 1988. Trata-se, no seu entender, de termo amplo e plural que serve para designar todos os “aborígenes” brasileiros pertencentes às mais diferentes etnias, sejam eles silvícolas ou em processo de aculturação. Para a Constituição, a proteção deles se dá de modo igual.

³³¹ “Diga-se em continuidade que o substantivo plural ‘índios’ foi recolhido pela Constituição com o mesmo sentido que a palavra tem em nossa linguagem coloquial. Logo, o termo traduz o coletivo de índio, assim entendido o ‘Índigena da América’ (Enciclopédia e Dicionário Koogan e Houaiss da língua portuguesa, Edições Delta, 1994). Saltando à evidência que indígena da América não pode ser senão o ‘nativo’, o ‘aborígene’, o ‘autóctone’, na acepção de primitivo habitante desse ou daquele País americano. Isso por diferenciação com os principais contingentes humanos advindos de outro países ou continentes, ora para atuar como agentes colonizadores, ora para servir de mão-de-obra escrava, como, no caso do Brasil, os portugueses e os africanos, respectivamente.” (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 12 e p 266 do inteiro teor do acórdão)

Pondera ademais (p. 16 do voto e p. 270 do inteiro teor do acórdão), que todas as terras indígenas integram o território³³² nacional como bens públicos federais³³³ e, nesse sentido, se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou “independência nacional” (inciso I do art. 1º da CF). Em sendo bens públicos federais, as terras indígenas já demarcadas podem vir a sofrer a atuação do Estado ou Município em que se insere fisicamente, mas essa atuação sempre ocorrerá de forma complementar, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 19 e p. 273 do inteiro teor do acórdão).

Ao tratar da temática “demarcação”³³⁴, o Ministro Carlos Ayres Britto destaca a competência exclusiva da União, por meio do Poder Executivo Federal³³⁵, em tal matéria,

³³² Quanto à diferença entre território nacional e terra indígena, o relator afirma que somente o ‘território’ enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo ‘terras’, por sua vez, é termo que assume compostura nitidamente sócio-cultural, e não política. A Constituição, no seu entender, teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, apenas em ‘terras indígenas’. Significa dizer que os ‘grupos’, ‘organizações’, ‘populações’ ou ‘comunidades’ indígenas não constituem nem entidade federada, nem formam circunscrição ou instância espacial detentora de dimensão política. Daí, aponta o relator, não se reconhecer a nenhuma organização social indígena ou ao conjunto delas a dimensão de instância transnacional. Deste modo, nenhuma comunidade indígena brasileira detém aptidão para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como ‘Nação’, ‘País’, ‘Pátria’, ‘território nacional’ ou ‘povo’ independente. Assim, afirma ser fácil a percepção de que todas as vezes em que a Constituição Federal tratou de ‘nacionalidade’ e dos demais vocábulos destacados por aspas (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro. (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 22-26 e 276-280 do inteiro teor do acórdão)

³³³ Com esteio no art. 20, XI da Constituição Federal, o relator informa que as terras indígenas são bens públicos federais (p. 16 do voto e 270 do inteiro teor do acórdão), todavia essa característica não “amesquinha” as unidades federadas demarcadas, a um porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles “tradicionalmente ocupadas” (p. 51-52 do voto e 305-306 do inteiro teor do acórdão); e a dois, porque a titularidade de bens não se confunde com o senhorio de um território político (p. 18-19 do voto e 272-273 do inteiro teor do acórdão).

³³⁴ No entendimento do relator (p. 31 do voto e p. 285 do inteiro teor do acórdão) a demarcação de terras indígenas constitui-se em “capítulo avançado do constitucionalismo fraternal”: “[...] Também aqui é preciso antecipar que ambos os arts. 231 e 232 da Constituição Federal **são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária**, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias que só têm experimentado, historicamente e por ignominioso preconceito – quando não pelo mais reprovável impulso coletivo de crueldade –, desvantagens comparativas com outros segmentos sociais. Por isso que se trata de uma era constitucional **compensatória** de tais desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de **ações afirmativas** (afirmativas da encarecida igualdade civil-moral). Era constitucional que vai além do próprio valor da inclusão social para alcançar, agora sim, **o superior estágio da integração comunitária de todo o povo brasileiro**. Essa integração comunitária de que fala a Constituição a partir do seu preâmbulo, mediante o uso da expressão ‘sociedade fraterna’, e que se põe como o terceiro dos objetivos fundamentais que se lê nesse emblemático dispositivo que é o inciso I do art. 3º: ‘construir uma sociedade livre, justa e **solidária**’ (sem destaque no original).”

³³⁵ “[...] Veremos cada qual desses conteúdos, não sem antes ajuizar que somente à União compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente. **Mas instaurar, sequenciar, concluir e efetivar esse processo por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo Federal**, pois as competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, se esgotam nos seguintes fazeres: a) ‘autorizar, em terras indígenas, a

afirmando que, acaso deseje, não há impedimento para que o Presidente da República ouça o Conselho de Defesa Nacional, especialmente se a demarcação abranger faixas de fronteira, todavia, como deixa entender o relator (p. 30 do voto e p. 284 do inteiro teor do acórdão), essa oitiva é facultativa, tal qual informada pela AGU, e não obrigatória. No que concerne às competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, elas se esgotam nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49³³⁶ e o § 5º do art. 231³³⁷, ambos da Constituição Federal.

Prosseguindo, destaca que o marco temporal para a verificação da ocupação das terras indígenas é da data da promulgação da Constituição (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 41 e p. 295 do inteiro teor do acórdão), bem como que por tradicionalidade, necessária à caracterização da terra como sendo indígena, deve se entender perdurabilidade (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 43 e p. 297 do inteiro teor do acórdão) tanto sob o aspecto anímico quanto psíquico de uma continuidade etnográfica³³⁸.

Quanto à finalidade das demarcações de terras indígenas, o Ministro relator (p. 47-48 e p. 301-302 do inteiro teor do acórdão) afirma servirem à habitação de uma determinada etnia indígena, além de servirem (no sentido de serem aptas) às suas atividades produtivas e também à reprodução de sua identidade física e cultural segundo os usos, costumes e tradições dos próprios indígenas. Essa a principal razão a justificar uma demarcação de modelo contínuo, a fim de permitir a formação de um perfil coletivo e a afirmação da autossuficiência econômica de toda uma comunidade indígena, ao contrário do modelo de demarcação por “ilhas”, “bolsões” ou “bloco” que, longe de atenderem à ideia cultural e econômica de abertura de horizontes, dizimaria a etnia indígena pela eliminação progressiva dos seus elementos culturais (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 54-55 e p. 308-309 do inteiro teor do acórdão).

Ademais, em consonância com a defesa empreendida pela AGU, o relator afirma que o direito dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam e sua consequente

exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais’ (inciso XVI do art. 49); b) pronunciar-se, decisoramente, sobre o ato de ‘remoção de grupos indígenas de suas terras’ (§ 5º do art. 231, assim redigido: [...].’ (voto do Ministro Carlos Ayres Brito, p. 28 e p. 282 do inteiro teor do acórdão)

³³⁶ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

XVI - autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais;”

³³⁷ Vide nota de rodapé n. 302.

³³⁸ A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios.

demarcação foi reconhecido e declarado pela Constituição e não constituído ou outorgado, eis a razão de a Carta Magna havê-los denominado de “originários”, a significar um direito anterior a qualquer outro, que prepondera sobre pretensos direitos adquiridos (não há direito adquirido contra disposição do Constituinte Originário), mesmo aqueles materializados por meio de escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF).

Nada obstante, não há que se pregar o completo afastamento de não-índios das terras indígenas tradicionalmente ocupadas. Como ressalta o relator, a exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é plenamente conciliável com a presença de não-índios, bem como com a instalação de equipamentos públicos necessários, a abertura de estradas e vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, com a ressalva de que tudo se processe sob o comando institucional da União, ladeado pelo controle do Ministério Público e também da atuação, ainda que coadjuvante, de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 55-56 e p. 309-310 do inteiro teor do acórdão).

Tal convivência, que deve ser cultivada harmonicamente, impede que haja cobrança por parte dos indígenas e suas comunidades de pedágio, bloqueio e interdição de estradas ou inibição do regular funcionamento das repartições públicas eventualmente ali instaladas. (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 56 e p. 310 do inteiro teor do acórdão)

Por fim, e sem discrepar do entendimento esposado pela AGU em sua manifestação, afirma o relator haver compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e o fato de elas serem concomitantemente faixa de fronteira indispensável à segurança nacional (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 68 e p. 322 do inteiro teor do acórdão).

A permanente alocação indígena em faixas de fronteira, afirma, longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural desses espaços, em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado, no caso as Forças Armadas e Polícia Federal, se façam também presentes, sem precisar de qualquer espécie de licença, com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes (voto do Ministro Carlos Ayres Britto, p. 72 e p. 326 do inteiro teor do acórdão). Mecanismos esses a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los e alertá-los contra a influência, às vezes perniciosa, de determinadas organizações não-governamentais

estrangeiras, além mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o sentimento de nacionalidade brasileira.

Registre-se, ademais, que o Ministro relator fez acrescer ao seu voto fundamentos de salvaguardas institucionais (condicionantes) trazidos à baila pelo voto-vista do Ministro Carlos Alberto Direito³³⁹ e deslocadas para a parte dispositiva da decisão no intuito de conferir um maior teor de operacionalidade ao acórdão³⁴⁰.

³³⁹ Voto-vista do Ministro Carlos Alberto Direito, p. 58-60 do voto e p. 416-418 do inteiro teor do acórdão.

³⁴⁰ As condicionantes foram as seguintes:

- I. O usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (art. 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o art. 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar;
- II. O usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;
- III. O usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei;
- IV. O usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;
- V. O usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às Comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;
- VI. A atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;
- VII. O usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte, além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação;
- VIII. O usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;
- IX. O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI;
- X. O trânsito de visitantes e pesquisadores não-índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;
- XI. Devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;
- XII. O ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;
- XIII. A cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não;
- XIV. As terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, *caput*, Lei n. 6.001/1973);
- XV. É vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária, ou extrativa (art. 231, § 2º, Constituição Federal, c/c art. 18, § 1º, Lei n. 6.001/1973);

3.2 ADPF n. 101 – A atuação da AGU no caso da importação de pneus usados

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101³⁴¹, proposta pela Presidência da República, por meio da Secretaria-Geral de Contencioso da AGU (SGCT/AGU), tem por fundamento a defesa de políticas públicas que visam a garantia do direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos dos artigos 196³⁴² e 225³⁴³, ambos da Constituição Federal, por meio do combate à importação de pneus usados, proibição essa prevista expressamente em normas de caráter infraconstitucional (Portaria DECEX 08, de 14 de maio de 1991), com exceção da importação desses produtos oriundos de países que integram o Mercosul (Portaria SECEX 14, de 17 de novembro de 2004³⁴⁴).³⁴⁵

-
- XVI. As terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da Constituição Federal, bem como a renda indígena (art. 43 da Lei n. 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;
 - XVII. É vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;
 - XVIII. Os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (art. 231, § 4º, Constituição Federal);
 - XIX. É assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.

³⁴¹ Petição inicial da ADPF n. 101, Relatora Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2416537>>. Acesso em: 07 mar. 2012.

³⁴² “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

³⁴³ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

³⁴⁴ Tal proibição encontra esteio no art. 27 da Portaria DECEX 08, de 14 de maio de 1991, do Departamento de Comércio Exterior, que assim dispõe: “Não será autorizada a importação de bens de consumo usados.” Referida norma teve sua constitucionalidade desafiada, em sede de controle difuso (RE 203953/CE), sendo que o STF a declarou constitucional assentado que o dispositivo encontrava fundamento no art. 237 da Constituição Federal que expressamente submeteu ao Ministro da Fazenda (órgão que à época detinha atribuição legal acerca da matéria) “A fiscalização e controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais [...]”. A ementa do Recurso Extraordinário foi assim redigida: “IMPORTAÇÃO DE AUTOMÓVEIS USADOS. PROIBIÇÃO DITADA PELA PORTARIA N. 08, DE 13.05.91 DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. ALEGADA AFRONTA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA, EM PRETENSO PREJUÍZO DAS PESSOAS DE MENOR CAPACIDADE ECONÔMICA. ENTENDIMENTO INACEITÁVEL, PORQUE NÃO DEMONSTRADO QUE A ABERTURA DO COMÉRCIO DE IMPORTAÇÃO AOS AUTOMÓVEIS TENHA O FITO DE PROPICIAR O ACESSO DA POPULAÇÃO, COMO UM TODO, AO PRODUTO DE ORIGEM ESTRANGEIRA, ÚNICA HIPÓTESE EM QUE A VEDAÇÃO DA IMPORTAÇÃO AOS AUTOMÓVEIS USADOS PODERIA SOAR COMO DISCRIMINATÓRIA, NÃO FOSSE CERTO QUE, AINDA ASSIM, CONSIDERÁVEL PARCELA DOS INDIVÍDUOS CONTINUARIA SEM ACESSO AOS REFERIDOS BENS. DISCRIMINAÇÃO QUE, AO REVÉS, GUARDA PERFEITA CORRELAÇÃO LÓGICA COM A DISPARIDADE DE TRATAMENTO JURÍDICO ESTABELECIDA PELA NORMA IMPUGNADA, A QUAL, ADEMAIS, SE REVELA CONSENTÂNEA COM OS INTERESSES FAZENDÁRIOS NACIONAIS QUE O ART. 237 DA CF TEVE EM MIRA PROTEGER, AO INVESTIR AS

Não obstante a clara vedação à importação de pneus usados, uma série de decisões judiciais³⁴⁶ pontuais vinham autorizando a importação dos referidos produtos provenientes de países não integrantes do Mercosul. Tais decisões se alicerçavam nos seguintes fundamentos (ADPF 101, petição inicial p. 08-09): a) ofensa ao regime constitucional de livre iniciativa e da liberdade de comércio (art. 170, IV, p. único, da CF88); b) ofensa ao princípio da isonomia, uma vez que o Poder Público estaria autorizando a importação de pneus remoldados provenientes de países integrantes do Mercosul; c) os mencionados atos normativos só abarcariam pneus usados, nos quais não estariam compreendidos os pneus

AUTORIDADES DO MINISTÉRIO DA FAZENDA NO PODER DE FISCALIZAR E CONTROLAR O COMÉRCIO EXTERIOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (STF – Pleno – RE 203954/CE – Relator Ministro Ilmar Galvão – DJ 07.02.1997)”

Posteriormente, essa Portaria foi substituída pela Portaria SECEX (Secretaria de Comércio Exterior) n. 14, de 17 de novembro de 2004, que assim dispõe: “Art. 40. Não será deferida licença de importação de pneumáticos recauchutados e usados, seja como bem de consumo, seja como matéria-prima, classificados na posição 4012 da NCM, à exceção dos pneumáticos remoldados, classificados nas NCM 4012.1.00, 4012.12.00, 4012.13.00 e 4012.19.00, originários e procedentes dos Estados Partes do MERCOSUL ao amparo do Acordo de Complementação Econômica n. 18.”

Por oportuno, e isto foi frisado na inicial da ADPF 101, não se pode esquecer que a defesa do meio ambiente foi alçada pela Constituição de 1988 à qualidade de princípio geral da atividade econômica, conforma externado pelo inciso VI do art. 170 da Lei Fundamental, *verbis*: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”.

³⁴⁵ Em audiência pública (junho/2008) convocada pela ministra Cármen Lúcia, a Advocacia-Geral da União – cuja participação caracteriza exemplo de atuação na defesa extrajudicial dos interesses da União, mormente em um ambiente de diálogo democrático e plural como costumam ser as audiências públicas – informou que a legislação brasileira de forma geral proíbe a importação de pneus usados, com exceção daqueles advindos de países que compõem o MERCOSUL, isto porque o Tribunal Arbitral *Ad Hoc* do MERCOSUL condenou o Brasil a aceitar a importação de pneus dos países do grupo, quando questionado pelo Uruguai.

Na oportunidade, o Advogado-Geral da União ressaltou que a ADPF 101 foi proposta contra as decisões judiciais que permitiram a importação de pneus usados para utilização no Brasil, na chamada indústria de remodelagem e que a ação pretende a declaração de inconstitucionalidade dessas decisões judiciais bem como a declaração de constitucionalidade do normativo que veda a importação desses pneus. Ademais, foi lembrado que a ADPF em questão tem fundamento nos artigos 196 e 225 da Constituição Federal, que dispõem respectivamente, sobre o dever do Estado em garantir políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e sobre o direito da sociedade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

³⁴⁶ Ações em que houve decisão versando sobre o tema em debate: 2004.38.00.021230-5/MG; 2003.50.01.003302-3/ES; 2003.50.01.003418-0/ES; 2002.51.01.007841-7/RJ; 2004.51.01.01332709/RJ; 2004.51.01.018271-0/RJ; 2000.51.01.015268-2/RJ; 2003.51.01.009085-9/RJ; 2003.51.01.020151-7/RJ; 2006.51.01.006669-0/RJ; 2002.51.01.021336-9/RJ; 2003.51.01.028108-2/RJ; 2006.51.01.5790-0/RJ; 2003.51.01.005269-6/RJ; 95.00.19425-2/RJ; 2002.51.01.005700-5/RJ; 2003.51.01.007301-1/RJ; 2004.51.01.011794-8/RJ; 2002.51.01.021335-7/RJ; 92.00.40127-7/RJ; 2004.51.01.001799-5/RJ; 2004.51.01.021624-0/RJ; 2006.51.01.004284-2/RJ; 2006.70.003656-4/PR; 2003.70.00.047071-8/PR; 95.00.22905-6/CE; 2003.02.01.018228-4/TRF2; 2004.50.01.011427-1/TRF2; 2006.02.01.000974-5/TRF2; 2004.02.01.011669-3/TRF2; 2002.51.01.014707-5/TRF2; 2002.51.01.022492-6/TRF2; 2002.61.00.004306-9/TRF2; 2002.51.01.014705-1/TRF2; 2003.51.01.020151-7/TRF2; 2000.02.01.049640-0/TRF2; 2001.02.01.000846-9/TRF2; 2004.02.01.007769-9/TRF2; 2001.51.01.001651-1/TRF2; 2006.02.01.0049299-9/TRF2; 2003.02.01.003495-7/TRF2; 2006.02.01.004450-2/TRF2; 2003.02.01.006804-9/TRF2; 2002.51.01.022377-6/TRF2; 2004.02.01.002822-6/TRF2; 2003.02.01.016651-5/TRF2; 2005.02.01.001764-6/TRF2; 2005.02.01.000174-6/TRF2; 2006.02.01.003524-0/TRF2; 2002.51.01.014426-1/TRF2; 2006.04.00.004730-4/TRF4; 2002.70.00.008773-6/TRF4; 2002.70.00.045835-0/TRF4; 2002.70.00.075048-6/TRF4; 96.05.27638-0/TRF5; 245552-AI/STF; 411318-RE/STF. (ADPF 101, petição inicial, p. 20-22)

recauchutados; d) tais restrições não poderiam ser veiculadas por meio de ato regulamentar, mas somente por lei em sentido formal; e) a Resolução CONAMA n. 258/99, com a redação determinada pela Resolução CONAMA n. 301/2002, teria revogado a proibição de importação de pneus usados, na medida em que teria previsto a destinação de pneus importados reformados.

Deste modo, a ação proposta em 2006 tinha por objetivo a obtenção de uma posição definitiva do Supremo sobre o tema, que deveria ser seguida por todas as instâncias da Justiça no país.

3.2.1 Dos argumentos da AGU

Na inicial da ADPF n. 101 (p. 10), a AGU sustentou o cabimento da demanda uma vez que o rol de direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente não se esgota na enumeração promovida pelo art. 5º, mesmo porque o § 2º do mencionado artigo dispõe que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, tal qual consignado por meio do julgamento da ADI 939, onde restou fixado que o princípio da anterioridade tributária é uma garantia fundamental, embora prevista no art. 150, “b” da Constituição, a AGU sustentou que tanto o direito à saúde quanto o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado³⁴⁷ são direitos/garantias fundamentais, ainda que não expressamente arrolados pelo art. 5º, CF/88.

Noutro turno, ao final da petição inicial (p. 49-50), ainda sobre o cabimento da ADPF, a AGU sustentou a existência de controvérsia judicial relevante, eis que há decisões tanto permitindo quanto proibindo a importação de pneus usados, o que justificaria, nos termos do art. 3º, V da lei n. 9.882/1999, o manejo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Finalizando sua argumentação acerca da viabilidade processual da medida judicial em comento, a parte requerente (ADPF 101, petição inicial, p. 50-59) informa que o requisito da subsidiariedade previsto no § 1º do art. 4º da lei n. 9.882/1999³⁴⁸ encontra-se presente, já

³⁴⁷ Ver ADI n. 3.540-MC/DF (voto do Ministro Celso de Mello).

³⁴⁸ “Art. 4º A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental, faltar algum dos requisitos prescritos nesta Lei ou for inepta. § 1º Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.”

que não há nenhuma outra ação objetiva apta a enfrentar lesões a preceitos fundamentais causadas por atos concretos do Poder Público, no caso lesões oriundas de decisões judiciais. Ademais, segundo aponta, algumas das decisões judiciais combatidas – além de nem sempre atacarem a constitucionalidade dos dispositivos que proíbem a importação de pneus usados, o que afastaria o uso da ADI ou ADC – já transitaram em julgado, apenas podendo ser desafiadas por uma ADPF, consoante interpretação a *contrario sensu*³⁴⁹ que faz do art. 5º, § 3º da lei 9.882/1999³⁵⁰.

Ultrapassada a fase da admissibilidade da ADPF, o fato é que, apesar da existência de legislação impeditiva, decisões judiciais estão a descumprir os normativos permitindo a importação de pneus usados, o que viola os preceitos fundamentais de defesa da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ademais, tais decisões judiciais implicaram na abertura de processo de questionamento contra o Brasil na Organização Mundial do Comércio – OMC, ao argumento de que se o Estado permite a importação de pneus usados como matéria-prima, a vedação de importação de pneus reformados equivaleria a imposição de uma barreira comercial não tarifária (ADPF 101, petição inicial p. 23).

Eis a razão, sustenta a AGU, da necessidade de uma definição por parte do STF de que a vedação de importação de pneumáticos usados, inclusive os reformados, encontra supedâneo constitucional, eis que visa à proteção do meio ambiente e da saúde pública, não havendo espaço para decisões judiciais em sentido contrário. Esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal seria fundamental, argumenta a AGU, para as pretensões do Brasil junto à OMC.

Nesse sentido, aduz em sua manifestação (ADPF 101, petição inicial, p. 24-25), não haver método eficaz de eliminação de resíduos representados por pneumáticos que não revele riscos ao meio ambiente e à saúde do ser humano. O método mais difundido

³⁴⁹ “A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, por sua vez, possibilita a retirada do mundo jurídico mesmo de decisões transitadas em julgado, o que se infere da interpretação a *contrario sensu* extraída do art. 5º, § 3º, da Lei 9.882, de 03 de dezembro de 1999:

Se existe expressa vedação de afetação de efeitos de decisões judiciais transitadas em julgado em sede de liminar da ADPF, é porque a decisão definitiva está apta a expelir do mundo jurídico tais decisões judiciais, que, ressalte-se, são as verdadeiras causas da lesão a preceito fundamental. Ora, se a ADPF não se prestar a esse papel, pode-se concluir que a Constituição não terá meios de assegurar a observância dos preceitos fundamentais por ela erigidos, em claro desprestígio de sua força normativa.” (petição inicial, p. 56)

³⁵⁰ “Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental.

[...]

§ 3º A liminar poderá consistir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento de processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, salvo se decorrentes da coisa julgada.”

atualmente, a incineração, produz gases tóxicos danosos tanto ao meio ambiente ecologicamente equilibrado quanto à saúde humana. Ademais, o Brasil, tal qual a União Europeia, não permite o aterro dos pneus como método de descarte, sendo que, por outro lado, a permanência dos referidos materiais ao ar livre pode ocasionar incêndios de grandes proporções e longa duração, como também pode ser foco para o desenvolvimento de doenças tropicais como a malária, a febre amarela e, especialmente, a dengue.

Destaca ainda (ADPF 101, petição inicial, p. 27-28), que o Brasil produz (sem contar a importação) 40 milhões de pneus por ano, já possuindo um estoque de mais de 100 milhões de pneus abandonados, segundo dados do Ministério do Meio Ambiente em 2006.

Sustenta também (ADPF 101, petição inicial, p. 28-29) que a argumentação dos importadores de pneus usados no sentido de que a vedação de importação deveria recair somente sobre os pneus inservíveis, já que os demais que são remodelados têm a sua vida útil aumentada, não se constituindo em lixo ambiental, não merece prosperar, eis que ainda que servíveis, os pneus reformados têm vida útil bem inferior ao pneu novo, sendo que o INMETRO informa que os pneus de carro de passeio só podem passar por uma reforma. Desgastado após a reforma, o pneu torna-se lixo. Justamente por essa razão é que a norma proíbe, de igual modo, a importação de pneus que serviriam como matéria-prima e pneus já reformados (o que é contestado pela União Europeia na OMC).

Outro detalhe informado pela AGU (ADPF 101, petição inicial p. 29-30) é o de que só se sabe se o pneu é inservível ou reformável quando colocado na máquina de reforma, não sendo possível aferir tal característica em momento anterior a fim de impedir a importação de material sem qualquer utilidade industrial. Nesse contexto, os importadores estimam e já admitem que 10% dos pneus importados seriam inservíveis, ao passo que o governo brasileiro diz que esse percentual é três vezes maior (30%).

A AGU (ADPF 101, petição inicial, p. 30) traz ainda dois dados interessantes a serem considerados pelo Supremo Tribunal Federal: a) o fato de que há no Brasil (dados de 2006) 100 milhões de pneus abandonados e que boa parte deles poderia ser utilizada como matéria-prima para outros pneus, o que reduziria em muito a necessidade de importação do referido insumo; b) dados da Mazola Comércio, Logística e Reciclagem Ltda., sociedade que seleciona carcaças reformáveis para a DPascoal, maior revendedora de pneus no Brasil, informam que 30% dos pneus da frota de veículos brasileira é reformável, o que tornaria desnecessária a importação de pneus para esse fim.

Assim, a utilização de carcaças brasileiras poderia aliviar o passivo de pneumáticos existentes no país, diferentemente do que ocorre com a prática da importação desses materiais, sendo, conseqüentemente, de grande valia para a proteção do meio ambiente e da saúde da população (ADPF 101, petição inicial, p. 31).

Outro argumento utilizado pelos importadores e pelos magistrados que permitiram, via decisão judicial, a importação dos pneus usados é o de que referida limitação quanto à entrada do produto no Brasil incorreria em ofensa à livre iniciativa e à liberdade de comércio, ao que a AGU (ADPF 101, petição inicial, p. 35-36) retruca informando que constitui princípio geral da atividade econômica a proteção e defesa do meio ambiente, inclusive com tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços (art. 170, VI, CF/88³⁵¹), sendo que, deste modo, não há “direitos absolutos” não sujeitos à redução (ou eventual ampliação) de seu alcance por meio de processos interpretativos que visem à harmonização do ordenamento quando em jogo interesses jurídicos passíveis de ponderação.

Nesse sentido, não há que se aventar a impossibilidade da prática comercial eis que, como dito pela AGU (ADPF 101, petição inicial, p. 37), há um passivo de 100 milhões de pneus usados (dados de 2006) aptos à reforma, o que, por si só, garante a continuidade do negócio. Embora esta não seja a melhor opção comercial, já que a importação do pneu usado ainda é mais barata que a compra do produto no mercado interno, o empreendimento não restará inviabilizado com a proibição da importação.

Noutro turno, sustenta a AGU ser descabido se falar em quebra do princípio da isonomia ante o fato de a proibição das importações não se estender aos países integrantes do Mercosul. Com efeito, o Brasil não importa pneus usados para utilização como matéria-prima de qualquer país que seja (inclusive dos países membros do Mercosul), mas tão só pneus já reformados (ADPF 101, petição inicial, p. 38).

Ademais, consoante lembrado pela AGU (ADPF 101, petição inicial, p. 38), o Brasil aderiu livremente à jurisdição do Tribunal Arbitral “ad hoc” do Mercosul, razão pela qual não se pode querer sustentar quebra da isonomia pelo fato de tal exceção não ser aplicável aos países estranhos ao Mercado Comum do Sul, já que muito embora o Brasil

³⁵¹ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;”

discorde dos termos da mencionada decisão arbitral, que desconheceu dos argumentos de natureza ambiental e de saúde pública, deve a ela integral cumprimento, pois também se revela essencial para os interesses do Estado brasileiro a manutenção das relações harmônicas com os países do Mercosul³⁵², a fim de buscar a “integração econômica, política, social e cultura dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”, conforme previsto pelo parágrafo único do artigo 4º da Constituição Federal de 1988.

Noutro giro, a AGU (ADPF 101, petição inicial, p. 40) combateu o argumento de ofensa ao princípio da legalidade afirmando que o art. 237 da CF/88³⁵³ legitimou a normatização da questão via portaria do Ministério da Fazenda (Portaria DECEX 08/1991), já que é deste a competência para fiscalizar e controlar o comércio exterior.

De igual modo, mas desta vez sob a perspectiva de proteção ao meio ambiente, o art. 225, § 1º, V da Constituição garante ao Poder Público a competência para “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (ADPF 101, petição inicial, p. 41).

Nesse contexto, a Convenção de Basiléia, incorporada ao ordenamento pátrio com estatura de lei por meio do decreto n. 875/1993, previu a possibilidade de todo Estado soberano proibir não somente a entrada ou eliminação de resíduos perigosos estrangeiros em seu território, mas de qualquer outro resíduo (ADPF 101, petição inicial, p. 41).

³⁵² Paralelamente, transcrevemos trecho da petição inicial da ADPF n. 101, onde a AGU, ainda sobre o princípio da isonomia, aduz que: “A par disso, para se falar em isonomia de tratamento, deveria se considerar países em situação ao menos assemelhada, no que se refere a quantitativo de pneus existente como passivo ambiental.

Afinal, como se extrai das lições de Aristóteles, o que com propriedade denominou de ‘igualdade recíproca’, a verdadeira igualdade consiste em dar tratamento desigual àqueles que se encontrem em situações desiguais, na justa medida da sua desigualdade.

Ora, querer comparar o que a União Européia pode representar em termos de danos ambientais e à saúde com os seus milhões de pneus, com o que os países do Mercosul poderiam representar nessa área, é no mínimo desarrazoado.

Para se compreender a dimensão do abismo existente entre esses dois paradigmas, basta dizer que os países do Mercosul foram responsáveis pela importação de apenas 500 mil pneus em 2005, o que representa 5% dos 10 milhões de pneus importados pelo Brasil da União Européia.

Desse modo, a argumentação de violação ao princípio da igualdade mostra-se falaciosa, pois, além de o Brasil ter sido compelido judicialmente a permitir a importação apenas de pneus remoldados dos países do Mercosul, e não de pneus usados para servirem como matéria-prima, seria plenamente justificável conferir tratamento distinto aos mesmos, pelo fato de o Mercosul se tratar de União Aduaneira e por razões de equidade e de política internacional, considerando, sobretudo, o diminuto impacto ambiental que tais importações poderiam representar.” (petição inicial, p. 39)

³⁵³ “Art. 237. A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda.”

Por fim, a AGU (ADPF 101, petição inicial, p. 47-49) sustenta que não houve revogação da proibição da importação de pneus usados em razão da nova redação da Resolução CONAMA n. 258/1999 determinada pela Resolução CONAMA n. 301/2002. Com efeito, ao disciplinar a destinação dada aos pneus importados, a Resolução CONAMA n. 301/2002, em seus considerandos³⁵⁴, fez constar expressamente a proibição da importação de pneus usados, nos termos das Resoluções CONAMA n. 23/2006³⁵⁵ e 235/98³⁵⁶.

3.2.2 Do Acórdão do STF e do Parecer do MPF

O fato é que a relatora, Ministra Cármen Lúcia, votou parcialmente favoravelmente à ADPF n. 101 em março de 2009³⁵⁷, tendo sido acompanhada pela maioria dos ministros do STF³⁵⁸, com exceção do ministro Marco Aurélio.

³⁵⁴ Resolução CONAMA 301/2002:

“Art. 1º Alterar e incluir os seguintes Considerandos à Resolução CONAMA n. 258, de 26 de agosto de 1999, que passam a vigorar com a seguinte redação:

[...]

Considerando que a importação de pneumáticos usados é proibida pelas Resoluções CONAMA n.s 23, de 12 de dezembro de 1996 e 235, de 07 de janeiro de 1998;”

³⁵⁵ “Art. 4º. Os Resíduos Inertes – Classe III não estão sujeitos a restrições de importação, à exceção dos pneumáticos usados cuja importação é proibida.”

³⁵⁶ A Resolução CONAMA n. 235/1998 apenas confirma a proibição quanto à importação de pneumáticos usados, na medida em que, conferindo nova redação ao Anexo 10 da Resolução CONAMA n. 23/1996, classificou os pneumáticos usados como resíduos inertes – Classe III – de importação proibida. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23597.html>>. Acesso em: 15 abr. 2012.

³⁵⁷ Voto da Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-carmen-lucia-pn.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2012.

³⁵⁸ A Ementa restou assim redigida: “EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGUIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação.

2. Arguição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil.

3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados.

Em seu voto, após minucioso relatório, a relatora inicia apontando o cabimento da ADPF (p. 12), uma vez que restou demonstrado pelo autor que há preceitos fundamentais sendo descumpridos por reiteradas decisões judiciais, daí a razão de sua total pertinência.

Em complemento, a relatora destaca a formação de uma controvérsia judicial relevante em torno do caso, a justificar o ajuizamento da medida, como única ação capaz de enfrentar a celeuma jurídica posta, especialmente ante o fato de se estar atacando atos concretos do Poder Público o que já denota o respeito à regra da subsidiariedade que deve permear toda e qualquer ADPF³⁵⁹.

4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica.

5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram.

6. Recurso Extraordinário n. 202.313, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 19.12.1996, e Recurso Extraordinário n. 203.954, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ 7.2.1997: Portarias emitidas pelo Departamento de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – Decex harmonizadas com o princípio da legalidade; fundamento direto no art. 237 da Constituição da República.

7. Autorização para importação de remoldados provenientes de Estados integrantes do Mercosul limitados ao produto final, pneu, e não às carcaças: determinação do Tribunal *ad hoc*, à qual teve de se submeter o Brasil em decorrência dos acordos firmados pelo bloco econômico: ausência de tratamento discriminatório nas relações comerciais firmadas pelo Brasil.

8. Demonstração de que: a) os elementos que compõem o pneu, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; f) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica. Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil).

9. Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição.

10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente.”

³⁵⁹ “A adequação da presente Arguição está na comprovação de existência de múltiplas ações judiciais sobre as normas aqui questionadas tendo como objeto exatamente os preceitos constitucionais fundamentais.

Na peça inicial da Arguição se comprova que alguns daqueles casos foram julgados: a) em primeiro grau; b) em grau de recurso e, ainda, c) com trânsito em julgado.

Em seguida, a Ministra Cármen Lúcia promoveu uma detida análise acerca dos processos citados na inicial (vide nota de rodapé n. 346) como sendo representativos de decisões favoráveis à importação de pneus usados, tendo excluído da ação vários arguidos uma vez que, segundo informações por eles mesmos prestadas, não teriam proferido decisões nos termos informados pela AGU na sua peça vestibular.

Adentrando ao mérito, a relatora aponta que o cerne da questão debatida nos autos põe em confronto princípios constitucionais caros à nação brasileira: de um lado estão o direito à saúde e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e do outro lado está o princípio do desenvolvimento econômico sustentável.

Nesse sentido, a relatora promoveu um estudo histórico acerca de toda a legislação nacional da proteção ao meio ambiente, mormente as normas que vedam a importação de material usado, em especial pneumáticos. Ao final dessa contextualização histórica, a Ministra Cármen Lúcia (voto, p. 54-55) chega à seguinte conclusão, *verbis*:

8.3. Esse histórico das normas serve a *comprovar que apenas durante um curtíssimo intervalo de tempo, entre a edição das Portarias Decex n. 1/92 e 18, de 13.7.1992, é que se permitiu a importação de pneus usados e, ainda assim, com a ressalva de que fossem utilizados como matéria-prima para a indústria de recauchutagem.*

É esse, aliás, o entendimento sedimentado neste Supremo Tribunal Federal, como se tem, por exemplo, no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 118:

‘Registrou-se que, à exceção do período compreendido entre as Portarias DECEX 1/92 e 18/92, desde a edição da Portaria DECEX 8/91, não é permitida a importação de bens de consumo usados. Asseverou-se que a proibição geral de importação de bens de consumo ou de matéria-prima usada vigorou até a edição da Portaria SECEX 2/2002, consolidada na Portaria SECEX 17/2003 e, mais recentemente, na Portaria SECEX 35/2006, que adequou a legislação nacional à decisão proferida pelo Tribunal Arbitral do Mercosul para reiterar a vedação, com exceção da importação de pneus recauchutados e usados remoldados originários de países integrantes do Mercosul’ (Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 12.12.07)

9. Foi, pois, por força da decisão do Tribunal Arbitral *ad hoc* que, em 2003, o Brasil viu-se obrigado a aceitar a importação, por ano, de até 130 mil pneus remoldados dos Países partes do MERCOSUL, basicamente do Uruguai.

Desta pletera de decisões, algumas conflitantes, e como não houve declaração de inconstitucionalidade ou ilegalidade das normas relativas à matéria, tem-se a manutenção de atos concretos do Poder Público. Esses, porém, são tidos como não aplicáveis às situações descritas em diferentes processos mencionados nos autos.

A aplicação diferenciada e simultânea das normas pelas decisões judiciais contrárias parecem poder traduzir descumprimento de preceitos constitucionais fundamentais.

Não há, pois, outra ação na qual se possa suscitar o questionamento posto na presente Arguição com a efetividade da prestação jurisdicional pretendida, donde a comprovação de acatamento ao princípio da subsidiariedade.” (Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 13-14)

Observo, ainda, que a mesma proibição de pneus usados foi objeto de normas argentinas, também questionada pelo Uruguai e matéria de lide perante o Tribunal *ad hoc*.

É de se atentar que conferir destinação adequada a todo tipo de pneu tem sido desafio constante para todos os Países.

Fixado que o Brasil quase que perenemente, à exceção de um curto espaço de tempo, proibiu e continua a proibir a importação de pneumáticos usados, salvo os provenientes (pneus reformados) do Mercosul, em razão de decisão do Tribunal Arbitra *ad hoc* do Mercosul, resta saber se as decisões judiciais que permitiram a importação de pneus usados provenientes de Estados não integrantes do Mercado Comum do Sul descumpriram algum preceito fundamental da Constituição Federal.

Registra a relatora a necessidade premente de se pacificar o cuidado judicial com essa matéria em razão do questionamento feito pela União Europeia em face do Brasil na Organização Mundial do Comércio³⁶⁰, que combate o fato de o Brasil só permitir a importação de pneumáticos usados de países integrantes do Mercosul, sendo que tal preocupação também restou consignada na manifestação da Advocacia-Geral da União. Veja-se o seguinte trecho do voto da Ministra Cármen Lúcia (p. 73) que bem explicita a perplexidade dos órgãos internacionais diante da plêiade de decisões judiciais conflitantes, o que enfraqueceria substancialmente os objetivos do Brasil apresentados junto à OMC:

Essa a razão fundamental de cá estarmos reunidos hoje, a resolver definitivamente sobre uma pendência que, conforme o resultado a que chegarmos, no plano internacional, justificaria a derrocada das normas

³⁶⁰ “Os Países integrantes da União Européia ressaltaram então: *a*) a proibição de importação de pneus remoldados; *b*) a imposição de multa de quatrocentos reais para quem importa ‘*comercializa, transporta, armazena, guarda ou mantém em depósito pneu usado ou reformado*’; *c*) a isenção de proibição de importação e de penalidades econômicas por parte do Brasil aos Países integrantes do Mercosul; *d*) que a existência de legislações proibitivas da comercialização de pneus reformados importados afrontaria os princípios de livre comércio e isonomia entre os Países membros da OMC.

O Brasil argumentou, então, sobre a necessidade de adoção das medidas para evitar danos ambientais, pois os pneus usados têm vida útil mais curta que os novos, além de se transformarem em resíduos de difícil aproveitamento e de grave contaminação do meio ambiente e comprometimento da saúde humana. Demonstrou, ainda, que, em Países tropicais, a proibição de importação de pneus faz-se especialmente necessária como procedimento de combate às doenças transmitidas por mosquitos, que neles se instalam. Em resumo, a proibição da importação é uma providência imprescindível adotada para, dando cobro às normas constitucionais vigente (*sic*), cuidar-se do meio ambiente e da saúde da população brasileira.

Ponderou, ainda, haver dificuldades no armazenamento de pneus procedentes de outros Países, além daqueles produzidos internamente, defendendo a tese da responsabilização pela correta destinação, ou seja, o Estado produtor deveria dar solução ao problema do resíduo de seu produto.”

Demonstrou, ademais, “que a isenção do Mercosul da proibição de importações e das multas anticircunvenção é também justificada pelo Artigo XX(D) porque é uma medida ...‘necessária para assegurar o cumprimento de leis ou regulamentos’ que não são inconsistentes com o GATT. [E] que a isenção dos países do Mercosul da proibição e das multas é necessária para assegurar o cumprimento pelo Brasil de suas obrigações no âmbito do Mercosul, conforme determinado pelo Tribunal *ad hoc* do Mercosul” (Segunda Petição do Brasil perante a Organização Mundial do Comércio apresentada em 11.8.2006, p. 62-63, tradução livre).” (Voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 57-58)

proibitivas sobre a importação de pneus usados, pois, para o Órgão de Apelação da OMC, se uma parte do Poder Judiciário brasileiro libera empresas para importá-los, a despeito da vigência das normas postas, é porque os objetivos apresentados pelo Brasil, perante o órgão internacional do comércio, não teriam o fundamento constitucional que as justificariam e fundamentariam. Fosse o contrário, sendo uma única e mesma Constituição a do Brasil e tendo eficácia plena e efetividade jurídica incontestável a matéria, não haveria as frestas judiciais permissivas do que nelas se veda.

Com efeito, informou a relatora que, em 03 de dezembro de 2007, o órgão de apelação da OMC externou a conclusão de que seria justificável a medida adotada pelo Brasil quanto à proibição da importação de pneus usados e reformados, de modo a proteger a saúde e o meio ambiente, nos termos do art. XX (b) do GATT³⁶¹. Todavia, o mesmo órgão de apelação fixou:

- a) que haveria discriminação injustificável em relação aos demais países exportadores de pneus usados que não integram o Mercosul, independentemente do volume de importação de pneus reformados;
- b) que a isenção do Mercosul caracterizou discriminação injustificável;
- c) que a importação de pneus usados e reformados por meio de liminares judiciais constituiria discriminação de comércio internacional ainda que não ocorressem em volumes significativos;
- d) que a importação de pneus usados e reformados consistiu em discriminação arbitrária.

Assim, tem-se que a OMC reconheceu a legitimidade da medida proibitória de importação de pneumáticos adotada pelo Brasil a fim de proteger a saúde da população e o meio ambiente; todavia também se reconheceu que o Brasil estaria a aplicar referida medida de modo contraditório, já que permite a importação de pneus reformados de países integrantes do Mercosul, bem como ante a profusão de decisões que desafiam a legislação nacional.

Diante desse cenário, destaca a Ministra relatora, o Supremo Tribunal Federal é convidado a pacificar e solucionar a controvérsia judicial, a fim de, ao menos sob esse

³⁶¹ Textualmente, aquele artigo do Acordo Geral sobre Tarifas Aduaneiras e Comércio estabelece: “Artigo XX. Exceções Gerais.

Sujeito aos requisitos de que tais medidas não sejam aplicadas de maneira que possam constituir arbitrária ou injustificada discriminação entre países onde as mesmas condições prevaleçam, ou disfarçada restrição ao comércio internacional, nada neste Acordo poderá ser interpretado de forma a evitar a adoção ou aplicação por qualquer parte contratante de medidas:

(b) necessárias para proteger a vida ou saúde humana, animal ou vegetal”.

aspecto, robustecer (acaso acatem a tese da AGU) os objetivos apresentados pelo Brasil junto à OMC³⁶².

Em sequência, a relatora tece um longo arrazoado acerca do procedimento de fabricação de pneus, bem como dos materiais necessários à sua composição, para, em seguida, tratar das formas de reaproveitamento dos pneumáticos usados. O fato é que seja na reforma de pneus, seja os utilizando como arrecifes artificiais de corais, seja os aproveitando na composição de asfalto ou na fabricação de cimento, os danos ambientais e à saúde humana são consideráveis.

Nesse sentido diz que a preocupação com o meio ambiente em termos globais e a preocupação com a destinação conferida aos resíduos domésticos e industriais decorrem da conclusão de dois fatores: a) os recursos naturais têm se tornado mais escassos, pelo mau uso a eles dado pelo homem; b) a ameaça de segurança à saúde que deles decorre.

Ciente disso, o Brasil, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, promulgou a lei n. 6.938/81, que dispendo sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º, I, definiu o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”³⁶³, sendo que com o advento da Constituição de 1988, pela primeira vez na história

³⁶² A relatora aponta, com base na argumentação desenvolvida pela AGU, as nefastas consequências para o Brasil acaso a OMC desse ganho de causa à União Europeia, *verbis*: “Como ponderado pelo Arguente, se a Organização Mundial de Comércio desse ganho de causa à União Europeia, ‘o Brasil poder(ia) ser obrigado a receber, via importação, pneus reformados de toda a Europa, que detém um passivo de pneus usados da ordem de 2 a 3 bilhões de unidades, abrindo-se a temível oportunidade de receber pneus usados do mundo inteiro, inclusive dos Estados Unidos da América, que também possuem um número próximo de 3 bilhões de pneus usados’.” (voto da Min. Cármen Lúcia, p. 100)

³⁶³ Também destacou que o STF já assegurava a proteção ao meio ambiente antes mesmo do advento da Constituição de 1988, como demonstra o precedente MS n. 22.164, de relatoria do Ministro Celso de Mello (DJ 17.11.1985), cuja ementa foi assim lavrada: “A questão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Direito de terceira geração. Princípio da solidariedade. O direito à integridade ao meio ambiente. Típico direito de terceira geração. Constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, à própria coletividade social. Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) - que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais - realçam o princípio da liberdade e os direitos da segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) - que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas - acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela de uma essencial inexauribilidade. Considerações doutrinárias” (Plenário, DJ 17.11.85).
(**Observação:** A ementa acima foi extraída do voto da Ministra Cármen Lúcia (p. 104-105). Mas em pesquisa junto ao sítio do STF, não encontramos tal acórdão. No caso o MS n. 22.164 se refere a uma questão fundiária/ reforma agrária e foi movida por um particular contra o Presidente da República, sendo da relatoria do Ministro Celso de Mello e tendo sido publica do no DJ em 17.11.1995)

Sendo que essa tendência protecionista se confirmou no julgamento da ADI n. 3.540-MC, de relatoria do Ministro Celso de Mello, cuja ementa segue abaixo reproduzida:

“E M E N T A: MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - NECESSIDADE DE IMPEDIR QUE A TRANSGRESSÃO A ESSE DIREITO FAÇA IRROMPER, NO SEIO DA COLETIVIDADE, CONFLITOS INTERGENERACIONAIS - ESPAÇOS TERRITORIAIS ESPECIALMENTE PROTEGIDOS (CF, ART. 225, § 1º, III) - ALTERAÇÃO E SUPRESSÃO DO REGIME JURÍDICO A ELAS PERTINENTE - MEDIDAS SUJEITAS AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI - SUPRESSÃO DE VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS, AUTORIZAR, LICENCIAR OU PERMITIR OBRAS E/OU ATIVIDADES NOS ESPAÇOS TERRITORIAIS PROTEGIDOS, DESDE QUE RESPEITADA, QUANTO A ESTES, A INTEGRIDADE DOS ATRIBUTOS JUSTIFICADORES DO REGIME DE PROTEÇÃO ESPECIAL - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - DECISÃO NÃO REFERENDADA - CONSEQUENTE INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incumbe, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164/158-161). O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral. Doutrina. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a "defesa do meio ambiente" (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural. A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. O ART. 4º DO CÓDIGO FLORESTAL E A MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.166-67/2001: UM AVANÇO EXPRESSIVO NA TUTELA DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. - A Medida Provisória n. 2.166-67, de 24/08/2001, na parte em que introduziu significativas alterações no art. 4º do Código Florestal, longe de comprometer os valores constitucionais consagrados no art. 225 da Lei Fundamental, estabeleceu, ao contrário, mecanismos que permitem um real controle, pelo Estado, das atividades desenvolvidas no âmbito das áreas de preservação permanente, em ordem a impedir ações predatórias e lesivas ao patrimônio ambiental, cuja situação de maior vulnerabilidade

do constitucionalismo pátrio, se dedicou um capítulo inteiro e exclusivo ao meio ambiente, adotando-se, por meio da norma inscrita no art. 225³⁶⁴, o princípio da responsabilidade e da solidariedade intergeracional.

Portanto, afirma em seu voto a relatora que “a existência do meio ambiente ecologicamente equilibrado significa não apenas a sua preservação para a geração atual, mas, também, para as gerações futuras.” E prossegue afirmando que se nos dias atuais a palavra de ordem é desenvolvimento sustentável, tal conceito deve compreender tanto o crescimento econômico quanto a garantia paralela da saúde da população, cujos direitos devem ser observados tendo-se em mira não apenas as suas necessidades atuais, mas também as que se podem prever e que se devem prevenir para as futuras gerações (p. 109).

Lembra que na ECO-92 foi confeccionado documento denominado “Declaração do Rio de Janeiro” o qual contém 27 princípios dentre os quais destaca o da “precaução”³⁶⁵ que, indo além da simples prevenção, prevê que “quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental”.

Por essa razão é que não há de se esperar a comprovação de um risco real, atual e comprovado de dano que pode sobrevir de uma dada atividade para que se adotem medidas que visem impedi-lo. Essa é a diferença básica entre prevenção e precaução: naquela o risco precisa ser iminente e comprovado, enquanto que nesta o risco pode ser apenas potencial, ou seja, é a prevenção de algo que não se tem certeza se vai ou não ocorrer.

reclama proteção mais intensa, agora propiciada, de modo adequado e compatível com o texto constitucional, pelo diploma normativo em questão. - Somente a alteração e a supressão do regime jurídico pertinente aos espaços territoriais especialmente protegidos qualificam-se, por efeito da cláusula inscrita no art. 225, § 1º, III, da Constituição, como matérias sujeitas ao princípio da reserva legal. - É lícito ao Poder Público - qualquer que seja a dimensão institucional em que se posicione na estrutura federativa (União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios) - autorizar, licenciar ou permitir a execução de obras e/ou a realização de serviços no âmbito dos espaços territoriais especialmente protegidos, desde que, além de observadas as restrições, limitações e exigências abstratamente estabelecidas em lei, não resulte comprometida a integridade dos atributos que justificaram, quanto a tais territórios, a instituição de regime jurídico de proteção especial (CF, art. 225, § 1º, III).”

³⁶⁴ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

³⁶⁵ Sobre o princípio da precaução a relatora fala (p. 110): “O princípio da precaução vincula-se, diretamente, aos conceitos de necessidade de afastamento de perigo e necessidade de dotar-se de segurança os procedimentos adotados para garantia das gerações futuras, tornando-se efetiva a sustentabilidade ambiental das ações humanas. Esse princípio torna efetiva a busca constante de proteção da existência humana, seja tanto pela proteção do meio ambiente como pela garantia das condições de respeito à sua saúde e integridade física, considerando-se o indivíduo e a sociedade em sua inteireza.”

Deste modo, ainda que se entenda necessária e imperiosa a garantia do desenvolvimento econômico, não se pode superar uma crise gerando outra potencialmente mais danosa, como seria um severo desequilíbrio ambiental com implicações sérias à saúde da população. Tanto é assim, que a própria Constituição em seu art. 170, VI, destaca a relatora, alça a proteção ao meio ambiente como fundamento próprio do desenvolvimento econômico.

Não é por outra razão que a Ministra Cármen Lúcia conclui no que tange ao preceito fundamental da proteção ao meio ambiente:

As medidas impostas nas normas brasileiras, que se alega terem sido descumpridas nas decisões judiciais anotadas no caso em pauta, atendem, rigorosamente, ao princípio da precaução, que a Constituição cuidou de acolher e cumpre a todos o dever de obedecer. E não desacata ou desatende os demais princípios constitucionais da ordem econômica, antes com eles se harmoniza e se entende, porque em sua integridade é que se conforma aquele sistema constitucional (p. 112).

Quanto à proteção da saúde, a relatora lembra que a Constituição Federal de 1988 a trouxe em seu art. 196³⁶⁶ como sendo direito de todos e dever do Estado, verdadeiro corolário da vida digna. Sendo de relevância pública as ações e os serviços destinados à saúde da população em geral, consoante disposto no art. 197³⁶⁷.

De igual modo, a Constituição de 1988, em seu art. 6º³⁶⁸, também classificou o direito à saúde como sendo espécie de direito social, previsto no Título destinado aos direitos e garantias fundamentais.

Assim, a relatora destaca que o reconhecimento Constitucional do direito à saúde como direito social fundamental tem como consequência serem exigíveis do Estado ações positivas para assegurá-lo e dotá-lo de eficácia plena. Nesse contexto relembra que a ADPF em análise tem por escopo a proteção do preceito fundamental “saúde” visando impedir a importação de pneumáticos usados que podem causar (princípio da precaução) severos danos à saúde da população, não podendo, deste modo, quedar-se inerte ou omissos o Estado.

Sem discrepar da linha de raciocínio seguida, a Ministra Cármen Lúcia argumenta:

³⁶⁶ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

³⁶⁷ “Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

³⁶⁸ “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Seja realçado que o direito à saúde não é apenas o direito à ausência de doença, mas, também, o direito ao bem-estar físico, psíquico e social, como se tem no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde - OMS.

É vedado, portanto, ao Poder Público ser insuficiente ou imprevidente em suas ações e decisões que tenham o precípuo objetivo de dotar de proteção os direitos fundamentais, sob pena de essa inoperância ou ausência de ações afrontar o núcleo central desses direitos. Desta insuficiência ou imprevidência afastou-se o Poder Público brasileiro ao adotar as medidas normativas proibitivas de importação de resíduos que conduzem ao comprometimento da saúde pública e da saúde ambiental. É isto o que se busca, aqui, resguardar e garantir a efetividade dos direitos constitucionais fundamentais.

19. Constatado que o depósito de pneus ao ar livre - a que se chega, inexoravelmente, com a falta de utilização dos pneus inservíveis, mormente quando se dá a sua importação nos termos pretendidos por algumas empresas - é fator de disseminação de doenças tropicais, o razoável e legítimo é atuar o Estado de forma preventiva, com prudência e com a necessária precaução, na adoção de políticas públicas que evitem as causas que provoquem aumento de doenças graves ou contagiosas. (p. 116-117)

E mais à frente arremata a Ministra relatora (p. 118): “Se a proteção à saúde é dever do Estado, manifestando-se por cada qual de seus três poderes, cabe ao Judiciário assegurar a plena, efetiva e eficaz aplicação das normas que determinam as medidas necessárias para assegurá-la”.

Lembra que excesso de pneus na natureza, sem utilização, produz o ambiente mais favorável possível à proliferação de doenças tropicais, especialmente a dengue. Pondera, ademais, que do mesmo modo que os ovos do *Aedes Aegypti* podem permanecer vivos em meio seco por até um ano, vindo a eclodir com o primeiro contato com a água (acumulada nos pneus), o Brasil pode, juntamente com os pneus usados, estar importando doenças (ovos em estado de adormecimento) ainda não incidentes no país, ou dele já erradicadas, o que demandaria maiores gastos do Estado com a já precária saúde pública nacional (p. 118-119).

Contra-argumentando, os interessados na importação aduzem que a sua proibição afrontaria o princípio constitucional da livre iniciativa e a busca pelo pleno emprego, já que inúmeras fábricas e inúmeros postos de trabalho seriam fechados.

A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, rebate a crítica com a seguinte afirmação:

Os dados assim apresentados, contudo, não conectam os princípios constitucionais definidos para a ordem econômica e para a ordem social, como antes acentuado. Nem há desenvolvimento, incluído o econômico, sem educação e sem saúde. Porque o desenvolvimento constitucionalmente protegido é o que conduz à dignidade humana, não à degradação - inclusive física - humana (p. 120).

Nesse sentido, sustenta que a importação de pneus usados causa potencialmente mais danos à saúde e ao meio ambiente que benefícios econômicos e pondera que, no caso, quem mais sofre com a situação criada com o lixo gerado pelos pneus é a população de baixa renda, que não dispõe de meios materiais para se desfazer ou se proteger dos males advindos do referido lixo.

Argumenta ainda, que “sendo o direito à saúde um bem não patrimonial, sua tutela faz-se na forma inibitória, preventiva, impedindo-se a prática de atos de importação de pneus usados – prática, aliás, adotada pelos Países ricos que deles querem se livrar –, quando demonstrado que estes não são plenamente aproveitados pela indústria.” (p. 122)

Ao enfrentar o argumento de que a proibição da importação de pneus só poderia se dar por meio de lei formal, a relatora afirmou que o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criado pela Medida Provisória n. 1.911-8, de 29.7.99, tem como área de competência o desenvolvimento de “políticas de comércio exterior” e a “regulamentação e execução das atividades relativas ao comércio exterior”, sendo que no referido Ministério há o Departamento de Comércio Exterior - Decex, responsável pelo monitoramento e pela fiscalização do comércio exterior, cujas normas, por si editadas, são imediatamente aplicáveis, em especial aquelas proibitivas de trânsito de bens no território nacional.

Assim, amparado pelo Decreto 99.244/90³⁶⁹ (alterado pelo Decreto n. 99.267/90), o Decex no uso de suas atribuições restringiu a emissão de licenças de importação e exportação de bens que poderiam causar danos ao País e editou a Portaria n. 8/91, que obistou, por sua vez, a importação de bens de consumo usados, entre eles, o pneu.

Deste modo, não se há que falar em ofensa ao princípio da legalidade, pois é expreso o fundamento no Decreto 99.244/90, editado em face do artigo 237 da Constituição, matéria esta que já foi, inclusive, examinada pelo Supremo Tribunal que, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 202.313, Relator o Ministro Carlos Velloso (Plenário, DJ

³⁶⁹ São competências do Decex, dentre outras:

“Art. 165. Ao Departamento de Comércio Exterior compete:

[...]

VII - traçar diretrizes da política do comércio exterior;

VIII - adotar medidas de controle das operações do comércio exterior, quando necessárias ao interesse nacional;

[...]

X - baixar normas necessárias à implementação da política de comércio exterior, bem assim orientar e coordenar a sua expansão;

[...]

XXI - normatizar, supervisionar, orientar, planejar, controlar e avaliar as atividades aduaneiras.”

19.12.1996) e do Recurso Extraordinário n. 203.954, Relator o Ministro Ilmar Galvão (Plenário, DJ 7.2.1997), decidiu pela constitucionalidade das Portarias Decex n. 8/91 e Secex n. 8/00, que vedam a importação de bens de consumo usados, tendo aquelas normas fundamento direto na Constituição.

Lembre-se, ademais, que em 1995 foi editada Portaria Interministerial n. 3/95, entre os Ministérios da Fazenda e o Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo, impedindo a importação de qualquer bem de consumo usado.

Noutro turno, sustenta a relatora, a Convenção da Basiléia, da qual o Brasil é signatário, determinou a adoção de procedimentos para o controle de resíduos perigosos, o que deu ensejo à edição da Resolução CONAMA³⁷⁰ n. 23/1996 que, dentre outras providências, proibiu a importação de pneus usados. Posteriormente, o CONAMA editou duas outras resoluções, a de n. 258/1999 e a de n. 301/2002 que, diferentemente do alegado pelos arguidos, não revogaram, ao contrário confirmaram, a resolução n. 23/1996.

A única exceção a essa expressa proibição foi dada em razão da decisão do Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul que, como dito diversas vezes, obrigou o Brasil a permitir a importação de pneus reformados (não para uso como matéria-prima) provenientes de países integrantes do bloco do cone sul, não podendo tal exceção, destaca a Ministra Cármen Lúcia (p. 127), ser caracterizada como prática discriminatória relativamente aos países não integrantes do Mercado Comum do Sul.

³⁷⁰ O CONAMA foi criado pela lei n. 6.938/81 e detém as seguintes atribuições:

“Art. 8º Compete ao CONAMA: (Redação dada pela Lei n. 8.028, de 1990)

I - estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA; (Redação dada pela Lei n. 7.804, de 1989)

II - determinar, quando julgar necessário, a realização de estudos das alternativas e das possíveis consequências ambientais de projetos públicos ou privados, requisitando aos órgãos federais, estaduais e municipais, bem assim a entidades privadas, as informações indispensáveis para apreciação dos estudos de impacto ambiental, e respectivos relatórios, no caso de obras ou atividades de significativa degradação ambiental, especialmente nas áreas consideradas patrimônio nacional. (Redação dada pela Lei n. 8.028, de 1990)

III - (Revogado pela Lei n. 11.941, de 2009)

IV - homologar acordos visando à transformação de penalidades pecuniárias na obrigação de executar medidas de interesse para a proteção ambiental; (VETADO);

V - determinar, mediante representação do IBAMA, a perda ou restrição de benefícios fiscais concedidos pelo Poder Público, em caráter geral ou condicional, e a perda ou suspensão de participação em linhas de financiamento em estabelecimentos oficiais de crédito; (Redação dada pela Lei n. 7.804, de 1989)

VI - estabelecer, privativamente, normas e padrões nacionais de controle da poluição por veículos automotores, aeronaves e embarcações, mediante audiência dos Ministérios competentes;

VII - estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos.

Parágrafo único. O Secretário do Meio Ambiente é, sem prejuízo de suas funções, o Presidente do Conama. (Incluído pela Lei n. 8.028, de 1990)”

Corroborando o dado trazido pela AGU de que a importação de pneu usado é mais barata do que a compra do mesmo material no mercado interno, a relatora põe em dúvida a real justificativa para tal “generosidade” dos países exportadores, acaso esse material não fosse prejudicial à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado³⁷¹.

Nessa esteira, pondera a relatora, cai por terra o argumento dos arguidos de que a proibição da importação feriria os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, pois, como afirma em seu voto (p. 132), “se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado preponderaria a proteção desses, cuja cobertura, de resto, atinge não apenas a atual, mas também as futuras gerações.”

A título de conclusão a Ministra relatora conduz seu raciocínio do seguinte modo:

Os preceitos fundamentais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado são constitucionalmente protegidos e estão a ser descumpridos por decisões que, ao garantir a importação de pneus usados ou remoldados, afronta aqueles direitos fundamentais.

A Arguente demonstrou que a) a gama de elementos que compõem o pneu, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros – mais de cem anos –; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) a desintegração dos pneus para serem depositados em aterros é procedimento de alto custo; e) os pneus inservíveis e descartados a céu aberto são ideais para o criadouro de insetos e outros vetores de transmissão de doenças, em razão de seu formato; f) se de um lado o alto índice calorífico dos pneus é interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto, tornam-se focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; g) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica.

[...]

30. Os Interessados insistem em que o que os leva a demandar a permissão para continuar a importação de pneus usados é a má qualidade das rodovias brasileiras, que deterioram bastante os pneus a serem remoldados. Na audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal, especialistas informaram que os pneus usados importados não são previamente classificados antes da importação, havendo resíduo da ordem de 30% a 40% nos contêineres, que são simplesmente passivo ambiental, inservível para remoldagem. Isso apenas reforça a conclusão de afronta aos preceitos fundamentais relativos à

³⁷¹ “Há notícias de que pneus chegam ao Brasil por preços ínfimos, em torno de 20 a 60 centavos de dólar por unidade. A questão é: qual a causa de tamanha ‘generosidade’, qual o motivo de preço tão ínfimo se o bem fosse tão bom, servível ou mesmo aproveitável e não agressivo à saúde ou ao meio ambiente? Ou seria isso apenas ‘despejo’ de material inservível? Essas interrogações não têm resposta prévia. Nem mudam o que aqui se há de decidir com base na Constituição. Mas sobre ela, sertaneja, diria como Guimarães Rosa, ‘*eu quase que nada não sei. Mas desconfo de muita coisa*’.” (voto da Ministra Cármen Lúcia, p. 128)

saúde e ao meio ambiente. Ao contrário do que sustentam eles, as decisões judiciais que autorizaram as importações de pneus usados é que afrontam o art. 170 da Constituição brasileira, pois o material refugado agride o meio ambiente, causa impacto ambiental, contrariando o disposto no inciso VI do art. 170, bem como aos arts. 196 e 225, especialmente. Ademais, essa transferência de material inutilizável representa, por si só, afronta ao disposto na Convenção da Basiléia, da qual o Brasil é signatário.

[...]

Assim, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais demonstra que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225, da Constituição do Brasil.

25. Pelo exposto, encaminho voto no sentido de ser julgada parcialmente procedente a presente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para:

a) **declarar válidas constitucionalmente as normas do art. 27, da Portaria DECEX n. 8, de 14.05.1991; do Decreto n. 875, de 19.7.1993, que ratificou a Convenção da Basiléia; do art. 4º, da Resolução n. 23, de 12.12.1996; do art. 1º, da Resolução CONAMA n. 235., de 7.1.1998, do art. 1º, da Portaria SECEX n. 8, de 25.9.2000; do art. 1º da Portaria SECEX n. 2, de 8.3.2002, do art. 47-A no Decreto n. 3.179, de 21.9.1999 e seu 2º, incluído pelo Decreto 4592, de 11.2.2003; do art. 39, da Portaria SECEX n. 17, de 1.12.2003; e do art. 40, da Portaria SECEX n. 14, de 17.11.2004 com efeitos *ex tunc*;**

b) **declarar inconstitucionais, com efeitos *ex tunc*, as interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que, afastando a aplicação daquelas normas, permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí incluídos os remoldados, ressalva feita quanto a estes àqueles provenientes dos Países integrantes do MERCOSUL, na forma das normas acima listadas.**

c) **Excluo da incidência daqueles efeitos pretéritos determinados as decisões judiciais com trânsito em julgado, que não estejam sendo objeto de ação rescisória, uma vez que somente podem ser objeto da Arguição de Preceito Fundamental atos ou decisões normativas, administrativas ou judiciais impugnáveis judicialmente. Ora, as decisões cobertas pelo manto constitucional da coisa julgada, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto, já não podem ser desfeitas, menos ainda pela via eleita pelo Arguente, que, de toda sorte, teve opções processuais para buscar o seu desfazimento, na forma da legislação vigente, não se tendo a comprovação de que tenha buscado atingir tal objetivo ou que tenha tido sucesso em suas ações.**

Não se incluem nesta exceção conteúdos decisórios em aberto ou dispostos de forma ilimitada para o futuro, pois a partir do que aqui definido ficam proibidas importações de pneus, dando-se o estrito cumprimento das normas vigentes com os contornos e exceções nela previstas (p. 135-140).

O Ministro Eros Grau³⁷², por sua vez, ao trazer em mesa seu voto vista acompanhando a relatora na sua conclusão, fez questão de destacar que não acatava as razões

³⁷² Voto do Ministro Eros Grau. Disponível em: <http://jusvi.com/files/document/pdf_file/0004/0666/ADPF101ERus.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2012.

de decidir do voto da Ministra Cármen Lúcia, pois não entendia possível a chamada ponderação de princípios defendida pela referida magistrada³⁷³.

No caso, ponderou o Ministro Eros Grau que a decisão acerca da inconstitucionalidade dos atos tidos por descumpridores dos preceitos fundamentais referentes à defesa da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado devem surgir não de sua ponderação com relação à livre iniciativa e liberdade de comércio, pois o que se pondera são valores e não princípios e a ponderação de valores é discricionária, o que gera, por consequência, insegurança jurídica.

No caso, entende o referido Ministro que a inconstitucionalidade advém da interpretação da totalidade da Constituição, do todo que a Constituição é.

Em seu voto (p. 04), afirma textualmente que:

Interpretar o direito é formular **juízos de legalidade**, ao passo que a **discricionariedade** é exercitada mediante a formulação de **juízos de oportunidade**. **Juízo de legalidade** é atuação no campo da **prudência**, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo **texto**.

Ao contrário, o **juízo de oportunidade** comporta uma opção entre **indiferentes jurídicos**, procedida **subjetivamente** pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos.

Segundo defende, o direito moderno é racional, pois pautado por critérios de legalidade que permitem uma previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos humanos, deixando de ser, portanto, arbitrário e aleatório em suas decisões³⁷⁴. Nesse sentido, reafirma a impossibilidade de ponderação entre princípios, mas de interpretação sistêmica. Todavia, como dito, embora discorde das razões de decidir, conclui da mesma forma que a Ministra relatora concluiu.

³⁷³ “Acompanho o voto entendendo, contudo, ser outra a fundamentação da afirmação de inconstitucionalidade das interpretações judiciais que autorizaram a importação de pneus. Isso de um lado porque recuso a utilização da ponderação entre princípios para a decisão da questão de que se cuida nestes autos. De outro porque, tal como me parece, essa decisão há de ser definida desde a interpretação da totalidade constitucional, do todo que a Constituição é. Desse último aspecto tenho tratado, reiteradamente, em textos acadêmicos. Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo --- marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas **premissas implícitas**.” (voto do Ministro Eros Grau, p. 03)

³⁷⁴ “O direito moderno, posto pelo Estado, é **racional** porque cada decisão jurídica é a aplicação de uma proposição abstrata munida de generalidade a uma situação de fato concreta, em coerência com determinadas regras legais. Eis o que define a **racionalidade do direito**: as decisões deixam de ser arbitrárias e aleatórias, tornam-se previsíveis. **Racionalidade jurídica** é isso: o direito moderno permite a instalação de um horizonte de **previsibilidade** e **calculabilidade** em relação aos comportamentos humanos, sobretudo àqueles que se dão nos mercados.” (voto do Ministro Eros Grau, p. 08)

Noutro turno, o Ministro Gilmar Mendes³⁷⁵, acompanhando na íntegra o voto da Ministra Cármen Lúcia, desenvolve uma fundamentação muito próxima à externada pela Ministra relatora e, conseqüentemente, acatando diversos argumentos deduzidos na inicial da ADPF pela Advocacia-Geral da União.

De início aduz ser inequívoca a relevância da questão posta à análise da Corte sob a ótica da proteção aos preceitos fundamentais do direito à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado em sua interpretação sistêmica especialmente com relação ao princípio da liberdade de iniciativa. E acrescenta, tal qual observado pela AGU em sua manifestação, que a Corte já fixou a desnecessidade de o direito fundamental, que segundo entende “rima” com preceito fundamental, estar elencado no rol do art. 5º, já que o mesmo não é taxativo a teor do que dispõe o seu § 2º³⁷⁶.

Na sequência, após destacar a especial atenção com que a preservação ambiental e a saúde pública são tratadas pela Constituição, destaca que na inicial da AGU é dito que a comercialização de pneus usados no Brasil contribui para incrementar o risco ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e, conseqüentemente, à saúde, já que não há meio seguro e eficaz de eliminação dos resíduos apresentados pelos pneumáticos de qualquer espécie. Deste modo, diante da potencial nocividade dos referidos resíduos, o controle de sua produção, consubstanciado no caso pela vedação de sua importação, seria medida condizente com a proteção à saúde e ao meio ambiente preconizadas pela Constituição Federal. Ademais, destaca o Ministro Gilmar Mendes, não se pode esquecer que a proibição de importação dos pneumáticos é medida que milita em favor da proteção à saúde humana na medida em que

³⁷⁵ Voto do Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/682_101%20GM.PDF>. Acesso em: 25 abr. 2012.

³⁷⁶ “Na forma da jurisprudência desta Corte, que se apreende inclusive a partir dos precedentes acima evidenciados, vê-se que a importação de pneus usados de qualquer espécie, a despeito de estar expressamente materializada em diversos atos normativos federais, consubstancia questão constitucional relevante, por envolver a interpretação sistêmica do conteúdo normativo do direito à saúde (art. 196), do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225) e do direito à liberdade de iniciativa (art. 170).

O contexto da referida discussão evidencia a complexidade do sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, que são, num só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva.

[...]

É inequívoca, pois, a relevância constitucional da controvérsia submetida a esta Corte, quanto à ofensa aos artigos 196 e 225 da Constituição, que, inevitavelmente, envolve também a consideração do artigo 170. Dessa forma, há implicação de preceitos fundamentais de enunciação expressa na Constituição, bem como uma repercussão jurídica evidente na sociedade quanto às distintas posições interpretativas adotadas em atos judiciais e atos normativos federais.

[...]

Já firmamos o entendimento de que os direitos fundamentais rimam com a ideia de preceitos fundamentais e de que outros direitos fundamentais compõem a nossa ordem constitucional, sem necessariamente estarem topograficamente estabelecidos no art. 5º da Constituição.” (voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 04-06)

impede a criação de ambiente favorável à proliferação de doenças tropicais, como é o caso da dengue³⁷⁷.

Nesse sentido, assevera que a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado é cofator necessário à proteção do direito à saúde, bem como à execução de políticas públicas sanitárias, sendo que a interpretação do artigo 170 que veicula a liberdade de iniciativa e de comércio sofre relevantes temperamentos constitucionais, uma vez que tal prerrogativa deve restar harmonizada com a defesa do meio ambiente, nos termos do seu inciso VI, tal qual apontado pela Advocacia-Geral da União³⁷⁸.

Lembrando o princípio da responsabilidade e da solidariedade intergeracional de proteção do meio ambiente, destaca a faceta da prevenção e da precaução que permeiam a norma Constitucional inserta no art. 225 e, de igual modo, aduz que a redação dada ao art. 196 da Lei Fundamental aponta para um dever geral de garantia da saúde, sendo, ambas, determinações constitucionais que visam evitar riscos, o que, via de consequência, autoriza o Estado a adotar medidas de proteção ou prevenção à saúde e ao meio ambiente, inclusive

³⁷⁷ “O tema da garantia da preservação ambiental e da saúde pública é tratado pela Constituição com especial atenção. Como se pode perceber, no caput do art. 225 e nos incisos do seu parágrafo único, afirma-se o direito dos cidadãos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como meio de fruição de uma sadia qualidade de vida, bem como se destaca o dever do Poder Público de efetivar meios objetivos para consecução de tal fim. Entre os variados meios, aponta-se o controle da produção, da comercialização e do emprego de métodos, técnicas e substâncias que comportem risco para a vida, para a qualidade de vida e para o meio ambiente.

Na inicial, alega-se que a comercialização de pneus usados de qualquer espécie envolve riscos para o meio ambiente e para a sadia qualidade de vida, na medida em que o grande volume importado desses bens para produção gera um passivo ambiental extremamente preocupante e não há método eficaz de eliminação completa dos resíduos apresentados pelos pneumáticos usados de qualquer espécie. Assim, diante do risco conhecido de nocividade dos resíduos desses bens, que não recebem adequado descarte no meio ambiente, o controle da produção, em termos de proibição de importação, seria medida conforme à determinação constitucional.

Ao mesmo tempo, o artigo 196 da Constituição trata a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos. Nos termos da inicial, a proibição de importação de pneus usados de qualquer espécie se enquadraria como política socioeconômica voltada à redução de risco de doença e outros agravos, na medida em que o número excessivo de pneus consubstancia um aumento efetivo de vetores de doenças e sua eliminação inadequada no meio ambiente gera a liberação de diversas substâncias tóxicas e cancerígenas.” (voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 07-08)

³⁷⁸ “Nesses termos, apreende-se que a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui um cofator ou dimensão que potencializa a fruição do direito à saúde e a execução de políticas públicas sanitárias. A efetividade de um direito é dependente, em certa medida, da efetividade do outro direito. Além disso, a interpretação do artigo 170 da Constituição evidencia que o direito fundamental à livre iniciativa e ao livre comércio não é absoluto, mas deve guardar compatibilidade com a defesa do meio ambiente. Tal como outras Constituições brasileiras anteriores, a Constituição de 1988 consagra a técnica de estabelecimento de restrição a diferentes direitos individuais.” (voto do Ministro Gilmar Mendes, p.09)

quanto ao desenvolvimento técnico ou tecnológico, o que deságua, por conseguinte, na utilização (importação) de pneumáticos de qualquer espécie³⁷⁹.

Nesse contexto, traz à baila o inciso V do § 1º do art. 225 da Constituição, que determina expressamente que o Poder Público poderá controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias nocivas à vida, à saúde e ao meio ambiente, de modo que a noção de controle de produção e de comercialização veicula em seu significado a possibilidade de restrição da importação de bens que ao menos tragam potencialmente riscos aos bens constitucionalmente tutelados (voto do ministro Gilmar Mendes, p. 16-17).

Por fim, o Ministro Gilmar Mendes tratando dos atos normativos federais que disciplinam a importação de pneus usados e sua relação com uma provável inviabilização da atividade comercial, acentua que:

Os atos normativos federais aqui discutidos não proíbem, contudo, a comercialização dos pneus usados de qualquer espécie, oriundos do mercado nacional. A principal alegação econômica dos interessados no processo de importação seria a baixa qualidade dos pneus usados de origem nacional em relação aos pneus usados importados. Contudo, apreende-se que, em tese, não se inviabiliza a atividade comercial das empresas de reforma de pneus usados, mas restringe-se sua liberdade de livre iniciativa de importação ilimitada daqueles bens, em razão da proteção e da defesa da saúde, do meio ambiente e, em última instância, da soberania nacional junto à OMC. (voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 21)

Importante mencionar que o Ministério Público Federal³⁸⁰ aderiu à tese sustentada pela AGU e, em seu, parecer opinou pela total procedência da ADPF.

Em seu parecer, o Procurador-Geral da República afirma, acerca da importação de pneumáticos usados, não ter dúvidas quanto ao potencial extremamente prejudicial à saúde e ao meio ambiente, tanto em face da sua complexa composição química, cuja queima produz

³⁷⁹ “O artigo 225 da Constituição, ao impor à coletividade e ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações, apresenta um dever geral de prevenção dos riscos ambientais, na condição de uma ordem normativa objetiva de antecipação de futuros danos ambientais, que são apreendidos juridicamente pelos princípios da prevenção (riscos concretos) e da precaução (riscos abstratos). Também o artigo 196 da Constituição, ao impor expressa determinação de execução de políticas socioeconômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, aponta para um dever geral de garantia da saúde.

[...]

As referidas **determinações constitucionais de evitar riscos (*Risikopflicht*)** são explicitadas no texto da Constituição (art. 196 e art. 225), o que autoriza **o Estado a atuar com objetivo de evitar riscos para o cidadão** em geral, mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção da saúde e do meio ambiente, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico, que resulta também da utilização de pneus usados de qualquer espécie”(voto do Ministro Gilmar Mendes, p.13-14).

³⁸⁰ Parecer da Procuradoria-Geral da República. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/422_ADPF_101_MPF.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2012.

elevados índices de toxicidade, somada às condições físicas do produto e sua tendência ao amontoamento em larga escala, bem como, no que toca ao amontoamento referido, por ser berço para procriação de insetos vetores de doenças tropicais infectocontagiosas³⁸¹.

Além disso, o *parquet* advoga o cabimento da medida judicial proposta pela AGU, “ante a provocação articulada de questão constitucional viva, de relevo incontestável³⁸², [...], avaliado sob a perspectiva – ilegítima – por meio de decisões judiciais reiteradas que, em seu conjunto, estabelecem quadro de preocupante reversão de determinada política pública” (Parecer do PGR, p. 08).

Ingressando no mérito da questão posta em discussão, o Ministério Público afirma que a inexistência de destinação viável para os pneumáticos usados ou reformados, finalizada a vida útil econômica do bem, é um argumento insuperável no que toca ao acerto da medida governamental de vedação de sua importação. Ademais, não se sustenta o argumento de que a utilização/importação de pneus usados diminuiria a fabricação de pneus novos, o que implicaria em um ganho ao meio ambiente, pois, como sustentado pela AGU, cerca de 30% dos pneumáticos usados importados já ingressam em solo nacional em estado imprestável para qualquer utilização. Ou seja, cerca de 30% do que se importa é essencialmente lixo, nocivo ao meio ambiente e, por consequência, à saúde humana³⁸³.

Deste modo, aduz que, de saída, a importação de material absolutamente inutilizado para armazenamento em terras brasileiras milita contra a responsabilidade e solidariedade intergeracional na proteção ao meio ambiente prevista no texto do art. 225, *caput*, razão pela qual a atividade econômica desenvolvida pelos importadores de

³⁸¹ “Tendo em consideração a complexa composição química do material, aliada às condições físicas do produto e sua propensão ao amontoamento de larga escala, os meios de controle não têm hoje nenhuma dúvida quanto ao potencial extremamente prejudicial não só ao equilíbrio do meio ambiente, como também à saúde coletiva. Além de berço da procriação de insetos vetores de doença infecto-contagiosas, a queima de pneus usados, afóra a própria degradação do material de sua composição, é item de índices de imensa toxicidade.” (Parecer do PGR, p. 03)

³⁸² Refere-se ao âmbito normativo dos arts. 196 e 225 da Constituição da República.

³⁸³ “49. Um argumento insuperável diz com a já instalada questão do despojo dos dejetos, que, finalizada a vida útil econômica do bem, não têm destinação viável para nenhum processo aperfeiçoado de reutilização. Fala-se em alguns destinos, como a moagem para pavimentação de estradas, mas todas – absolutamente todas – as saídas são por demais dispendiosas, a ponto de se inviabilizarem, ao menos neste momento, como solução para a questão.

50. De outro lado, a utilização comercial de produtos reformados não se justifica ante a perspectiva da substituição de pneus novos, que, virtualmente, deixariam de ser comercializados. Há um dado relevante nesse ponto, que é bem destacado nas razões apresentadas pelo arguente. Absolutamente não há como se promover válido controle dos pneus que entram no país nesse processo de importação, sendo verificado que, sem maiores considerações quanto ao montante que é destinado aos processos de reforma, desde logo 30% (trinta por cento) dos lotes já chegam ao país inteiramente degradados, sem a menor condição sequer de aproveitamento pelos importadores/consumidores.” (Parecer do PGR, p. 12)

pneumáticos usados deveria ser contida³⁸⁴. E, nesse contexto, prossegue em sua linha de raciocínio afirmando que a proibição da importação do referido material não anula a iniciativa privada nesse setor de comércio e indústria, já que o solo nacional é fértil na produção de pneumáticos reformáveis, sendo que a insistência na importação desse produto reflete exclusivamente interesses econômicos individuais, focados na redução do preço da referida matéria-prima³⁸⁵.

Por fim, o Ministério Público Federal defende que as decisões judiciais que admitem a importação de pneumáticos de modo amplo nulificam a política pública de defesa do meio ambiente e proteção à saúde pretendidas pelo Estado brasileiro, sendo equivalente a dizer, especialmente à comunidade internacional, que a atividade econômica pode ser exercida ainda que contrarie decisão soberana adotada pelo Brasil em sentido diametralmente oposto. Ademais, a mencionada violação não afeta tão só os artigos 196 e 225 da Constituição, mas o próprio dispositivo constitucional que regula a livre iniciativa e a liberdade da atividade comercial, que deverá observar tanto a soberania nacional quanto a defesa do meio ambiente, como princípios fundantes para o seu exercício³⁸⁶.

3.3 ADI n. 3510 – A atuação da AGU na defesa das pesquisas com células-tronco

³⁸⁴ “52. A importação constitui-se, já de saída, na transferência de material absolutamente inutilizado proveniente dos países exportadores para o seu armazenamento em terras brasileiras. Essa é uma situação que, por si só, parece lançar muitas luzes quanto à relação dessa atividade econômica com o plano de equilíbrio que o Estado brasileiro, comprometido com futuras gerações de brasileiros, deve atender.

53. Portanto, a importação de pneus usados, uma vez apurada a patente ligação com o meio ambiente e seu equilíbrio, há de ser considerada como um fator a ser legitimamente regulado pelo Estado, em garantia a direitos fundamentais de ordem de brasileiros que, sequer, muitos deles, ainda nasceu.” (Parecer do PGR, p. 13)

³⁸⁵ “54. Há que se considerar que a proibição da importação de pneus usados e reformados não anula a iniciativa privada nesse setor de comércio e de indústria. O parque industrial instalado no país é expressivo, e tem no próprio consumo de pneus internamente realizado material infindável de produção. O interesse pela irrigação do mercado interno com pneus importados atende apenas a questões individuais e de ordem eminentemente econômica, centrada na redução dos preços da matéria prima.” (Parecer PGR, p. 15)

³⁸⁶ “O ambiente gerado pelos pronunciamentos, que tão abrangentemente admitem o processo de importação de pneumáticos, nulifica por completo a política pública adotada. Isso é o mesmo que se dizer que atividade econômica pode, sim, ser exercida sem rédeas, e mesmo à revelia da decisão soberana adotada pelo Brasil perante organismos internacionais. A violação, ao que se constata, é não só aos arts. 196 e 225 da Lei Maior, mas também ao art. 170, I e VI, e seu parágrafo único:

‘Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I - soberania nacional;

[...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003)

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”(Parecer do PGR, p. 18)

Contra a Lei de Biossegurança, lei n. 11.105/2005, o Ministério Público Federal ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade, tombada sob o número 3510³⁸⁷. Referida ação visava à declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º e seus parágrafos³⁸⁸ da citada lei, que permitia pesquisas científicas com o uso de células-tronco embrionárias.

O fundamento da referida ADI era a defesa do direito à vida, como sendo inato do embrião, ainda que conservado *in vitro*, bem como a dignidade da pessoa humana agregado ao princípio da isonomia, já que todos, brasileiros ou estrangeiros, residentes ou domiciliados no Brasil são iguais perante a lei³⁸⁹.

Com efeito, a partir da premissa fixada na inicial de que a vida biológica começa no momento da concepção, os impetrantes desenvolvem todo o seu argumento no sentido de que não há diferença ontológica entre um embrião fecundado *in vitro* e não introduzido no útero materno e um embrião fecundado de modo natural ou fecundado *in vitro* e introduzido no útero materno, para os fins da aplicação das disposições constitucionais que prescrevem o direito fundamental à vida, bem como à dignidade da pessoa humana e igualdade de tratamento.

3.3.1 Dos argumentos da AGU

³⁸⁷ STF, ADI n. 3510, Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso: 10 mar. 2012.

³⁸⁸ “Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completaram 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.”

³⁸⁹ “Estabelecidas tais premissas, o artigo 5º e parágrafos, da Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005, por certo inobserva a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir o fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana.” (Petição inicial, p. 11. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?s eqobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

Antes de se apresentar a argumentação da AGU nas informações prestadas pelo Presidente da República e reafirmadas pelo Advogado-Geral da União³⁹⁰, quando de sua manifestação nos termos do art. 103, § 3º da Constituição, importante destacar observação consignada naquela peça de que “as premissas biológicas utilizadas pelo requerente para fundamentar sua tese não foram proferidas de modo isento sob o aspecto religioso”. É que, como apontado na nota de rodapé n. 26 das informações do Presidente da República (p. 33), os estudos que embasaram as afirmações do Procurador-Geral da República são de autoria de pesquisadores ou financiados pela Igreja Católica ou próximos à doutrina Cristã em razão de convicções pessoais³⁹¹, senão observe-se:

De fato, importa destacar que a professora Elizabeth Kipman Cerqueira é representante da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, a CNBB. Já a professora Alice Teixeira Ferreira integra o Núcleo de Fé e Cultura da PUC de São Paulo, uma iniciativa da Arquidiocese de São Paulo. Por sua vez, o professor Dalton Luiz de Paula Ramos, além de integrar o Núcleo de Fé e Cultura, é correspondente da Pontifícia Academia Pro Vita, entidade criada pelo Vaticano. Com referência aos cientistas Jérôme Lejeune e Gozalo Herranz se faz necessário aduzir que ambos são integrantes da *Opus Dei* – que é uma prelazia pessoal da igreja Católica que ajuda os cristãos comuns a procurarem a santidade no seu trabalho e na sua vida diária. Por derradeiro, seis dos nove cientistas brasileiros citados são autores de uma obra coletiva patrocinada pela Pastoral Familiar, da Igreja Católica. Informações baseadas na reportagem ‘Isso deve ser pecado’ In PETRY, André. Veja, Edição 1908, 8/06/2005, p. 46.

Com essas afirmações a AGU tenta desqualificar a inicial apresentada, pois a mesma veicularia um posicionamento embasado na doutrina Cristã. Assim, referidas teses não poderiam servir de parâmetro ao julgamento do Supremo Tribunal Federal, já que o Estado

³⁹⁰ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?sobjetoincidente=2299631>>. Acesso em: 11 mar. 2012.

³⁹¹ Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio adverte que se devem colocar em segundo plano as paixões e buscar a prevalência da Constituição na discussão ora travada, *in litteris*: “Devem-se colocar em segundo plano paixões de toda ordem, de maneira a buscar a prevalência dos princípios constitucionais. Opiniões estranhas ao Direito por si sós não podem prevalecer, pouco importando o apego a elas por aqueles que as veiculam. O contexto apreciado há de ser técnico-jurídico, valendo notar que declaração de inconstitucionalidade pressupõe sempre conflito flagrante da norma com o Diploma Maior, sob pena de relativizar-se o campo da disponibilidade, sob o ângulo da conveniência, do legislador eleito pelo povo e que em nome deste exerce o poder legiferante. Os fatores conveniência e oportunidade mostram-se, em regra, neutros quando se cuida de crivo quanto à constitucionalidade de certa lei – e não de medida provisória. Somente em situações extremas, nas quais surge, ao primeiro exame, a falta de proporcionalidade, pode-se adentrar o âmbito do subjetivismo e exercer a glosa. No caso, a lei foi aprovada mediante placar acachapante – 96% dos Senadores e 85% dos Deputados votaram a favor, o que sinaliza a razoabilidade.” (Inteiro teor do acórdão, p. 03-04 do voto do Ministro Marco Aurélio e 540-541 do processo)

brasileiro não poderia se comprometer com posicionamentos religiosos³⁹² em razão de ser um Estado laico, como preconizado pela própria Constituição (arts. 5º, VI e 19, I)³⁹³.

A AGU, por sua vez, defendendo a política pública de saúde e da livre expressão da atividade científica, já que entende constitucional o dispositivo desafiado, alegou que a Lei da Biossegurança encontra esteio inclusive no artigo 5º da Constituição, eis que como visa promover pesquisas que levarão à cura de diversas doenças hoje tidas por incuráveis, promove e garante reflexamente o direito à vida de todos os brasileiros.

Nesse sentido, a Advocacia-Geral da União iniciou sua argumentação discorrendo sobre a importância das pesquisas com células-tronco a fim de permitir o avanço da medicina na busca da cura de doenças que atualmente não têm um tratamento satisfatório.

Com efeito, há dois tipos de células-tronco: as embrionárias e as adultas. Aquelas são encontradas nos óvulos fertilizados *in vitro* e não implantados no útero materno, estas são encontradas principalmente na medula óssea e no cordão umbilical (Informações do Presidente da República, p. 4).

Segundo argumentado pela AGU as células-tronco embrionárias³⁹⁴ tem maior capacidade de se desenvolverem em diferentes tipos de células, ou seja, possuem uma plasticidade superior às células-tronco adultas, sendo, portanto, mais propícias às pesquisas científicas que as segundas (Informações do Presidente da República, p. 5).

³⁹² Registro que no nosso entender o Estado brasileiro não pode se comprometer com posicionamentos religiosos enquanto profissão de fé. Nesse caso, estar-se-ia confundindo a convicção pessoal do “representante” do Estado com o posicionamento do próprio Estado, o que, em razão da desvinculação deste último a qualquer ordem religiosa, não seria permitido. Todavia, o posicionamento eventualmente externado pelo Estado com embasamento científico é plenamente legítimo, ainda que coincida com o posicionamento defendido por alguma ordem ou seita religiosa, já que os alicerces de um e de outro não se confundem, embora ambos concluam da mesma maneira.

³⁹³ Nesse mesmo sentido, mas não visando (pelo menos abertamente) desqualificar a inicial, o Ministro Celso de Mello em seu voto alerta que o Supremo Tribunal Federal não pode decidir a questão acerca da possibilidade ou não de se permitir pesquisas com células-tronco embrionárias com base em argumentos religiosos, em razão da laicidade de que se reveste o Estado brasileiro, *verbis*: “**Note-se**, portanto, que **este** Supremo Tribunal Federal **deve sustentar** o seu julgamento em razões **eminentemente não-religiosas**, **considerada** a realidade de que o Estado brasileiro, **fundado** no pluralismo de ideias e **apoiado** em bases democráticas, **qualifica-se** como uma República **essencialmente laica e não-confessional**, **para que não se repita**, uma vez mais, o gravíssimo erro histórico **em que incidiu**, em 1633, o Tribunal do Santo Ofício, **que constrangeu** Galileu Galilei (“*eppur si muove!*”), sob pena de condenação à morte na fogueira, **a repudiar** as suas afirmações (cientificamente corretas) **a propósito** do sistema heliocêntrico, **reputadas incompatíveis** com a Bíblia pelas autoridades e teólogos da Igreja de Roma.” (Inteiro teor do acórdão, p. 16-17 do voto e p.569-570 do processo)

³⁹⁴ Frise-se que as células-tronco embrionárias propícias a pesquisas, são aquelas encontradas na fase de desenvolvimento denominada blastocisto, ou seja, o “amontoado de células” formado 4 ou 5 dias depois da fecundação.

Um segundo argumento utilizado pela AGU diz respeito ao momento em que se considera legalmente ocorrida a cessação da vida humana. Trata-se de um argumento fundado em tese eminentemente jurídica, ponto esse bastante reforçado pela Advocacia-Geral da União em sua manifestação³⁹⁵.

O fato é que a lei n. 9.434/1997, que autoriza o transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo humano *post mortem*, considera como marco temporal exato a fim de caracterizar o fim da vida humana o diagnóstico de morte encefálica³⁹⁶. Utilizando um argumento a *contrario sensu*, a AGU sustenta que se a vida, consoante critério legal, se encerra com o fim da atividade encefálica, ela deve iniciar, com base nesse mesmo critério, com o surgimento da linha primitiva do sistema nervoso central, que se dá a partir do décimo quarto dia de desenvolvimento do embrião, fase conhecida como neurulação (Informações do Presidente da República, p. 6).

Assim, percebe-se que a fase em que se iniciam as pesquisas com as células-tronco embrionárias por anteceder a neurulação não implicaria em desrespeito à vida do embrião, com base em critérios adotados pelo legislador pátrio, porque, nessa fase de desenvolvimento celular, não se haveria de falar em vida, já que sequer surgiu a linha primitiva do sistema nervoso central.

Todavia, a AGU não se restringe em sua argumentação acerca do conceito jurídico de vida à análise isolada do art. 3º da lei n. 9.434/1997. Em sua defesa da constitucionalidade da Lei de Biossegurança promove um amplo diálogo, constitucional e legal, entre os mais diversos dispositivos normativos do ordenamento jurídico brasileiro a fim

³⁹⁵ Nas informações (p. 19) em nome do Presidente da República, elaboradas pela AGU, encontra-se a seguinte passagem que denota a preocupação em se fixar um conceito jurídico para o termo “vida”, a fim de se permitir uma interpretação razoavelmente segura da constituição e das leis nacionais:

“Importa aqui ressaltar a importância de uma definição jurisdicional – qualquer que seja ela – do conceito da palavra ‘vida’ e, via de consequência, dos limites do significado do termo inserto no art. 5º, *caput*, da Carta de 1988, da respectiva proteção jurídica e dos parâmetros para as condutas a serem adotadas pelo jurisdicionados.

Trata o caso concreto da arguição de inconstitucionalidade da lei que autoriza a pesquisa em células-tronco embrionárias.

Tais células, extraídas de embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos, têm ampla utilidade na seara das pesquisas biomédicas e poderão acarretar avanços em diversos ramos teóricos e práticos do conhecimento, conforme já explanado anteriormente.

Resta saber se é possível a realização desse estudo sem violar a garantia à integridade da ‘vida’ segundo o conceito do termo dado pela Constituição.”

³⁹⁶ “Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.”

de chegar com uma margem de segurança mais larga ao conceito ou à ideia jurídica de proteção à vida que mais se adapte à realidade normativa nacional.

Nesse contexto passa a analisar o teor do art. 2º do Código Civil de 2002³⁹⁷, que reproduziu texto normativo adotado pelo Brasil desde o Código Civil de 1916, especialmente quanto ao significado do vocábulo nascituro e o termo inicial da personalidade civil (Informações do Presidente da República, p. 21).

Segundo aponta, o nascimento com vida, ou seja, o momento em que o feto sai/desprende-se do ventre materno e autonomamente respira o ar externo, é o preciso instante em que se adquire a personalidade civil (Informações do Presidente da República, p. 25).

Todavia, embora tenha resguardado direitos (na verdade uma expectativa de direitos, como sustenta a AGU³⁹⁸), o feto, desde o momento da concepção até o último instante que antecede o nascimento, não é considerado juridicamente uma pessoa, mas um nascituro, desprovido de personalidade jurídica (Informações do Presidente da República, p. 24).

Assim, vê-se uma clara diferenciação legal entre o feto com vida intrauterina e aquele que já deixou o ventre materno e autonomamente se mantém sem mais depender biologicamente da mãe para desenvolver suas funções vitais básicas.

Outra clara distinção legal existente entre um feto e um ser humano já nascido é colocada pelo art. 128, II do Código Penal³⁹⁹, ao permitir o chamado aborto sentimental ou humanitário. Ora, sustenta a AGU, acaso a proteção constitucional à vida tivesse a estatura preconizada pelo requerente, fatalmente o referido dispositivo legal seria inconstitucional (Informações do Presidente da República, p. 27-28).

Ademais, a inalienabilidade do direito à vida também é excepcionada nos casos de pena capital, em caso de guerra declarada, consoante previsão da alínea “a”, do inciso XLVII, do art. 5º do próprio texto constitucional (Informações do Presidente da República, p. 29).

³⁹⁷ “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

³⁹⁸ Diz-se “expectativa de direitos”, pois se por alguma razão o esperado nascimento com vida não ocorrer, a expectativa se desfaz e nenhum direito lhe será conferido, pois o pressuposto legal à aquisição da personalidade civil e dos direitos que dela advém não se concretizou, o nascimento com vida.

³⁹⁹ “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

[...]

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

Dentro desse quadro, a AGU visou demonstrar que o direito à vida não é absoluto e que a própria legislação diferencia claramente os direitos ou expectativa de direitos de um nascituro com os direitos de um ser humano já nascido. Tanto no que se reporta à aquisição da personalidade jurídica, quanto no que se refere à ponderação de interesses entre permitir que se protraia no tempo a expectativa de vida do nascituro e a dignidade da mãe que engravidou em razão de uma violência sofrida.

Mas observe-se que se está sempre a falar de nascituro, ou seja, “o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo”⁴⁰⁰, fato este (certeza do nascimento) que não se pode atribuir a um embrião concebido *in vitro* que não esteja implantado no útero materno⁴⁰¹.

Com efeito, o cerne da discussão, no nosso modo de ver, resume-se a saber se o embrião *in vitro* tem direito à vida e, num segundo momento, se essa vida é viável. Ainda que se chegasse à conclusão que embriões concebidos em laboratório, mesmo não introduzidos no útero materno em momento posterior, têm direito à vida, o fato é que a Lei de Biossegurança não viola o referido direito, já que só permite pesquisas com células-tronco embrionárias daqueles embriões inviáveis, ou congelados a mais de três anos, situação essa que os torna inviáveis para nascimento com vida, consoante informa a AGU, por meio da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde⁴⁰².

Nesse sentido, nas informações apresentadas pela AGU em nome do Presidente da República, diz-se textualmente:

Ora, se o direito à inviolabilidade do direito à vida surte seus efeitos quando a pessoa pode ser sujeito de direitos e isso ocorre com o nascimento com vida, e se os direitos do nascituro garantidos por lei pressupõem a condição de poder nascer objetivamente, se não há nascimento com vida ou não há condições objetivas de nascer, não há direito à inviolabilidade do direito à vida por falta de pressuposto lógico necessário. Em outras palavras, não basta a existência de vida biológica para a inviolabilidade jurídica do direito

⁴⁰⁰ Essa definição, extraída do dicionário Aurélio Eletrônico – Século XXI, versão 3.0, novembro de 1999, foi utilizada pela AGU nas Informações do Presidente da República, p. 30.

⁴⁰¹ “Inquestionavelmente, o nascimento de um embrião que não esteja implantado no ventre materno, principalmente aquele congelado, não pode ser tido como um fato futuro e certo. Neste ponto, não há como tergiversar.

Também é certo que a maioria dos embriões gerados *in vitro* não implicará em uma efetiva fecundação – pois como é de conhecimento notório para se tentar uma única inseminação artificial são gerados inúmeros embriões – e, desta maneira, tais embriões não podem ser reconhecidos como nascituros, uma vez que o nascimento destes não resta configurado como um fato futuro e certo. Ao oposto, configura fato atemporal e incerto.” (Informações do Presidente da República, p. 30)

⁴⁰² Parecer/Conjur/Assessoria/Gabin/MS/AA n. 2516. Documento juntado aos autos anexado às informações do Presidente da República, p. 40-62 do arquivo digitalizado.

à vida, em face de que não é verdadeira a afirmação do Autor da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510.⁴⁰³

Noutro giro, a AGU, por meio da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (no Parecer indicado na nota de rodapé n. 403), tece interessante arrazoado acerca do fundamento Constitucional apontado pela parte autora. Inicialmente, com relação à dignidade da pessoa humana, consigna a AGU em seu parecer jurídico que a Constituição visa proteger a “pessoa”, o ser humano personificado nos termos do art. 2º do Código Civil, não havendo qualquer referência à “vida humana”, razão pela qual não se haveria de perquirir acerca da existência ou não da vida do embrião para o debate travado, nos termos propugnados pelo Ministério Público, mesmo porque vida sabe-se que há. O relevante é saber se o embrião é ou não considerado pessoa.

Nesse sentido, citando o bioeticista e filósofo italiano Mori, a AGU pondera em seu parecer:

[...] da mesma forma que um estudante de engenharia é um engenheiro em potencial, mas não é um engenheiro, uma semente é potencialmente um carvalho, mas não é um carvalho, um embrião é potencialmente uma pessoa, portanto, não é uma pessoa.⁴⁰⁴

E mais a frente, desta feita citando o filósofo francês Lucien Sève, declina:

[...] quando se afirma que um embrião é uma pessoa em potencial se quer dizer precisamente que: a) não pode ser considerado como uma pessoa atual, pois, não é capaz de valer sua dignidade, sendo essa a primeira diferença entre uma pessoa no momento presente e uma pessoa a ser no futuro; b) falar de pessoa em potencial implica não lhe atribuir as mesmas propriedades éticas das pessoas em ato. Portanto, um embrião não possui em si toda a carga do ser correspondente à pessoa humana que nascerá, considerando que é uma pessoa possível, dependendo de fatores externos para se chegar ao seu nascimento.

Em complemento, quanto ao princípio da igualdade, o dispositivo Constitucional fala em brasileiros e estrangeiros. Significa dizer, adotando-se uma interpretação sistemática da Constituição, que são iguais os brasileiros natos, naturalizados (art. 12 da Constituição) e os estrangeiros. Assim, o embrião ou feto por não ser nato (nascido) ou naturalizado (que pressupõe dentre seus requisitos o prévio nascimento) não pode ser considerado brasileiro,

⁴⁰³ Manifestação do Consultor-Geral da União, 38ª página do arquivo digitalizado.

⁴⁰⁴ Parecer/Conjur/Assessoria/Gabin/MS/AA n. 2516. Documento juntado aos autos anexado às informações do Presidente da República, p. 51 do arquivo digitalizado.

nem, portanto, estrangeiro. Desse modo, o princípio aventado restaria impossibilitado de vir a ser aplicado no caso previsto pelo art. 5º da Lei de Biossegurança⁴⁰⁵.

Não se pode olvidar, destaca o Parecer da Advocacia-Geral da União, que a Constituição acolhe o direito à saúde tanto como direito fundamental, quanto como direito à livre expressão da atividade científica (art. 5º, IX), cabendo ao Estado, por consequência, prestar ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde de todos (art. 196, CF/88), além de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnologia (art. 218, CF/88), sendo que a referência aos dois últimos dispositivos serve de alicerce fundamentador para a análise acerca da permissão das pesquisas com células-tronco embrionárias, já que tais pesquisas podem representar a esperança para o tratamento de milhões de pessoas no Brasil⁴⁰⁶.

Neste sentido e a título de conclusão, a AGU afirma que “com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, a permissão para a utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia consubstanciam-se em valores amparados constitucionalmente” (Informações do Presidente da República, p. 33-34)⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ “Inicialmente, para o deslinde da questão ora posta importa analisar os conteúdos dos preceitos constitucionais apontados pelo requerente. O inciso III do artigo 1º da Constituição da República dispõe que a dignidade da **pessoa humana** constitui um dos fundamentos do Estado brasileiro. Sendo assim, verifica-se que o princípio fundamental é o respeito à pessoa, não há referência à vida humana, portanto, não há que se debater sobre a existência da vida humana ou não, em se tratando de embrião. Da mesma forma, o *caput* do artigo 5º dispõe que ‘todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos **brasileiros e estrangeiros** residentes no País a inviolabilidade do direito à vida...’. Conforme o inciso I do artigo 12 da Constituição Federal, são brasileiros os nascidos nas circunstâncias elencadas no citado dispositivo, denominados natos, bem como os naturalizados, que para assim serem considerados precisam preencher determinados requisitos. Seja nato ou naturalizado, o brasileiro, de acordo com o poder constituinte originário, é o nascido, portanto, o embrião não é considerado brasileiro.

Com efeito, a inviolabilidade do direito à vida diz respeito aos brasileiros, considerando os nascidos, e, por outro lado, o princípio da dignidade da pessoa humana tutela o ser humano que recebe o qualificativo *pessoa*. Destaca-se, assim, a assertiva de Alexandre de Moraes:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar...

Desta forma, não há que se debater sobre a existência de vida humana ou não no caso dos embriões, na medida em que o ordenamento constitucional vigente não protege a vida humana por si só, mas sim a **vida da pessoa humana**. Até porque é inegável que o embrião está vivo, qualquer célula do nosso corpo está viva, nesse sentido ‘não há dúvida de que, desde os primeiros momentos de sua existência, um embrião concebido de esperma e óvulos humanos é um ser humano, uma vida humana.’”

(Parecer/Conjur/Assessoria/Gabin/MS/AA n. 2516. Documento juntado aos autos anexado às informações do Presidente da República, p. 47-48 do arquivo digitalizado.)

⁴⁰⁶ Parecer/Conjur/Assessoria/Gabin/MS/AA n. 2516. Documento juntado aos autos anexado às informações do Presidente da República, p. 57 do arquivo digitalizado.

⁴⁰⁷ Frise-se que referida passagem foi textualmente transcrita no relatório/voto do Ministro relator Carlos Ayres Britto (pág. 03 do relatório e 144 do processo).

3.3.2 Do Acórdão do STF

No caso, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou improcedente a ADI 3510, declarando, por conseguinte, a constitucionalidade dos dispositivos impugnados, permitindo a pesquisa com células-tronco embrionárias inviáveis, ou congeladas há mais de três anos, albergando deste modo a implementação da política pública defendida pela AGU em nome da União.

Observem-se os fundamentos condutores do posicionamento dos Ministros do STF, iniciando pelos argumentos propugnados no voto vencedor e condutor do acórdão, o do Ministro Carlos Ayres Britto, relator do feito.

O Ministro Ayres Britto conceitua o que são células-tronco embrionárias afirmando que são aquele conjunto de células encontradas em cada embrião humano de até 14 dias, sendo que alguns cientistas reduzem esse prazo para até 5 dias, fase em que se convencionou denominar esse aglomerado de células de blastocisto. Mas, registra o relator, que o objeto das pesquisas permitidas pela legislação desafiada não alcança toda e qualquer célula-tronco, mas tão somente aquela produzida com manipulação humana, porquanto produzidos em laboratório (*in vitro*). Em seguida, o relator diz não ser missão do Supremo Tribunal Federal aferir quais das duas pesquisas é mais promissora, se a com células-tronco embrionárias ou a com células-tronco adultas, mesmo porque tais pesquisas não são excludentes uma da outra, mas, ao contrário, complementares.

Prossegue o relator afirmando que a Lei da Biossegurança, longe de desprezar o embrião *in vitro*, encurta caminhos para que se possa superar os infortúnios alheios⁴⁰⁸. Deste modo, permitindo a pesquisa científica com o objetivo de enfrentar e superar patologias e traumatismos que limitam severamente a vida dos seus detentores, promove no seu mais amplo significado a dignificação da pessoa humana. Princípio este que se potencializa uma vez se tenha em mente que as células-tronco utilizadas nas pesquisas ou são inviáveis, por natureza, ou se tornaram inviáveis em razão do tempo de congelamento (mais de três anos).

Ademais, sustenta que, em que pese seja passível de proteção, o embrião não é pessoa, eis que a nossa legislação adotou a teoria “natalista” e não a “concepcionista” a fim de conceder a personalidade civil ao indivíduo humano. Deste modo, e seguindo lição de José Afonso da Silva, defende que a personalidade jurídica adquirida com o nascimento com vida

⁴⁰⁸ Inteiro teor do acórdão, p. 47 do voto do Ministro relator e 199 do processo.

não se adstringe à concepção eminentemente biológica do termo, mas, ao contrário, congrega a concepção biográfica da expressão, senão observe-se:

Se é assim, ou seja, cogitando-se de personalidade numa dimensão **biográfica**, penso que se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, já contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano. Indivíduo, então, perceptível **a olho nu** e que tem sua história de vida incontornavelmente interativa. Múltipla e incessantemente relacional. Por isso que definido como membro dessa ou daquela sociedade civil e **nominalizado** sujeito perante o Direito. **Sujeito que não precisa mais do que de sua própria faticidade como nativo para instantaneamente se tornar um rematado centro de imputação jurídica**. Logo, sujeito capaz de adquirir direitos em seu próprio nome, além de, preenchidas certas condições de tempo e de sanidade mental, também em nome próprio contrair voluntariamente obrigações e se pôr como endereçado de normas que já signifiquem imposição de “deveres”, propriamente. O que só pode acontecer a partir do nascimento com vida, renove-se a proposição⁴⁰⁹.

E em seguida arremata com uma “ainda provisória definição jurídica”: “vida humana já revestida de personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte”⁴¹⁰.

É certo, diz o relator, que a tão só potencialidade de “algo” vir a se tornar pessoa humana justifica por si só a necessidade de proteção jurídica, a fim de afastar as tentativas levianas e frívolas – palavras do Ministro relator – de interrupção do seu natural desenvolvimento. Mas, isso não nos legitima a confundir três realidades diversas: embrião, feto e pessoa humana. Não existe, portanto, segundo aponta, pessoa humana embrionária, mas, sim, embrião de pessoa humana⁴¹¹.

Não nega o Ministro, e nem poderia, que a vida do ser humano tem seu mais remoto início com a fecundação do óvulo feminino pelo espermatozoide masculino, absolutamente. “Não pode ser diferente”, sustenta o relator. “Não há outra matéria prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse tipo de vida animal possa começar, já em virtude

⁴⁰⁹ Voto do Ministro Carlos Ayres Brito, inteiro teor do acórdão, p. 10-11 do voto e 162-163 do processo.

⁴¹⁰ Voto do Ministro Carlos Ayres Brito, inteiro teor do acórdão, p. 11 do voto e 163 do processo.

⁴¹¹ “Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. **Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose.** O sufixo grego ‘meta’ a significar, aqui, u’a mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento posterior. **Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana**, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos ‘feto’”(Voto do Ministro Carlos Ayres Brito, inteiro teor do acórdão, p. 20 do voto e 172 do processo.).

de um intercurso sexual, já em virtude de um ensaio ou cultura em laboratório”⁴¹². Todavia, prosseguindo, pondera que de igual modo não há manhã sem madrugada anterior e não há decisão judicial sem pedido inicial, mas nem por isso a madrugada se confunde com a manhã, nem o pedido com a sentença ou acórdão. “Cada coisa tem o seu momento ou a sua etapa de ser exclusivamente ela, no âmbito de um processo que o Direito pode valorar por um modo tal que o respectivo clímax (no caso, a pessoa humana) apareça como substante em si mesmo”⁴¹³.

Declina, ainda, tal qual apontado pelo parecer da Advocacia-Geral da União, que muito embora a constituição não determine quando começa a vida humana, quando fala em dignidade da pessoa humana, está falando dos direitos e garantias do indivíduo-pessoa, um ser humano já nascido. Tanto que ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição trata do brasileiro residente no País (“não em um útero materno ou menos ainda em um tubo de ensaio ou ‘placa de Petri’”), de igual modo ao falar de nacionalidade a Constituição considera ou brasileiro “nato”, reportando-se expressamente à ideia de nascimento e não de concepção, ou brasileiro “naturalizado”, sendo que para a naturalização é necessário o prévio nascimento com vida⁴¹⁴.

Prosseguindo, acentua que o silêncio da constituição no que se refere à proteção do ser humano desde a sua concepção tem uma forte significação hermenêutica no sentido de que restou delegado à legislação infraconstitucional essa missão. Se assim não fosse o art. 128, I e II do Código Penal seria inconstitucional ante a previsão Constitucional de proibição da pena de morte, eis que a vida dos embriões ou fetos, tendo a mesma estatura Constitucional que a vida da mãe, não poderia ser relativizada ao se permitir o abortamento⁴¹⁵. Tal, consoante consignado pela AGU (com muito mais razão no caso do art. 128, II, já que em tese não há risco de morte para mãe), demonstra a opção legislativa, constitucionalmente

⁴¹² Voto do Ministro Carlos Ayres Brito, inteiro teor do acórdão, p. 22 do voto e 174 do processo.

⁴¹³ Vide nota de rodapé anterior.

⁴¹⁴ Voto do Ministro Carlos Ayres Brito, inteiro teor do acórdão, p. 11-12 do voto e 163-164 do processo.

⁴¹⁵ “Não que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a do ser em gestação. Se a interpretação fosse essa, então as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais, sabido que a alínea *a* do inciso XLVII do art. 5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte [...]. O que traduz essa vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal brasileiro a reconhecer que, **apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural**, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger. Reconhecer e proteger, aclare-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana. Mas um mutismo hermenêuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária ou usual, até porque, segundo recorda Sérgio da Silva Mendes, houve tentativa de se embutir na Lei Maior da República a proteção ao ser humano desde a sua concepção.” (Voto do Ministro Carlos Ayres Brito, inteiro teor do acórdão, p. 18-19 do voto e 170-171 do processo.)

alicerçada, de diferenciação quanto à abrangência protetiva que se dedica a uma vida extrauterina e a uma vida intrauterina.

Nesse sentido, destaca que o embrião referido pela Lei de Biossegurança é aquele que não detém a capacidade de caminhar para formação de uma nova vida, já que faltam as possibilidades de desenvolver as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível e, para tanto, promove paralelo com a disposição normativa constante da lei n. 9.434/1997, em seu artigo 3º. Assim, sustenta o relator, como a morte decorre do fim da atividade cerebral, a vida, por sua vez, deve decorrer do início desta mesma atividade. Em assim sendo, como o embrião *in vitro* não possui cérebro, não há que se falar em pessoa humana, nem que em potencialidade⁴¹⁶, argumento este expressamente consignado na manifestação da Advocacia-Geral da União.

Ademais, o relator afasta qualquer pseudosemelhança que se possa querer impingir à pesquisa com células-tronco embrionárias, fecundadas *in vitro*, ao aborto: a um porque não se trata de ser humano em estado embrionário, já que não introduzido no útero, único ambiente capaz de possibilitar o seu pleno crescimento, mas de entidade embrionária de ser humano; a dois porque o aborto é a retirada ou extirpação do ser humano em estado embrionário do ambiente que lhe possibilitará o pleno desenvolvimento, o útero materno. Assim, a utilização das células-tronco embrionárias, fecundadas *in vitro* e não introduzidas no ambiente uterino não pode ser equiparado à interrupção de uma gravidez, simplesmente porque, antes de sua introdução no ventre materno, de gravidez não se pode falar.

Em seguida aborda o tema dos princípios da paternidade responsável e da autonomia da vontade, aduzindo-se que um casal é tanto livre para optar pela fertilização *in vitro* quanto para planejar sua família responsabilmente. Daí advém que não se pode coagir a mulher a ter em si implantados (tentativa de nidação) todos os óvulos fertilizados artificialmente, mesmo porque tal prática, além de afrontar a dignidade da mulher, iria de encontro à autonomia da vontade e ao princípio da paternidade responsável (art. 226, § 7º, CF/88). Deste modo, a fim de se garantir, como pretende o autor, o pleno direito à vida ao embrião fertilizado *in vitro* haveria de se lhe assegurar o “direito a um útero”, interpretação essa que não comporta guarida pelo texto Constitucional⁴¹⁷.

Registre-se que o Ministro Carlos Ayres Britto sustenta que a Lei de Biossegurança caminha ao encontro dos preceitos constitucionais que garantem o direito à

⁴¹⁶ Inteiro teor do acórdão, p. 44-46 do voto do Ministro relator e 196-198 do processo.

⁴¹⁷ Inteiro teor do acórdão, p. 31-36 do voto do Ministro relator e 183-188 do processo.

saúde, na medida em que o próprio texto Constitucional, em seu art. 199, § 4º, incorpora à seção normativa que trata da “saúde” a “pesquisa com substâncias humanas para fins terapêuticos”, o que transforma a referida lei em instrumento de encontro do direito à saúde com as ciências médica, biológica e correlatas⁴¹⁸.

Por fim, e ainda em sintonia com a tese defendida pela Advocacia-Geral da União, sustenta que a Lei de Biossegurança é a concretização do preceito constitucional⁴¹⁹ que estipula ser obrigação do Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas, compatibilizando-se a liberdade de expressão científica, com estatura de direito fundamental (art. 5º, IX), com os deveres estatais de propulsão da ciência ao serviço da melhoria das condições de vida para todos os indivíduos, assegurada sempre a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o referido Ministro entende presente no art. 5º da Lei de Biossegurança o bloco normativo constitucional necessário a afastar-lhe qualquer pecha de invalidade jurídica.

Acompanharam na integralidade o voto do Ministro Relator, sem falar em interpretação conforme ou fazer qualquer ressalva por mínima que seja, os Ministros Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello, razão pela qual se apontará pontos específicos de seus votos que guardam correspondência à argumentação da Advocacia-Geral da União⁴²⁰.

Das Ministras Ellen Gracie⁴²¹ e Cármen Lúcia⁴²² extraem-se ponderações interessantes que têm por base um argumento utilitarista pragmático: ora, se os embriões são

⁴¹⁸ Inteiro teor do acórdão, p. 50 do voto do Ministro relator e 202 do processo.

⁴¹⁹ “Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas. § 1º A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e progresso da ciência.”

⁴²⁰ Tal poderia ser tido como desnecessário, eis que se os referidos Ministros acompanharam o voto do relator, embora não o tenham dito, acompanharam as suas razões de decidir, já que a elas não fizeram qualquer ressalva explícita ou implícita, as quais já guardam correspondência com a argumentação desenvolvida pela AGU. Todavia, é interessante observar como determinados temas são postos e repostas novamente no debate.

⁴²¹ “Assim, por verificar um significativo grau de razoabilidade e cautela no tratamento normativo dado à matéria aqui exaustivamente debatida, não vejo qualquer ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, que não teria outro destino que não o descarte.

Aliás, mesmo que não adotada a concepção acima comentada, que demonstra a distinção entre a condição do pré-embrião (massa indiferenciada de células da qual um ser humano pode ou não emergir), e do embrião propriamente dito (unidade biológica detentora de vida humana individualizada), destaco a plena aplicabilidade, no presente caso, do princípio utilitarista, segundo o qual deve ser buscado o resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível. O aproveitamento, nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos.

A improbabilidade da utilização desses pré-embriões (absoluta no caso dos inviáveis e altamente previsível na hipótese dos congelados há mais de três anos) na geração de novos seres humanos também afasta a

inviáveis para os fins de formação de um futuro ser humano, sendo seu destino natural o descarte, empresta-lhes dignidade o fato de serem utilizados como fonte de pesquisa que visa alcançar o bem “vida” numa esfera maior que a que se pretende defender com a ação direta de inconstitucionalidade. De igual modo, se o seu destino final é o descarte, não há que se falar, por consequência, em ofensa a um provável direito à vida dos embriões, já que ao fim e ao cabo tal direito não lhes será resguardado com a procedência da ADI.

Já o Ministro Joaquim Barbosa⁴²³ expõe em seu voto o pensamento de que o ordenamento jurídico brasileiro confere gradações diversas de tutela da vida, a depender do seu estágio de desenvolvimento (se embrião, se feto, se recém-nascido etc.), para tanto traz os exemplos das penas aplicadas aos crimes de aborto, infanticídio⁴²⁴ e homicídio, a fim de comprovar sua afirmação. Neste particular, guarda congruência o voto do Ministro com a argumentação da AGU no exato ponto em que esta trata das diferenciações promovidas por nossa legislação nos casos em que o aborto é permitido (art. 128, I e II, Código Penal). Se a proteção da vida do embrião inviável ou congelado a mais de três anos tivesse a estatura que se lhe pretende conferir, por consequência o aborto terapêutico e especialmente o aborto sentimental seriam flagrantemente inconstitucionais, como, analogamente, também os seriam as penas diferenciadas impostas aos crimes de aborto e homicídio.

alegação de violação ao direito à vida.” (Inteiro teor do acórdão, p. 6 do voto da Ministra Ellen Gracie e 219 do processo)

⁴²² “A utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e, após o seu resultado consolidado, o seu aproveitamento em tratamentos voltados à recuperação da saúde não agredem a dignidade humana, constitucionalmente assegurada. Antes, valoriza-a. O grão tem de morrer para germinar. Se a célula-tronco embrionária, nas condições previstas nas normas agora analisadas, não vierem a ser implantadas no útero de uma mulher, serão elas descartadas. Dito de forma direta e objetiva, e ainda que certamente mais dura, o seu destino seria o lixo. Estaríamos não apenas criando um lixo genético, como, o que é igualmente gravíssimo, estaríamos negando àqueles embriões a possibilidade de se lhes garantir, hoje, pela pesquisa, o aproveitamento para a dignidade da vida. A sua utilização é uma forma de saber para a vida, transcendendo-se o saber da vida, que com outros objetos se alcança. Conhecer para ser. Essa a natureza da pesquisa científica com células-tronco embrionárias, que não afronta, mas busca, diversamente, ampliar as possibilidades de dignificação de todas as vidas. (Inteiro teor do acórdão, p. 26 do voto da Ministra Cármen Lúcia e 351 do processo).

⁴²³ “Conforme acentuei em outra oportunidade, ‘a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados. As diversas fases do ciclo vital, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados. Não é por outra razão que a lei distingue (inclusive com penas diversas) os crimes de aborto, de infanticídio e de homicídio’ (HC 84.025). Em outras palavras, segundo nosso ordenamento jurídico o direito à vida e a tutela do direito à vida são dois aspectos de um mesmo direito, o qual, como todo direito fundamental, não é absoluto nem hierarquicamente superior a qualquer outro direito fundamental.” (Inteiro teor do acórdão, p. 02 do voto do Ministro Joaquim Barbosa e 462 do processo).

⁴²⁴ Entendemos que a menção ao infanticídio não se aplica a comprovar a afirmação do Ministro Joaquim Barbosa, pois a pena diferenciada não se dá em razão do estágio de desenvolvimento do ser humano (criança recém-nascida), mas em razão do estado psicológico (estado puerperal) da mãe no momento do cometimento do crime. Afastado o abalo psicológico comum à parturiente, o crime deixa de ser tipificado como infanticídio e passa a ser tipificado como homicídio.

De igual modo sustenta o Ministro Marco Aurélio⁴²⁵ em seu voto a inexistência de similaridade sob a ótica protetiva do Estado entre os nascituros e aqueles que já nasceram. Acrescenta ademais que a personalidade jurídica, somente adquirível por meio do nascimento com vida, sequer pode ser considerada, potencialmente, nos embriões fecundados *in vitro* (inviáveis ou congelados por três anos ou mais), já que não lhes é garantido o direito ao útero materno, ambiente que poderia vir a lhes conferir a possibilidade de desenvolver uma potencialidade adormecida. Contudo, no caso, ainda que garantido o ambiente uterino, tal não proporcionaria o esperado crescimento, já que referidos embriões são ou se tornaram inviáveis.

Por fim, o Ministro Celso de Mello⁴²⁶, utilizando como marco normativo o art. 3º da lei 9.434/1997, defendeu abertamente, tal qual a AGU em sua manifestação, a teoria neurológica de modo a fixar os termos inicial e final da vida humana. Nesse sentido, por coerência argumentativa, não se poderia garantir a plenitude do direito à vida a embriões produzidos em laboratório e que, além de inviáveis ou congelados a mais de três anos, não têm ainda desenvolvido os primeiros rudimentos de um sistema nervoso central, sendo esse o momento em que as pesquisas são efetivadas.

Adotando esses fundamentos, o STF, por maioria de votos, julgou improcedente a ADI e declarou constitucionais os dispositivos legais atacados⁴²⁷.

⁴²⁵ “Assentar que a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive a uterina em qualquer fase, já é controvertido – a exemplo dos permitidos aborto terapêutico ou o decorrente de opção legal após estupro –, o que se dirá quando se trata de fecundação *in vitro*, já sabidamente, sob o ângulo técnico e legal, incapaz de desaguar em nascimento. É que não há a unidade biológica a pressupor, sempre, o desenvolvimento do embrião, do feto, no útero da futura mãe. A personalidade jurídica, a possibilidade de considerar-se o surgimento de direitos depende do nascimento com vida e, portanto, o desenlace próprio à gravidez, à deformidade que digo sublime: vir o fruto desta última, separado do ventre materno, a proceder à denominada troca ox carbônica com o meio ambiente.” (Inteiro teor do acórdão, p. 09 do Ministro Marco Aurélio e 546 do processo)

⁴²⁶ “**Como se sabe**, a Lei n. 9.434/97, **que dispõe** sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano **para fins** de transplante, **estabelece**, em seu art. 3º, ‘*caput*’, **como marco final** da vida, **o momento** em que se dá a morte encefálica, **ao prever** que a retirada ‘*post mortem*’ de tecidos, órgãos e partes do corpo humano **destinados** ao transplante ‘[...] **deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica** [...]’ (grifei). **A atividade cerebral**, referência legal para a constatação **da existência** da vida humana, **pode**, também, ‘*a contrario sensu*’, **servir** de marco definidor do início da vida, **revelando-se** critério objetivo **para afastar a alegação** de que a utilização de células-tronco embrionárias, **para fins** de pesquisa e terapia, **obtidas** de embriões produzidos por fertilização ‘*in vitro*’, **transgrediria** o postulado que assegura a inviolabilidade do direito à vida.

As células-tronco embrionárias são passíveis de utilização em pesquisas realizadas **até um dado limite temporal em que ainda não se tenha iniciado** o processo de formação do sistema nervoso central. **Nessa perspectiva**, o art. 5º da Lei de **Biossegurança não ofende** o ordenamento constitucional, **eis que** a extração das células-tronco embrionárias ocorre **antes do início** da formação do sistema nervoso.” (Inteiro teor do acórdão, p. 27-28 do voto do Ministro Celso de Mello e 580-581 do processo)

⁴²⁷“**EMENTA:** CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI N. 11.105, DE 24 DE MARÇO

DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "in vitro", e não espontaneamente ou "in vida". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares.

II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "in vitro", porém u'a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétreia está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O

embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "in vitro". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "in vitro" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello).

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de n. 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de n. 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICAÇÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de n. IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, caput) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que

CONCLUSÕES

Conforme disposto na introdução deste trabalho, a pesquisa aqui apresentada teve por escopo analisar o papel da Advocacia-Geral da União no processo de formatação das políticas públicas pretendidas pelo governo federal.

Nesse sentido, analisaram-se os conceitos de sociedade, Estado e governo, chegando-se às seguintes conclusões: a) se a sociedade é, por um lado, a esfera das relações entre os particulares, onde, *a priori*, o Estado não tem interferência direta; é, por outro lado, o meio do qual emanam as demandas direcionadas ao Estado, razão pela qual no equilíbrio entre demandas (*input*) e respostas (*output*) é que se encontra o fator responsável pela higidez da governabilidade nos dias atuais. Nesse contexto, uma sociedade se torna cada vez mais difícil de governar na medida em que as demandas por ela dirigidas ao Estado passam a não mais ser respondidas satisfatoriamente por este último; b) já o Estado, para além de ser o responsável por absorver os *inputs* sociais e prover os *outputs*⁴²⁸, tem suas origens na institucionalização do poder que soberanamente lhe foi repassado por seu legítimo detentor, o povo; c) por fim, o governo é o condutor do Estado, sendo destinatário do poder que o povo lhe outorgou legitimamente por determinado período de tempo, através da soma de basicamente dois fatores: 1) um procedimento de escolha (sufrágio universal) 2) fundado em

servam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia).

VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do aodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas.

IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente."

⁴²⁸ "Na contraposição Sociedade civil – Estado, entende-se por Sociedade civil a esfera das relações entre indivíduos, entre grupos, entre classes sociais, que se desenvolvem à margem das relações de poder que caracterizam as instituições estatais. Em outras palavras, Sociedade civil é representada como o terreno dos conflitos econômicos, ideológicos, sociais e religiosos que o Estado tem a seu cargo resolver, intervindo como mediador ou suprimindo-os; como a base da qual partem as solicitações às quais o sistema político está chamado a responder; como o campo das várias formas de mobilização, de associação e de organização das forças sociais que impelem à conquista do poder político" (BOBBIO, 2000, p. 1210)

critérios axiológicos de justificação do governante, a lhe conferir aceitabilidade e reconhecimento populares.

Relativamente ao poder do Estado – que lhe foi repassado pelo povo para ser exercido por um governo legítimo –, viu-se que as teorias de hoje são unânimes em declarar a sua unicidade, sendo que a separação preconizada por Locke e Montesquieu seria, na verdade, uma cisão das suas funções. A concentração dessas funções nas mãos de apenas uma pessoa (ou grupo de pessoas) é que é responsável pela formação de Estados absolutistas (ditatoriais) e tirânicos.

Temos em mente que num governo que busca sua justificação exclusivamente na força (centralizando o poder estatal, sem observâncias dos fatores que tornariam dito poder legítimo) não se faz necessária a existência de um órgão de consulta ou de defesa judicial como é a Advocacia-Geral da União, a não ser que seja mero embuste para disfarçar uma situação indisfarçável.

As Constituições outorgadas pelos regimes de força normalmente criam meios de concentrar o poder nas mãos do chefe do executivo, esvaziando as demais funções do Estado sempre que as entende “desinteressantes” à manutenção do seu projeto de monopolização desse mesmo poder.

Essa foi a realidade vivenciada pelo Brasil, por exemplo, nos anos pós revolução de 1964, especialmente (mais intensamente) a partir da edição do Ato Institucional n. 5, de dezembro de 1968. Esse ato, como visto, limitou severamente as funções legislativas do Congresso Nacional, tendo inclusive decretado o recesso das atividades Parlamentares (art. 2º), bem como excluído da apreciação do Poder Judiciário todos os atos praticados (e efeitos deles decorrentes) de acordo com o mencionado Ato Institucional e seus Atos Complementares (art. 11).

Ademais, é fato que a inafastabilidade da jurisdição não encontra lugar em tempos de regime de exceção, como se viu na redação do art. 4º do referido AI 5, que a pretexto de preservar os interesses da Revolução, poderia suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos, o que fez prodigamente, além de cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais.

Nesse contexto, se ainda assim houvesse um órgão “equivalente” à AGU, não seria a Instituição que hoje conhecemos, já que o modelo de Advocacia Pública adotado pela Constituição de 1988 amolda-se à situação atual: um Estado Democrático de Direito. Um

órgão criado para defender um governo ditatorial, fundado em uma Constituição tirana e em um ordenamento jurídico antidemocrático, para existir e cumprir seu papel, teria de possuir essas mesmas características. Em sendo assim, tal Instituição não seria, sequer equivaleria por impossibilidade fática, a Instituição sobre a qual dissertamos.

Deste modo, e esse entendimento é chancelado por Gustavo Binbenojm⁴²⁹, a Advocacia Pública é instrumento a viabilizar as consequências pretendidas por um projeto de Estado Democrático de Direito⁴³⁰, por meio de uma estreita vinculação das suas funções institucionais a valores fundamentais de uma democracia constitucional, a saber: a) legitimidade democrática e a governabilidade, e b) o controle da legalidade dos atos administrativos.

E o que significa ser um Estado Democrático de Direito? Significa sua regência e consequente submissão a normas jurídicas que reflitam os ideais de justiça e os valores aos quais o Direito deve servir, buscando conferir um equilíbrio entre a liberdade do cidadão e a autoridade (Poder) do Estado, sendo que a referida autoridade é exercida legitimamente por meio de um governo, em nome do Estado.

É nesse meio que surge e se desenvolve a Advocacia-Geral da União com a missão de, assessorando o Poder Executivo e representando a União judicial e extrajudicialmente, apontar o caminho da legalidade e da constitucionalidade ao gestor público, a fim de que as políticas públicas pretendidas possam ser efetivadas.

Nesse sentido, nossa pesquisa concluiu que políticas públicas são intenções político-governamentais traduzidas normativamente (constitucionalmente ou legalmente) e, portanto, introduzidas no espaço jurídico de um determinado Estado, que visam coordenar os meios à sua disposição (recursos públicos), aliados aos das atividades privadas, na consecução de objetivos socialmente relevantes.

⁴²⁹ Vide nota de rodapé n. 239.

⁴³⁰ Bonavides (1998, p. 274) resume todas as características da democracia indireta em um único parágrafo, abaixo reproduzido, *verbis*: “A **moderna democracia ocidental**, de feição tão distinta da antiga democracia, tem por bases principais **a soberania popular**, como fonte de todo o poder legítimo, que se traduz através da vontade geral (a *volonté générale* do *Contrato Social* de Rousseau); **o sufrágio universal**, com pluralidade de candidatos e partidos; **a observância constitucional do princípio da distinção de poderes**, com a separação nítida no regime presidencial e aproximação ou colaboração mais estreita no regime parlamentar; **a igualdade de todos perante a lei**; **a manifesta adesão ao princípio da fraternidade social**; **a representação como base das instituições políticas a limitação de prerrogativas dos governantes**; **o Estado de direito**, com a prática e proteção das liberdades públicas por parte do Estado e da ordem jurídica, abrangendo todas as manifestações de pensamento livre: liberdade de opinião, de reunião, de associação e de fé religiosa; **a temporariedade dos mandatos eletivos** e, por fim, **a existência plenamente garantida das minorias políticas**, com direitos e possibilidades de representação, bem como das minorias nacionais, onde estas porventura existirem.” (grifo nosso)

Essas mesmas políticas públicas estão diretamente relacionadas com o significado da expressão interesse público, que, por sua vez, não se confunde nem com a somatória dos interesses individuais, nem com o interesse do próprio Estado, nem muito menos com o interesse dos governantes, ao contrário, consubstancia-se na *projeção coletiva do interesse social*, indexada no arcabouço normativo do respectivo Estado.

Segundo classificação adotada por Luiz Pedone – tais classificações variam de acordo com o entendimento de cada autor; contudo, a declinada por Pedone facilita a percepção do processo de criação e execução de uma política pública, além de ser muito similar à classificação lecionada por Heidemann, razão pela qual a adotamos como padrão nesta dissertação – o ciclo das políticas públicas se subdivide em cinco fases: 1ª) Formação de Assuntos Públicos e de Políticas Públicas; 2ª) Formulação de Políticas Públicas; 3ª) Processo Decisório; 4ª) Implementação das Políticas e 5ª) Avaliação de Políticas.

Neste caso, a Advocacia-Geral da União, por meio dos seus órgãos, atua de forma mais incisiva nas fases de formulação (atuação da advocacia consultiva) e implementação (atuação da advocacia contenciosa).

Conforme defendido por Bucci e Bercovici, a principal política pública do Estado brasileiro deve ser o seu desenvolvimento nacional, tal qual estampado no art. 3º, II da nossa Constituição Federal, conformando e harmonizando todas as demais políticas públicas que um determinado governo haja estabelecido em sua agenda política. Por desenvolvimento deve-se compreender tanto o crescimento econômico, modernização, infraestrutura quanto redução das desigualdades sociais, distribuição equitativa de renda, sendo o PAC um exemplo de política pública desenvolvimentista, tal qual conceituado anteriormente.

A competência da Advocacia-Geral da União – AGU, como se depreende do art. 131 da Constituição Federal, reside tanto na esfera do assessoramento do Poder Executivo Federal, quanto na esfera judicial, na defesa da União e das Autarquias e Fundações Públicas Federais. Seja preventivamente, sob a ótica da consultoria jurídica, seja combativamente ou postulatoriamente, sob a ótica do contencioso judicial, a atuação da AGU tem sim papel fundamental na formulação e na implementação das políticas públicas de Estado, já que conforma⁴³¹ a intenção política pretendida pelo governo com os ditames constitucionais e legais a que esse mesmo governo se encontra submetido.

⁴³¹ “Conformar” não significa “maquiar”, “disfarçar” ou “simular”. Absolutamente. A “conformação” apontada quer dizer que a AGU orienta o gestor da política à observância dos ditames legais e constitucionais, ou seja,

Ademais, como apontam os números de demandas envolvendo o PAC (monitoradas e acompanhadas pelo Gepac), a atuação da AGU também se mostra fortemente necessária na defesa judicial da implementação das ações tendentes à perfectibilização das referidas políticas públicas.

A abertura democrática promovida pós 1988 aliada à proteção e ao amparo de uma sociedade plural estimularam o lado contestador das instituições públicas e organismos sociais que se encontrava de certa forma em estado de latência em razão de quase vinte anos de regime ditatorial⁴³².

A judicialização da política ou a politização do direito, a depender do ângulo que se olhe para o fenômeno, é fator dominante nos embates sociedade *versus* Estado. Não se está aqui mensurando qualitativamente o acerto ou desacerto dessa tendência, mas apenas constatando um movimento “pós redemocratização” que se fortalece a cada dia com base tanto no preceito constitucional da inafastabilidade da jurisdição quanto na busca por um ambiente isento para o travamento das discussões acerca dos caminhos adotados por determinado governo⁴³³.

Todavia, como destaca Costa (2011, p. 466), o STF, reconhecendo a alteração do perfil do Judiciário, e desempenhando seu papel na definição das questões políticas que lhe são submetidas, tem a percepção de que aquela Corte deve julgar com prudência, pois a atuação política desse Poder é excepcional, não devendo, portanto, substituir-se às atividades do Executivo e do Legislativo. E essa prudência encontra esteio tanto na utilização dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, quanto na sensibilidade às limitações de ordem orçamentária.

É sob a ótica da atuação postulatória (de contencioso judicial) que nossa pesquisa se focou com maior profundidade: inicialmente mencionando a atuação no caso Belo Monte,

aponta-se o norte a ser seguido pelo governante, tendo-se em mira o preconizado pelo Ordenamento Jurídico criado pelo próprio Estado e que, segundo Kelsen, com ele mesmo se confunde.

⁴³² Esse fato nos remete ao pensamento de Burdeau (2005, p. 71), já declinado, sobre a relação existente entre o “Poder” estatal e os poderes de fato, ao apontar que a rivalidade existente entre eles é o motor da vida política, já que o objetivo desta é a conquista do “Poder” estatal “que sancionará a pretensão do Poder vitorioso a fazer-se reconhecer como o único autorizado a imputar suas vontades ao Estado”. Embora não se esteja a afirmar que o Ministério Público queira conquistar o “Poder” estatal, o fato é que, de certo modo, a imagem do embate entre a sociedade (por meio do MP) e o Estado (por meio da AGU) seguramente reflete, sob o ângulo jurisdicional, parcela desse embate político na busca do controle senão da vontade estatal ao menos de suas ações, sendo que essas lutas intestinas são o “móbil” da vida social e conseqüentemente da vida no Estado, em uma sociedade democrática e plural.

⁴³³ “O fortalecimento do Judiciário e das demais instituições do sistema de justiça tornou-se mais visível, tanto para os agentes políticos como para a população. Os agentes políticos encontraram no Judiciário um novo interlocutor e uma nova arena, tanto para seus confrontos quanto para contestar políticas governamentais e decisões de maiorias legislativas” (SADEK, 2011, p. 16-17).

para depois buscar realizar uma análise mais detida em três casos específicos de demandas originárias do Supremo Tribunal Federal.

O caso Belo Monte foi escolhido por ser emblemático na demonstração do amplo debate judicial que é travado pelos atores sociais, participantes ativos da dialética própria à formação das políticas públicas. Duas instituições que integram as Funções Essenciais à Justiça, o Ministério Público, promovendo uma advocatura em defesa da sociedade – e nas palavras de Ferraresi (2011, p. 494) “cobrando dos órgãos governamentais a implantação de direitos garantidos pela Carta Constitucional de 1988” –, e a Advocacia-Geral da União, promovendo uma advocatura em defesa do Estado, protagonizam uma verdadeira batalha no judiciário: um tentando suspender o empreendimento, o outro tentando promover o seu prosseguimento.

Há poucos anos a intensidade desse embate seria algo inimaginável, pois era o Ministério Público Federal que exercia ambas as competências. Ademais, vivia-se em um ambiente de baixíssima abertura democrática e de pouquíssimo respeito à pluralidade de ideias que sempre existiu no meio social, no qual não havia lugar apto a um embate ideológico profícuo, mesmo porque a ideologia preponderante era a ideologia imposta pela força.

No cenário acima descrito a Advocacia-Geral da União não tinha razão de existir, já que sua conformação é própria de um Estado Democrático de Direito, onde o primeiro a respeitar as leis e garantir a higidez de um amplo debate público é o Estado, guiado por um governo legitimamente sufragado pelo povo que integra a sociedade.

Há, portanto, nesse contexto, a necessidade de uma convivência institucional entre o Ministério Público e a Advocacia-Geral da União que reflita uma paridade de armas e uma equivalência de estatura e respeitabilidade constitucional, de modo a que todos os participantes do debate tenham voz e possam com a mesma eficiência defender seus pontos de vista.

Registre-se ser este um dos principais papéis da Advocacia-Geral da União: a defesa em juízo e fora dele da juridicidade do ato administrativo perpetrado pelo governo do Estado brasileiro. Não cabe à Advocacia Pública, enquanto função neutral e partidariamente descomprometida, questionar se essa política é a melhor ou não; essa opção é daquele agente ou grupo de agentes eleitos pelo povo, fonte originária de todo o Poder estatal (art.1º,

parágrafo único da CF/88); cabe, sim, à AGU defender a legalidade e a constitucionalidade da referida opção⁴³⁴.

Não fosse assim, a Hidrelétrica de Belo Monte sequer haveria saído do plano das ideias, já que desde o primeiro momento em que foi concebida, sua necessidade e conformação jurídico-constitucional foi questionada, especialmente pelo Ministério Público Federal. O fato é que afora o ambiente jurisdicional, o MPF não detém meios de paralisar um plano de governo; razão pela qual essa instituição foi, e continua sendo, pródiga em ajuizamentos de Ações Cíveis Públicas contra a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte.

Acaso não existisse a Advocacia-Geral da União a defender a higidez jurídica da escolha política realizada pelo governo, Belo Monte não teria resistido sequer ao primeiro embate judicial, já que em todas as Ações Cíveis Públicas ajuizadas pelo MPF houve a concessão de medidas liminares no sentido de obstaculizar o andamento do projeto de construção da hidrelétrica. E contra todas as medidas liminares foram opostas as ferramentas processuais aptas a superar as decisões sumárias de primeiro grau, a saber: agravos de instrumento (AI) e pedidos de suspensão de liminares e tutelas antecipadas (SLAT).

A partir de um único empreendimento do PAC, a Usina Hidrelétrica de Belo Monte, surgiram cerca de 70 (setenta) feitos judiciais entre Ações Cíveis Públicas, ações cautelares, ações populares, ações possessórias, recursos de apelação, recursos de agravo de instrumento, suspensões de liminares e tutelas antecipadas e conflitos negativos de competência. Tudo isso para, em resumo, discutir uma das ações pinçadas pelo governo como necessárias à consecução de uma dada política pública, a que tem como foco o desenvolvimento do potencial de produção energética do país a partir da matriz predominantemente hidrelétrica.

Os números de Belo Monte, que não constituem uma estatística passada e formada, mas uma estatística presente e em formação, demonstram que a atuação da AGU tem sido fundamental para o prosseguimento da referida política pública.

⁴³⁴ Como dito, ainda em caso de ilegalidade manifesta, o Estado deve ser defendido judicialmente na busca de uma justa reparação, mesmo porque a ampla defesa e o contraditório são a todos garantidos, não sendo diferente com relação às pessoas jurídicas, em especial ao Estado. Se, por outro lado, não de ser tomadas medidas administrativas ou judiciais com relação ao(s) agente(s) público(s) responsável pelo cometimento da ilicitude em nome do Estado, essa é outra questão que em nada infirma a postura da AGU em defesa da União. Sobre o tema já se discorreu no Capítulo II.

Para além de Belo Monte e das demais pretensões governamentais representadas pelo Programa de Aceleração do Crescimento, a AGU tem forte atuação em todas as políticas públicas desenvolvidas pela União. Os três exemplos extraídos do Supremo Tribunal Federal são aptos a confirmar a tese de que, além da ampla variedade temática, a AGU, sob o viés da defesa da legalidade e constitucionalidade dos atos normativos federais, desenvolve um trabalho que se mostra relevante em diferentes nichos de interesses sociais, muitas vezes enfrentando as chamadas forças de mercado, para nos utilizarmos, mais uma vez, da expressão de Heidemann.

Os casos escolhidos como objeto de pesquisa mostram a AGU como autora de uma demanda judicial (ADPF n. 101), como representante da parte ré em outra (PET n. 3388) e, finalmente, como defensora da constitucionalidade das leis em uma ação objetiva (ADI n. 3510).

Em todos os feitos, caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol – a demonstrar a preocupação do Estado e do governo federal com a política pública de proteção dos indígenas (preceito insculpido no texto do art. 231 da Constituição Federal, dentre outros) –, caso da proibição da importação de pneumáticos usados – a demonstrar a preocupação do Estado e do governo federal com a política pública de defesa do meio ambiente (preceito insculpido no texto do art. 225 da Constituição Federal, dentre outros) – e caso da permissão das pesquisas com células-tronco embrionárias inviáveis ou congeladas há mais de três anos – a demonstrar a preocupação do Estado e do governo com a política pública de incentivo à pesquisa científica e proteção à saúde (preceitos insculpidos respectivamente nos textos dos arts. 5º, IX e 196, também da CF, dentre outros) –, a Advocacia-Geral da União obteve êxito na condução da demanda judicial e conseguiu, por meio do seu corpo técnico, fazer prevalecer na Corte Suprema do país as políticas públicas eleitas pelo governo como sendo dignas de implementação, por serem reflexo do interesse público primário.

Com efeito, e sob uma perspectiva mais ampla, os dados colhidos indicam que a defesa judicial das políticas públicas permitiu e continua a permitir que os planos de governo tenham início e se desenvolvam a fim de alcançar seu objetivo final. Nesse sentido, é de se afirmar que diante da não previsão constitucional da AGU dentre as FEJ – ou de qualquer outro órgão que exercesse com a mesma excelência as atribuições constitucionais que o Estado democrático de direito lhe conferiu –, o quadro factual talvez não fosse o indicado nos tópicos anteriores e que as políticas públicas pretendidas pelo governo não alcançassem o

sucesso, ao menos operacional nesse primeiro momento, que vem alcançando em razão, também, do trabalho desempenhado pelos órgãos que compõem a Advocacia-Geral da União.

Destarte, respondendo aos questionamentos formulados no início desta pesquisa⁴³⁵, a AGU, inserida no modelo de Estado adotado pela nova ordem Constitucional de 1988, detém papel de relevo no auxílio à viabilização das políticas públicas estatais, pois garante, além da orientação legal prévia necessária à conformação jurídica de todo e qualquer ato administrativo da União, mesmo que desafiada judicialmente a decisão administrativa, esta possa ser defendida em seus contornos legais e constitucionais, preservando-se o mérito da escolha governamental, já que muitas são as opções políticas que se podem extrair de uma dada moldura normativa sem que isso implique em violação ou inobservância das fronteiras legais e constitucionais impostas pelo Ordenamento Jurídico, mas, ao contrário, respeitem o interesse público fixado normativamente.

⁴³⁵ Vide a Introdução deste trabalho: “[...] por ser o órgão responsável pela orientação e defesa da União no âmbito jurídico, deteria a AGU o múnus do auxílio à viabilização das políticas públicas estatais? Qual o seu papel nesse contexto?”

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. Para que serve o Advogado público?. 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.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Públicos” no Advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. O controle da constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal à luz da Teoria dos Poderes Neutrais. **Revista On-line de Direito e Política**, Instituto Brasileiro de Advocacia Pública – IBAP, n. 1, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://www.ibap.org/rdp/00/18.htm>>. Acesso em: 02 jan. 2012.

ARISTÓTELES. **A Política**. 2. ed., Bauru (SP): Edipro, tradução de Nestor Silveira Chaves, 2009.

ÁVILA, Humberto. Repensando o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BERCOVICI, G. **Constituição econômica e desenvolvimento – uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: Um Novo Paradigma para o Direito Administrativo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=70773>>.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade: Para uma teoria geral da política**. São Paulo: Paz e Terra, tradução de Marco Aurélio Nogueira, 2010, 16ª reimpressão.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, tradução de Carlos Nelson Coutinho, 1992.

_____; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 5. ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, tradução de Carmen C. Varriale *et. al*, Coordenação da tradução João Ferreira, 2 v., 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? Salvador, **Revista Diálogo Jurídico**, n. 15, jan/mar., 2007.

BRAGA, Luziânia C. Pinheiro; MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira. A Advocacia-Geral da União como Função Essencial à Justiça. In: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Advocacia de Estado e Defensoria Pública: Funções Públicas Essenciais à Justiça**. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

BRASIL, Advocacia-Geral da União, Consultoria-Geral da União. **Manual de Boas Práticas Consultivas**. Brasília: CGU/AGU, 2011, 47p. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=153380&id_site=1104&aberto=&fechado=> .

_____. Advocacia-Geral da União, **Parecer n. GQ – 24, de 09 de agosto de 1994**, publicado no DOU em 10 de agosto de 1994. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarTipoParecer.aspx>> .

_____. **Constituição Política do Imperio do Brazil**, de 25 de março de 1824. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>>.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>>.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>>.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>>.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>>.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>>.

_____. **Emenda Constitucional n. 1 à Constituição de 1967**, de 17 de outubro de 1969. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-historica/constituicoes-antiores-1#content>>.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

_____. **Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp73.htm>.

_____. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>.

_____. **Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894**. Completa a organização da Justiça Federal da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1851-1900/L0221.htm>.

_____. **Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002**. Dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Advocacia-Geral da União, a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade de Apoio Técnico-Administrativo na AGU – GDA. Cria a Procuradoria-Geral Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10480.htm>.

_____. **Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003**. Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.683.htm>.

_____. **Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm>. _____. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>.

_____. **Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009**. Altera a legislação tributária federal relativa ao parcelamento ordinário de débitos tributários; concede remissão nos casos em que especifica; institui regime tributário de transição, etc. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm>.

_____. **Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995**. Dispõe sobre o exercício das atribuições institucionais da Advocacia-Geral da União, em caráter emergencial e provisório, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9028.htm.

_____. **Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007**. Altera o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11448.htm>.

_____. **Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998**. Dispõe sobre o Plano de Carreira dos servidores do Banco Central do Brasil e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9650.htm>.

_____. **Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973.** Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm>.

_____. 8ª Vara Federal da SJ/DF, **Ação Popular n. 18945-06.2010.4.01.3400.**

_____. 8ª Vara Federal da SJ/DF, **Interdito Proibitório n. 19152-05.2010.4.01.3400.**

_____. 9ª Vara Federal da SJ/PA, **Ação Civil Pública n. 7184.20.08.4.01.3903.**

_____. 9ª Vara Federal da SJ/PA, **Ação Civil Pública n. 25779-77.2010.4.01.3900.**

_____. 9ª Vara Federal da SJ/PA, **Ação Civil Pública n. 26161-70.2010.4.01.3900.**

_____. 9ª Vara Federal da SJ/PA, **Ação Civil Pública n. 24231-17.2010.4.01.3900.**

_____. 9ª Vara Federal da SJ/PA, **Ação Civil Pública n. 25999-75.2010.4.01.3900.**

_____. 9ª Vara Federal da SJ/PA, **Ação Civil Pública n. 25997-08.2010.4.01.3900.**

_____. 9ª Vara Federal da SJ/PA, **Ação Civil Pública n. 25915-74.2010.4.01.3900.**

_____. 9ª Vara Federal da SJ/PA, **Ação Civil Pública n. 968-19.2011.4.01.3900.**

_____. 9ª Vara Federal da SJ/PA, **Ação Civil Pública n. 18026-35.2011.4.01.3900.**

_____. 9ª Vara Federal da SJ/PA, **Ação Civil Pública n. 0028944-98.2011.4.01.3900.**

_____. 9ª Vara Federal da SJ/PA, **Ação Civil Pública n. 0001618-57.2011.4.01.3903.**

_____. 9ª Vara Federal da SJ/PA, **Procedimento Ordinário n. 0000326-37.2011.4.01.3903.**

_____. 9ª Vara Federal da SJ/PA, **Procedimento Ordinário n. 0034557-02.2011.4.01.3900.**

_____. 9ª Vara Federal da SJ/PA, **Produção Antecipada de Provas n. 0000364-49.2011.4.01.3903.**

_____. Vara Federal Ambiental da SJ/RS, **Ação Popular n. 5059088-86.2011.404.7100.**

_____. TRF1, **Apelação Cível (Ação Civil Pública) n. 0000709-88.2006.4.01.3903,** Relatora Des. Federal Selene Maria de Almeida.

_____. TRF1, **Apelação Cível (Ação Civil Pública) n. 2007.39.03.000283-9,** Relatora Des. Federal Selene Maria de Almeida.

_____. TRF1, **Apelação Cível (Ação Civil Pública) n. 2009.39.03.000363-2,** Relator Des. Federal Ítalo Fioravanti Sabo Mendes.

_____. STF, **Ação Popular n. 3388,** Relator Ministro Carlos Ayres Britto.

_____. STF, **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3289**, Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes.

_____. STF, **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510**, Relator Ministro Carlos Ayres Britto.

_____. STF, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 101**, Relatora Ministra Cármen Lúcia.

_____. STF, **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130**, Relator Ministro Carlos Ayres Britto.

_____. STF, **Recurso Extraordinário n. 558.258/SP**, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, voto do Ministro José Antônio Dias Toffoli.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Organizadora). **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BURDEAU, Georges. **O Estado**. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, Fernando Henrique; FALETTO, ENZO. **Dependência e Desenvolvimento na América Latina: ensaio de interpretação sociológica**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

_____. Interesse Público: Verdades e Sofismas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

CASSAGNE, Juan Carlos. **El acto administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975.

CASTRO, Aldemario Araujo. A advocacia pública como instrumento do Estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1630, 18 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10772>>. Acesso em: 1 mar. 2012.

COSTA, Alexandre Bernardino; SILVA, Adriana Monteiro da; SILVA, Beatriz Cruz da *et al.* **Nos limites da história: a construção da Advocacia-Geral da União: livro comemorativo aos 15 anos da AGU.** Coordenação Jefferson Carús Guedes e Mauro Luciano Hauschild, Brasília: UNIP: UNAFE, 2009.

COSTA, Susana Henriques da. O Poder judiciário no Controle de Políticas Públicas: Uma Breve Análise de alguns Precedentes do Supremo Tribunal Federal. In: **O controle jurisdicional de políticas públicas.** GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 451-466.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo.** 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado.** 19. ed.. São Paulo: Saraiva, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Advocacia pública. Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo. São Paulo, p. 11-30, dez. 1996.

_____. **Direito Administrativo.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, tradução Eduardo Brandão, 1999.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo.** 10. ed. Madrid: Civitas, 2000.

FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. A consultoria jurídica como instrumento de controle dos atos do poder público. **Caderno de Teses do XXVIII Congresso Nacional de Procuradores de Estado: ética e estado de justiça – novas dimensões,** vol. 1, Porto Alegre: Metrópole, 2002.

FARIA, Ana Paula de Andrade Borges de; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. **Revista Jurídica da APERGS: Advocacia do Estado,** ano 1, n. 1, set. 2001, Porto Alegre: Metrópole.

FARIA, Dárcio Augusto Chaves. **A ética profissional dos procuradores públicos.** Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 89, v. 321, jan./mar., p. 21-39, 1993.

FARIA, Fernando Luiz Albuquerque. Procuradoria-Geral da União, os Interesses Públicos e Secundários do Estado e a Atuação Proativa em Defesa do Estado Democrático de Direito e da Probidade Administrativa. **Revista da AGU,** Brasília-DF, ano VII, n. 18, out./dez. 2008.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Regime Jurídico da Advocacia Pública.** São Paulo: Método, Série Advocacia Pública, vol. 1, 2010.

FERRARESI, Eurico. A Responsabilidade do Ministério Público no Controle das Políticas Públicas. In: **O controle jurisdicional de políticas públicas.** GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 489-503.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. **Comentários à Constituição**. v. III, Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1991.

FREITAS, Marcelo de Siqueira. A Procuradoria-Geral Federal e a Defesa das Políticas e do Interesse Públicos a Cargo da Administração Indireta. *Revista da AGU*, Brasília - DF, ano VII, n.17, jul/set., 2008.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza, 1977.

GAZOLA, Patrícia Marques. O papel da Advocacia Pública na integração entre as diversas políticas públicas. In: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Advocacia de Estado e Defensoria Pública: Funções Públicas Essenciais à Justiça**. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Advogado público: defesa do estado ou do governo? *Correio Braziliense*, Brasília - DF, 17 ago. 2010.

_____. **O futuro da advocacia pública**. *Correio Braziliense*, Caderno Direito & Justiça: Brasília/DF, 09 mai. 2011.

_____. Construção e Desconstrução Doutrinária do Conceito de Interesse Público no Direito Brasileiro. *Revista da AGU*, Brasília - DF, n. 28, ano X, p. 07-28, abr./jun. 2011.

GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. 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.

_____. Anotações sobre a história dos cargos e carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa construção. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional – Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997, reimpressão: 2002.

HABERMAS, Jurgen; HÄBERLE, Peter. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: Merle, J.; Moreira, L. (Organizadores). **Direito e legitimidade**. São Paulo: Landy, 2003.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Coordenação de Dilson Machado de Lima, Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

HEIDEMANN, Francisco G. Do sonho do progresso às políticas de desenvolvimento. In: HEIDEMANN, Francisco G. ; SALM, José Francisco (Organizadores). **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.

HORTA, Raul Machado. **Direito Constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KIRSCH, César do Vale. A alavancagem da AGU para a consolidação e o sucesso da Advocacia Pública de Estado no Brasil. 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.

_____. A necessária participação da Advocacia-Geral da União no processo de políticas públicas. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4139>>. Acesso em: 10 fev. 2010.

_____. Advocacia-Geral da União e Poder Executivo: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 16, 2006.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. tradução Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2009.

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

LOBATO, Lenaura. Algumas considerações sobre a representação de interesses no processo de formulação de políticas públicas. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete. **Políticas Públicas, Coletânea**. v. 1. Brasília: ENAP, 2006.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LUGON, Luiz Carlos de Castro. Ética na concretização dos direitos fundamentais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 19, ago. 2007. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/edicao019/Luiz_Lugon.htm>. Acesso em: 27 fev. 2012.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

_____. **El derecho de la sociedad**. Traducción Javier Torres Nafarrete Gustavo Bayer. 2. ed. México: Herder y Universidad Iberoamericana, 2005.

MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008.

_____. A atuação da Advocacia-Geral da União no controle preventivo de legalidade e legitimidade: independência funcional e uniformização de entendimentos na esfera consultiva. 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.

MALBERG, R. Carré de. **Teoria general del Estado**. 2. ed. México: Facultad de Derecho (UNAM), 2001.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 13. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. . 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **Elementos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

MINAYO, Maria Cecília; ASSIS, Simone Gonçalves de; SOUZA, Edinilsa Ramos. **Avaliação por triangulação de métodos: Abordagem de Programas Sociais**. Rio de Janeiro: Fiocruz.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. Tradução de Luiz Fernando de Abreu Rodrigues. Curitiba: Juruá, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral e Parte Especial**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 36, dez. 1991.

_____. Palestra. In: Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. **Encontro Nacional de Valorização da Advocacia Pública**, São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, Série Eventos, n. 3, 1994, p. 26-36.

_____. **Poder, Direito e Estado: O Direito Administrativo em tempos de globalização** – in *memoriam* de Marcos Juruena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. 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.

_____. Funções Essenciais à Justiça e Contra-Poderes. **Revista da AGU**, Brasília – DF, ano IX, n. 27, jan./mar. 2011.

_____. Advocacia Pública e o Princípio da Eficiência. **Biblioteca Digital Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 1, n. 4, out./dez. 1999. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=51775>>. Acesso em: 4 fevereiro 2012.

MOURÃO, Carlos Figueiredo. A advocacia pública como instituição de controle interno da Administração. 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.

PEDONE, Luiz. **Formulação, Implementação e Avaliação de Políticas Públicas**. Brasília: Fundação Centro de Formação do Servidor Público – FUNCEP, 1986.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica**. . 2. ed. São Paulo: Marins Fontes, 2004.

PERTENCE, José Paulo Sepúlveda. **O Ministério Público. A Constituição Brasileira 1988: interpretações**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

PIRES, Maria Coeli Simões. Regiões metropolitanas e políticas públicas: uma projeção de seus desafios a partir da realidade da RMBH. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). **Políticas públicas: possibilidades e limites**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PLATÃO. **A República (Da Justiça)**. , tradução de Edson Bini. Bauru (SP): Edipro, 2006.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**, de 2 de abril de 1976. Disponível em <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 03 jan. 2012

RAMOS, William Junqueira. A missão institucional da Advocacia-Geral da União no Estado brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2026, 17 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1227>>.

RAWLS, John. **Justiça como Equidade: Uma Reformulação**. tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. **O Liberalismo Político**. tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o Conflito das ideologias**. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Interesse Público: um conceito jurídico determinável. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coord.). **Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. **A limitação dos mandatos legislativos: uma nova visão do contrato social**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2002.

ROSAS, Roberto. **A Advocacia-Geral da União. A Constituição Brasileira 1988: interpretações**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1988.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2000.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Arena Pública: Um Olhar a partir da Ciência Política. In: **O controle jurisdicional de políticas públicas**. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1-32.

SANT'ANNA, Sérgio Luiz Pinheiro. Os desafios da Advocacia Pública no Estado contemporâneo: análise e reflexão de temas para a nova Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. In: ORDACGY, André da Silva; FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin. **Advocacia de Estado e Defensoria Pública: Funções Públicas Essenciais à Justiça**. Curitiba: Letra da Lei, 2009.

SARAVIA, Enrique. Introdução à análise de políticas públicas. In: SARAVIA, Enrique, FERRAREZI, Elisabete. **Políticas Públicas, Coletânea**, v. 1. Brasília: ENAP, 2006.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: Posição Institucional. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília: Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 30, n. 117, jan./mar. 1993.

_____. Isonomia remuneratória das carreiras jurídicas. **Revista Jurídica da APERGS: Advocacia do Estado**, ano 1, n. 1, Set. 2001, Porto Alegre: Metrópole.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e o Regime Jurídico dos Direitos Fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHNEIDER, Anne Larason. Pesquisa avaliativa e melhoria da decisão política: evolu o histórica e guia prático. In: HEIDEMANN, Francisco G.; SALM, José Francisco (Organizadores). **Políticas públicas e desenvolvimento: bases epistemológicas e modelos de análise**. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

SIMMEL, Georg. Sociologia: Estudios sobre las formas de socialización. Edited by M. G. Pelayo. 2. ed. 2 volumes. Vol I, **Politca y Sociologia**. Madrid: Biblioteca de la Revista de Occidente. Original edition, Soziologie Untersuchungen uber die Formen de Vergesellschaftung, 1908.

SILVA, José Afonso. A Advocacia Pública. **Revista Jurídica da APERGS: Advocacia do Estado**, ano 1, n. 1, set. 2001, Porto Alegre: Metrópole.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. **A crise da democracia no Brasil: aspectos políticos**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. **Morfologia política do Estado e sistema de poderes**. São Paulo, 2003. Tese (Exame de livre-docência) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

SOUZA, Luciane Moessa de. Autonomia institucional da advocacia pública e funcional de seus membros: instrumentos necessários para a concretiza o do Estado Democrático de Direito. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a constru o de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a preven o como melhor instrumento para a concretiza o dos objetivos do Estado brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a constru o de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América: Sentimentos e Opiniões – de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos**. tradu o de Eduardo Brandão. 2^a tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. Histórico e evolu o da Advocacia-Geral da União. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a constru o de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a**

Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. A advocacia pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. **Revista da AGU**, ano VIII, n. 19, jan./mar. de 2009.

WEBER, Max. **O político e o cientista**. Lisboa: Presença.

XIMENES, Julia Maurmann. **Reflexões sobre o conteúdo do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/63106601/Julia-Maurmann-Ximenes-ESTADO-DEMOCRATICO>>.