



Estado do Rio Grande do Sul
Procuradoria-Geral do Estado

Revista da PGE

Procuradoria-Geral do Estado RS

Edição Especial

**CONCURSO DE MONOGRAFIAS JURÍDICAS
PGE-RS/APERGS - 1ª EDIÇÃO**

Advocacia Pública e Direitos Humanos

2012

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO

Publicação da Procuradoria de Informação, Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

ISSN 0101-1480

RPGE	Porto Alegre	v. 33	n. Ed. Esp. Conc. Monogr. Juríd. PGE/APERGS - 1ª Ed.	p. 1- 210	2012
------	--------------	-------	---	-----------	------

Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul. – Vol. 9, n. 24 (1979) - . - Porto Alegre : PGE, 1979-
v.; 21 cm.
Semestral.

Publicação interrompida de 2008 a 2010.
Continuação da: Revista da Consultoria-Geral do Estado, v.1-9, n. 1-23
(1971-1979).

ISSN 0101-1480

Catálogo na publicação: Biblioteca da PGE/PIDAP

Todos os direitos são reservados. Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte, sendo proibida as reproduções para fins comerciais.

Os artigos publicados nesta revista são de exclusiva responsabilidade de seus autores e não representam necessariamente a posição desta Procuradoria-Geral.

**Procuradoria-Geral do Estado do RS
Procuradoria de Informação, Documentação e
Aperfeiçoamento Pessoal**

Av. Borges de Medeiros, 1501 – 13. Andar

90119-900 Porto Alegre/RS

Fone/Fax: (51) 32881656 – 32881652

E-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br

Site: <http://www.pge.rs.gov.br>

Pede-se permuta

Piedese canje

We ask exchange

On demande échange

Wir bitten um autausch

Si richiede lo scambio

Impresso no Brasil

TARSO FERNANDO HERZ GENRO

Governador do Estado

BETO GRILL

Vice-Governador do Estado

CARLOS HENRIQUE KAIPPER

Procurador-Geral do Estado

ROSELAINÉ ROCKENBACH

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Administrativos

BRUNO DE CASTRO WINKLER

Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos

HELENA BEATRIZ CESARINO MENDES COELHO

Procuradora-Geral Adjunta para Assuntos Institucionais

LUÍS CARLOS KOTHE HAGEMANN

Corregedor-Geral da PGE

JULIANO HEINEN

Coordenador da Procuradoria de Informação,
Documentação e Aperfeiçoamento Profissional

CONSELHO EDITORIAL

Carlos Henrique Kaipper
(Presidente)
Fabiana Azevedo da Cunha Barth
Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues
José Luis de Bolzan Moraes
Juliano Heinen
Márcia Regina Lusa Cadore Weber
Max Möller

EQUIPE TÉCNICA

(Execução, revisão e distribuição)

Maria Carla Ferreira Garcia
Secretária-Executiva
Bibliotecária crb10/1343



Imprensa Oficial do Estado
do Rio Grande do Sul

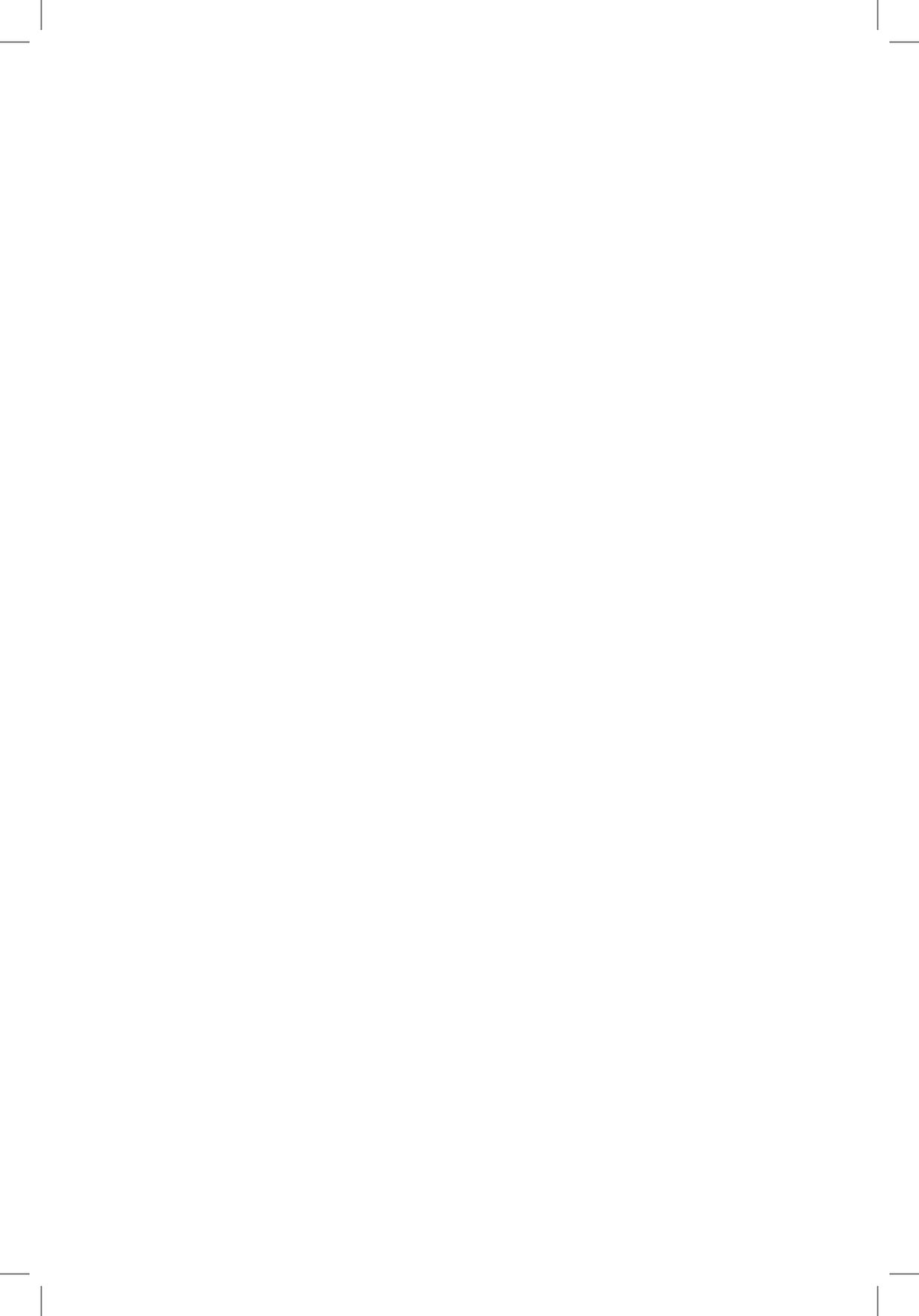
Av. Cel. Aparício Borges, 2199
Fone: (51) 3288-9700
E-mail: editora_tecnica@corag.com.br
www.corag.com.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÕES	7
----------------------------	---

MONOGRAFIAS

1º Lugar Advocacia Pública e Direitos Humanos Fundamentais: promovendo o diálogo institucional Siddharta Legale Ferreira	11
2º Lugar Advocacia Pública e Direitos Humanos: o desafio de uma necessária aproximação Juanez Strapasson	51
3º Lugar A Autonomia Funcional da Advocacia Pública na Defesa dos Direitos Humanos Diante de sua Violação pelo Estado Anna Carolina Pinheiro da Costa Silva	109
4º Lugar As Tarefas da Advocacia Pública na Efetivação dos Direitos Humanos Rene José Keller	161



APRESENTAÇÃO

A Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul (PGE-RS), juntamente com a Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul (APERGS), no ano de 2011, teve a iniciativa de lançar a 1ª edição do *Concurso de Monografias Jurídicas*, cujo tema foi “Advocacia Pública e Direitos Humanos”. Procurou-se, assim, proporcionar um espaço às reflexões e aos questionamentos pontuados na esteira de um tema tão caro à PGE-RS. Para coroar essa iniciativa, compilou-se, nessa edição especial da *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, os trabalhos premiados.

Destaca-se que as monografias selecionadas como vencedoras formam um conjunto essencial à qualidade do debate. As respostas dadas pela massiva participação no certame reforçam a importância de continuarmos constituindo espaços de discussão sobre os Direitos Humanos que explicitem formas de injustiça social, ambiental, jurídica e política, bem como alternativas a essas mazelas. E certos estamos de que a Advocacia Pública deve ser um órgão participativo na consolidação destes direitos.

Dessa forma, nosso desejo é de que a presente obra logre plena acolhida.

Boa leitura!

Carlos Henrique Kaipper,
Procurador-Geral do Estado.



APRESENTAÇÃO

É com grande satisfação que apresento, a convite do Procurador-Geral do Estado, a presente Revista da Procuradoria-Geral do Estado, que publica as monografias apresentadas e premiadas no I Concurso de Monografias Jurídicas PGE-RS/APERGS, que teve como tema “Advocacia Pública e Direitos Humanos”. A produção intelectual, materializada em atenção ao chamamento do concurso, expressa alta qualidade jurídica e grande utilidade na atuação prática do exercício das funções atribuídas aos Procuradores do Estado.

A instituição do concurso, como mais uma ação conjunta com a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, atendeu a objetivo estatutário da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul - APERGS de incentivar, em relação aos seus associados, a cultura do Direito, contribuindo para a difusão de seus trabalhos, inclusive com a instituição de concursos para a seleção de teses jurídicas, com premiações. O caso concreto afeiçoa-se perfeitamente no escopo perseguido pela norma estatutária, especialmente quando mobilizou o público alvo do concurso, acadêmicos de direito e demais profissionais da área jurídica, a debruçarem-se sobre a temática.

A Advocacia Pública, função essencial à Justiça expressa na Seção II do Capítulo IV do Título IV da Carta Cidadã, constitui-se na verdadeira guardiã dos interesses dos entes públicos e, por conseguinte, da sociedade politicamente organizada. Juntamente com o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Privada compõe a estrutura constitucional de preservação do Estado Democrático de Direito. Esta organização dos Poderes, com a instituição de uma nova figura, as funções essenciais à Justiça, foi a fórmula encontrada como resposta às fragilidades da divisão tradicional nos três Poderes. Assim, nada que interesse a sociedade é alheio a estas funções e, por conseguinte, à Advocacia Pública.

No caso concreto, a instituição de concurso de monografia pautando o tema “Advocacia Pública e os Direitos Humanos” está dentro deste contexto. Objetivou-se fomentar no meio jurídico a produção científica sobre o assunto, o que resultou nos textos levados

ao público na presente publicação. Iniciativas como estas objetivam disseminar o conhecimento sobre temas específicos vinculados a atuação da Advocacia Pública. Esta primeira edição do concurso foi concluída com pleno êxito.

Aproveito para parabenizar os autores premiados: Siddartha Legale Ferreira, Juanez Strapasson, Anna Carolina Pinheiro da Costa e Silva e René José Keller, que expuseram com brilhantismo vários pontos de intersecção da advocacia pública com os direitos humanos, seja concluindo pela necessidade de promoção de um diálogo institucional e de uma aproximação, seja apontando a importância da atuação dos agentes da advocacia pública como meio de efetivação dos direitos humanos, inclusive quando a violação decorre da atuação estatal.

Cabe, ao final, desejar uma boa leitura a todos!

Telmo Lemos Filho,
Presidente da APERGS.

1º Lugar

ADVOCACIA PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: PROMOVENDO O DIÁLOGO INSTITUCIONAL

Siddharta Legale Ferreira

1 INTRODUÇÃO

A Advocacia Pública é uma figura anfíbia, acostumada a transitar entre dois mundos: o terreno da atividade administrativa incumbida da execução concreta de políticas públicas e o mar de ações judiciais contra o Estado ao qual cabe a defesa jurídica¹. Entre o Poder Executivo e o Judiciário, ela desempenha uma atividade fundamental ao Estado Democrático de direito, assegurando os interesses patrimoniais da Fazenda Pública, o respeito ao princípio da

¹ Devemos enfatizar que no Brasil a Advocacia Pública foi fracionada em três espécies: advocacia da sociedade com o Ministério Público; advocacia dos necessitados, ou seja, a defensoria pública; e a advocacia do estado ou dos entes federativos, prevista, por exemplo, no art. 131 e 132 da Constituição federal. Após um interessante estudo de direito comparado, Cláudio Grande Júnior explica que passamos de um modelo unitário (do estado e sociedade) para o modelo dualista em que a defesa da sociedade recai no Ministério Público e a do Estado nas procuradorias – modelo adotado por países como Argentina, Peru e Itália. Para mais detalhes sobre o tema, Cf. GRANDE JÚNIOR, Cláudio. **Advocacia Pública: Estudo classificatório de direito comparado**. Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n.66, 2007, p. 183.

legalidade e da moralidade administrativa e a efetivação dos direitos humanos fundamentais².

De um lado, é responsável por ser o órgão de consultoria jurídica do Poder Executivo que é responsável por implementar políticas públicas que efetivarão direitos humanos fundamentais. Sem uma atividade administrativa organizada em consonância com as diretrizes da Constituição de 1988 e da legislação democraticamente aprovada, não há respeito à dignidade da pessoa humana, ao direito à educação, à saúde e muitos outros direitos humanos fundamentais e importantes para construção de uma sociedade justa em que sejam respeitadas as liberdades e o mínimo existencial dos cidadãos. É justamente a Advocacia Pública que possui a difícil tarefa de avaliar em primeiro momento se a realidade que o Executivo pretende transformar de uma determinada forma pode ser feita da maneira pretendida, sem conflitar com as normas constitucionais e legais, aconselhando a adotá-las ou não. Em última instância, é a Advocacia Pública que faz um primeiro juízo jurídico sobre a dimensão positiva dos direitos humanos.

De outro lado, a Advocacia Pública possui outra importante atribuição constitucional: realiza a representação judicial da Fazenda pública em juízo. Como se sabe, nem só de dimensão positiva vivem os direitos humanos fundamentais. Eles também possuem uma dimensão negativa e uma eficácia vertical contra o Estado. Os cidadãos podem ver seus direitos violados por uma ação ou omissão estatal e ingressar em juízo para vê-los respeitados, ou obtê-los. Em um mar de responsabilidades, às vezes isso acontece realmente, e é preciso efetivá-los, mas também, às vezes, pessoas mal intencionadas

² SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 619 e ss. No mesmo sentido, DELGADO, José Augusto. **Autonomia das procuradorias dos estados**. Revista de Direito da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n. 64, 2006, p. 50: “Aos Procuradores dos Estados, por outro ângulo, são aplicáveis o princípio constitucional da sua indispensabilidade na defesa judicial dos entes federados, pelo que estão protegido pela imunidade atribuída aos advogados. São mensageiros e, ao mesmo tempo, soldados defensores das liberdades públicas e do patrimônio estatal. Lutam pelas garantias instituídas pela ordem jurídica, pautando as suas ações na valorização da dignidade humana e no fortalecimento da cidadania.”

pretendem se locupletar à custa do patrimônio público. Nesse momento, entram em cena os advogados públicos que, mais do que uma profissão, possuem o importante múnus público de não deixar que uns se beneficiem injustamente do patrimônio que é de todos. Não está em jogo apenas o interesse do estado contra o de um indivíduo, mas sim o interesse de todos contra o do indivíduo. É verdade que, não raro, se está diante de uma advocacia de massa para problemas de massa, razão pela qual é preciso encontrar estratégias para lidar com uma judicialização excessiva sem comprometer, e para efetivar, os direitos humanos.

Como se pode observar, a Advocacia pública lida com interesses primários e secundários³, com efetivação e respeito aos direitos humanos fundamentais ou com patrimônio público. Tanto é assim que atualmente já se fala em um direito fundamental à boa administração⁴, paradigma a partir do qual o Estado social e democrático de direito pressupõe não só a responsabilidade estatal por seus atos

³ Em sentido aparentemente contrário, BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 70: “É dela que decorre, por exemplo, a conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. Ao primeiro cabe a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse público secundário. Aliás, a separação clara dessas duas esferas foi uma importante inovação da Constituição Federal de 1988. (...) O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros provêm os meios para realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhes tocam.”

⁴ Confira-se o Art. 41 da Carta dos direitos fundamentais da União Européia, também chamada de Carta de Nice (Artigo 41.o Direito a uma boa administração 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente, - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.).

e omissões, mas a preparação e valorização das carreiras públicas para o diálogo institucional entre os poderes, como uma forma de atingir os objetivos de desenvolvimento humano, relacionados aos direitos humanos⁵. Para cuidar da relação entre advocacia pública e os direitos humanos, traçamos o seguinte roteiro: (i) a advocacia pública como conselheira da efetivação dos direitos humanos fundamentais ao Executivo; e (ii) a fazenda pública em juízo e os direitos humanos fundamentais, especialmente os de caráter social como o direito à saúde.

2 ADVOCACIA PÚBLICA, PODER EXECUTIVO E EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A Advocacia Pública que pretendemos abordar é uma advocacia do Estado. Ela não se vocaciona a cuidar dos interesses dos governantes, mas dos interesses estatais e sociais permanentes⁶. Como se sabe, o Estado encontra-se, ao mesmo tempo, limitado pelos direitos humanos fundamentais e com a incumbência de dar efetividade, e há quem diga por isso, que hoje em dia haveria um direito fundamental à boa administração. Para que haja uma Administração Pública como essa, é fundamental que ela esteja cercada de agentes públicos capazes que prestar apoio técnico e jurídico para identificar necessidades e potenciais violações por uma espécie de

⁵ Sobre o tema, Cf. MORGADO, Cintia. **Direito à boa administração: recíproca dependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento.** Revista de Direito da Procuradoria Geral n. 65, 2010, p. 68 e ss. Considerando as carreiras de estado essenciais para evitar os malefícios de uma regulação estatal falha e para assegurar o exercício legítimo da discricionariedade administrativa em consonância com o direito fundamental à boa administração. Cf. FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração.** São Paulo: Malheiros, 2009, p.114-125.

⁶ DELGADO, José Augusto. **Autonomia das procuradorias dos estados.** Revista de Direito da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n. 64, 2006, p. 61: “Somos testemunhas presentes, repetimos, de que os Procuradores dos Estados, na concepção que possuem de que não são empregados dos Chefes dos Poderes, porém, súditos diretamente vinculados aos anseios da cidadania, cumprem, de acordo com os comandos constitucionais, especialmente, os dogmas da moralidade, as atividades inerentes à defesa do direito posto em Juízo.”

controle interno. A Advocacia Pública é instituição incumbida disso, de prestar consultoria e assessoramento ao Estado para que ele possa se tornar o que pretendemos que ele seja (ou mais). Para tratar desse tema, percorre-se o seguinte roteiro: (i) o conceito e a espécie de direitos fundamentais; (ii) o papel do Executivo; e (iii) a advocacia pública nessa relação.

Faz-se necessário, preliminarmente, um esclarecimento terminológico e de conteúdo sobre a expressão a ser empregada para designar o conjunto de direitos subjetivos delimitados como objeto deste trabalho: direitos humanos fundamentais. Encontramos, em doutrina, expressões como “direitos fundamentais”, “direitos humanos”, “liberdades públicas”, “direitos do homem”, “liberdades fundamentais”, dentre outras⁷. A diversidade terminológica em relação ao tema não é um fenômeno presente somente na doutrina, uma vez que própria Constituição Federal emprega, em seu texto, diversas expressões distintas⁸. Dentre todas as nomenclaturas, adotamos as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, que consagrou a presença da segunda expressão em diversos dispositivos do texto constitucional pelos motivos que serão justificados a seguir.

Em geral, a expressão “direitos fundamentais” é empregada como o conjunto de direitos reconhecidos por um determinado Estado, normalmente em sua Constituição, como aqueles que protegem o ser humano⁹. Podem ser formalmente fundamentais quando há uma positivação ou constitucionalização neste sentido: a Constituição assim dispõe¹⁰. Por outro lado, serão materialmente fundamentais, se constituírem um mínimo existencial. O mínimo existencial tem múltiplos significados, como a um mínimo social

⁷ Não desejamos aqui abordar o tema das gerações de direitos, já bem sedimentado e criticado no plano doutrinário, Cf. BOBBIO, Norberto. **A Era dos direitos**. Trad. Regina Lyra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003. e SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 27.

⁸ Ver Título II da Constituição brasileira de 1988.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 29.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003, p. 377-379.

que se desdobra numa equitativa divisão de oportunidades (John Rawls)¹¹, ou ainda, imposição de uma moralidade mínima que em não se exclua da comunidade certos indivíduos (Michael Walzer), bem como “núcleo essencial da dignidade da pessoa humana”. (Robert Alexy)¹² A fundamentalidade também pode ser verificada a partir da teoria das necessidades que vem sendo desenvolvida nas ciências sociais e humanas, como na filosofia, ciência política, psicologia ou antropologia. Sofrimento, dano, ausência de situação alternativa, entre outras noções, permitem identificar padrões de satisfação das necessidades humanas para confirmar a fundamentalidade de um dado direito¹³. Por fim, é possível considerar um direito fundamental aquele em que cidadãos livres e iguais, discursivamente, consideram tão importantes sem os quais a realização de um Estado verdadeiramente democrático de direito não seria possível.¹⁴

A primeira vista, parece seguro dizer que o critério formal é suficiente para designar uma norma de direito fundamental, uma vez que a constitucionalização da norma já seria suficiente para retirá-la do alcance das maiorias representativas ocasionais, independentemente de seu conteúdo. Contudo, o professor J.J. Gomes Canotilho traz um alerta no sentido de que somente a idéia e fundamentalidade formal é insuficiente para fornecer suportes para a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais, mas não constitucionalizados¹⁵. Isso é

¹¹ RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

¹² Sobre a análise das diversas concepções de mínimo existencial, cf. BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: LOBO TORRES, Ricardo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 97-133.

¹³ Rodolfo Arango explica as diversas fundamentações dos direitos sociais, entre as quais a relativa a necessidade. Nas palavras do autor: “uma persona tiene un derecho fundamental definitivo concreto a un mínimo social para satisfacer sus necesidades básicas si, pese a su situación de urgência, el Estado, pudiendo actuar, omite injustificadamente hacerlo y lesiona com ello a la persona.”. Cf. ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Legis, 2005, p. 346. Entre nós, Paulo Leivas explica e critica a concepção do autor, cf. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 123 e seg.

¹⁴ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria da Constituição e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 248 e seg.

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim. *Op. Cit.*, p. 379.

especialmente verdadeiro no caso do Brasil, que parece ter adotado um critério misto no artigo 5º, parágrafo 2º¹⁶. Por isso mesmo, o significado das normas definidoras de direitos fundamentais reside justamente na soma de sua fundamentalidade *formal e material*¹⁷. Por fim, registre-se que a doutrina e as instituições públicas vêm empreendendo esforços no sentido de justificar a exigibilidade de determinados direitos ou sua imunidade ao poder de reforma com base em sua essencialidade, ou seja, em um critério de fundamentalidade *material*¹⁸.

Uma dessas instituições é a Advocacia Pública que, por meio da sua tarefa de consultoria jurídica, têm colhido tais parâmetros para harmonizar os direitos fundamentais e conferir maior racionalidade a essa dimensão material de tais direitos fundamentais. É comum as Secretarias dos Estados ou os Ministérios no âmbito Federal dialogarem com a respectiva advocacia pública para saber se o judiciário tem considerado que determinada atividade administrativa viola ou não direitos fundamentais. Não significa que o judiciário seja perfeito e exemplar, nem que as prescrições do legislativo tenham pretensão de redenção de todos os problemas. Nenhuma instituição é perfeita assim como, nenhum ser humano o é. É o diálogo entre instituições e cidadãos, dotados de perspectivas e focos diferentes, que ampliará o potencial de otimizar os direitos humanos fundamentais, evitando violações e sanando omissões. Isso melhorará o diálogo com demais instituições para sugerir a adoção de determinadas medidas. Essa é também a posição de José Afonso da Silva, para quem:

A Advocacia Pública dos nossos dias não tem a função estrita de defesa dos interesses da Fazenda Pública em juízo. Nem é defensora dos interesses dos governantes do dia, nem dos interesses corporativos da Instituição. Seu compromisso insti-

¹⁶ Constituição de 1988, art. 5º, § 2º - 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.

¹⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais** (trad. Virgílio Afonso da Silva). São Paulo: Malheiros, 2008, p. 520.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 179.

tucional e funcional é com a defesa do princípio da legalidade e, especialmente, do princípio da constitucionalidade, que significa que, no Estado Democrático de Direito é a Constituição que dirige a marcha da sociedade e vincula, positiva e negativamente, os atos do poder público. Por isso, para além de sua função de representação, judicial e extrajudicial da entidade pública em que se insere (União, Estado, Distrito Federal, deve contribuir também para (a) o aperfeiçoamento das instituições democráticas e, especificamente, para o aperfeiçoamento do Poder Judiciário; (b) a intocabilidade dos direitos fundamentais, especialmente dos direitos sociais; (c) a defesa da estabilidade dos funcionários contra o nepotismo que tem estado por trás da campanha contra essa garantia da função pública, pois ela é imprescindível não só como garantia de funções relevantes, mas também contra as nomeações políticas. Essas idéias gerais bastam para mostrar quão extensa e importante é a tarefa da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito. Acresça-se a isso sua responsabilidade pela plena defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana, e então se tem que seus membros saíram da mera condição de servidores públicos burocráticos, preocupados apenas com o exercício formal da atividade administrativa de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública, para se tornarem peças relevantes da plena configuração desse tipo de Estado.¹⁹

Não raro tais pareceres da advocacia pública, mesmo os que não possuem caráter vinculante, operam numa lógica de *soft law* e costumam ser seguidos, exercendo essa tarefa fundamental de fomentar que o Executivo seja democrático e potencializador dos direitos fundamentais. Mais precisamente, a Advocacia Pública acaba por exercer um papel fundamental na viabilização de um planejamento estratégico das políticas públicas, tão caras ao Estado social e democrático de direito, seja na formulação de sua justificativa, seja na indicação dos procedimentos a serem adotados.²⁰ Cientes desse

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 619-620.

²⁰ MÖLLER, Max. **Advocacia pública e a efetivação dos direitos sociais prestacionais**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Ed especial de 45 anos, 2010

novo cenário, no qual o parecer pode ou não ter efeito vinculante, o Judiciário e a doutrina já construíram parâmetros para lidar com a responsabilização do parecerista público. Quem melhor estudou e condensou de forma objetiva o tema foi José Vicente Santos de Mendonça, como se pode conferir na seguinte passagem:

(1) os advogados públicos não são absolutamente irresponsáveis no exercício da função consultiva, porque isso, no mínimo, não se coaduna com a idéia de Estado de Direito; (2) mesmo assim, os casos de responsabilidade pessoal do advogado público parecerista limitam-se às hipóteses em que comprovadamente tenha agido com dolo ou erro inescusável; (3) tais agentes públicos podem ser chamados a apresentar explicações junto aos tribunais de contas, desde que as imputações que se lhes façam digam respeito a esse dolo ou erro inescusável; (4) pode haver alguma relação entre a obrigatoriedade legal da prolação de parecer e a responsabilização do parecerista: nos casos em que o parecer é obrigatório ou vinculante, o consultor público seria co-responsável pelo ato administrativo.²¹

Veja-se que essa tarefa a cada dia torna-se mais árdua, complexa e arriscada, sobretudo quando não basta mais respeitar ou efetivar os direitos fundamentais, previstos constitucionalmente. É preciso observar e concretizar também os direitos humanos, os direitos positivados em convenções e tratados de direito internacional que aspiram a criar posições jurídicas a todos os seres humanos. Independentemente de quaisquer vinculações com uma ordem constitucional específica, há quem defenda que se trata de normas imperativas de direito internacional, normas de *ius cogens*, possuindo ou caráter supranacional, ou um caráter constitucional, de modo que tais direitos formariam uma espécie de bloco de constitucionalidade.

²¹ A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro Standards. Revista de Direito da Procuradoria Geral n. 65, 2010,. Disponível também em: <http://www.pge.proderj.rj.gov.br/Revista64/10-A%20Responsabilidade%20do%20Parecerista%20Publico%20em%20quatro%20standards.pdf>

de²². A Constituição brasileira, por exemplo, no art. 5º, §2º²³, prevê expressamente que os direitos fundamentais previstos na constituição não excluem outros decorrentes dos tratados de direitos humanos, inaugurando uma discussão doutrinária e jurisprudencial longa sobre o status de tais tratados. Nem mesmo a decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou o status supralegal dos anteriores a EC 45 e constitucional, se passar pelo procedimento análogo ao de Emenda previsto por essa no art. 5º, §3º da Constituição²⁴.

Existem críticas ao STF e discussões sobre o tema, e não desejamos entrar em detalhes sobre o ele. Seja qual for o entendimento adotado, é essencial que o Estado de direito se tornou um Estado internacional de direito²⁵, o que significa que o estado deve adequar sua atividade também aos tratados de direitos humanos, como, por exemplo, ao Pacto de São José da Costa Rica. Um caso representativo disso foi a condenação do Estado brasileiro em relação à guerrilha do Araguaia que também possui uma trajetória acidentada. Em 2010, o STF considerou recepcionada a Lei de Anistia. A Corte Interamericana, porém, no caso Gomes Lund e nº 11552, condenou do Brasil pelos crimes ocorridos na Guerrilha do Araguaia, afirmando expressamente que não pretendia rever a decisão do STF, embora tenha igualmente afirmado que a lei de anistia brasileira é incompatível com a convenção americana de direitos humanos, não

²² SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 29.

²³ MELLO, Celso de Albuquerque. **O §2º do art. 5º da Constituição Federal**. In: LOBO TORRES, Ricardo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-34.

²⁴ Trabalhando a evolução do constitucionalismo em quatro ondas (legalismo, constitucionalismo, internacionalismo e universalismo), Cf. MAZZUOLI, Valério e GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Direito supranacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. Sobre a internacionalização do direito, Cf. DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um direito mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Da mesma autora, Cf. **“La refondation de pouvoirs In: Etudes juridiques comparatives ET internationalisation du droit.”**. Disponível em: <http://www.college-de-france.fr/media/int_dro/UPL20030_delmas_marty_res0506.pdf>. Acesso em: 20/10/2010.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. In: Miguel Carbonell. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003, p. 27.

sendo válido por um “controle de convencionalidade”²⁶. Veja que, nesse cenário globalizado, instala-se um intenso diálogo entre direitos humanos e fundamentais para o qual é necessário preparar a Administração Pública e os agentes públicos para não só não incorrem em atividades contrárias aos direitos humanos, mas também para lhes dar concretude. Como já falamos, e repetimos com outras palavras, a Advocacia pública possui um papel pedagógico importante na instrução da conduta dos agentes públicos para os direitos humanos.

É por isso que hoje é mais adequado em *direitos humanos fundamentais*²⁷. É que a despeito dos possíveis significados distintos das expressões, a maior parte das Constituições do pós-guerra se inspirou nas declarações internacionais de direitos humanos, aproximando, materialmente, ambas as categorias. Percebe-se um claro processo de aproximação ou harmonização rumo ao que vem sendo chamado no campo dos direitos humanos e fundamentais, fomentado pela emergência de um “direito constitucional internacional” mais intenso. Fortalece-se, com isso, a idéia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio da soberania estatal, pois

²⁶ Sobre o “controle de convencionalidade”, Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 76-95. Do mesmo autor, Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Direito do Estado**, n. 14, 2009. SAGUES, Nestor Pedro. **Obligaciones internacionales y control de constitucionalidad**. Estudios Constitucionales n. 8º, n. 1, Universidade de Talca, 2010.

²⁷ Para uma reflexão sobre o tema, cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo, Saraiva, 2007. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. São Paulo, Atlas, 2007. COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 01-69. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. Sobre os direitos sociais internacionais, Cf. PIOVESAN, Flávia; GOTTI, Alessandra Passos; MARTINS, Janaína Senne. **A proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 77-92. PIOVESAN, Flávia. **Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: SARLET, Ingo. (Org.) *Direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 233-263. MELLO, Celso Albuquerque. **A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas**. In: SARLET, Ingo. (Org.) *Direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 215-232.

revela-se como um tema de interesse legítimo da sociedade internacional. Como bem colocou Flávia Piovesan, “*prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica decorrente de sua soberania*”²⁸.

Tamanha importância permite-nos compreender a necessidade de um grau de autonomia dos Procuradores do Estado face aos governantes para que se possa dizer o que é preciso dizer e não o que se deseja que seja dito. Quando se trata de proteção dos direitos humanos fundamentais, a autonomia para colaborar com o Executivo é uma parceira à medida que o procurador pode afirmar sem medo, se consultado, que determinado ato do secretário, ministro, governador ou Presidente é ilegal. Nesse sentido, a Constituição de 1988 requer a estruturação em carreira e o ingresso por concurso público para que não tenha o temor de ser exonerado. O Supremo Tribunal federal inclusive já decidiu que a criação de assessorias jurídicas com cargos em comissão apenas constituiria um burla a regulamentação constitucional da advocacia pública²⁹. Muitos autores hoje discutem a necessidade de ampliar esse grau de autonomia das procuradorias, como diminuir a instabilidade institucional e aumentar a estabilidade na proteção do interesse público³⁰. A proposta chegou a ser inicial

²⁸ PIOVESAN, Flávia. **Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos.** In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). *Direito ao desenvolvimento.* Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 97.

²⁹ STF DJU 25.04.97, ADI 881-1/ES, Rel. Min. Celso de Mello.

³⁰ HOLLIDAY, Gustavo Calmon. **A importância das Procuradorias como órgãos de assessoramento jurídico do Estado e a necessidade de autonomia.** Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n. 64, 2006, 68: “Somente com a almejada independência as Procuradorias ficariam livres das vicissitudes ideológicas dos administradores que se sucedem de quatro em quatro anos, podendo, enfim, reestruturar esses Órgãos de forma a cumprirem plenamente sua atribuição constitucional que é, em última análise, a preservação do interesse e do patrimônio públicos.”

mente formulada nos trabalhos que resultou no que seria a Emenda Constitucional, mas não se converteu em texto constitucional³¹.

É bom que seja assim para que as Procuradorias possam promover um diálogo institucional³² mais sincero e eficiente entre o Executivo, as diretrizes do legislativo e as decisões judiciais. Como dito, as Procuradorias encontram-se no meio do caminho e se vocacionadas, portanto, à promoção de um diálogo que não seja adversarial, mas epistemicamente positivo para construção de soluções democráticas e inteligentes para os problemas da vida. Com esse intuito, algumas procuradorias de vanguarda têm se aparelhado com órgãos capazes de promover esse diálogo para a otimização dos direitos humanos fundamentais, como, por exemplo, a Procuradoria dos Serviços de Saúde (PGE-RJ)³³ e a Comissão Permanente de Defesa dos Direitos

³¹ “No concernente às PGEs, a PEC 45 não aprovou o dispositivo que concedia autonomia administrativa, funcional e financeira às procuradorias, a despeito de toda a luta das entidades representativas dos procuradores – Anape e demais associações estaduais. Em que pese a derrota, a luta não cessou. O deputado federal Flávio Dino (PC do B/ MA) apresentou a PEC 82/2007, que objetiva – especificamente no artigo 132 – conceder a tão almejada autonomia às procuradorias. A prerrogativa também será analisada na PEC paralela da Reforma do Judiciário. A autonomia institucional da PGE se mostra de vital importância para a defesa do interesse público, pois vai permitir a construção de uma nova PGE com estrutura administrativa à altura de seu relevante papel, sem as injunções políticas que muitas vezes amesquinham o papel da instituição na defesa do interesse coletivo.” Disponível em : http://www.apec.org.br/revista_anape1.php?not_id=6092

³² Para um discussão mais profunda sobre os diálogos institucionais, MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação**. São Paulo: Tese de doutorado da USP, 2008, p 193 e ss.

³³ “Representa o Estado em juízo nos processos que tenham por objeto principal o cumprimento do dever de saúde pública, tal como o fornecimento de medicamentos, insumos, materiais ou equipamentos médicos; a realização de tratamentos, exames médicos ou procedimentos cirúrgicos; a internação em unidades hospitalares e o atendimento médico móvel; **e a alteração de políticas e programas públicos de saúde**.” <http://www.rj.gov.br/web/pge/exibconteudo?article-id=157555>

Humanos (PGE-RS)³⁴. Diante de uma administração ativista na implementação de políticas públicas, é igualmente necessária uma procuradoria proativa, sendo louváveis tais iniciativas. Afinal, em um Estado em que todos os três poderes interpretam a Constituição e se voltam à implementação de direitos humanos fundamentais, as políticas devem ser testadas e contestadas no espaço público pelo uso público da razão, porque, apenas assim, serão percebidos seus erros e acertos. É em maior ou menor grau o método da experimentação e da tentativa e erro que faz parte da vida de uma sociedade democrática. Para diminuir os erros, o acompanhamento por meio de um diálogo sincero e cooperativo, é o que tais órgãos se dispõem a realizar, e revela-se imprescindível, sendo mais facilmente obtido entre agentes organizados e autônomos.

3 A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO E OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

A advocacia pública tem duplo papel quando se aproxima do judiciário. Em primeiro lugar, realizar a defesa da fazenda pública em juízo e, em segundo, recomendar que a Administração modifique sua conduta para respeitar o ordenamento jurídico e efetivar ainda mais os direitos fundamentais. O diálogo institucional com o Judiciário tem papel fundamental em possibilitar a cooperação entre os poderes constituídos e ampliar o grau de proteção atribuído aos direitos fundamentais, uma vez que para a concretização destes não basta

³⁴ LEI COMPLEMENTAR Nº 11.742/2002: “**Art. 13** - (...) **Parágrafo único** - Integrará o Gabinete, também, Comissão Permanente de Defesa dos Direitos Humanos, com o objetivo de orientar a atuação institucional nesta área, composta por Procuradores do Estado representantes dos órgãos de execução com funções especializadas em razão da matéria, de coordenação e integração e de pesquisa e documentação.”

que os jurisdicionados possam contar com um Judiciário ativista³⁵, mas também com a garantia de decisões delimitadas por parâmetros razoáveis e dentro das reais possibilidades de prestação da administração. Por isso, a proposta aqui será a de trabalhar o papel da Advocacia Pública proativa seja na relação com a Administração, seja em juízo por meio de parâmetros capazes de ampliar a concretização dos direitos fundamentais (com especial foco nos direitos sociais), dividindo-os em duas categorias: (i) parâmetros procedimentais; (ii) parâmetros materiais³⁶.

A idéia de máxima efetividade e concretização dos direitos fundamentais tem constituído uma pauta relevante do constitucionalismo contemporâneo³⁷.

³⁵ É o que bem explica Max Möller: “Na verdade, é necessário uma evolução de todas as instituições no sentido de construir uma cultura jurídica que possibilite um acordo, um respeito e uma harmonia das atividades próprias do Poderes de Estado. Ainda que a concentração de poder no Poder Judiciário – principalmente no caso dos juízes de 1º grau – possa parecer tentadora ao detentor de poder em um primeiro momento; nossa história ensina que todas as tentativas de concentração de poder sempre foram subjogadas quando esse nível de concentração não mais servia aos cidadãos. Na história recente, basta verificar o absolutismo, seguido do legicentrismo do período liberal, ou o próprio fim da discricionariedade.” Cf. MÖLLER, Max. **Advocacia pública e a efetivação dos direitos sociais prestacionais**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Ed especial de 45 anos, 2010

³⁶ Há quem trabalhe com a proporcionalidade com intuito semelhante, Cf. CARPENEDO, Cláudia Elisandra de Freitas. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde: a aplicação da proporcionalidade como critério objetivo para sua concretização**. Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n.65, 2007, p. 59 e ss.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

nesse sentido, uma das facetas mais visíveis desse fenômeno diz respeito à judicialização das políticas públicas relativas aos direitos sociais. A possibilidade de o Judiciário condenar a Administração a prover prestações sociais é, de fato, uma das principais inovações do constitucionalismo contemporâneo, superando a concepção clássica de magistrados como meros aplicadores da norma produzida pelo legislador³⁸. Decisões desse tipo têm se reproduzido com

³⁸ Sobre o tema, Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515; SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

certa freqüência, tanto no âmbito do Supremo Tribunal Federal³⁹ quanto das cortes infraconstitucionais. Contudo, o que se observa na prática é que a casuística e a falta de parâmetros de tais decisões têm resultado em um grave desequilíbrio não somente das finanças públicas, mas também das relações entre os entes federativos, uma vez que freqüentemente são desrespeitados os limites da competência

³⁹ Cite-se como exemplo: BRASIL. STF, *DJU* 24 nov.2000, RE 271.286-8/RS, Rel. Min. Celso Mello: “EMENTA: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.”

de cada ente para o fornecimento daquela prestação, resultado em ônus excessivos para um ou outro ente. Note-se que o judiciário é um poder contramajoritário, enquanto o legislativo e executivo são democraticamente eleitos do que resultam uma preferência a priori da decisão desses últimos⁴⁰.

Qual o papel da advocacia pública nesse processo? De que forma a atuação do advogado público pode contribuir para a proteção do equilíbrio federativo e racionalização das prestações sociais em face da escassez de recursos e da casuística das decisões judiciais?

Max Möller, de forma bem pertinente, explica que a participação da Advocacia Pública na viabilização das políticas públicas em face de um contexto de judicialização se dá, basicamente, em três momentos: (i) na elaboração da justificação constitucional da política pública, demonstrando a juridicidade da opção técnico-administrativa, uma vez que uma política que demonstre a intenção de cumprir uma determinação constitucional tem muito menos possibilidades de sofrer uma intervenção judicial; (ii) na ciência dos procedimentos adotados e da preparação constitucional da política pública, de modo a levar à defesa judicial da política pública, se necessário, todos os elementos necessários para a análise de sua constitucionalidade e, por fim, (iii) na orientação e adaptação das políticas públicas já existentes ao teor de decisões judiciais. Dessa forma, exige-se da Advocacia Pública hoje uma nova abordagem para lidar com o controle de políticas públicas próprio do constitucionalismo contemporâneo⁴¹⁻⁴².

De fato, não se pode negar que o modelo de desenvolvimento

⁴⁰ Nesse Sentido, FONTE, Felipe de Melo. **Desenho institucional e políticas públicas: alguns parâmetros gerais para atuação judicial**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro n 64, .

⁴¹ MÖLLER, Max. **Advocacia pública e a efetivação dos direitos sociais prestacionais**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Ed especial de 45 anos, 2010

⁴² Nesse sentido, Luís Roberto Barroso também compreende a reformulação do papel do Poder Judiciário como um dos elementos mais significativos do constitucionalismo contemporâneo. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 203-249.

adotado pela Constituição de 1988 imponha uma atuação de natureza positiva pelo Poder Público, o que pode ser objeto de controle pelo Poder Judiciário. Apesar da vagueza com a qual o constituinte tratou o tema no art. 3º, II, esforços vêm sendo empreendidos no sentido de identificar um conteúdo material de natureza social no direito ao desenvolvimento⁴³. No entanto, defender tal teoria esbarra em algumas dificuldades, a começar pela própria conceituação de “direito ao desenvolvimento”.

A sociedade internacional compreende o direito ao desenvolvimento como um *direito humano*. Na ausência de uma delimitação constitucional mais clara, nos filiaremos a esta concepção, com fundamento no art. 4º, II da Constituição⁴⁴. Nesse sentido, a Declaração a Respeito do Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas na forma da resolução 41/128, de 4 de dezembro de 1986, define o direito ao desenvolvimento da seguinte forma: *Artigo 1º §1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.*⁴⁵ (Grifo nosso)

⁴³ Para uma discussão a respeito do conteúdo material do direito ao desenvolvimento na Constituição de 1988 e sua normatividade, confira-se: DORE FERNANDES, Eric Baracho. **A normatividade do direito ao desenvolvimento**. *Mimeo* (no prelo para publicação pela revista Direito Público); DORE FERNANDES, Eric Baracho. **Justiça e comunidade na luta pelos avanços sociais: o papel do poder judiciário na concretização de um modelo social de desenvolvimento**. *Mimeo*.

⁴⁴ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: (...) II - prevalência dos direitos humanos. No mesmo sentido, APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira. Considerações a respeito da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz do Direito ao Desenvolvimento. In: JUNIOR, Alberto do Amaral; JUBILUT, Liliana Lyra. **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. p. 675-723.

⁴⁵ ONU. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. Adotada pela Revolução n.º 41/128 da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986.

A garantia do desenvolvimento nacional, então, pressupõe não apenas um conceito meramente *quantitativo* – correspondendo à idéia de crescimento econômico, mas também um conceito *qualitativo*, onde o crescimento econômico corresponda a um proporcional incremento do bem-estar de toda a população, com a justa redistribuição dos benefícios resultantes entre todos os membros da sociedade⁴⁶. Por isso, não é surpresa alguma que a opção do constituinte de 1988 em incluir o direito ao desenvolvimento dentre os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil tenha sido acompanhada pela constitucionalização de um extenso rol de direitos sociais, destinados à redução das desigualdades através de prestações estatais de natureza positiva, destinadas a concretizar um patamar *material* (e não mais simplesmente *formal*) de isonomia⁴⁷. Assim, o direito ao desenvolvimento e os direitos sociais apresentam-se como duas facetas distintas e complementares da mesma moeda: estes se destinam a concretização daquele em uma dimensão qualitativa. É o que se poderia chamar de um *modelo social de desenvolvimento*⁴⁸. Contudo, como tornar real este projeto constitucional de desenvolvimento?

Um dos debates mais conhecidos entre os juristas acerca do desenvolvimento repousa na afirmação de normatividade das normas

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 49; GRAU, Eros Roberto. Notas preliminares à abordagem da relação entre direito e desenvolvimento. **Revista dos Tribunais**. Vol. 519. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 14.

⁴⁷ “Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos; direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam com o direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais, na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real – o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”. SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 186.

⁴⁸ Nesse sentido, DORE FERNANDES, Eric Baracho. **A Normatividade do Direito ao Desenvolvimento: Elementos para a Exigibilidade Judicial**. *Op. Cit.*; DORE FERNANDES, Eric Baracho. **Justiça e comunidade na luta pelos avanços sociais: o papel do poder judiciário na concretização de um modelo social de desenvolvimento**. *Op. Cit.*

programáticas⁴⁹ relativas à concretização do projeto de Constituição dirigente, sendo assim chamados os textos constitucionais que ao contrário de se limitarem como um reflexo do presente, buscam anunciar *ideais* a serem concretizados em um processo de evolução política em determinado sentido⁵⁰. Essa abordagem inevitavelmente acaba por levar à discussão acerca da concretização judicial dos direitos fundamentais desse projeto constitucional⁵¹. O próprio jurista português e principal idealizador do conceito de Constituição dirigente, o professor José Joaquim Gomes Canotilho, chega a dizer que “a Constituição dirigente está morta”⁵². Não quis, com isso, renegar totalmente o papel da Constituição como elemento transformador da realidade social. Explicou que a Constituição dirigente estaria morta se o dirigismo constitucional fosse entendido como um “normativismo constitucional” revolucionário e milagroso, capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias⁵³. Para manter a força normativa de uma Constituição⁵⁴, deve haver uma análise dinâmica com a realidade que envolve a verificação das: (i) provisões financeiras garantidas por sistema fiscal eficiente; (ii) estrutura da despesa

⁴⁹ Sobre o tema, confira-se o clássico: SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁵⁰ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14-15.

⁵¹ Sobre a legitimidade da atuação contramajoritária da Jurisdição Constitucional em um ambiente democrático, cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009, p. 331-346.

⁵² GRAU, Eros Roberto. Canotilho, Constituição dirigente e vinculação do legislador, 2ª edição: resenha de um prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

⁵³ “Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias.”(...) “Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. (...)” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2º Ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

⁵⁴ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição** <Die Normative Kraft der Verfassung>. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

pública orientada para o financiamento dos direitos e investimentos produtivos que os assegurem; (iii) orçamento público equilibrado; e (iv) taxa de crescimento do rendimento nacional de valor médio ou elevado⁵⁵. Todavia, a dificuldade de verificação de tais pressupostos em um país como o Brasil, seja devido ao crescimento das despesas públicas, seja devido a diversos déficits estruturais, tem colocado em questão a sustentabilidade do Estado Social.

Diante da ausência de tais pressupostos de sustentabilidade, no Estado social de direito existe um profundo desacordo político e econômico sobre o modo de efetivar os direitos sociais e quem tem competência para fazê-lo. O desacordo aumenta quando se está em contextos nos quais existe uma vasta demanda por efetivação de direitos sociais e uma escassez de recursos para fazê-lo. Acaba surgindo, por isso, uma tensão entre a jurisdição constitucional – o controle da constitucionalidade das leis e atos administrativos do poder público – e a democracia. Enquanto os membros dos poderes Executivo e Legislativo são agentes públicos eleitos e investidos em seus cargos pelo batismo da democracia representativa, o mesmo não ocorre com o Poder Judiciário, cuja investidura se dá, na maioria das vezes, através de critérios predominantemente técnicos (em geral, concursos públicos de provas e títulos). Questiona-se então a legitimidade de um poder composto por indivíduos não representativos da vontade popular serem competentes para invalidar atos de poderes representativos e, no caso dos direitos fundamentais, implementar judicialmente as políticas públicas. É a chamada *dificuldade contramajoritária*⁵⁶. Diante dessa tensão entre jurisdição constitucional

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial das prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a realização da força normativa da “constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11-32.

⁵⁶ BICKEL, Alexander M. **The least dangerous Branch**. 2 ed. Yale University Press, 1986, p. 1-33. Registre-se de que hoje a doutrina tem se debruçado de forma profunda sobre o tema da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Nesse sentido, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

e democracia, surge a necessidade de formular parâmetros⁵⁷ para racionalizar a judicialização das políticas públicas relacionadas aos direitos sociais⁵⁸. Os parâmetros podem ser agrupados em duas grandes categorias: processuais e materiais.

Em relação aos parâmetros processuais, recomenda-se ampliar o uso dos processos coletivos ao invés das ações individuais⁵⁹. Privilegiar ações coletivas, ao invés das ações individuais, restringindo-se as últimas às hipóteses de danos irreversíveis e a inobservância dos direitos conferidos pelo legislador e administrador com base em lei, é capaz de desorganizar menos a administração pública. Além disso, elas garantem a universalização da medida, atendendo de forma isonômica a todos os que estejam nas mesmas condições,

⁵⁷ Para uma visão mais detalhada sobre a utilização da técnica de parâmetros, conferir: LEGALE FERREIRA, Siddharta. Standards: O que são e como criá-los? **Revista de Direito dos Monitores da UFF**, v. 8, p. 3-31, 2010. Do mesmo autor, aplicando a metodologia de parâmetros especificamente no que concerne à eficácia dos direitos sociais, LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Estado social e democrático de direito: História, direitos fundamentais e separação de poderes**. Disponível em: <http://www.cspb.org.br/docs_concursos2009/monografiasiddharta.pdf>. Acesso em: 20/06/2011.

⁵⁸ Para uma discussão mais profunda sobre os parâmetros relacionados à judicialização das políticas públicas de direitos sociais, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515; SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁵⁹ Andreas Krell destaca a relevância da tutela coletiva, em especial ação civil pública, na implementação desses direito. Cf. KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 103-106. Sobre a dificuldade em adotar tal opção é que os mecanismos tradicionais de proteção dos direitos fundamentais individuais, quando uma lógica coletiva se faz necessária, Cf. COURTIS, Christian e ABRAMOVICH, Victor. **Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales**. In: SARLET, Ingo. Direitos fundamentais sociais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 161-166. ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002, p.122 e ss.

não somente os demandantes de um processo judicial⁶⁰. Nada mais natural quando se tratam de direitos fundamentais de caráter social que são normalmente de divisão coletiva.

Um caso que demonstra as vantagens da utilização dos processos coletivos em demandas envolvendo direitos sociais diz respeito à ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal para incluir na tabela de procedimentos do SUS cirurgias de mudança de sexo⁶¹. A decisão do Tribunal acolheu os argumentos do Ministério Público Federal e determinou que as cirurgias de redesignação sexual fossem custeadas pelo Sistema Único de Saúde. No entanto, o impacto que essa decisão traria nas finanças públicas e em outras políticas públicas de saúde em andamento levou a União a ajuizar uma suspensão de tutela antecipada para suspender os efeitos do acórdão. No STF, em decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie, o pedido foi acolhido. Apesar de não demonstrar discordância da fundamentação do acórdão do TRF, a Ministra entendeu que a decisão impactaria nas finanças públicas, pelo fato das cirurgias de mudança de sexo não estarem previstas pela programação orçamentária federal. Confira-se a ementa de tal decisão:

⁶⁰ Por representar uma forma isonômica de resolver conflitos envolvendo direitos transindividuais é que os processos coletivos normalmente são incluídos como a 2ª onda de acesso a justiça, na classificação de Mauro Cappelletti. O Brasil, em especial, exerce um papel de destaque em nível mundial, sendo o país com o maior número de instrumentos capazes de proteger interesses transindividuais, como a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo. Cf. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 21ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 39-40.

⁶¹ EMENTA - Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9/RS DIREITO CONSTITUCIONAL. TRANSEXUALISMO. INCLUSÃO NA TABELA SUS DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS DE TRANSGENITALIZAÇÃO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE E PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE SEXO. DISCRIMINAÇÃO POR MOTIVO DE GÊNERO. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE LIBERDADE, LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE, PRIVACIDADE E RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA. DIREITO À SAÚDE. FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO. (...) Para um estudo sistemático sobre o tema, Cf. DORE FERNANDES, Eric Baracho. O transexual e a omissão da lei: Um estudo de casos paradigmáticos. **Caderno virtual (Instituto Brasileiro de Direito Público)**, v. 1, p. 1-34, 2010.

(...) Não desconheço o sofrimento e a dura realidade dos pacientes portadores de transexualismo (patologia devidamente reconhecida pela Organização Mundial de Saúde: CID-10 F64.0), que se submetem a programas de transtorno de identidade de gênero em hospitais públicos, a entrevistas individuais e com familiares, a reuniões de grupo e a acompanhamento por equipe multidisciplinar, nos termos da Resolução 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina, com o objetivo de realizar a cirurgia de transgenitalização, pessoas que merecem todo o respeito por parte da sociedade brasileira e do Poder Judiciário. Ressalte-se, entretanto, que, no caso em apreço, foi concedida tutela antecipada, determinando-se à União que promova, no prazo de 30 dias, *“todas as medidas apropriadas para possibilitar aos transexuais a realização, pelo Sistema Único de Saúde, de todos os procedimentos médicos necessários para garantir a cirurgia de transgenitalização do tipo neocolpovulvoplastia, neofaloplastia e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários, conforme os critérios estabelecidos na Resolução nº 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina”* (fls. 147-148), bem como edite ato normativo que preveja a inclusão desses procedimentos cirúrgicos na tabela de procedimentos remunerados pelo Sistema Único de Saúde (Tabela SIH/SUS). É dizer, no presente caso, não se está analisando uma situação concreta, individual, um caso específico, determinou-se, sim, à requerente que tome providências normativas e administrativas imediatas em relação aos referidos procedimentos médico-cirúrgicos, motivo pelo qual entendo que se encontra devidamente demonstrada a ocorrência de grave lesão à ordem pública, em sua acepção jurídico-constitucional, porquanto a execução do acórdão ora impugnado repercutirá na programação orçamentária federal, ao gerar impacto nas finanças públicas. (...) Ante o exposto, **defiro** o pedido para suspender a execução do acórdão proferido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos da Apelação Cível nº 2001.71.00.026279-9/RS.⁶²

O caso é interessante por dois motivos. Em primeiro lugar, destaca a importância do diálogo entre administração e judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde. Em segundo lugar,

⁶² STF, DJ 12/12/2007, STA 185. Rel. Min. Ellen Gracie.

é um tema atual: a necessidade de a administração não atuar com preconceitos contra aqueles que optam ou que possuem um padrão de afetiva não heterossexual, seja contra os homossexuais, seja contra os transexuais. A dupla vantagem da utilização dos processos coletivos está nisto: efetivar a igualdade como redistribuição de direitos econômicos e a igualdade como reconhecimento de direitos. Não é raro nessa tarefa encontrar pareceres precursores na Advocacia Pública em sua atuação pelo reconhecimento de tais direitos, inclusive de ordem previdenciária dos casais homoafetivos, recentemente chancelado pelo Supremo Tribunal Federal.

Diferente do que acontece com os processos individuais, torna-se mais fácil tanto para a Administração quanto para o Judiciário, identificar o impacto “macro” da decisão nas políticas públicas de saúde e no orçamento e deliberar sobre a sua concretização. Com uma única decisão foi possível impedir graves danos ao erário e à organização administrativa, até que se tivesse condições de, efetivamente, implementar esse tipo de procedimento no SUS. E foi efetivamente o que ocorreu: em 29/09/2009, por meio da petição nº 137.005, o Procurador-Geral da República comunicou a edição da portaria do Ministério da Saúde de número 1.707/2008⁶³ que instituiu a cirurgia de mudança de sexo pelo SUS. Sendo assim, ocorreu a perda do interesse de agir da União e a perda superveniente do objeto do pedido de suspensão de tutela antecipada.

Outro parâmetro processual importante diz respeito à ampliação do diálogo institucional entre os três poderes, para que todos possam cooperar para a ampliação da proteção dos direitos fundamentais. Afinal, mesmo que o Ministério Público provoque o Judiciário a atuar de forma ativista nas condenações em face da Administração Pública, é certo que os recursos necessários para instituir as políticas públicas necessárias não surgirão da noite para o dia. É necessário um diálogo institucional mais amplo, para que todos os entes envolvidos nas políticas públicas de saúde possam conhecer os reais limites da Administração em arcar com o ônus dessas decisões.

Dois exemplos de ampliação deste diálogo institucional de-

⁶³ Ministério da Saúde. Portaria no 1707/2008. Disponível em http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2008/prt1707_18_08_2008.html.

monstram alternativas interessantes. O primeiro diz respeito à convocação de audiências públicas, com a participação de operadores do direito, acadêmicos, cidadãos, administradores e gestores. O Supremo Tribunal Federal tem empreendido esforços no sentido de ampliar o diálogo institucional em matéria de direitos fundamentais através de audiências públicas envolvendo tanto o direito à saúde⁶⁴ quanto à educação⁶⁵. Isso é essencial porque a efetivação da Constituição depende não só dos três poderes, embora esses desempenhem um papel de relevo. O povo também é intérprete e pré-intérprete da constituição, de modo que é preciso aproximar o senso comum das instituições para ampliar o controle e a possibilidade de, em uma democracia, os cidadãos desenvolverem a inevitável capacidade de cuidarem de si próprios⁶⁶.

O outro diz respeito à criação, no âmbito do próprio Poder Judiciário, de núcleos de assessoramento, integrando representantes da Administração e profissionais com conhecimento técnico suficiente para avaliar a real necessidade da prestação jurisdicional e ajudar a identificar eventuais fraudes. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em exemplo pioneiro, instituiu o Núcleo de Assessoria Técnica (NAT) em parceria entre a Secretaria do Estado de Saúde e Defesa Civil do Rio de Janeiro. O “NAT” assessora os juízes em ações de medicamentos, tendo completado dois anos de atividades em abril de 2011.

⁶⁴ STF. **Audiência pública sobre saúde**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>>.

⁶⁵ BRASIL. STF. **Audiência pública sobre ações afirmativas no ensino público superior**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa>>. Acesso em: 20/06/2011.

⁶⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**<Die Offene Gesellschaft der Versungsinterpreten. Ein Beitrag zur Pluralistischen und “Przessualen” Versungsinterpretation> Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Ed. Sergio Antonio Fabris.

A equipe é composta por 26 profissionais distribuídos entre aqueles da área administrativa, enfermeiros, nutricionistas e médicos⁶⁷.

Contudo, as reais potencialidades desse modelo são extremamente complexas. A judicialização constante das políticas públicas, em especial em matéria de saúde, tem levado as procuradorias estaduais e municipais a criarem núcleos especializados nesse tipo de direito. No âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, há uma procuradoria de serviços de saúde⁶⁸. Parece-nos que uma eventual parceria entre os núcleos da Advocacia Pública e aqueles existentes dentro do próprio Judiciário poderia contribuir para a racionalização das decisões judiciais através dos diversos parâmetros de atuação aqui propostos. A tendência certamente será uma confluência, já que melhor que vencer litígios é vencer a carência e o desrespeito aos direitos humanos fundamentais. Não há dúvidas de que o Judiciário e a Advocacia Pública sabem disso.

Um último parâmetro processual diz respeito à legitimidade passiva para demandas que envolvam, em especial, fornecimento de medicamentos. É que a despeito da existência de uma lista do SUS sistematizando de forma precisa os medicamentos que são de responsabilidade de cada ente federativo, muitas decisões judiciais desrespeitam a repartição de competências entre os entes federativos. Esse tipo de decisão acaba por acarretar ônus inesperados para os entes federativos, que acabam por ter de fornecer medicamentos originariamente na lista de outra esfera de governo. Esse entendimento normalmente tem por fundamento o art. 23 da Constituição,

⁶⁷ Dados disponíveis na página do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na seguinte notícia no website do Tribunal: <http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/home?p_p_id=portletnoticias_WAR_portletnoticias&p_p_lifecycle=1&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_portletnoticias_WAR_portletnoticias_acao=noticia-visualizar&_portletnoticias_WAR_portletnoticias_metodo=carregar¬iciaId=5101>. Acesso em: 20/06/2011.

⁶⁸ “*Representa o Estado em juízo nos processos que tenham por objeto principal o cumprimento do dever de saúde pública, tal como o fornecimento de medicamentos, insumos, materiais ou equipamentos médicos; a realização de tratamentos, exames médicos ou procedimentos cirúrgicos; a internação em unidades hospitalares e o atendimento médico móvel; e a alteração de políticas e programas públicos de saúde.*” Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/pgc/exibeconteudo?article-id=157555>>. Acesso em: 20/06/2011.

que delimita como competência administrativa comum da União, Estados e Municípios a saúde.

No Rio de Janeiro, por exemplo, a impossibilidade do chamamento ao processo do ente responsável encontra amparo no enunciado nº 65 da súmula de jurisprudência dominante do Tribunal: “*Deriva-se dos mandamentos dos artigos 6. e 196 da Constituição Federal de 1988 e da Lei n. 6.080/90, a responsabilidade solidaria da União, Estados e Municípios, garantindo o fundamental direito a saúde e conseqüente antecipação da respectiva tutela.*”. Contudo, tal entendimento esbarra em uma série de dificuldades e problemas de ordem prática. Vejamos.

Primeiramente, do ponto de vista da repartição de competências entre os entes federativos, a Constituição da República atribuiu competência legislativa concorrente sobre saúde, cabendo à União, aos Estados e aos Municípios legislar concorrentemente sobre o tema, conforme artigos 24, XII e 30, II do texto constitucional. À União Federal cabe estabelecer as normas gerais, conforme dispõe o 24, § 1º. A seguir o texto constitucional prevê, no art. 24, § 2º, que aos Estados cabe suplementar a legislação federal. Por fim, quanto aos Municípios, cabe legislar sobre os assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal. Quanto a esse aspecto não há maiores controvérsias.

A respeito do aspecto administrativo, ou seja, formular e executar as obrigações constitucionais de natureza positiva que constituem as políticas públicas de saúde, a previsão constitucional é de competência comum, no artigo 23, II. É certo que atribuir uma competência comum não significa uma *superposição* entre a atuação dos entes federados, como se todos detivessem competência ilimitada em relação a todos os tipos prestações positivas em matéria de saúde, o que acarretaria a ineficiência na prestação destes serviços. A Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/1990) estabeleceu a estrutura e o modelo operacional do Sistema Único de Saúde, de modo a racionalizar a atuação de cada ente federativo por meio de uma municipalização. Em relação à distribuição dos medicamentos, a competência de cada ente federativo não está na lei, sendo previstas em diversos atos administrativos federais, estaduais e municipais,

prevendo os medicamentos que devem ser fornecidos à população. Nessa linha, estados como o Rio Grande do Sul, procuram atuar na lógica de incumbir ao Município a farmácia básica, aos Estados os medicamentos e tratamentos excepcionais e à União os raros.

As decisões judiciais e o próprio Supremo Tribunal Federal, porém, ignoram tal lógica, o que possui o potencial de maximizar a desordem, os desequilíbrios e as injustiças entre os entes federativos, uma vez que uns acabam tendo que fornecer medicamentos já previstos na lista de outros, que se vincularam a este fim. Parece-nos muito mais apropriado que se respeite a legitimidade passiva dos entes que se vincularam para o fornecimento daquele medicamento em especial, sendo solidária à responsabilidade somente quando (i) mais de um ente é responsável pelo fornecimento daquele medicamento ou procedimento; (ii) nenhum dos entes seja responsável. É a posição sustentada pelo professor e advogado público Luís Roberto Barroso, ao discorrer sobre o tema em artigo específico sobre o tema:

Parâmetro: o ente federativo que deve figurar no pólo passivo de ação judicial é aquele responsável pela lista da qual consta o medicamento requerido

60. Como mencionado, apesar das listas formuladas por cada ente da federação, o Judiciário vem entendendo possível responsabilizá-los solidariamente, considerando que se trata de competência comum. Esse entendimento em nada contribui para organizar o já complicado sistema de repartição de atribuições entre os entes federativos. Assim, tendo havido a decisão política de determinado ente de incluir um medicamento em sua lista, parece certo que o pólo passivo de uma eventual demanda deve ser ocupado por esse ente. A lógica do parâmetro é bastante simples: através da elaboração de listas, os entes da federação se autovinculam.⁶¹ Nesse contexto, a demanda judicial em que se exige o fornecimento do medicamento não precisa adentrar o terreno árido das decisões políticas sobre quais medicamentos devem ser fornecidos, em função das circunstâncias orçamentárias de cada ente político. Também não haverá necessidade de examinar o tema do financiamento integrado pelos diferentes níveis federativos, discussão a ser travada entre União, Estados e Municípios e não no âmbito de cada demanda entre cidadão e Poder Público. Basta, para a definição do pólo passivo em

tais casos, a decisão política já tomada por cada ente, no sentido de incluir o medicamento em lista.⁶⁹

O segundo eixo do debate refere-se aos parâmetros materiais. Em primeiro lugar, o deferimento judicial de direitos sociais só se justifica em favor daqueles que não têm condições de arcar com os custos da prestação com recursos próprios, os denominados hipossuficientes. De fato, em muitas situações o administrador acaba por se deparar com demandas onde o autor possui condições de arcar com os custos de determinado medicamento ou tratamento, e, mesmo assim, bate às portas do Poder Público, gerando um desequilíbrio nos programas destinados a atender aqueles realmente hipossuficientes. Um caso concreto muito interessante, extraído da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ilustra bem o problema. Trata-se de agravo de instrumento interposto por fundação municipal de saúde, na qual o procurador municipal descobriu que a agravada (que, frise-se, alegava ser hipossuficiente) arcava com as prestações de um barco, em valor muito mais elevado do que o custo do tratamento pleiteado. Confira-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. LEITE. O AGRAVANTE TEM O DEVER DE PROMOVER POLÍTICAS PÚBLICAS, COM VERBAS ORÇAMENTÁRIAS PRÓPRIAS, DESTINADAS A GARANTIR A SAÚDE DOS CIDADÃOS CARENTES, QUE, POR FORÇA DESTA CONDIÇÃO, NÃO DISPÕEM DE RECURSOS PARA A AQUISIÇÃO DOS MEDICAMENTOS QUE NECESSITEM. A AUTORA NÃO PODE SER CONSIDERADA HIPOSSUFICIENTE, TENDO EM VISTA QUE **SUA GENITORA PAGA MENSALMENTE UMA PARCELA PELA AQUISIÇÃO DE UMA LANCHA, MARCA TECNOBOATS, CONFORME DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. DE TAL SORTE, NÃO PODE COMPELIR OS COFRES PÚBLICOS A CUSTEAREM O TRATAMENTO DE SUA FILHA, QUE NÃO ULTRAPASSAVA O VALOR MENSAL DE CERCA DE R\$ 2.500,00.** DESSA FORMA,

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n.66, 2007, p. 113.

IMPÕE-SE A REFORMA DA DECISÃO, PARA QUE SEJA INDEFERIDO O REQUERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROVIMENTO AO RECURSO, NA FORMA DO ARTIGO 557, §1-A DO CPC.⁷⁰

O próximo parâmetro proposto diz respeito a dar preferência para a opção técnica previamente implementada pela Administração em relação à apresentada pelo demandante, não devendo o Judiciário, em regra, compelir a Administração a prestar tratamento diverso para a mesma patologia. Decidir de outra forma ultrapassa a legitimidade do Poder Judiciário em controlar os limites mínimos do dever constitucional de fornecer aquele direito, adentrando no mérito administrativo. Recomenda-se, além disso, a escolha da solução mais econômica, quando não houver medicamento previamente estabelecido pelas opções técnicas da própria administração. Se, por exemplo, já existir um medicamento genérico, esta se revela a melhor a opção do julgador em detrimento de opções mais caras, fabricadas por laboratórios. Em um cenário de recursos escassos e que não raro se ter que fazer escolhas trágicas, como a de salvar uma vida em detrimento de outra, a escolha da solução mais econômica, longe de consubstanciar um utilitarismo cinza e documental, representa um pragmatismo que se preocupa com as conseqüências das escolhas públicas de modo a maximizar a fruição dos direitos humanos fundamentais.

O último parâmetro material leva em consideração o contexto, afirmando que, quanto maior a política de concretização de direitos sociais, menor deve ser a intervenção do Judiciário nas políticas públicas. O raciocínio inverso também é verdadeiro, sendo certo que, diante da carência em efetivar os direitos sociais, justifica-se um maior ativismo judicial. É claro que, nesse juízo, entra na balança também se o ambiente revela condições econômicas favoráveis ou se vive uma situação de recessão. No primeiro caso, a interpretação deve extrair o máximo de conteúdo para satisfação dos interesses sociais. Em contrapartida, em situações de crises econômicas é de se

⁷⁰ TJRJ. Agravo de Instrumento n.º 0033464-64.2010.8.19.0000. Rel. Des. Helena Candida Lisboa Gaede.

esperar uma redução nas prestações sociais. Nesse sentido, de forma precisa, Jorge Miranda explica que a efetivação dos direitos sociais deve ser compatível com o “nível de sustentabilidade existente”⁷¹. Considerando esse contexto, não é possível que o Judiciário substitua os poderes representativos na elaboração de políticas públicas, devendo limitar-se a garantir a vinculação mínima desses poderes aos patamares constitucionais mínimos exigidos por nosso modelo de desenvolvimento. A idéia deste parâmetro é justamente guiar o intérprete de modo a “calibrar” os freios e contrapesos, de forma mais precisa, o grau de atuação do Judiciário em face das políticas públicas.

4 APONTAMENTOS FINAIS

A concretização do extenso rol de direitos humanos fundamentais pressupõe o intenso e sincero diálogo entre os três poderes. Em um Estado democrático de direito, vocacionado à cultura dos direitos humanos, instituições como a Advocacia Pública simbolizam a possibilidade de que a maximização do diálogo institucional entre os três poderes e os cidadãos é possível e eficiente. Em tempos de judicialização excessiva, faz-se necessário uma Administração proativa na proteção dos direitos humanos fundamentais, em especial de minorias como forma de possibilitar a implementação e a universalização do acesso a tais direitos, e que seja discutida com fundamentos em critérios técnicos e racionais, superando-se a noção de um ativismo.

Por isso, inicialmente, o texto destacou o múnus do advogado público como um espaço privilegiado para concordância prática entre a necessidade de se adequar as políticas públicas aos patamares mínimos exigidos por nosso modelo de desenvolvimento, e também a racionalização deste controle judicial com parâmetros mais adequados para guiar as decisões judiciais, sem perder de vista as experiências bem sucedidas na prática.

Em seguida, destacou-se o papel da Advocacia Pública como defensor da Fazenda Pública em juízo, mas não só, também como

⁷¹ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV – Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 443.

defensor dos direitos humanos fundamentais em juízo. O atual modelo de atuação do advogado público impõe que se busque não exonerar o ente público de suas obrigações, mas assegurar que o controle Judiciário das políticas públicas leve em consideração critérios razoáveis, capazes de garantir o equilíbrio entre os entes federativos e a manutenção das políticas públicas como um todo, o que significa entre outras coisas a necessidade de uma maior deferência às opções políticas da Administração e a adoção de ações coletivas como a via procedimental para discuti-las.

Enfim, conclui-se que uma instituição tão singular, como a Advocacia Pública, ao transitar entre dois ambientes institucionais distintos – Administração e Judiciário-, torna-se capaz de algo raro nos dias de hoje: olhar para fora das próprias instituições, compartilhando a expertise técnica da Administração e as políticas públicas do governo com os juízes e, por outro lado, revela-se igualmente apta a colher e incorporar a crítica judicial ao Executivo nas práticas administrativas, como uma forma de melhorar a realidade dos direitos humanos fundamentais por meio de um diálogo institucional.

5 REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor e COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

_____. **Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales**. In: SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais sociais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais (trad. Virgílio Afonso da Silva)**. São Paulo: Malheiros, 2008.

APOLINÁRIO, Silvia Menicucci de Oliveira. Considerações a respeito da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz do Direito ao Desenvolvimento. In: JUNIOR, Alberto do Amaral; JUBILUT, Liliana Lyra. **O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. p. 675-723.

ARANGO, Rodolfo. **El concepto de derechos sociales fundamentales**. Bogotá: Legis, 2005

BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: LOBO

TORRES, Ricardo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n.66, 2007, p. 89 e ss.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 21ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª edição. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. 2º Ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001.

_____. O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial das prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a realização da força normativa da

“constituição social”). In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11-32.

COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 01-69

DORE FERNANDES, Eric Baracho. **A normatividade do direito ao desenvolvimento**. *Mimeo* (no prelo para publicação pela revista Direito Público).

_____. **Justiça e comunidade na luta pelos avanços sociais: o papel do poder judiciário na concretização de um modelo social de desenvolvimento**. *Mimeo*.

_____. O transexual e a omissão da lei: Um estudo de casos paradigmáticos. **Caderno virtual (Instituto Brasiliense de Direito Público)**, v. 1, p. 1-34, 2010.

DELGADO, José Augusto. **Autonomia das procuradorias dos estados**. Revista de Direito da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n. 64, 2006.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Três desafios para um direito mundial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. Da mesma autora, Cf. “**La refondation de pouvoirs In: Etudes juridiques comparatives ET internatinalisation du droit**.”. Disponível em: <http://www.college-de-france.fr/media/int_dro/UPL20030_delmas_marty_res0506.pdf>. Acesso em: 20/10/2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Pasado y futuro del Estado de Derecho**. In: Miguel Carbonell. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Trotta, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo, Saraiva, 2007.

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. **Advocacia Pública: Estudo classificatório de direito comparado**. Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n.66, 2007

GRAU, Eros Roberto. Notas preliminares à abordagem da relação entre direito e desenvolvimento. **Revista dos Tribunais**. Vol. 519. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979

_____. Canotilho, Constituição dirigente e vinculação do legislador, 2ª edição: resenha de um prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2005

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional A Sociedade Aberta dos Interpretes da Constituição: Para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição**<Die Offene Gesellschaft der Verssungsinterpreten. Ein Beitrag zur Pluralistischen und “Przessualen” Verssungsinterpretation> Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Ed. Sergio Antonio Fabris.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição** <Die Normative Kraft der Verfassung>. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991

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

HOLLIDAY, Gustavo Calmon. **A importância das Procuradorias como órgãos de assessoramento jurídico do Estado e a necessidade de autonomia.** Revista da Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul n. 64, 2006.

LEGALE FERREIRA, Siddharta. **Estado social e democrático de direito: História, direitos fundamentais e separação de poderes.** Disponível em: <http://www.cspb.org.br/docs_concursos2009/monografiasiddharta.pdf>. Acesso em: 20/06/2011.

_____. Standards: O que são e como criá-los? **Revista de Direito dos Monitores da UFF**, v. 8, p. 3-31, 2010.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

_____. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista de Direito do Estado**, n. 14, 2009

_____.; GOMES, Luiz Flávio Gomes. **Direito supranacional.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. **O ativismo judicial e o direito à saúde.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MELLO, Celso de Albuquerque. **O §2º do art.5º da Constituição Federal.** In: LOBO TORRES, Ricardo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais.** 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

MENDES, Conrado Hubner. **Direitos fundamentais, separação dos poderes e deliberação.** São Paulo: Tese de doutorado da USP, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV – Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. São Paulo, Atlas, 2007.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao desenvolvimento: desafios contemporâneos. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 95-116.

_____. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007. Sobre os direitos sociais internacionais.

_____. **Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: SARLET, Ingo. (Org.) **Direitos fundamentais sociais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 233-263. MELLO, Celso Albuquerque. **A proteção dos direitos humanos sociais nas Nações Unidas**. In: SARLET, Ingo. (Org.) **Direitos fundamentais sociais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 215-232.

_____; GOTTI, Alessandra Passos; MARTINS, Janaína Senne. **A proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais**. In: PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 77-92.

SAGUES, Nestor Pedro. **Obligaciones internacionales y control de constitucionalidad**. Estudios Constitucionales n. 8º, n. 1, Universidade de Talca, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2003

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 515;

SARMENTO, Daniel. A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira (orgs). **Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

2º Lugar

ADVOCACIA PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS: O DESAFIO DE UMA NECESSÁRIA APROXIMAÇÃO

Juanez Strapasson

1 INTRODUÇÃO

O móvel da presente pesquisa surgiu da imperdível oportunidade de participar do Primeiro Concurso de Monografias Jurídicas idealizado pela Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul (APERGS) em parceria com a Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul (PGE/RS).

O desafio, direcionado a acadêmicos e profissionais da área jurídica, foi o de incentivar a produção acadêmica e dissertar sobre interessante combinação de temas: advocacia pública e direitos humanos.

Breve pesquisa preliminar realizada para possível participação no certame revelou cenário ainda mais desafiador: enquanto uma profusão de obras e artigos de revistas especializadas trata dos direitos humanos, sob os mais variados prismas e em todos os níveis de profundidade, nada especificamente voltado à união do tema com a advocacia pública foi encontrado, reclamando, assim, que o candidato efetuasse a requerida conjugação entre os assuntos selecionados.

Disposto a enfrentar o desafio proposto pela banca examinadora e escolhido o codinome que seria utilizado, passou-se à confecção do trabalho que analisará, primeiramente, o panorama dos direitos humanos na atualidade, sendo necessário para tanto, a verificação do conceito e caracterização dos direitos humanos, a evolução histórica, a fundamentação do tema, o sistema internacional de proteção de direitos humanos e o marco republicano surgido com a Constituição Brasileira de 1988.

Em seguida, passa-se a discorrer sobre a advocacia pública, notadamente, sua colocação constitucional, suas funções precípuas, seus princípios informativos e sua missão no ordenamento contemporâneo.

Finalmente, no terceiro e último capítulo do trabalho, já restando assentes os fundamentos de ambos os assuntos, se debruçará especificamente sobre a aproximação entre direitos humanos e advocacia pública, analisando-se o dever de proteção estatal, a viabilização de políticas públicas, a luta pela dignidade e o papel do advogado público a ser desempenhado com vistas à prevalência dos direitos humanos na sociedade.

2 DIREITOS HUMANOS: CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS

2.1 A Busca por um Conceito de Direitos Humanos e sua Caracterização

Por sua especial vinculação com temas jurídicos, políticos, filosóficos, morais e sociais, todos de grande profundidade, não é tarefa fácil buscar o conceito de “direitos humanos”. Embora as referências sejam numerosas¹ e aparentemente incontroversas, ao se buscar um fundamento teórico-jurídico para o tema, os que se dispõem a ir mais a fundo deparam-se com um elevado emprego da matéria convivendo com escassa fundamentação².

Boaventura de Souza Santos preconiza que, nos tempos que correm, não é fácil teorizar sobre os direitos humanos, pois eles pretendem ser uma resposta forte para os problemas do mundo, mas parece cada vez mais evidente que o nosso tempo não é um

¹ Tão numerosas a ponto de Michel Villey chegar a afirmar que “*tem aparecido, nos últimos dez anos, sobre os direitos humanos uma literatura tão gigantesca que nos faz hesitar de a ela algo acrescentar*”, conforme VILLEY, Michel. *Le Droit et les Droits de l’Homme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1990, p. 15.

² Conforme LUDWIG, Roberto José. Algumas observações sobre a possibilidade de fundamentação dos direitos humanos. *Revista da Ajuris*, v. 117, Porto Alegre, mar. 2010, pp. 344-345.

tempo de respostas fortes: é antes um tempo de perguntas fortes e respostas fracas³.

Inicialmente, ainda que de forma breve, se faz necessária a conceituação de “direitos”, que, na moderna concepção de Zagrebelsky, “são a *armadura jurídica da vontade, um modo de torná-la eficaz e protegê-la de seus inimigos*”. São pretensões da vontade juridicamente garantida, entendido o vocábulo “vontade” não como relativo a essa ou àquela relação jurídica, mas à universal, do homem, por si e para si, “*independentemente dos contextos individuais. Trata-se do homem que atua para realização de si mesmo como sujeito absoluto*”⁴.

Os direitos humanos não compõem a história de uma marcha triunfal ou a história de uma causa perdida de antemão, mas sim a história de um combate, pois “*refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social*”, configurando “*uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem*

³ Conforme SANTOS, Boaventura de Souza. Os Direitos Humanos na zona de contato entre globalizações rivais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, jan./fev. 2007, p. 314.

⁴ Conforme ZAGREBELSKY, Gustavo. Direitos de Liberdade e Direitos de Justiça. *Revista de Direito Administrativo*, s/n, São Paulo, mai./ago. 2007, pp. 60-61. Explicita o festejado doutrinador: “*A concepção de direitos como pretensão de vontade concorda, à primeira vista, como uma visão ‘defensiva’ ou negativa dos direitos, vale dizer, como um meio de defesa frente ao arbítrio do poder. Mas essa visão é apenas o início. A partir dela é perfeitamente possível que se produzam desenvolvimentos em sentido ‘positivo’, como pretensões frente a quem dispõe de recursos necessários ou úteis para tornar eficientes – ou mais eficientes – os direitos da vontade. Isso pode ocorrer em um sentido intensivo – a efetividade – ou extensivo – a generalização dos direitos. Por isso as pretensões em que se substanciam os direitos orientados à vontade são inexauríveis, assim como também o são a vontade de poder e de força que servem a elas*” (p. 61).

processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana”⁵.

Direitos humanos, consideradas tais premissas, são aqueles direitos que o homem possui, nas palavras de Herkenhoff, pelo fato de ser homem, por sua própria natureza humana e pela dignidade que a ela é inerente⁶, expressando um conjunto de valores consagrados em instrumentos jurídicos nacionais e internacionais, destinados a fazer respeitar e concretizar as condições de vida que possibilitem a todo ser humano manter e desenvolver suas qualidades peculiares de dignidade, inteligência e consciência, satisfazendo suas necessidades materiais e espirituais⁷.

Com base nas obras de Norberto Bobbio e Hannah Arendt, Flávia Piovesan, uma das maiores estudiosas nacionais da matéria, pontifica que os direitos humanos são reivindicações morais que nascem quando devem e podem nascer, não nascendo todos de uma vez nem de uma vez por todas. Antes de ser um dado, são um construído, uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução⁸.

Para Hannah Arendt, a igualdade em dignidade e direitos é base dos direitos humanos. As pessoas não nascem iguais, mas se tornam iguais como resultado de uma organização humana norteadas pelo princípio da justiça. Aliás, o primeiro direito é ter uma estrutura que ofereça garantia de espaço para a própria afirmação:

⁵ Conforme PIOVESAN, Flávia. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista O Direito*, v. 141, 2009, p. 110. Baseada em Ignacy Sachs, prossegue a autora com bela passagem: “Não se insistirá nunca o bastante sobre o fato de que a ascensão dos direitos é fruto de lutas, que os direitos são conquistados, às vezes, com barricadas, em um processo histórico cheio de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e aspirações se articulam em reivindicações e em estandartes de luta antes de serem reconhecidos como direitos” (p. 110).

⁶ Conforme HERKENHOFF, João Baptista; PAIXÃO, Antonio Côrtes. Garantias Processuais dos direitos humanos no sistema jurídico brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 180, ano 45, out./dez. 2008, p. 216.

⁷ Conforme SANDOVAL, Ana Flávia Magno. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o sistema de precatórios no Brasil. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 25, ano 13, jan./jun. 2010, p. 294.

⁸ Conforme PIOVESAN, Flávia. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista O Direito*, v. 141, 2009, p. 110.

A igualdade é, assim, um construído político da convivência coletiva, baseado na pluralidade dos seres humanos que compartilham a Terra com outros seres humanos. Por isso, o primeiro direito é o direito a ter direitos, o que, antes de mais nada, quer dizer dar a uma pessoa um lugar no mundo por meio do acesso a uma ordem jurídica e política que assegure o ‘viver numa estrutura onde se é julgado pelas próprias ações e opiniões’ (...) É essa estrutura que nos oferece a garantia do espaço para afirmar quem somos na teia das relações e das histórias humanas⁹.

No mesmo contexto e também baseado nos ensinamentos de Hannah Arendt, Celso Lafer entende que o ser humano, sem acesso ao construído da ordem jurídica e reduzido à mera existência, fica dependente do imprevisível e do improvável da amizade, da simpatia e do amor. A dignidade humana, baseada no direito a ter direitos, requer um novo “nomos” na Terra, mas requer uma garantia da própria humanidade – que Hannah Arendt chama de “amor mundi”¹⁰.

Fabiana Azevedo da Cunha, fundamentando-se em Pérez Luño, lembra a existência de três tipos de definições dos direitos humanos: as tautológicas, que qualificam os direitos humanos correspondentes ao homem pelo fato de ser homem; as formais, que não especificam o conteúdo do direito, sendo aqueles que pertencem a todos os homens e dos quais eles não podem ser privados; e as teleológicas, que buscam valores últimos como a conceituação de que são aqueles imprescindíveis para o aperfeiçoamento da pessoa, progresso social e desenvolvimento da civilização.

E noticia o conceito próprio de Luño, para quem se trata de um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento

⁹ Conforme LAFER, Celso. Direitos Humanos em Hannah Arendt – Considerações sobre as Fontes Materiais da Declaração Universal de 1948. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 198, 2008, p. 113.

¹⁰ Conforme LAFER, Celso. Direitos Humanos em Hannah Arendt – Considerações sobre as Fontes Materiais da Declaração Universal de 1948. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 198, 2008, p. 113.

histórico, dão concretude às exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas¹¹.

A grande nota característica desta espécie de direitos é a sua fundamentalidade e, antes de analisá-la, é necessário lembrar a conhecida polêmica acerca da existência de distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, bem como as suas gerações.

Ingo Wolfgang Sarlet, um dos maiores estudiosos da matéria, ensina que a explicação corriqueira e procedente para a diferenciação é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados pelo direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, referindo-se às posições jurídicas que reconhecem o ser humano como tal, independentemente de vinculação constitucional, aspirando à validade universal para todos os povos e tempos¹².

Nesta senda, os direitos humanos fundamentais de primeira geração surgiram afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, caracterizando-se como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção e uma esfera de autonomia individual em face do poder. São direitos de cunho negativo, pois dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, enquadrando-se ainda, nessa categoria, o direito de igualdade formal perante a lei e algumas garantias processuais como o devido processo legal, habeas corpus e direito de petição.¹³

¹¹ Conforme CUNHA, Fabiana Azevedo da. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: a procura da maior proteção aos ser humano. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 28, n. 59, jun. 2004, p. 75.

¹² Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 23. De acordo com Pérez Luño, lembrado por Sarlet, o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, pois “direitos humanos” se tornou expressão mais ampla, enquanto que “direitos fundamentais” reserva-se àquele conjunto de direitos e liberdades constitucionalmente assegurados, reconhecidos e garantidos pelo ordenamento (p. 31).

¹³ Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 46-47.

Posteriormente, o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a verificação de que a consagração formal da liberdade e igualdade não gerava seu efetivo gozo, acabaram gerando movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de atribuir ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social, originando a segunda geração. Possuem, já neste momento, uma dimensão positiva, propiciando um direito de participar do bem-estar social e englobando, ainda, as liberdades sociais. Nas palavras de Ingo Sarlet, não se cuida “*de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado*”¹⁴.

Os direitos de terceira dimensão, de fraternidade ou de solidariedade, desprendem-se da figura do homem-indivíduo como seu titular para destinar-se à proteção de grupos humanos como família, povo e nação, caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa, englobando o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à qualidade de vida, à conservação e à utilização do patrimônio histórico-cultural e o direito à comunicação¹⁵.

Capitaneada principalmente por Paulo Bonavides, no direito pátrio há posição favorável ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão, resultado da globalização dos direitos fundamentais, que sugere uma universalidade dos mesmos no plano institucional¹⁶.

Nas palavras do próprio idealizador, são direitos da quarta geração:

o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência¹⁷.

¹⁴ Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 47.

¹⁵ Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 48.

¹⁶ Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 50.

¹⁷ Conforme BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 571.

Ainda para Bonavides, enquanto direito de quinta geração haveria o direito à paz, pois em nosso tempo a alforria espiritual, moral e social se abraçam com a ideia de concórdia:

Estuário de aspirações coletivas de muitos séculos, a paz é o corolário de todas as justificações em que a razão humana, sob o pálio da lei e da justiça, fundamenta o ato de reger a sociedade, de modo a punir o terrorista, julgar o criminoso de guerra, encarcerar o torturador, manter invioláveis as bases do pacto social, estabelecer e conservar por intangíveis as regras, princípios e cláusulas da comunhão política¹⁸.

Assentadas tais premissas, a fundamentalidade, noção trazida por Robert Alexy e encampada por Canotilho, aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos nos sentidos formal e material¹⁹.

Formalmente, a fundamentalidade encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo ordenamento jurídico, tratando-se de direitos de natureza supralegal; b) como normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional; c) normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata entidades públicas e privadas.

Já a fundamentalidade material decorre da peculiaridade de serem os direitos fundamentais elementos constitutivos da Constituição material, que contém as decisões fundamentais sobre a estrutura básica do estado e da sociedade. Somente a análise do seu conteúdo permitirá a verificação da nota de fundamentalidade aos direitos humanos.

Enquanto a fundamentalidade formal, nos ensinamentos de Canotilho, vincula o poder estatal e garante o posicionamento da norma em grau superior, a ser considerado limite para os demais atos

¹⁸ Conforme BONAVIDES, Paulo. O Direito à Paz como Direito Fundamental da Quinta Geração. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, n. 40, ano VIII, 2006, p. 20.

¹⁹ Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 74-75.

normativos, a fundamentalidade material se relaciona ao conteúdo, determinando que cada direito fundamental possua cerne ligado às estruturas básicas do estado e da sociedade. Se a distinção existe formalmente entre os direitos fundamentais e os humanos, não há distinção entre tais universalidades em uma análise material²⁰.

Bolzan de Moraes e Gustavo Oliveira Vieira doutrinam que, para a teoria do direito, os direitos humanos estabelecem uma co-originalidade explícita entre direito e moral, fazendo a ideia de pureza, própria do positivismo jurídico contemporâneo, ser superada pelo reconhecimento de um conteúdo substancial básico, de origem moral, constituído e constituinte da política, e arrematam com bela passagem:

É possivelmente o espaço de maior convergência entre o direito e a alteridade, na medida em que se pensa no direito de todos, em todos os lugares, pela concretude do princípio da sociabilidade, necessariamente promovido pela ação solidária e mundial²¹.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, doutrinador e procurador do Estado do RJ aposentado, compartilha do mesmo entendimento. Na lição do renomado autor, os direitos humanos passam a se converter em autênticos direitos morais, pois encontram na consciência moral, no imperativo categórico e na dignidade do homem o seu fundamento. Os direitos humanos deixam de ser jurídicos para adquirir dimensão ética e axiológica, “*pois o sistema do direito positivo não pode lhes dar nascimento nem existe um mundo jurídico supra-sensível do qual possam derivar*”²².

²⁰ Conforme ZISMAN, Célia Rosenthal. Os direitos fundamentais e os direitos humanos: a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, n. 67, ano 17, abr./jun. 2009, p. 36.

²¹ Conforme MORAIS, José Luís Bolzan; VIEIRA, Gustavo Oliveira. A Necessidade da Voz da Sociedade Civil Organizada na Concretização dos Direitos Humanos. In: GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa (Org.). *Direitos Humanos: Vozes e Silêncio*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 70.

²² Conforme MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Princípios Constitucionais Fundamentais. Uma Digressão Prospectiva. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro, n. 59, 2005, p. 44.

Em obra totalmente destinada aos direitos humanos, Penteado Filho menciona os seguintes pontos característicos dos direitos humanos: historicidade (pois superaram diversas revoluções até chegarem ao patamar atual), universalidade (pertencem a todos os homens), inexauribilidade (inesgotáveis, podendo ser expandidos), essencialidade (inerentes ao ser humano, são essenciais por natureza), imprescritibilidade (não se perdem com o passar do tempo), inalienabilidade (inexiste possibilidade de transferência), irrenunciabilidade (já que ninguém pode abrir mão de sua própria natureza), inviolabilidade (não podem ser violados, seja por lei, seja por ato de agente), efetividade (devem ser criados mecanismos coercitivos), limitabilidade (não são absolutos), complementaridade (devem ser observados de forma conjunta, não isolada), concorrência (podem ser exercidos de forma cumulada) e vedação ao retrocesso (jamais se pode proteger menos do que já se protege)²³.

Presente a ideia de fundamentalidade como pilar dos direitos humanos, encontra-se a dignidade da pessoa humana, pois o homem, independentemente das circunstâncias, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados pelo Estado. Porque todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, incondicionada, não se depende de nenhum critério, senão ser humano. O valor da dignidade humana constitui o norte e o lastro ético dos demais instrumentos de proteção dos direitos humanos²⁴.

Embora se trate de conceito que, como adverte Sarlet, lembrando Alexandrino, pareça pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão direta do esforço despendido para sua compreensão, é possível afirmar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável²⁵.

Constitui o elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, sequer podendo cogitar-se na possibilidade de

²³ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010, pp. 19-21.

²⁴ Conforme PIOVESAN, Flávia. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista O Direito*, v. 141, 2009, p. 112.

²⁵ Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 100-101.

determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade, pois é algo que se reconhece, respeita e protege, mas não que possa ser criado ou lhe possa ser retirado, tendo em vista que já existe em cada ser humano, como algo inato, que lhe é inerente²⁶.

Sobre o tema, bela é passagem da lavra de Castor Bartolomé Ruiz, em interessante artigo sobre os direitos humanos no descobrimento da América:

A pessoa humana tem uma constituição ontológica idêntica em todos os indivíduos pertencentes à espécie humana, entre os quais não existe diversidade essencial. A existência de uma natureza humana determina seus direitos inatos e não dependentes de concessão ou reconhecimento de nenhuma autoridade ou lei histórica. Da natureza humana brotam o direito à vida, inclusive desde antes de nascer, e o direito da pessoa a quanto ela necessite para sustentá-la, conservá-la e defendê-la, com todas as suas consequências²⁷.

Em Kant, as concepções pelas quais os direitos humanos são direitos pré ou supra-estatais encontram apoio e legitimidade.

Confirmando a visão da filosofia estoíca, reconheceu-se que a essência da personalidade humana não se confunde com a função ou papel que cada qual exerce na vida. A pessoa não é personagem. A chamada qualificação pessoal (estado civil, nacionalidade, profissão, domicílio) é mera

²⁶ Conforme SANTOS, Boaventura de Souza. Os Direitos Humanos na zona de contato entre globalizações rivais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, jan./fev. 2007, p. 315. O autor se questiona: se a humanidade é só uma, por que há tantos princípios diferentes sobre a dignidade humana, todos pretensamente únicos, e por vezes, contraditórios? “A resposta dos direitos humanos a esta interrogação é uma resposta fraca sobretudo se nos atermos ao pensamento dominante dos direitos humanos, a que podemos chamar o pensamento sustentável de direitos humanos. A resposta é fraca porque se refugia na universalidade abstracta e não explica por que tantos movimentos sociais contra a injustiça e a opressão não formulam as suas lutas em termos de direitos humanos e, por vezes, aliás, as formulam segundo princípios que são contraditórios com os dos direitos humanos”.

²⁷ Conforme RUIZ, Castor Bartolomé. Os Direitos Humanos no Descobrimento da América: verdades e falácias de um discurso. *Revista Estudos Jurídicos Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, São Leopoldo, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007, p. 62.

exterioridade, que nada diz da essência própria do indivíduo. Cada qual possui uma identidade singular, inconfundível com a de outro qualquer. Por isso, ninguém pode experimentar, existencialmente, a vida ou a morte de outrem: são realidades únicas e insubstituíveis. Como bem salientou Heidegger, é sempre possível morrer em lugar do outro; mas é radicalmente impossível assumir a experiência existencial da morte alheia²⁸.

O ser humano apresenta a característica singular de permanente inacabamento, lembra Comparato se utilizando da expressão de Heidegger – “eine standige Unabgescholossenheit”, uma realidade em contínua transformação, um sujeito em processo de vir-a-ser. O homem é o único ser incompleto pela sua própria essência, não é, ontologicamente falando, um ser suficiente, mas, ao contrário, um ser “radicalmente indigente”²⁹.

Como observado por Flávia Piovesan, o pensamento kantiano reencontra-se com as ideias de moralidade, dignidade, direito cosmopolita e paz perpétua, e explica:

Para Kant, as pessoas e, em geral qualquer espécie racional, devem existir com um fim em si mesmo e jamais como um meio, a ser arbitrariamente usado para este ou aquele propósito. Os objetos têm, por sua vez, um valor condicional, enquanto irracionais, por isso, são chamados “coisas”, substituíveis que são por outras equivalentes. Os seres racionais, ao revés, são chamados “pessoas”, porque constituem um fim em si mesmo, têm um valor intrínseco absoluto, são insubstituíveis e únicos, não devendo ser tomados meramente como meios. As pessoas são dotadas de dignidade, na medida em que têm um valor intrínseco (...). Para Kant, o imperativo categórico universal dispõe: “Aja apenas de forma a que a sua máxima possa converter-se ao mesmo tempo em uma lei universal”³⁰.

²⁸ Conforme COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 27-28.

²⁹ Conforme COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30.

³⁰ Conforme PIOVESAN, Flávia. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista O Direito*, v. 141, 2009, pp. 113-114.

Sobre o tema, bela é a lição dada pelo jusfilósofo Luiz Fernando Barzotto:

Pensar a ordem jurídica a partir da consideração das pessoas humanas como fins em si mesmas, significa identificar como juridicamente válido somente aquilo que favorece a sua realização como pessoas. A ordem jurídica preocupa-se em determinar assim, o que é devido à pessoa humana como tal, sendo pensada com um conjunto de direitos, e não um sistema de normas. Cada membro da sociedade passa a referir-se a si mesmo e a um outro que é igual a si em dignidade, como titular de direitos idênticos, os direitos humanos³¹.

A visão filosófica, observa Comparato, veio a ser confirmada pela descoberta da estrutura do DNA (ácido desoxirribonucleico) por Watson e Crick, em 1953. Cada um de nós carrega um patrimônio genético próprio e, salvo nos casos de gêmeos homozigóticos, um patrimônio genético único, crescendo-se, a esse primeiro molde, fatores de diferenciação influenciados pelo meio orgânico, social e do próprio indivíduo em si próprio³².

Além da dignidade, a concepção contemporânea dos direitos humanos é marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos, inaugurada com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948. Tanto a Declaração de 1948 quanto a Declaração de Viena, que estende, renova e amplia o consenso sobre a universalidade e indivisibilidade, propõem que os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados, devendo a comunidade internacional tratá-los de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase³³.

Bolzan de Moraes e Gustavo Oliveira Vieira, neste norte, afirmam que a teoria dos direitos humanos tem dois princípios

³¹ Conforme BARZOTTO, Luís Fernando. Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos: Da Dogmática jurídica à ética. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 28, n. 59, p. 141.

³² Conforme COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 31.

³³ Conforme PIOVESAN, Flávia. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista O Direito*, v. 141, 2009, p. 117.

basilares: indivisibilidade e universalidade, pois se referem à institucionalização e à promoção de um mínimo ético universal, pela garantia de conteúdos mínimos, a serem realizados a todos os seres humanos e em todos os lugares³⁴.

A condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade intrínseca à condição humana. A inovação ocorre por se formular, em plano universal, direitos humanos que não estão ao alcance de uma jurisdição nacional, pois leva em conta a tutela internacional que permite o direito a ter direitos.

Nessa linha, cabe destacar o artigo Seis da Declaração: ‘Toda pessoa tem o direito de ser em todos os lugares reconhecida como pessoa perante a lei’. Esse artigo afirma o indispensável laço de todo ser humano com a ordem jurídica, que é o núcleo duro de todo processo de positivação dos direitos humanos.³⁵

No universalismo, os destinatários dos princípios da afirmação positiva dos direitos não são cidadãos de um Estado particular, mas todas as pessoas, todos os seres humanos deverão ser protegidos, até mesmo se o próprio Estado causar alguma violação a seus direitos³⁶.

³⁴ Conforme MORAIS, José Luís Bolzan; VIEIRA, Gustavo Oliveira. A Necessidade da Voz da Sociedade Civil Organizada na Concretização dos Direitos Humanos. In: GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa (Org.). *Direitos Humanos: Vozes e Silêncio*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 68. Complementam os autores afirmando à mesma página que os direitos humanos também devem ser compreendidos como um direito intercultural, que reconhece os direitos culturais dos povos e cria certa tensão, na medida em que as violações são justificadas como práticas próprias de uma cultura.

³⁵ Conforme LAFER, Celso. Direitos Humanos em Hannah Arendt – Considerações sobre as Fontes Materiais da Declaração Universal de 1948. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 198, 2008, p. 113.

³⁶ Conforme VANNUCHI, Paulo. A Evolução dos Direitos Humanos a Partir da Constituição Federal de 1988: o Brasil superando as desigualdades. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 198, 2008, p. 150.

E para além da universalidade³⁷, a Declaração Universal acolhe a ideia de indivisibilidade dos direitos humanos: a garantia dos direitos civis e políticos se transforma em condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais, e vice-versa. Tratando-se de unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, se um deles é violado, os demais também o são³⁸.

A Declaração é o primeiro documento internacional dos direitos humanos que busca integrar, de modo simples e inteligível, os direitos humanos em um bloco indivisível, sendo seu caráter holístico seu traço fundamental. A natureza totalizante é confirmada na I Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas, celebrada em Teerã no ano de 1968, cuja proclamação dizia que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis. Com efeito, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos sociais e culturais resulta impossível, nos dizeres de Sorto³⁹.

Em razão da indivisibilidade dos direitos humanos, deve ser definitivamente afastada a equivocada noção de que a classe de direitos civis e políticos merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto a classe dos direitos sociais, econômicos e culturais não merece qualquer observância. Isso porque estes últimos são direitos legais, sendo que a ideia de não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. Tratando-

³⁷ Emerson Garcia faz interessante relação entre universalidade e soberania estatal: “Reconhecendo-se que os direitos humanos aglutinam valores verdadeiramente essenciais a qualquer grupamento, daí derivando sua fundamentalidade e a correlata necessidade de imperativo respeito pelos Estados, tornou-se inevitável e impostergável uma releitura do conceito de soberania. A universalidade aqui referida, no entanto, possui um colorido mais idealístico-formal que propriamente material, já que frequentes as situações de inobservância”. Conforme GARCIA, Emerson. Influxos da Ordem Jurídica Internacional na Proteção dos Direitos Humanos: O Necessário Redimensionamento da Noção de Soberania. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 198, 2008, p. 127.

³⁸ Conforme PIOVESAN, Flávia. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista O Direito*, v. 141, 2009, pp. 114-115.

³⁹ Conforme SORTO, Fredys Orlando. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário. *Revista Verba Juris*, João Pessoa, v. 7, n. 7. 2008, pp. 22-23.

se de autênticos direitos fundamentais, são acionáveis, exigíveis e demandam seria observância, e por isso, nas palavras de Flávia Piovesan, “*devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão*”⁴⁰.

No mesmo sentido, Fernanda Frizzo Bragatto, fundamentando-se em Bielefeldt, afirma que o entendimento de Hannah Arendt sobre o direito corrobora a visão de Kant, na medida em que o direito cosmopolita não é uma filantropia, mas uma necessidade política e jurídica, imposta pela própria realidade⁴¹. É uma expressão normativa das exigências morais que se consubstanciam no respeito e no reconhecimento do Outro, precisamente por sua dignidade.

Os direitos humanos garantem, enquanto direitos fundamentais, espaços para diferentes formas de vida e concepções da vida boa, e o processo democrático realiza a possibilidade de uma compensação justa, em que uma pluralidade de vozes tenha a palavra. Em uma frase, os direitos humanos suportam a postulação de um direito a ter direitos.

⁴⁰ Conforme PIOVESAN, Flávia. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista O Direito*, v. 141, 2009, p. 118. “De acordo com os dados do relatório ‘Sinais Vitais’, do Worldwatch Institute (2003), a desigualdade de renda se reflete nos indicadores de saúde: a mortalidade infantil nos países pobres é 13 vezes maior do que nos países ricos; a mortalidade materna é 150 vezes maior nos países de menor desenvolvimento com relação aos países industrializados. A falta de água limpa e saneamento básico matam 1,7 milhão de pessoas por ano (90% crianças), ao passo que 1,6 milhão de pessoas morrem de doenças decorrentes da utilização de combustíveis fósseis para aquecimento e preparo de alimentos. O relatório ainda atenta para o fato de que a quase totalidade dos conflitos armados se concentram no mundo em desenvolvimento, que produziu 86% de refugiados na última década” (p. 120).

⁴¹ Conforme BRAGATTO, Fernanda Frizzo. Positivização e efetividade dos direitos humanos. *Revista Estudos Jurídicos Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007, p. 70. A autora, de forma clara, explícita o conceito de direito cosmopolita: “Kant, há mais de duzentos anos, elaborou o conceito de direito cosmopolita (um direito para toda a humanidade), expressando sua universalidade que não afasta as especificidades espaço-temporais e tampouco a supressão da multiplicidade dos Estados em favor de um Estado Único: o direito cosmopolita reconhece o direito de cada pessoa em qualquer lugar do mundo”.

2.2 Evolução Histórica

Jörg Neuner afirma que os direitos humanos não são apenas a expressão de um consenso, mas também o resultado de experiências históricas⁴².

O reconhecimento de uma natureza humana dotada de direitos não tem sido fácil. O esforço pela legitimação dos direitos percorre a história das ideias e dos fatos, afirmações e negações, passando, primeiro, pelo reconhecimento de que certos direitos são inerentes à pessoa humana, notadamente a vida e liberdade.

Ainda que consagrada a concepção de que não foi na Antiguidade que surgiram os primeiros direitos fundamentais, é inegável que o mundo antigo legou algumas das ideias que vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista⁴³. Dignidade, liberdade e igualdade encontram raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão⁴⁴.

Caminhando na história, verifica-se que tanto a Declaração francesa de 1789 como a Declaração americana de 1776 consagravam a ótica contratualista liberal, pela qual os direitos humanos se reduziam aos direitos de liberdade, segurança e propriedade, complementados pela resistência à opressão, sendo ausente qualquer direito que dependesse da intervenção do Estado.

Todavia, após a Primeira Guerra Mundial, ao lado do discurso liberal de cidadania fortalece-se o discurso social da mesma, culminando com a elaboração, sob as influências da concepção marxista-leninista, da Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da então República Soviética Russa, em 1918.

Do primado da liberdade, transita-se para o primado da igualdade, objetivando-se eliminar a exploração econômica. Neste ponto, o Estado passa a ser visto como agente de processos

⁴² Conforme NEUNER, Jörg. Direitos Humanos Sociais. *Revista Direito Público*, São Paulo, v. 26, ano V, mar./abr. 2009, p. 22.

⁴³ Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 37-38.

⁴⁴ Conforme SORTO, Fredys Orlando. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário. *Revista Verba Juris*, João Pessoa, v. 7, n. 7. 2008, p. 11.

transformadores, e o direito à abstenção estatal converte-se em direito à atuação estatal, com a emergência dos direitos a prestações sociais.

Adotada e proclamada pela Assembleia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos afirmou pela primeira vez, em escala planetária, o papel dos Direitos Humanos na convivência coletiva. Inaugura uma nova concepção de vida internacional: uma comunidade de estados igualmente soberanos e indivíduos livres e iguais, um marco tão forte quanto foi, ao seu tempo, o início da “era dos direitos”⁴⁵ de Bobbio, a passagem do dever dos súditos para os direitos dos cidadãos.

Historicamente, reconheceu-se após a Segunda Guerra Mundial, na qual a barbárie nazista foi legitimada pelo próprio direito positivo alemão, que a senhoria normativa do Estado, antes absoluta, deveria observar balizamentos mínimos, ainda que o seu poder de império fosse direcionado aos seus cidadãos e em seu território. *“Trata-se do reconhecimento de que acima da nacionalidade, vínculo que une o indivíduo ao Estado, tem-se a imperativa garantia de sua humanidade, consectário de sua própria inclusão na espécie humana”*⁴⁶.

Emerge nesse contexto a grande crítica e repúdio a um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos. Intenta-se a reaproximação da ética com o direito, e surge a força normativa

⁴⁵ Sobre a “era dos direitos”, Helena Lewin faz interessante observação: *“Apesar de Norberto Bobbio ter denominado o século XX como “a era dos direitos”, devido à aplicação dos direitos humanos pela grande maioria dos países, conviria relativizar esta denominação, pois foi, também, durante o século XX que ocorreu a ruptura desses direitos e a introdução da violência como prática consagrada pelo Estado, tendo como exemplaridade o fascismo, o nazismo e o stalinismo, cuja violação da democracia marcou o império da intolerância, da prepotência e da insegurança física e intelectual daqueles rotulados como indesejáveis e supérfluos”*. Conforme LEWIN, Helena. Direitos Humanos como Produto da Modernidade. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 75, abr./jun. 2008, p. 62.

⁴⁶ Conforme GARCIA, Emerson. Influxos da Ordem Jurídica Internacional na Proteção dos Direitos Humanos: O Necessário Redimensionamento da Noção de Soberania. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 198, 2008, p. 117.

dos princípios, com especial enfoque no princípio da dignidade humana.⁴⁷

Dando seguimento à Carta das Nações Unidas de 1945, países ricos e pobres firmaram um marco legal universal do processo de construção histórica dos direitos humanos. Marcado pela universalidade, interdependência e indivisibilidade, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, composta de 30 artigos, é iniciada a partir de uma ideia central: todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos⁴⁸.

O documento introduz extraordinária inovação, contendo linguagem de direitos até então inédita, combinando o discurso liberal da cidadania com o discurso social, elencando direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, afirmando a concepção contemporânea dos direitos humanos. Para Flávia Piovesan:

Esta concepção é fruto do movimento de internacionalização dos direitos humanos, que surge, no pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. É neste cenário que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional. A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como fonte do Direito. Se a Segunda Guerra significou a

⁴⁷ “A etapa que se segue à privação dos direitos e à morte da personalidade jurídica é a da destruição da personalidade moral, obtida por meio do silêncio, que impôs o anonimato nos campos de concentração. O silêncio elimina a palavra, a dor e a recordação, até mesmo na memória da família dos internados. Além disso, os ‘campos de concentração, tornando anônima a própria morte e tornando impossível saber se um prisioneiro está vivo ou morto, roubaram da morte o significado de desfecho de uma vida realizada. Em certo sentido, roubaram a própria morte do indivíduo, provando que, doravante, nada – nem a morte – lhe pertencia e que ele não pertencia a ninguém. A morte apenas selava o fato de que ele jamais havia existido”, conforme TURRI, Márcia Hoffmann do Amaral e Silva. *Modernidade e Direitos Humanos: as duas Faces de Jano*. Revista TRF Terceira Região, São Paulo, v. 83, mai.-jun. 2007, p. 137.

⁴⁸ Conforme VANNUCHI, Paulo. A Evolução dos Direitos Humanos a Partir da Constituição Federal de 1988: o Brasil superando as desigualdades. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 198, 2008, p. 149.

ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar a sua reconstrução⁴⁹.

Em verdade, o plano internacional marcado pela globalização e pelo multiculturalismo cria um indivíduo capaz de exercer cada vez mais sua capacidade de mover-se entre diferentes mundos culturais, experimentando transformações até agora inéditas em sua vida⁵⁰.

No preâmbulo da Declaração Universal se reconhece que a pessoa humana tem dignidade e direitos, os quais fundamentam a liberdade, a justiça e a paz na sociedade internacional. Abre-se o documento, pois, com a assertiva cabal de que o ser humano é o centro do processo, o sujeito principal dessa e de toda e qualquer sociedade. Considera-se por tal razão que o desconhecimento e o menosprezo dos direitos humanos originam atos bárbaros, como foram os perpetrados durante a Segunda Guerra Mundial e como o são a miséria e a fome no presente. Proclama-se então como a mais alta aspiração do ser humano o advento de um mundo provido de liberdades civis e de dignidade; um espaço,

⁴⁹ Conforme PIOVESAN, Flávia. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista O Direito*, v. 141, 2009, p. 112. Complementa a autora na página seguinte (p. 113): “*Sob o prisma jurídico, percebe-se que a primazia da pessoa, fundada na dignidade humana, é resposta à aguda crise sofrida pelo positivismo jurídico. Tal crise é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha (...). Basta lembrar que os principais acusados em Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordem emanadas de autoridade competente. Neste mesmo sentido, ressalta-se o julgamento de Eichmann em Jerusalém, em relação ao qual Hannah Arendt desenvolve a ideia de “banalidade do mal”, ao ver em Eichmann um ser esvaziado de pensamento e incapaz de atribuir juízos éticos às suas ações*”. Também baseado em Arendt, Celso Lafer afirma que o genocídio pelo qual Eichmann foi penalizado foi perpetrado no corpo do povo judeu, tratando-se de crime contra a humanidade porque é uma recusa frontal da diversidade e pluralidade, características da condição humana na proposta de um mundo plural (Conforme LAFER, Celso. Direitos Humanos em Hannah Arendt – Considerações sobre as Fontes Materiais da Declaração Universal de 1948. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 198, 2008, p. 111).

⁵⁰ Conforme GUIMARAES, Débora Soares. Análise da importância da concepção universal dos direitos humanos e sua justicialização ante o multiculturalismo. *Revista CEJ*, Brasília, n. 47, ano XIII, out./dez. 2009, p. 123.

portanto, livre do temor e da miséria no qual todos usufruam da liberdade de palavra e de crença⁵¹.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, nas entusiasmadas palavras de Sorto,

é o paradigma ‘irrepetível’ de um momento histórico particular da consciência humana, é o tratado que deveria ser e não foi, é a declaração que deveria ser escrita na Constituição Universal que não existe ainda, é o mais luminoso documento internacional do movimento que começa com a Carta das Nações Unidas, cujo brilho fulgurante ilumina todos os recantos onde os direitos são violados. Se a Declaração fosse tratado internacional não seria o que ela é atualmente, não representaria para a Humanidade o que representa. Se a Declaração fosse tratado já teria sido desrespeitada, transgredida, violada. Mas por sorte a Declaração não é norma convencional vinculante. Por essa razão não pode ser violada, nem ferida, nem tem o destino das leis caducas. Seu destino é o da imortalidade em razão da sua essencialidade histórica e da sua relevância moral e metajurídica⁵².

2.3 Tentativas de Fundamentação

Fabiana Azevedo da Cunha disserta que o tema pertinente à fundamentação dos direitos humanos está longe de pacificação em termos doutrinários. Diz a autora em interessante passagem:

Aliás, discorrendo sobre o tema, Pérez Luño, para ilustrar a dificuldade na produção de um consenso, refere depoimento de Jacques Maritain, em uma reunião de uma Comissão nacional da UNESCO, em que se discutia acerca dos direitos do homem, na qual havia acordo sobre a formulação de uma lista de direitos, decorrentes de ideologias diametralmente opostas, mas a condição

⁵¹ Conforme SORTO, Fredys Orlando. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário. *Revista Verba Juris*, João Pessoa, v. 7, n. 7. 2008, p. 27.

⁵² Conforme SORTO, Fredys Orlando. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário. *Revista Verba Juris*, João Pessoa, v. 7, n. 7. 2008, p. 33.

para a existência do acordo era que não se perguntasse o porquê das formulações⁵³.

Alfredo Culleton, na busca de um princípio fundador para os direitos humanos, afirma que direitos que se pretendem universais, válidos para todo o gênero humano, exigem um tipo de fundamentação específica, sem com isto descartar a possibilidade de serem positivados.

Apesar de estarem em constituições, pactos e declarações, para justificar seu reconhecimento e cumprimento não parece ser suficiente, diz o autor, a pura vontade daqueles que os instituíram. Não podem estar fundados apenas na pura norma, pois, se assim fosse, deveria ser justificada a autoridade normatizadora. “É assim que autores como Hobbes, Kelsen e os positivistas em geral resolvem o problema, mas nunca pretenderam caráter de universalidade”⁵⁴.

Os direitos fundamentais, enquanto universais, para não serem uma pura estratégia política ou uma ideologia imperialista a mais, mas valor absoluto em si mesmos, devem ter a possibilidade de uma fundamentação racional, de serem reconhecidos e tornados auto-evidentes por meio da razão humana, e tal fundamentação deve ter pretensões de verdade e de universalidade.

Faz-se necessária uma fundamentação racional-argumentativa que torne possível, a todos os seres humanos, não só o reconhecimento da validade, veracidade e universalidade dos direitos humanos, mas a urgência, no sentido de *urget* (isto é, impulso, compromisso), de seu reconhecimento, usufruto, respeito e cumprimento⁵⁵.

⁵³ Conforme CUNHA, Fabiana Azevedo da. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: a procura da maior proteção aos seres humanos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 28, n. 59, jun. 2004, pp. 72-73.

⁵⁴ Conforme CULLETON, Alfredo. Por que e onde buscar um principio fundador para os direitos humanos? *Revista Estudos Jurídicos Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007, p. 57.

⁵⁵ Conforme CULLETON, Alfredo. Por que e onde buscar um principio fundador para os direitos humanos? *Revista Estudos Jurídicos Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007, p. 57.

Nas palavras fortes de Culleton, a dificuldade de se encontrar uma fundamentação para os direitos humanos se reflete na própria Declaração de 1948, pois precedem aos trinta artigos que a compõem “*sete considerandos, isto é, sete consultas ao sideral, aos astros, porque não se consegue dizer de onde é que tira a ideia de que os homens são iguais em dignidade e direitos, ou livres por natureza*”⁵⁶.

É consenso entre os doutrinadores que se ocupam da matéria a constatação de que as soluções clássicas às questões acerca da fundamentação dos direitos humanos podem ser reunidas em duas grandes vertentes: a chamada jusnaturalista, que supõe a explicitação ou positividade de algo próprio e natural à condição humana que é evidenciado pela razão e, por outro, a chamada positivista, que supõe a positividade de uma vontade geral com pretensões de universalidade.

Observa o autor que, para os primeiros, a universalidade se encontra na natureza; nos segundos, se encontra na pretensão, tomando-se natureza não no sentido ecológico, mas no filosófico, ou seja, o de razão de ser de algo, aquilo que faz que algo seja o que é. E explicita:

A fundamentação dos direitos humanos tem que ser, pois, uma fundamentação racional-discursiva e não de autoridade. Nessa perspectiva, é uma fundamentação orientada, não ao esclarecimento das bases do reconhecimento histórico desses direitos, mas ao descobrimento dos princípios racionais que conduzem até a necessidade racional da sua proclamação e garantia⁵⁷.

⁵⁶ Conforme CULLETON, Alfredo. Por que e onde buscar um principio fundador para os direitos humanos? *Revista Estudos Jurídicos Universidade do Vale do Rio dos Sinos* os, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007, p. 58.

⁵⁷ Conforme CULLETON, Alfredo. Por que e onde buscar um principio fundador para os direitos humanos? *Revista Estudos Jurídicos Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007, p. 58. Com base em Benito de Castro Cid, Culleton afirma que “*nem o fato da efetiva incorporação a grandes Declarações, por muito solenes e importantes que sejam, podem levar a ser consideradas fundamentações suficientemente válidas*”.

Apoiada no escólio de Saavedra, Fernanda Frizzo Bragatto observa que somente a garantia legislativa não se mostra suficiente. Para a autora, ainda que os direitos humanos fossem universalmente reconhecidos pela lei, este seria um fato contingente, incapaz de justificar o valor que os direitos humanos pretendem ter e que exigem reconhecimento⁵⁸.

Outros autores, acreditando na efetiva necessidade de encontrar um fundamento para os direitos humanos, têm defendido a necessidade de dotar os direitos humanos de múltiplas e variadas fundamentações teóricas e práticas, sendo válida qualquer fundamentação deste que se encaixe num sistema teórico ou motive uma atitude prática de efetivação desses direitos. Um pouco mais restritivos, Perez Luño e MacPherson concluem que só a partir de uma perspectiva jusnaturalista faz sentido estudar o problema da fundamentação dos direitos humanos⁵⁹.

Toda fundamentação racional própria tem uma validade racional absoluta. Todavia, tal fundamentação está aberta à possibilidade de que sua validade não seja reconhecida por todos nem ilimitada no tempo. Em um universo plural de racionalidade, dá-se sempre a possibilidade de que existam várias fundamentações absolutas dos direitos humanos. Assim,

a fundamentação dos direitos humanos, enquanto pretende ser crítica e racional, tem de ser conteúdo de uma argumentação orientada a descobrir e formular as razões ou motivações lógicas que têm a capacidade de fazer surgir, na maioria dos homens, o

⁵⁸ Conforme BRAGATTO, Fernanda Frizzo. Positivização e efetividade dos direitos humanos. *Revista Estudos Jurídicos Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007, p. 66.

⁵⁹ Conforme CULLETON, Alfredo. Por que e onde buscar um principio fundador para os direitos humanos? *Revista Estudos Jurídicos Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007, p. 59. Questiona o autor se é ou não razoável perguntar pelo fundamento racional dos direitos humanos. Segundo o autor, está crescendo a cada dia os adeptos da tese de Norberto Bobbio, que, em artigo denominado “A ilusão do fundamento absoluto”, defende a inexistência de uma fundamentação racional de validade absoluta para os direitos humanos, concluindo que o problema da fundamentação tem alcançado solução na Declaração Universal de Direitos Humanos aprovada pela Assembleia geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Outra posição cética é encontrada em Bentham, reproduzida por MacIntyre no festejado *After Virtue* (1984), para quem não existem direitos humanos, e crer neles é como crer em bruxas ou unicórnios (p. 58).

convencimento da atual necessidade iniludível de reconhecer e garantir o usufruto dos direitos humanos⁶⁰.

Porque os direitos humanos são uma categoria de direitos subjetivos válidos absolutamente, antes de fazerem parte da lei ou da constituição passando a obrigar os poderes públicos, são parte integrante da moral jurídica universalista. Assim se explica a origem pré e supra-estatal dos direitos fundamentais, isto é, daqueles direitos reconhecidos pelo Estado e que concernem à pessoa enquanto membro de uma comunidade política.

Daí a impossibilidade de o conteúdo normativo do direito original do homem esgotar-se na gramática das leis gerais e abstratas, pois o sentido da igualdade jurídica de conteúdo não pode se explicar, suficientemente, apelando somente às propriedades lógico-semânticas dessas leis, posto que a forma gramatical dos preceitos não diz nada acerca da validade desses⁶¹.

As reflexões de Foucault sobre poder, discurso e verdade permitem afirmar que a busca pelo fundamento dos direitos humanos se faz necessária como condição de sua efetividade prática, pois

o poder do discurso dos direitos humanos não se obtém da lei (antes, os direitos humanos legitimam-na), na medida em que a aceitação social do poder e das formas de dominação a ele associadas estão, diretamente, vinculadas aos modos de legitimação, ou seja, ele somente é aceito porque advém de uma verdade estabelecida⁶².

Em verdade, remeter a efetividade dos direitos humanos à lei positiva apresenta o problema de que ela não possui a riqueza de prever todos os casos concretos, mas nem por isso as situações não previstas deixam de reclamar uma justa solução. Conceber a lei como única fonte de

⁶⁰ Conforme CULLETON, Alfredo. Por que e onde buscar um princípio fundador para os direitos humanos? *Revista Estudos Jurídicos Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007, p. 59.

⁶¹ Conforme BRAGATTO, Fernanda Frizzo. Positivização e efetividade dos direitos humanos. *Revista Estudos Jurídicos Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007, p. 68.

⁶² Conforme BRAGATTO, Fernanda Frizzo. Positivização e efetividade dos direitos humanos. *Revista Estudos Jurídicos Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007, p. 69.

direito, à maneira normativista-kelseniana, pode, aqui, resultar a negação daquilo que de mais fundamental é veiculado pelos direitos humanos, ou seja, os direitos inerentes à dignidade humana, pois, eventualmente, é plenamente possível deparar-se com um direito humano não positivado. Isso não significa colocar a positivação numa segunda ordem de importância, mas sim que, no tocante à fundamentação e validade, a positivação não oferece soluções⁶³.

Bolzan de Moraes, estudando a problemática em profundidade, observa a importância do direito positivado na seara dos direitos humanos, atribuindo ao constitucionalismo papel de desenvolver e assegurar parâmetros mínimos de vida social democrática e digna, além de estabilizar conquistas e forjar instrumentos que tragam condições para a prática de seus conteúdos. Com a positivação, tornam-se normas superiores e com maior estabilidade garantida, de regra, pela rigidez dos conteúdos, sobretudo quando se tratam de cláusulas pétreas, imunes a ações transformadoras do Poder Legislativo⁶⁴.

As condições de efetividade dos direitos humanos, para Hannah Arendt, dependem da pertença de seu titular a uma determinada comunidade, que incorpore tais direitos em seu sistema jurídico. Nos dizeres da autora, somente faz sentido falar-se em direitos humanos se o ser humano estiver inserido numa comunidade, pois a perda da comunidade leva necessariamente à sua expulsão da humanidade⁶⁵.

⁶³ Conforme BRAGATTO, Fernanda Frizzo. Positivação e efetividade dos direitos humanos. *Revista Estudos Jurídicos Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007, p. 69.

⁶⁴ Conforme BRAGATTO, Fernanda Frizzo. Positivação e efetividade dos direitos humanos. *Revista Estudos Jurídicos Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007, p. 69.

⁶⁵ Conforme BRAGATTO, Fernanda Frizzo. Positivação e efetividade dos direitos humanos. *Revista Estudos Jurídicos Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007, p. 70. A autora afirma que o entendimento de Hannah Arendt “decorre da situação de privação dos direitos humanos dos apátridas, após o fim da II Guerra Mundial, que, segundo a autora, deve-se à perda de um lugar no mundo que tornasse a sua opinião significativa e a sua ação eficaz. A autora explica que, no momento em que os apátridas deixaram de ter um governo próprio, não restou nenhuma autoridade para protegê-los e nenhuma instituição disposta a garanti-los, apesar de sua pertença à espécie humana, de modo que a perda dos direitos implica a perda dos direitos humanos”.

Aplicando o construtivismo de Rawls na seara dos direitos fundamentais, Moller afirma que objeto da justiça é a estrutura básica da sociedade, a organização sistemática da distribuição de direitos e deveres fundamentais e das vantagens provenientes da cooperação social⁶⁶.

Assim, a aplicação da teoria da justiça elaborada por John Rawls contribui para prestar uma justificativa universal dos direitos humanos, pois, assumindo a dificuldade de identificação e implementação da justiça face às diversidades culturais, toma corpo para dirimir questionamentos sobre a possibilidade de coexistência pacífica de indivíduos, doutrinas e povos e a conservação de uma sociedade justa.

Os tempos atuais não comportam mais aquela uniformidade reinante na “pólis” grega, que permitia a comunhão de concepções de vida boa e o direcionamento uniforme de interesses políticos. O discurso tem de poder ir além, questionando as bases da concepção.

Ora, um ponto de contato entre as diversas culturas reside justamente naquelas condições mínimas de vida, para que se tenha uma vida boa, ainda que esta assuma formas distintas. É aqui que se logra uma fundamentação possível para os direitos humanos, enquanto mecanismo necessário (ou pelo menos como o melhor de que se dispõe) para proteger essas condições mínimas, que podem corresponder ao pano de fundo de uma ética mínima, e que jamais se confunde com conteúdos determinados por concepções éticas particulares⁶⁷.

Vicente de Paulo Barreto preconiza que os valores básicos defendidos a partir da inconformidade e do instinto de defesa inatos ao ser humano, quando atingido em sua dignidade, encontram-se acima de qualquer ordem jurídica, social ou

⁶⁶ Conforme MOLLER, Josué Emilio. O construtivismo de John Rawls aplicado na fundamentação dos direitos humanos fundamentais. *Revista Direito e Democracia*, Canoas, v. 7, n. 2, jan./jun. 2008, p. 299.

⁶⁷ Conforme LUDWIG, Roberto José. Algumas observações sobre a possibilidade de fundamentação dos direitos humanos. *Revista da Ajuris*, v. 117, Porto Alegre, mar. 2010, p. 359.

religiosa, e tornam-se o nutriente maior do florescimento da ideia dos direitos humanos como categorias universais⁶⁸.

2.4 Sistema Internacional de Proteção

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema internacional de proteção destes direitos, integrado por tratados que refletem a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, buscando-se a salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos, o “mínimo ético irredutível”⁶⁹.

Além do sistema normativo global, também surgiram os sistemas regionais de proteção, internacionalizando os direitos humanos nos planos regionais, especialmente na Europa, América⁷⁰ e África, além de um incipiente sistema árabe e a proposta de criação de um sistema asiático.

A lição de Flávia Piovesan é lapidar:

⁶⁸ Conforme BARRETO, Vicente de Paulo. Direitos Humanos, Democracia e Globalização. In: STRECK, Lenio Luiz e outros (Org.). *20 Anos de Constituição: Os Direitos Humanos entre a Norma e a Política*. São Leopoldo: Oikos, 2009, p. 263.

⁶⁹ Conforme PIOVESAN, Flávia. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista O Direito*, v. 141, 2009, p. 116. A autora destaca que, “até agosto de 2007, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos contava com 160 Estados-partes; o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contava com 157 Estados-partes; a Convenção contra a Tortura contava com 145 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação Racial contava com 173 Estados-partes; a Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher contava com 185 Estados-partes e a Convenção sobre os Direitos da Criança apresentava a mais ampla adesão, com 193 Estados partes” (p. 116).

⁷⁰ O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos vem se apresentando como um importante mecanismo para proteção e garantia dos direitos humanos no continente americano. Mudanças recentes nos regulamentos de seus órgãos, ampliação dos estados que ratificaram os tratados, a vigência de novos documentos de abrangência específica aprovados pela OEA, decisões e recomendações vem tornando o sistema único, diverso dos demais existentes, não podendo ser comparado ao sistema europeu. Conforme RIBEIRO, Evandro de Aguiar; TEREZO, Cristina Figueiredo. A legitimidade ativa de instituições públicas brasileiras perante o sistema interamericano de direitos humanos. *Revista do Ministério Público – PA*. Belém, v. 1, ano IV, dez. 2009, p. 119.

Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. O propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos – garantindo os mesmos direitos – é, pois, no sentido e ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos⁷¹.

Os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos estabelecem um núcleo inderrogável de direitos, a serem respeitados seja em tempo de guerra, instabilidade, comoção pública ou calamidade (artigo quarto do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, artigo vinte e sete da Convenção Americana de Direitos Humanos e o artigo quinze da Convenção Europeia de Direitos Humanos⁷²).

Sorto, baseado em René Cassin, afirma que o domínio do Estado não é absoluto em matéria de direitos humanos. Se de um lado o estado exerce de forma exclusiva a competência na promoção e na proteção dos direitos humanos, também a comunidade de estados tem direitos de intervenção nesta matéria⁷³.

Desta forma, a proteção internacional dos direitos humanos é um forte indicador da universalidade, tomando-se como paradigma normas internacionais e a retórica argumentativa, ou da tendência à universalidade – tendo-se em conta o relativismo cultural e os mecanismos de efetivação e proteção dos direitos.

À luz desta universalidade, o respeito aos direitos humanos, preconizado em vários documentos internacionais, tem contribuído para a disseminação de ações protetivas e para a sedimentação da

⁷¹ Conforme PIOVESAN, Flávia. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista O Direito*, v. 141, 2009, p. 117.

⁷² Conforme PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, Porto Alegre, v. 4, 2009, p. 115.

⁷³ Conforme SORTO, Fredys Orlando. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário. *Revista Verba Juris*, João Pessoa, v. 7, n. 7. 2008, p. 23.

percepção de existência de uma obrigação moral à sua conservação, sendo que a progressiva integração de normas internacionais tem contribuído de forma decisiva para conferir aos direitos humanos alcance geral⁷⁴.

2.5 A Constituição Brasileira de 1988 como Marco Institucionalizador

A Constituição de 1988 simbolizou, para além da transição democrática, o marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos no país, significando a ruptura com o regime autoritário de 1964. O valor da dignidade da pessoa humana – fundamento do estado democrático de direito – impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valorização a orientar a interpretação do sistema constitucional. A topologia dos direitos e garantias é destacada por Flávia Piovesan:

Introduz a Carta de 1988 um avanço extraordinário na consolidação dos direitos e garantias fundamentais, situando-se como o documento mais avançado, abrangente e pormenorizado sobre a matéria, na história constitucional do país. É a primeira Constituição brasileira a iniciar com capítulos dedicados aos direitos e garantias, para, então, tratar do Estado, sua organização e do exercício dos poderes restabelecimento da equação econômico-financeira depende da concretização de um evento posterior à formulação da proposta, identificável como causa do agravamento da posição do particular. Não basta a simples insuficiência de remuneração. Não se caracteriza rompimento do equilíbrio econômico-financeiro quando a proposta do particular era inexequível. A tutela à equação econômico-financeira não visa a que o particular formule proposta exageradamente baixa e, após vitorioso, pleiteie elevação da remuneração⁷⁵.

⁷⁴ Conforme GARCIA, Emerson. Influxos da Ordem Jurídica Internacional na Proteção dos Direitos Humanos: O Necessário Redimensionamento da Noção de Soberania. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 198, 2008, p. 127.

⁷⁵ Conforme PIOVESAN, Flávia. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista O Direito*, v. 141, 2009, p. 121.

Lembrando Canotilho, Piovesan afirma que a constituição “*tem sempre como tarefa a realidade: juridificar constitucionalmente esta tarefa ou abandoná-la à política, é o grande desafio*”, pois todas as constituições pretendem, implícita ou explicitamente, conformar o político⁷⁶.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho destaca que a declaração de direitos constante da Carta de 1988 é a mais abrangente e extensa de todas as anteriores, misturando verdadeiros direitos fundamentais em essência com outros que apenas formalmente são direitos fundamentais (por exemplo, o direito a certidões)⁷⁷. Em artigo específico sobre a interpretação a ser dada aos direitos humanos, Balera afirma que o rol de direitos humanos insculpido na CF/1988 não é mera justaposição de tópicos de um programa de ação.

Trata-se, parece-nos, de totalidade que gravita em torno de núcleo fundamental que, ao mesmo tempo, funciona: (a) como pressuposto para a compreensão de cada um desses direitos; (b) como base de sustentação da sua eficiente implantação e, (c) como constitutivo de valor transformador da sociedade⁷⁸.

Encerrando estudo sobre a Declaração de 1948 e a atual Constituição, Flávia Piovesan conclui que a partir de 1988 intensifica-se a interação e conjugação do Direito Internacional e do Direito interno, que fortalecem a sistemática de proteção dos direitos fundamentais com uma principiologia e lógica próprias, fundadas na primazia dos direitos humanos.

⁷⁶ Conforme PIOVESAN, Flávia. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista O Direito*, v. 141, 2009, p. 123.

⁷⁷ Conforme FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, p. 296.

⁷⁸ Conforme BALERA, Wagner. A interpretação dos direitos humanos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 25, ano 13, jan./jun. 2010, p. 376.

3 ADVOCACIA PÚBLICA: CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS

3.1 Função Essencial à Justiça

A Advocacia Pública, juntamente como o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia, compõem as funções essenciais à Justiça, tendo o poder constituinte originário de 1988, com a normatização, institucionalizado tais atividades profissionais.

Foi o despertar da consciência de um novo patamar de exigências estruturais o Estado democrático que sublinhou as peculiaridades do patrocínio do interesse do Estado e orientou o legislador constituinte que buscasse, nos melhores exemplos do direito comparado e na própria tradição jurídica luso-brasileira, a inspiração para institucionalizar o que hoje se chama de Advocacia de Estado⁷⁹.

A Advocacia Pública ocupa a Seção II do Capítulo IV da atual Carta Política (arts. 131 e 132). É o interesse patrocinado ou aconselhado que distingue a advocacia pública da privada, pois a primeira defende o interesse público, entendido como interesse impessoal, que não se confunde com a vontade do agente ou administrador, sendo função da advocacia pública a promoção da justiça em sua acepção axiológica, tratando-se de um poder-dever. O compromisso do advogado público é com a ordem jurídica e não com a posição do governante, por isso não age, em seu mister, em nome próprio, mas sim do ente federativo que representa⁸⁰.

⁷⁹ Conforme PIERONI, Fabrizio de Lima. A Função Constitucional e a Autonomia da Advocacia Pública. In: FIGUEIREDO, Guilherme Jose Purvin de (org.). *Estudos Jurídicos em homenagem ao Ministro Sepúlveda Pertence*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009, p. 89.

⁸⁰ Conforme PIERONI, Fabrizio de Lima. A Função Constitucional e a Autonomia da Advocacia Pública. In: FIGUEIREDO, Guilherme Jose Purvin de (org.). *Estudos Jurídicos em homenagem ao Ministro Sepúlveda Pertence*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009, pp. 93 e 95-97.

3.2 Representação, Consultoria e Assessoramento

O papel destinado aos advogados públicos é o de representação, consultoria e assessoramento dos entes e entidades da administração direta e indireta, destacando-se que, na obra de José Afonso da Silva, apenas as duas primeiras funções são apontadas pelo notório constitucionalista⁸¹.

No âmbito da função preventiva exercida pelas Procuradorias, insere-se o denominado controle interno de legalidade, cabendo aos advogados públicos orientar a atuação administrativa de forma a viabilizar as políticas públicas legitimamente adotadas, sem permitir que o administrador incorra em injuridicidade.

Já a função postulatória compreende a representação perante os órgãos competentes, veiculando medidas necessárias para a defesa dos interesses estatais, seja representando judicialmente nos feitos em que o ente figure como réu, quanto tomando a iniciativa com medidas judiciais que procurem viabilizar projetos de interesse público relevante, notadamente assegurar a dignidade da pessoa humana⁸².

Utilizando-se das lições contidas no acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.261 (julgada em 02.08.2010, DJ de 20.08.2010), de Relatoria do Ministro Ayres Britto, Pedro Lenza afirma que, no âmbito do Poder Executivo, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico são exclusivamente confiadas pela Constituição aos Procuradores de Estado, sendo necessária qualificação técnica – ingresso por concurso – e independência funcional, devendo tais características presidir a atuação dos procuradores em razão da absoluta tecnicidade⁸³.

Quanto à consultoria, trata-se de atividade de caráter eminentemente preventivo, no sentido de orientar a atuação da administração, evitando o cometimento de antijuridicidades. Deve-se buscar uma atuação pautada no interesse público, devendo os

⁸¹ Conforme SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 615.

⁸² CONTE, Francesco. *Advocacia Pública, Ética e Defesa da Legalidade*. *Revista da Procuradoria Geral*. Rio de Janeiro, n. 59, 2005, pp. 83-84

⁸³ Conforme LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 793.

advogados de estado dar soluções criativas, dentro da legalidade, para a implementação das diretrizes políticas, buscando dar juridicidade à política pública implementada⁸⁴.

3.3 A Defesa do Interesse Público

Bolzan de Moraes ensina que a ação do procurador do Estado, no desempenho de suas funções constitucionais, deve cumprir efetivamente com a salvaguarda republicana numa jurisdição satisfativa, devendo-se compreender que a representação do interesse público deve pressupor não exclusivamente suas atividades no procuratório ou na consultoria, mas também na construção do Estado Democrático de Direito.

Nos dizeres do renomado autor, poder-se-ia, assim, patrocinar não apenas o cumprimento efetivo do papel constitucional da advocacia pública, como também contribuir para o aperfeiçoamento das instituições democráticas, auxiliando, e não apenas prestando, na construção de respostas satisfatórias às pretensões sociais, sem abdicar da missão de resguardo da intangibilidade do interesse público, “*seja no que diz com a materialização das aspirações reconhecidas pela norma jurídica através de prestações públicas, seja pelo aprimoramento das instituições estatais*”⁸⁵.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, as funções de advogado de estado têm corte político, inconfundível com as de servidores que exercem atividades administrativas, pois a especial investidura constitucional, além de induzir uma responsabilidade corporativa geral perante órgãos colegiados de classe, implica também numa responsabilidade corporativa especial, perante os órgãos colegiados institucionais que lhes são próprios.⁸⁶

⁸⁴ Conforme GRANZOTO, Cláudio. Advogado de Estado – Defesa do Interesse Público – Independência Funcional Mitigada. *Revista da AGU*. Brasília, n. 13, ago. 2007, pp. 26-27.

⁸⁵ Conforme MORAIS, José Luís Bolzan de. O Direito da Cidadania à Composição de Conflitos. O Acesso à Justiça como Direito a uma Resposta Satisfatória e a Atuação da Advocacia Pública. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 77, ano XXVI, mar. 2000, p. 215.

⁸⁶ Conforme MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A Responsabilidade do Advogado de Estado*. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, n. 63, 2008, p. 102.

3.4 Os Princípios Informativos

Necessário se faz arrolar os princípios informativos da Advocacia de Estado, apontados por Diogo de Figueiredo Moreira Neto, após escrever vinte artigos sucessivos e conferências produzidas ao longo de dezoito anos: essencialidade, institucionalidade, igualdade, unidade, organicidade unipessoal, independência funcional, inviolabilidade, autonomia administrativa e autonomia de impulso⁸⁷.

3.5 A Missão

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 eleitos, ao quadro de possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento. O papel do advogado público é compreender a política pública que se deseja implementar, que é a vontade popular ao fim e ao cabo, e buscar estabelecer os mecanismos que a viabilizem. Nas palavras de Gustavo Binenbojm,

o Advogado Público tem a possibilidade de conhecer os limites sistêmicos em relação ao orçamento, em relação ao quadro de pessoal, ao quadro de estrutura material, em relação aos possíveis efeitos colaterais de uma política pública, colaborando para a correção dos rumos, contribuindo para a elaboração de políticas mais efetivas e mais eficientes. A atuação singular do Juiz diante do quadro concreto, assim como dos membros do Ministério Público e dos Advogados particulares, coloca-os na condição de alguém que vê a árvore sem ver a floresta. E a Advocacia Pública, através dos seus órgãos de cúpula, através dos seus órgãos de atuação institucional, deve ter essa possibilidade de ter a perspectiva geral dos órgãos de governo, para que possa melhor cumprir o seu papel⁸⁸.

⁸⁷ Conforme MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Responsabilidade do Advogado de Estado. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, n. 63, 2008, p. 96.

⁸⁸ Conforme BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, n. 31, ano VIII, out./dez. 2010, pp. 33-37.

Max Möller aduz que é exatamente na fundamentação da decisão administrativa – fornecimento de substratos constitucionais e jurídicos às decisões políticas – que se encontra a extrema relevância da atuação da advocacia pública. Segundo o autor, se nada mais é discricionário, e todas as opções são jurídicas ou têm exame jurídico, nada mais necessário do que revestir tais opções de substratos jurídicos e externa-las em linguagem jurídica, e conclui:

É, portanto, o advogado público quem deve proporcionar a justificativa constitucional e jurídica à política pública, não apenas prevenindo um possível questionamento da constitucionalidade do ato, mas reunindo elementos técnicos que são absolutamente relevantes no momento do exame judicial dessas políticas públicas⁸⁹.

A advocacia pública deve apresentar as diretrizes para a atuação administrativa no exercício da atividade discricionária, e seus parâmetros devem servir como medida de valoração material na densificação do conteúdo de cláusulas gerais e conceitos indeterminados, quando a administração pública tem de interpretá-los e aplicá-los⁹⁰, atuando criativamente na busca de soluções inovadoras para a viabilização das políticas públicas propostas pelos agentes eleitos.

4 ADVOCACIA PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS: UMA APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA

4.1 O Dever de Integral Proteção

O desafio que se apresenta à humanidade no terceiro milênio é a impostergável necessidade de romper-se com as sólidas barreiras

⁸⁹ Conforme MÖLLER, Max. *Advocacia Pública e a Efetivação dos Direitos Sociais Prestacionais*. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado*. Porto Alegre, Ed. Espec. 45 anos, v. 2, 2010, p. 22.

⁹⁰ Conforme CAMARGO, Daniel Marques de. TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. *Direitos Humanos, Dimensões da Personalidade e Neoconstitucionalismo*. *Revista Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, Brasília, n. 32, ano 31, dez. 2009, p. 23.

culturais, ideológicas, econômicas e técnicas que ainda conferem força à dissonância existente no trato dos direitos humanos. Ultrapassado tal obstáculo, com a disseminação dos valores ético-culturais de natureza comum, seria possível alcançar-se um aumento das zonas de convergência quanto ao imperativo respeito aos direitos verdadeiramente essenciais⁹¹.

Num Estado Democrático de Direito, deve-se estar diante de uma política integral de proteção dos direitos. O dever de proteção estatal não somente vale no sentido clássico (proteção negativa), mas também no sentido de uma proteção positiva por parte do Estado: a proteção deve ocorrer frente ao Estado e também através do Estado. Com esse paradigma, o ente público

deve deixar de ser visto na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, passando a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento (Drindl, Canotilho, Vital Moreira, Sarlet, Streck, Bolzan de Moraes e Stern) ou outra expressão desta mesma ideia, deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado. Insisto: já não se pode falar, nesta altura, de um Estado com tarefas de guardião de “liberdades negativas”, pela simples razão - e nisto consistiu a superação da crise provocada pelo liberalismo - de que o Estado passou a ter a função de proteger a sociedade nesse duplo viés: não mais apenas a clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, também, a obrigatoriedade de concretizar os direitos prestacionais e, ao lado destes, a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais⁹².

O fortalecimento do regime doméstico de proteção aos direitos humanos, a partir da consolidação de uma cultura dos direitos humanos, é, nas palavras de Flávia Piovesan, emergencial, pois o

⁹¹ Conforme GARCIA, Emerson. Influxos da Ordem Jurídica Internacional na Proteção dos Direitos Humanos: O Necessário Redimensionamento da Noção de Soberania. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 198, 2008, p. 129.

⁹² Conforme RAMOS, Patricia Pimentel. Dos Direitos Humanos da Vítima de Violência e a Responsabilidade do Estado. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 51, 2010, pp. 154-155.

desafio é aumentar o comprometimento dos Estados para com a causa dos direitos humanos, ainda vista “como uma agenda contra o Estado”⁹³.

Interessante paralelo é feito por Bolzan de Moraes e Lenio Streck com apoio em José Eduardo Faria, segundo os quais às diversas gerações de direitos pode-se atrelar o maior compromisso de uma das funções de Estado. Assim, à primeira geração (cidadania civil e política) atrela-se a ação legislativa, bastando o reconhecimento legal para sua concreção, em se tratando de liberdades negativas; à segunda geração (cidadania social e econômica) atrela-se a ação executiva, por meio de prestações públicas e políticas promocionais; e à terceira geração (cidadania pós-material) atrela-se a ação jurisdicional em sentido lato, por meio de uma atividade hermenêutica positiva e concretizante⁹⁴.

Conforme Gilmar Ferreira Mendes, o Estado incorpora a defesa dos direitos humanos em seu próprio poder, ao se definir o poder do Estado como o poder defensor dos direitos humanos, sendo que esses somente podem ser realizados quando limitam o poder do Estado, quando o poder estatal está baseado em uma ordem jurídica que inclui a defesa dos direitos humanos.⁹⁵

4.2 A Viabilização de Políticas Públicas

A efetivação dos direitos humanos passa obrigatoriamente por políticas públicas que permitam a redução do abismo entre indivíduos que habitam o mesmo espaço territorial, com a urgente inclusão social mínima desses indivíduos e sua humanização, como

⁹³ Conforme PIOVESAN, Flávia. Força integradora e catalizadora do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 25, ano 13, jan./jun. 2010, p. 339.

⁹⁴ Conforme BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 138.

⁹⁵ Conforme MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção Judicial Efetiva dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em homenagem a J. J. Canotinho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 374.

seres racionais que precisam se alimentar, se aquecer, ter infraestrutura sanitária, ter acesso à saúde pública de qualidade, ao conhecimento e à segurança⁹⁶.

Para a realização desses direitos, se faz necessária a utilização de políticas públicas, entendendo-se o termo “política” como quer Dworkin, ou seja, uma meta ou diretriz a alcançar, uma melhoria econômica, política e social da comunidade, um padrão que propõe um objetivo a ser alcançado. Partindo dessa noção, política pública deve ser compreendida não como ato ou atos isolados, mas com um conjunto de atuações do poder público⁹⁷.

Bolzan de Moraes e Gustavo Oliveira Vieira pontificam que a concretização dos direitos humanos pressupõe a construção de uma sociedade com ampla base de solidariedade, conquistada tanto pela atuação do Estado, por meio de políticas públicas, quanto pela chancela social de sua necessidade⁹⁸.

O desafio da filosofia dos direitos humanos é traçar valores universalizáveis, para resgatar elementos comuns como vias emancipatórias da humanidade. A homogeneidade não é perquirida nem desejável, sendo prioritário o respeito à diversidade cultural, como valor dos direitos humanos. Mas resgatar a possibilidade de direitos universais, de todos, em todos os lugares, não é apenas uma tarefa como uma possibilidade, ainda que tomada como uma utopia realista, que nasce de uma educação no e para os direitos humanos, a qual promova não apenas a recomposição dos seus espaços de atuação, mas também a um maior e efetivo

⁹⁶ Conforme LEMOS, Bruno Espineira. Direitos Humanos: Políticas Públicas e Inclusão Social. In: FIGUEIREDO, Guilherme Jose Purvin de. *Estudos Jurídicos em homenagem ao Ministro Sepúlveda Pertence*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009, p. 70.

⁹⁷ Conforme NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O Controle de Políticas Públicas: Um Desafio à Jurisdição Constitucional. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, n. 14, ano IV, abr./jun. 2009, pp. 114-115.

⁹⁸ Conforme MORAIS, José Luís Bolzan; VIEIRA, Gustavo Oliveira. A Necessidade da Voz da Sociedade Civil Organizada na Concretização dos Direitos Humanos. In: GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa (Org.). *Direitos Humanos: Vozes e Silêncio*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 73.

comprometimento com suas práticas em todos os espaços e ambientes⁹⁹.

Se compete ao Executivo a consecução de políticas públicas voltadas para a proteção dos direitos humanos, a função da advocacia pública, como consultoria jurídica técnica do ente estatal, é a de mostrar as necessidades, os caminhos e as soluções que se fazem necessárias ao aprimoramento e à construção dos direitos humanos, legitimando a atuação do ente público e consolidando uma “cultura dos direitos humanos”.

Todas as políticas públicas deveriam ser elaboradas com a participação de um advogado público, tanto para que este conheça melhor as efetivas necessidades a ser atendidas pelas ações administrativas, quanto para que este, ciente dos interesses públicos que estão carecendo de 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 Ministérios¹⁰⁰.

Em outras palavras, se a função precípua da advocacia pública é a representação judicial, assessoramento e a consultoria não só do Poder Executivo, mas do ente federado como um todo, incluindo todos os Poderes estatais e Instituições autônomas, compete à essa função essencial à Justiça, com a mais absoluta tecnicidade, auxiliar tais entidades na consecução de seus fins, e aqui, especificamente, promover e defender os direitos humanos.

⁹⁹ Conforme MORAIS, José Luís Bolzan; VIEIRA, Gustavo Oliveira. A Necessidade da Voz da Sociedade Civil Organizada na Concretização dos Direitos Humanos. In: GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa (Org.). *Direitos Humanos: Vozes e Silêncio*. Curitiba: Juruá, 2011, pp. 79-80.

¹⁰⁰ Conforme GAZOLA, Patricia Marques. O Papel da Advocacia Pública na Integração entre as diversas Políticas Públicas. In: ORDACGY, André da Silva. *Advocacia de Estado e Defensoria Pública: Funções Públicas Essenciais à Justiça*. Curitiba: Letras da Lei, 2009, p. 417.

O auxílio se caracteriza por imprescindível, tanto pelo fato de o Poder Executivo necessitar de suporte técnico-jurídico de qualidade para tomada de decisões, tanto pelo fato de que são os Procuradores de Estado que conduzem as demandas judiciais movidas contra o ente público, sendo de fundamental valia a visão dos que vivenciam o dia a dia da Justiça para o aperfeiçoamento e promoção dos direitos do homem.

A viabilização de políticas públicas é papel da Advocacia de Estado, mas também constitui sua missão contribuir para que a definição e a execução de tais políticas tenham na constituição e nas leis os seus limites, oferecendo ao administrador elementos jurídicos necessários para a concretização de sua discricionariedade política¹⁰¹.

As políticas públicas implementadas no Brasil ainda estão a caminho para se constituírem políticas de Estado, para além de ações de governo, e com capacidade de respostas sistemáticas. Ainda se está na ação socorrista, reativa às circunstâncias, sobretudo em se tratando de situações de violação, sendo necessárias políticas públicas efetivamente orientadas para os direitos humanos.

No momento em que se dá um passo importante para que os direitos humanos avancem no caminho de se constituir política pública, é fundamental dizer que a atuação e a luta por Direitos Humanos não se esgota nisso. Antes, pode ter nele um instrumento poderoso que, a depender da qualidade da implementação, é capaz de abrir novos tempos para a luta popular ou ser mais um passo para funcionalizá-los ao poder. É fundamental manter abertos os 'intervalos críticos', para que os Direitos Humanos continuem sendo construção de sujeitos que os querem como insumo da rebeldia criativa e construtiva¹⁰².

Baseando-se no dever de proteção destinado ao Estado, é possível dizer que o múnus do advogado público é o de proteger os administrados do arbítrio e concretizar os direitos fundamentais, auxílio técnico-jurídico sem o qual as políticas públicas não conseguirão, com plenitude, alcançar a primazia reclamada pelos direitos humanos na atualidade.

¹⁰¹ CONTE, Francesco. Advocacia Pública, Ética e Defesa da Legalidade. Revista da Procuradoria Geral. Rio de Janeiro, n. 59, 2005, p. 87.

¹⁰² Conforme CARBONARI, Paulo César. Caminho para uma Política Nacional de Direitos Humanos. Revista Direitos Humanos, Brasília, n. 5, abr. 2010, p. 21.

A proteção dos indivíduos do arbítrio do ente público, por certo, resta facilitada com o auxílio técnico dos procuradores do ente estatal, pois são esses últimos quem detêm o aparato jurídico necessário à consecução dos direitos humanos como medida de justiça e igualdade.

A concretização de tais valores perpassa, especialmente, a atuação dos advogados públicos, pois, representado o Estado, estão, em verdade, representado a própria coletividade, e é essa coletividade que deve ser objeto de proteção.

Além das funções acima explicitadas, outra função de relevância é destacada aos procuradores de estado, pois aos poderes públicos incumbe a tarefa e o dever de extrair das normas que os consagram a maior eficácia possível, outorgando efeitos reforçados às demais normas constitucionais¹⁰³, verificação técnica que deve ser reservada aos advogados do ente.

Se a sociedade pós-moderna caracteriza-se pelo desrespeito à pessoa humana e pela ineficácia de políticas públicas e do direito em minimizar tal situação, esta deve ser combatida pela ampliação da cidadania e concretização dos valores constitucionais, em um cenário político que propugne a libertação da pessoa humana das opressões sociais e da sensação de ineficiência estatal no trato de tais problemas¹⁰⁴.

E nesta perspectiva de atuação deve concentrar-se o trabalho do advogado público no auxílio técnico que presta ao Executivo.

4.3 O Desafio da Efetivação

O desafio da efetivação dos direitos humanos reside na construção de uma fundamentação que seja adequada para

¹⁰³ Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 271.

¹⁰⁴ Conforme BONIFACIO, Artur Cortez. LIMA, Newton de Oliveira. *A abordagem axiológica de John Rawls como meio de instrumentalização dos valores constitucionais*. *Revista da Esmarn, Natal*, v. 7, dez. 2008, p. 47. Para os autores, “o pragmatismo no agir do jurista e administrador público não afasta a compreensão dos valores constitucionais e a consciência jurídica da força de obrigatoriedade em sua observância” (p. 45).

legitimar a normatização e a instrumentalização desses direitos. O enfrentamento do problema passa pela verificação da complexidade do mundo, seu pluralismo cultural e multiplicidade de concepções de bem, além do valor da tolerância em um ambiente global em que as cosmovisões coexistam de forma harmoniosa¹⁰⁵.

Ao dar um colorido técnico à atuação política do Executivo, está a Advocacia Pública exercendo papel de relevada importância, pois o aprimoramento das condutas estatais ocasiona, em verdade, o aprimoramento da sociedade, elemento humano do ente público que, composto de pessoas com dignidade inata, merecem maior atenção.

Vê-se, pois, que o trabalho do advogado público, necessariamente, deve englobar a promoção dos direitos humanos notoriamente àqueles objeto de exclusão social e discriminação, pois, possuindo igual dignidade, a recomposição de suas essências mostra-se emergencial.

Com efeito, a promoção dos direitos humanos deve atender sobretudo as demandas dos segmentos afetados pela exclusão – negros, índios, quilombolas, homossexuais, deficientes, a fim de que se respeite sua especificidade, se reconheça e valorize a diversidade, combatendo todas as formas de discriminação¹⁰⁶.

Segundo Boaventura de Souza Santos, trata-se de árdua tarefa, pois “o trabalho de reconstrução e, de fato, de reinvenção dos direitos humanos será intenso se quisermos que eles enfrentem todas as dimensões da injustiça global”¹⁰⁷.

Nesta senda, o advogado público, como mandatário do Estado, fica obrigado não somente a respeitar os direitos fundamentais, bem como a promover condições de realização efetiva dos direitos e protegê-los das ameaças provindas de terceiros.

¹⁰⁵ Conforme MOLLER, Josué Emilio. O construtivismo de John Rawls aplicado na fundamentação dos direitos humanos fundamentais. *Revista Direito e Democracia*, Canoas, v. 7, n. 2, jan./jun. 2008, p. 294.

¹⁰⁶ Conforme VANNUCHI, Paulo. A Evolução dos Direitos Humanos a Partir da Constituição Federal de 1988: o Brasil superando as desigualdades. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 198, 2008, p. 154.

¹⁰⁷ Conforme SANTOS, Boaventura de Souza. Os Direitos Humanos na zona de contato entre globalizações rivais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 64, jan./fev. 2007, p. 336.

4.4 A Luta pela Dignidade

Se a atividade do Poder Executivo há de ter como diretriz e parâmetro a realização e a plenitude dos direitos humanos fundamentais, harmonizando o princípio da legalidade com esteio na constitucionalidade, deve o advogado público, por estar vinculado à proteção do Estado e, por via de consequência, do que é comum a todos, fornecer as bases técnicas e jurídicas necessárias à consecução das finalidades da proteção dos direitos humanos, notoriamente a proteção à dignidade da pessoa humana.

Para a ordem constitucional da Lei Fundamental, o homem não é nem partícula isolada, indivíduo despojado de suas limitações históricas, nem sem realidade da ‘massa’ moderna. Ele é entendido, antes, como ‘pessoa’: de valor próprio indisponível, destinado ao livre desenvolvimento, mas também simultaneamente membro de comunidades, de matrimônio e família, igrejas, grupos sociais e políticos, das sociedades políticas, não em último lugar, também dos Estados, com isso, situado nas relações inter-humanas mais diversas, por essas relações em sua individualidade concreta essencialmente moldada, mas também chamado a co-configurar responsavelmente a convivência humana¹⁰⁸.

Nos dizeres de Zisman, com fundamento em Bobbio, nenhum Estado soberano está autorizado a fechar suas portas para a tutela da dignidade¹⁰⁹, pois as normas de proteção da dignidade da pessoa atualizam a constituição, respeitando a essência do ser.

¹⁰⁸ Conforme PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 366.

¹⁰⁹ “A verdade é que a dignidade da pessoa humana pode ser considerada como o itinerário normativo posto à disposição da comunidade. Não pode esta última rejeitar tal itinerário sem sofrer serias consequências decorrentes de tal rejeição. Aceitar a dignidade da pessoa humana é aceitar que esse vetor existencial dotará a comunidade de todos os meios e elementos essenciais para atingir seu fim último” Conforme BALERA, Wagner. A interpretação dos direitos humanos. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, n. 25, ano 13, jan./jun. 2010, p. 365.

Toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes um dever de respeito e proteção que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerência na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la contra agressões por parte de terceiros.

Nas palavras de Bolzan de Moraes, os direitos humanos são um conjunto de valores históricos básicos e fundamentais relativos a uma vida digna, razão pela qual se impõe aos agentes políticos, jurídicos, econômicos e sociais a tarefa de agirem no sentido de permitir e viabilizar que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum, ao mesmo tempo, e arremata: *“Assim como os direitos humanos se dirigem a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento como com a dignidade comum”*¹¹⁰.

Conforme Bolzan de Moraes, deve o procurador de estado dar reforço jurídico na indicação dos melhores caminhos a serem seguidos para a concretização e garantia de uma ordem jurídica nucleada pelo princípio da dignidade humana¹¹¹.

A dignidade integra a ordem pública dos estados que a consagram, cuidando-se de fundamento para a limitação de direitos fundamentais – restringem-se direitos para garantir a dignidade – quanto de um limite dos limites, ou seja, de uma barreira contra limitações efetuadas em proveito de outros bens fundamentais¹¹², limites jurídicos que somente serão satisfatoriamente delineados se a atuação da advocacia pública for fundamentada e eficiente.

¹¹⁰ Conforme BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Direitos Humanos, Globalização e Constituição. Vínculos feitos, desfeitos e refeitos. Revista da Procuradoria-Geral do Estado. Porto Alegre, v. 25, n. 56, 2002, p. 124.

¹¹¹ Conforme BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Fragmentos para um discurso concretista e uma prática dos direitos humanos. Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, n. 13, jan./jun. 2000, p. 56.

¹¹² Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 106.

4.5 O Advogado Público na Busca da Prevalência dos Direitos Humanos

Frente aos direitos humanos, o desafio dos operadores do direito, transportado com mais ênfase aos advogados públicos, é

resgatar e recuperar no aparato jurídico seu potencial ético e transformador, aplicando a Constituição e os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos por ela incorporados. Estão, portanto, à frente do desafio emancipatório de reinventar, reimaginar e recriar sua prática, a partir deste novo paradigma e referência: a prevalência dos direitos humanos¹¹³.

É necessário integrar e aprimorar os espaços de participação existentes, bem como criar mecanismos institucionais de construção e monitoramento das políticas públicas de direitos humanos, o que deve ser efetuado com o aparato técnico indispensável dos advogados públicos.

As políticas sociais devem ser implementadas como políticas de Estado, permanentes, articuladas e integradas, respeitando as condições naturais e as diferenças culturais¹¹⁴, mostrando-se a advocacia pública essencial na verificação destas peculiaridades e na revelação dos parâmetros de atuação dos dirigentes do Executivo.

De acordo com um critério formal e institucional, os detentores de poder formalmente considerados – Legislativo, Executivo e Judiciário – se encontram obrigados pelos direitos fundamentais, enquanto que, num critério material e funcional, todas as funções exercidas também o são, pois “os órgãos estatais se encontram na obrigação de tudo fazer no sentido de realizar os direitos fundamentais”¹¹⁵.

¹¹³ Conforme PIOVESAN, Flávia. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. *Revista O Direito*, v. 141, 2009, p. 126.

¹¹⁴ Conforme VANNUCHI, Paulo. A Evolução dos Direitos Humanos a Partir da Constituição Federal de 1988: o Brasil superando as desigualdades. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 198, 2008, p. 155.

¹¹⁵ Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 365-366.

Nas palavras de Raúl Zamorano Farías,

é necessário insistir na real operatividade (efetividade) das regras (direito) e do Estado cidadão (Bobbio). Posto que, a estas alturas, resulta evidente que constitucionalizar a constituição, efetivar o direito, a fim de construir e definir um Estado democrático de direito, representa o verdadeiro problema e desafio da sociedade moderna, sobretudo em suas periferias. Isto é, lograr que o Estado cidadão seja universal, vinculante e operativo para todos e nos mais mínimos detalhes.¹¹⁶

No Brasil, foi lançado pelo Governo Federal em 13 de maio de 1996 o Programa Nacional de Direitos Humanos, sendo que sua grande contribuição é atribuir a esses direitos o status de política pública. A proteção deixa de ser concebida como mero acaso para ser objeto de planejamento governamental, concentrando um universo de propostas visando à implementação de políticas públicas para a proteção dos direitos humanos, dando especial enfoque à vida, liberdade e igualdade, com propostas e metas de curto, médio e longo prazos.

Seis anos depois, em 13 de maio de 2002, foi adotado o Programa Nacional de Direitos Humanos II, contemplando metas no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais, incorporando ações específicas nos campos da educação, saúde, previdência e assistência sociais, moradia, trabalho, meio ambiente saudável, alimentação, cultura e lazer, além de propostas voltadas para educação e sensibilização da sociedade com vistas à construção e à consolidação de uma cultura de respeito aos direitos humanos.

Por fim, a construção do Programa Nacional de Direitos Humanos III resultou de amplo processo do qual participaram diversos agentes e lideranças do país, fazendo do texto publicado em 21 de dezembro de 2009 um marco democrático no caminho da efetivação de uma política nacional de direitos humanos. Com

¹¹⁶ Conforme FARÍAS, Raúl Zamorano. O discurso retórico dos direitos humanos. *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, n. 2, ano 2, jan./mar. 2008, p. 75.

ele, aprofunda-se o compromisso do Estado com a responsabilidade por sua realização, um novo alento à luta pelos Direitos Humanos no Brasil.

A Carta de 1988 e os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos lançam um projeto democratizante e humanista, cabendo aos agentes jurídicos converterem-se em agentes propagadores de uma ordem renovada, democrática e respeitadora dos direitos humanos, a lição de Luís Roberto Barroso é lapidar:

Vivemos uma época pós tudo. Pós Marx, pós Freud, pós Kelsen. Alguns de nossos melhores sonhos de juventude não se realizaram. Não vivemos em um mundo sem países, sem miséria. Não soubemos ainda criar um tempo da fraternidade e da delicadeza. Não há sequer uma boa utopia à disposição. Neste cenário se coloca o direito constitucional e a conseqüente constitucionalização do direito. A constituição como um modo de olhar e de desejar o mundo, em busca das promessas de dignidade humana, poder limitado, direitos fundamentais, tolerância e, quem sabe, até felicidade¹¹⁷.

E longo caminho existe a ser percorrido, pois conquanto sejam inegáveis os avanços registrados a partir da Constituição Federal de 1988, a igualdade material ainda se mostra um ideal a ser perseguido, um grande desafio cotidiano, pois ainda convivemos com a desigualdade e com a persistência de graves violações de direitos humanos¹¹⁸.

¹¹⁷ Conforme BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional – tomo III*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 517.

¹¹⁸ Conforme VANNUCHI, Paulo. A Evolução dos Direitos Humanos a Partir da Constituição Federal de 1988: o Brasil superando as desigualdades. *Revista Justitia*, São Paulo, v. 198, 2008, p. 151. “Exemplos recentes dessa situação são o caso da jovem presa e violentada em Abaetetuba (PA), do bebê morto na prisão de Cariacica (ES), do adolescente executado sob choques elétricos em Bauru (SP), dos três jovens do Morro da Providência (RJ) entregues por militares a uma facção criminosa e barbaramente torturados e mortos, do garoto de três anos de idade baleado por policiais dentro do carro durante uma suposta perseguição policial (RJ), assim como o estupefante caso da menina xavante de 16 anos, muda, parálitica, morta dentro de uma unidade oficial do Estado brasileiro (DF) – fatos extremos que nos fazem pensar sobre os limites do que pode acontecer com o ser humano”.

5 CONCLUSÃO

“O próprio pensamento emerge dos incidentes da experiência viva e a eles deve permanecer ligado, pois são os únicos pontos de apoio para se obter orientação” (Hannah Arendt em “Entre o Passado e o Futuro”).

Analisadas as bases em que se assenta a temática dos direitos humanos na atualidade, e o papel da advocacia pública no ordenamento jurídico brasileiro, logo se nota que a reunião de ambos os assuntos descortina um grande desafio.

Detentores do conhecimento técnico necessário para cumprir com suas funções, é missão do advogado público dar sua contribuição para a efetivação dos direitos humanos.

Seja na representação, consultoria ou assessoramento do ente público, toda a conduta do procurador de Estado deve estar voltada à consecução dos fins estatais mais nobres, analisando juridicamente as possibilidades de atuação, verificando os campos que demandam políticas públicas, atuando de perto quando houver violação aos direitos humanos.

É dever do advogado público possibilitar ao seu constituinte a real implementação dos direitos da pessoa humana, colocando à disposição da administração todo o aparato técnico-jurídico necessário para que se resgate a dignidade daqueles que mais necessitam.

Se o compromisso com a dignidade, fundamento dos direitos humanos, é dever da sociedade, o dever do advogado público passa a ser exponencial, pois ele é quem possui as condições de traçar as possibilidades jurídicas de implementação das políticas de estado. Representando o Estado, em verdade está representando a todos, razão pela qual o procurador tudo deve fazer para proteger os direitos fundamentais.

O desafio se mostra grandioso porque as necessidades humanas são infinitas, mas, ainda que jamais se possa alcançar a plenitude dos direitos humanos para todos os habitantes do planeta, o cenário atual reclama atuação urgente e direta, pois tais direitos guardam relação com a essência do ser, e a essência do homem não pode, jamais, ser violada.

Por fim, para ficar com a conhecida lição de Eduardo Galeano, utopias são como linhas do horizonte, e linhas do horizonte não existem para ser alcançadas. O objetivo, função ou propósito da utopia não é o de ser alcançada: é o de apenas fazer caminhar.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. A interpretação dos direitos humanos. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, n. 25, jan./jun. 2010, pp. 362-380.

BARRETO, Vicente de Paulo. Direitos Humanos, Democracia e Globalização. In: STRECK, Lenio Luiz e outros (Org.). **20 Anos de Constituição: Os Direitos Humanos entre a Norma e a Política**. São Leopoldo: Oikos, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional – tomo III**. Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

BARZOTTO, Luís Fernando. Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos: Da Dogmática jurídica à ética. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. Porto Alegre, v. 28, n. 59, pp. 137-173.

BIELEFELDT, Heiner. Os Direitos Humanos num mundo pluralista. **Revista Pensar – Revista do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza**. Fortaleza, v. 13, jul./dez. 2008, pp. 166-174.

BINENBOJM, Gustavo. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, n. 31, ano VIII, out./dez. 2010, pp. 33-41.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. Direitos Humanos, Globalização e Constituição. Vínculos feitos, desfeitos e refeitos. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. Porto Alegre, v. 25, n. 56, 2002, pp. 117-138.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. Fragmentos para um discurso concretista e uma pratica dos direitos humanos. **Revista do Direito**. Santa Cruz do Sul, n. 13, jan./jun. 2000, pp. 47-59.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. O Direito da Cidadania à Composição de Conflitos. O Acesso à Justiça como Direito a uma Resposta Satisfatória e a Atuação da Advocacia Pública. **Revista da Ajuris**. Porto Alegre, v. 77, ano XXVI, mar. 2000, pp. 183-218.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 138.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís; VIEIRA, Gustavo Oliveira. A Necessidade da Voz da Sociedade Civil Organizada na Concretização dos Direitos Humanos. In: GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa (Org.). **Direitos Humanos: Vozes e Silêncio**. Curitiba: Juruá, 2011, pp. 65-81.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. O Direito à Paz como Direito Fundamental da Quinta Geração. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre, n. 40, ano VIII, 2006, pp. 15-22.

BRAGATTO, Fernanda Frizzo. Positivção e efetividade dos direitos humanos. **Revista Estudos Jurídicos Universidade do Vale do Rio dos Sinos**. São Leopoldo, v. 40, n. 2, jul./dez. 2007, pp. 66-71.

CAMARGO, Daniel Marques de. TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. Direitos Humanos, Dimensões da Personalidade e Neoconstitucionalismo. **Revista Lex – Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Brasília, n. 32, ano 31, dez. 2009, pp. 05-36.

CARBONARI, Paulo César. Caminho para uma Política Nacional de Direitos Humanos. **Revista Direitos Humanos**. Brasília, n. 5, abr. 2010, p. 17-22.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30.

CONTE, Francesco. Advocacia Pública, Ética e Defesa da Legalidade. **Revista da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro, n. 59, 2005, pp. 83-88.

CUNHA, Fabiana Azevedo da. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais: a procura da maior proteção ao ser humano. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**. Porto Alegre, v. 28, n. 59, jun. 2004, pp. 67-99.

CULLETON, Alfredo. Por que e onde buscar um princípio fundador para os direitos humanos? **Revista Estudos Jurídicos Universidade do Vale do Rio dos Sinos**. v. 40, n. 2, jul./dez. 2007, pp. 57-59.

FARÍAS, Raúl Zamorano. O discurso retórico dos direitos humanos. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Porto Alegre, n. 2, ano 2, jan./mar. 2008, pp. 63-77.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, p. 296.

GARCIA, Emerson. Influxos da Ordem Jurídica Internacional na Proteção dos Direitos Humanos: O Necessário Redimensionamento da Noção de Soberania. **Revista Justitia**. São Paulo, v. 198, 2008, pp. 117-131.

GAZOLA, Patricia Marques. O Papel da Advocacia Pública na Integração entre as diversas Políticas Públicas. In: ORDACGY, André da Silva. *Advocacia de Estado e Defensoria Pública: Funções Públicas Essenciais à Justiça*. Curitiba: Letras da Lei, 2009, pp. 413-420.

GRANZOTO, Cláudio. Advogado de Estado – Defesa do Interesse Público – Independência Funcional Mitigada. **Revista da AGU**. Brasília, n. 13, ago. 2007, pp. 19-36.

GUIMARÃES, Débora Soares. Análise da importância da concepção universal dos direitos humanos e sua justicialização ante o multiculturalismo. **Revista CEJ**. Brasília, n. 47, ano XIII, out./dez. 2009, pp. 118-126.

HERKENHOFF, João Baptista; PAIXÃO, Antonio Côrtes. Garantias Processuais dos direitos humanos no sistema jurídico brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 180, ano 45, out./dez. 2008, pp. 215-241.

LEWIN, Helena. Direitos Humanos como Produto da Modernidade. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, v. 75, abr./jun. 2008, pp. 60-64.

LAFER, Celso. Direitos Humanos em Hannah Arendt – Considerações sobre as Fontes Materiais da Declaração Universal de 1948. **Revista Justitia**. São Paulo, v. 198, 2008, pp. 111-115.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEMONS, Bruno Espineira. Direitos Humanos: Políticas Públicas e Inclusão Social. In: FIGUEIREDO, Guilherme Jose Purvin de. **Estudos Jurídicos em homenagem ao Ministro Sepúlveda Pertence**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2009, pp. 63-76.

LUDWIG, Roberto José. Algumas observações sobre a possibilidade de fundamentação dos direitos humanos. **Revista da Ajuris**. v. 117, Porto Alegre, mar. 2010, pp. 343-366.

MENDES, Gilmar Ferreira. Proteção Judicial Efetiva dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos Fundamentais e Estado Constitucional. Estudos em**

homenagem a J. J. Canotinho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 372-400.

MENDEZ, Emílio García. O Judiciário e a concretização dos direitos humanos. **Revista da Ajuris.** Porto Alegre, n. 116, ano XXXVI, dez. 2009, pp. 355-364.

MIRANDA, Juliana Gomes. A Proteção aos Defensores dos Direitos Humanos: uma Garantia Democrática. **Revista Direito Público.** São Paulo n. 20, ano 7, nov./dez. 2009, pp. 122-131.

MOLLER, Josué Emilio. O construtivismo de John Rawls aplicado na fundamentação dos direitos humanos fundamentais. **Revista Direito e Democracia.** Canoas, v. 7, n. 2, jan./jun. 2008, pp. 291-313.

MÖLLER, Max. Advocacia Pública e a Efetivação dos Direitos Sociais Prestacionais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado.** Porto Alegre, Ed. Espec. 45 anos, v. 2, 2010, pp. 09-25.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Responsabilidade do Advogado de Estado. **Revista de Direito da Procuradoria Geral.** n. 63, 2008, pp. 95-117.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Princípios Constitucionais Fundamentais. Uma Digressão Prospectiva. **Revista de Direito da Procuradoria Geral.** Rio de Janeiro, n. 59, 2005, pp. 33-48.

NEUNER, Jörg. Direitos Humanos Sociais. **Revista Direito Público.** São Paulo, v. 26, ano V, mar./abr. 2009, pp. 18-41.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O Controle de Políticas Públicas: Um Desafio à Jurisdição Constitucional. **Revista de Direito do**

Estado – RDE. Rio de Janeiro, n. 14, ano IV, abr./jun. 2009, pp. 107-137.

OLIVEIRA, Diogo Pignataro. Os tratados de direitos humanos na contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica do parágrafo terceiro do artigo quinto da CF/88. **Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCL.** São Paulo, n. 64, ano 16, jul./set. 2008, p. 297-323.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Direitos Humanos Fundamentais – Teoria Geral.** 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2010.

PIERONI, Fabrizio de Lima. A Função Constitucional e a Autonomia da Advocacia Pública. In: FIGUEIREDO, Guilherme Jose Purvin de (org.). **Estudos Jurídicos em homenagem ao Ministro Sepúlveda Pertence.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2009, pp. 89-100.

PIOVESAN, Flávia. A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista O Direito.** v. 141, 2009, pp. 109-126.

PIOVESAN, Flávia. Força integradora e catalizadora do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo.** São Paulo, n. 25, ano 13, jan./jun. 2010, p. 331-349.

PIOVESAN, Flávia. Os Direitos Cíveis e Políticos das Mulheres no Brasil. **Revista Justitia.** São Paulo, v. 198, 2008, pp. 133-147.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

RAMOS, Patricia Pimentel. Dos Direitos Humanos da Vítima de Violência e a Responsabilidade do Estado. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ**. Rio de Janeiro, v. 13, n. 51, 2010, pp. 148-177.

RIBEIRO, Evandro de Aguiar; TEREZO, Cristina Figueiredo. A legitimidade ativa de instituições públicas brasileiras perante o sistema interamericano de direitos humanos. **Revista do Ministério Público – PA**. Belém, v. 1, ano IV, dez. 2009, pp. 119-132.

RUIZ, Castor Bartolomé. Os Direitos Humanos no Descobrimento da América: verdades e falácias de um discurso. **Revista Estudos Jurídicos Universidade do Vale do Rio dos Sinos**. v. 40, n. 2, jul./dez. 2007, p. 60-65.

SANTOS, Boaventura de Souza. Os Direitos Humanos na zona de contato entre globalizações rivais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n. 64, jan./fev 2007, pp. 313-337.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SORTO, Fredys Orlando. A Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu sexagésimo aniversário. **Revista Verba Júris**. João Pessoa, v. 7, n. 7. 2008, pp. 09-34.

TURRI, Márcia Hoffmann do Amaral e Silva. Modernidade e Direitos Humanos: as duas Faces de Jano”. **Revista TRF Terceira Região**. São Paulo, v. 83, mai.-jun. 2007, pp. 129-141.

VANNUCHI, Paulo. A Evolução dos Direitos Humanos a Partir da Constituição Federal de 1988: o Brasil superando as desigualdades. **Revista Justitia**. São Paulo, v. 198, 2008, p. 149-168.

VILLEY, Michel. **Le Droit et les Droits de l'Homme**. Paris: Presses Universitaires de France, 1990.

ZAGREBELSKY, Gustavo. Direitos de Liberdade e Direitos de Justiça. **Revista de Direito Administrativo**. São Paulo, n. 245, mai./ago. 2007, pp. 52-68.

ZISMAN, Célia Rosenthal. Os direitos fundamentais e os direitos humanos: a fundamentalidade formal e a fundamentalidade material. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, n. 67, ano 17, abr./jun. 2009, pp. 32-51.



3º Lugar

A AUTONOMIA FUNCIONAL DA ADVOCACIA PÚBLICA NA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DIANTE DE SUA VIOLAÇÃO PELO ESTADO

Anna Carolina Pinheiro da Costa Silva

1 INTRODUÇÃO

Segundo um antigo provérbio latino *nemo iudex sine actore*, não há juiz sem autor.¹ Essa máxima expressa o papel fundamental da advocacia no funcionamento da Justiça ao identificar a inércia do juiz, que precisa ser provocado para exercer a jurisdição. A advocacia é, dessa forma, um múnus e um pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário.²

Por esse motivo, a advocacia qualifica-se como uma das *funções essenciais à Justiça*, procuratórias e propulsoras da atividade jurisdicional, das quais depende não apenas a formação, mas o funcionamento do Poder Judiciário. A advocacia fornece, pois, um elemento técnico propulsor ao caráter inercial da jurisdição. Em outras palavras, o seu exercício consagra-se como prestação de um serviço público, de função social.³

¹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 594.

² *Ibidem*, p. 596.

³ *Ibidem*, p. 597. Cf., a propósito, o art. 2º, § 1º, do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/94), *verbis*: “Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça. § 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.”

Nesse sentido, a Constituição de 1988 consagrou a Advocacia particular ou comum, na tutela legal do interesse privado, e a Advocacia Pública ou de Estado, na tutela do interesse público ou administrado, distinguindo-as, seja no seu aspecto consultivo, seja no seu aspecto contencioso.⁴

A Carta de 1988 inovou ao conferir hierarquia de órgão de Estado à Advocacia Pública, designando-lhe radical constitucional específico,⁵ tanto na esfera federal, representada pela Advocacia-Geral da União (art. 131),⁶ quanto na estadual, pelas Procuradorias-Gerais dos Estados (art. 132).⁷

A inovação delineou-se, sobretudo, na distinção institucional, de inspiração italiana, entre o órgão responsável pela custódia da lei, combinada com a acusação pública, a saber,

⁴ SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: posição institucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 30, n. 117, jan./mar. 1993, p. 187 e 191. Leciona o Dr. Procurador do Rio Grande do Sul que a distinção da Advocacia de Estado em relação à Advocacia comum “radica basicamente na diferença do interesse aconselhado ou patrocinado, que é o *interesse público*, o qual, a par de sua publicidade, e em razão mesmo dessa sua natureza, é um *interesse administrado* assim tomado no sentido técnico do termo” (grifo do original).

⁵ *Ibidem*, p. 187.

⁶ “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. § 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. § 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos. § 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.”

⁷ “Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”

o Ministério Público, e a Advocacia de Estado, incumbida da representação e do assessoramento jurídico do ente federado. Essas funções eram, até então, ao menos em nível constitucional e relativamente à União, desempenhadas pelo *Parquet*.⁸

Diante desse cenário, podem-se observar duas consequências do desenvolvimento histórico da Advocacia Pública no Brasil. Primeiramente, a influência na formação da cultura jurídica dos procuradores ou advogados públicos, por estarem congregados em uma instituição que, simultaneamente, exerce a custódia do interesse público sob o enfoque do Estado e do ponto de vista da Sociedade,⁹ aos quais não raro se contrapõem.

Nesse ponto, verifica-se o pleito da classe pelas mesmas prerrogativas conferidas aos membros do Ministério Público, como a equiparação remuneratória e a autonomia administrativa e funcional, indo além da gestão orçamentária, inclusive com a definição de que o Procurador-Geral seja escolhido entre os

⁸ SESTA, op. cit., p. 190-191. Explica o autor que tendo “em vista um melhor aparelhamento da tutela do interesse público, a Constituição Federal de 1988, secundando antecedentes praticados, com sucesso, há mais de dez anos, em nível estadual, optou por *dividir a instituição* incumbida da tutela judicial do interesse público, atribuindo à chamada ‘Advocacia da União’, à conta da influência do *modelo italiano* [Avvocatura dello Stato, distinta do Ministério Público], a *atividade institucional originária*, isto é, a tutela do interesse público naquilo que diz respeito com os interesses do Estado, remanescendo ao ‘Ministério Público’, basicamente, as competências acusatória e fiscalizadora herdadas do *modelo francês*, a que se acrescentou a título revitalizador, a polêmica participação na tutela dos chamados ‘interesses difusos’”. E nota a essa passagem do texto, Sesta informa que, no Rio Grande do Sul, a Constituição estadual de 1967 já previa a existência da então chamada “Consultoria-Geral do Estado”, cujas atribuições incluíam a “defesa dos interesses dos Estado em juízo”, bem como a “assistência judiciária aos órgãos da administração estadual e aos Municípios”. O retrocitado órgão passou a ser denominado Procuradoria-Geral do Estado com a Emenda Constitucional n. 10, de 11 de dezembro de 1979, o que revela o pioneirismo do Estado do Rio Grande do Sul no desenvolvimento institucional da PGE (Ibidem, p. 189 e nota n. 3

⁹ Ibidem, p. 187.

membros da carreira, para garantir-lhe a independência diante de pressões de ordem política e, portanto, de ocasião.¹⁰

A outra consequência é concernente à crescente busca por legitimidade da Advocacia Pública como órgão de controle, preventivo ou repressivo, da constitucionalidade e da legalidade das leis, dos atos normativos, dos atos e contratos administrativos, dos projetos e medidas políticas em geral, seja internamente, no âmbito da Administração Pública, em sua função consultiva, seja na representação judicial e extrajudicial do Estado.¹¹

Por um lado, esse aspecto relaciona-se, também, à cultura jurídica dos advogados públicos, como decorrência do período em que se encontravam sob o pálio do *Parquet*, enquanto curador da lei. Por outro lado, evidencia-se um movimento de maior protagonismo dos diferentes seguimentos da comunidade jurídica na concretização da Constituição, em reconhecimento a sua força

¹⁰ Nesse sentido, a coleta de dados para a elaboração da presente monografia revelou a ligação e a troca de artigos jurídicos e textos doutrinários entre as diversas associações de Procuradores do Estado, o que permite a consolidação de um entendimento comum à classe em nível nacional, a despeito das peculiaridades de cada ente da federação. Citem-se, a título de exemplo, as associações da Bahia, do Espírito Santo, de Goiânia e do Rio Grande do Sul. Destacam-se, igualmente, o conhecimento produzido e a contribuição para o tema dos textos apresentados no Congresso Nacional de Procuradores do Estado, que está em sua 37ª edição esse ano.

¹¹ O Dr. Procurador do Estado do Rio de Janeiro Marcos Juruena Villela Souto chama atenção para o fato de que “os Procuradores dos Estados e dos Municípios não são Procuradores do Poder Executivo, tendo previsão constitucional no Capítulo dedicado às funções essenciais à Justiça, no Título da organização dos Poderes e não no Capítulo dedicado à Administração (só para a União que se limitou a atuação da AGU ao Poder Executivo)” (SOUTO. O papel da advocacia pública no controle de legalidade da administração. *Interesse Público*, Porto Alegre, a. 6, n. 28, nov./dez. 2004, p. 56). Observe-se que tal entendimento decorre da redação dos arts. 131, *caput*, e 132, *caput*, da CF/88. Vide notas 6 e 7.

normativa e em reverência a sua irradiação pelo ordenamento jurídico infraconstitucional.¹²

Como desdobramento desse quadro, a Advocacia Pública passa por uma ressignificação no Estado Democrático de Direito. Os interesses do Estado, que os advogados públicos patrocinam e defendem, não se cingem, unicamente, aos de repercussão patrimonial. A função jurídica assumida pela Advocacia Pública ultrapassa a defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública. Incumbe-lhe, igualmente, a defesa da moralidade pública.¹³ Os advogados públicos saíram da mera condição de servidores públicos burocráticos,¹⁴ são advogados da cidadania¹⁵

A autonomia técnica e funcional da Advocacia Pública emerge, nesse contexto, como meio de concretização da Constituição e das leis, não apenas dos princípios que regem a Administração Pública, mas dos que se afinam com os fins do Estado, que constituem a própria razão de ser do Estado, entre os quais ressalta a “*realização da Justiça*, visualizada de acordo com as concepções filosóficas e políticas, explícita ou implicitamente adotadas pela ordem institucional correspondente”.¹⁶

A realização da Justiça demanda, necessariamente, a dos direitos humanos. Esses representam um dever à atuação estatal e um limite a sua subjetividade discricionária.¹⁷ Mais ainda, um requisito de legitimidade da

¹² Sobre o dogma da força normativa da Constituição e sobre a constitucionalização do direito administrativo nas vertentes da redefinição da supremacia do interesse público e da vinculação do administrador à Constituição, vide BARROSO, Luís Roberto. *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 9 e 27-30; e, do mesmo autor, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 262-263 e 372-376.

¹³ SILVA, José Afonso da. A Advocacia Pública e o Estado democrático de direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, out./dez. 2002, p. 284.

¹⁴ *Ibidem*, p. 289.

¹⁵ DELGADO, José Augusto. Autonomia das Procuradorias dos Estados. Associação dos Procuradores do Estado da Bahia, Salvador, 11 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.apeb.org.br/Autonomia%20das%20PGEs%20José%20Delgado.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2011, p. 2.

¹⁶ SESTA, op. cit., p. 192-193.

¹⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Apresentação, in ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2007, p. XXXV.

atuação dos agentes públicos. Isso porque a legitimação não se comunica tão-somente ao acesso, ao poder e ao seu exercício. Está ligada, de igual modo, à legitimação teleológica, pelo alcance dos resultados esperados.¹⁸

Como leciona José Afonso da Silva, citando Tomas Pará Filho, “o arbítrio é inconcebível na atividade do Estado, regida sempre por um escopo ético e por valoração de interesse público”, o qual “requer avaliação especializada que pondere e controle o seu exercício, ao mesmo tempo em que defende a posição jurídica do Estado em face dos particulares”. Trata-se do exercício dos direitos subjetivos da Administração.¹⁹

A Advocacia Pública insere-se na defesa dos direitos humanos, como instituição componente da Organização dos Poderes em um Estado Democrático de Direito e, por isso, essencial à Justiça, dotado de conhecimentos técnicos e mecanismos para orientar a atividade estatal em suas repercussões jurídicas. Sua responsabilidade pela plena defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana é consectária de sua posição institucional na organização do Estado.²⁰

A presente monografia tem por objeto a atuação da Advocacia Pública na defesa dos direitos humanos. Tem-se por premissa a realização desse múnus, a necessária autonomia técnica e funcional dos advogados públicos, na medida em

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Tribunais de Contas e democracia. *I Fórum Brasileiro de Controle da Administração*. Rio de Janeiro: Editora Fórum, 2 ago. 2004, apud SOUTO, op. cit., p. 54.

¹⁹ PARÁ FILHO, Tomas. A Advocacia do Estado e os interesses jurídicos da Administração Pública no Estado de Direito, *Anais do I Congresso Nacional de Procuradores do Estado*, p. 27-28, apud SILVA, A Advocacia Pública cit., p. 281.

²⁰ Cf. MOREIRA NETO. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 42-45. O autor esclarece que o termo Estado Democrático de Direito faz remissão à legitimidade e à legalidade, respectivamente. O Estado, nessa acepção, evolui do conceito de *poder de Estado* para o de *função de Estado*, em que ocorre a *funcionalização* da atividade administrativa para a efetiva, eficiente e legítima *realização dos direitos das pessoas*. As tarefas do Estado e a missão da Administração derivam dos direitos dos cidadãos e os direitos humanos são extraídos do paradigma da legitimidade.

que o exercício de suas atribuições adstringe-se aos princípios da legalidade, da moralidade e da indisponibilidade do interesse público.

O desenvolvimento do mencionado tema será feito em três partes. Na primeira, relata-se, brevemente, a formação histórica da Advocacia Pública no Brasil, suas funções institucionais, os princípios norteadores dessa função pública e o papel dos advogados públicos na defesa dos direitos humanos.

A segunda seção versa sobre a autonomia do advogado público no desempenho de suas atividades, os fundamentos da referida autonomia, a dicotomia entre ordem constitucional e patrimônio público e o entendimento sobre o assunto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Na terceira e última parte da monografia, será dado tratamento específico à defesa dos direitos humanos pela Advocacia Pública, relatando como se inserem os advogados no sistema de proteção aos direitos humanos, nacional e internacionalmente, e na análise de situações práticas em que se verifica a possibilidade de atuação dos membros da carreira diante de violações estatais aos direitos humanos.

2 FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DA ADVOCACIA PÚBLICA

2.1 Breve Histórico

A Advocacia Pública é ínsita à estrutura do Estado.²¹ Originariamente, não era exercida pela Advocacia-Geral da República e pelas Procuradorias-Gerais dos Estados. De fato, inexistia um órgão próprio às funções de representação judicial e extrajudicial, assessoria e consultoria jurídica dos entes federados.

No magistério de Fides Angélica Ommati, segundo a qual “a advocacia pública foi, historicamente, decorrência da distinção entre

²¹ SILVA, A Advocacia Pública cit., p. 282.

o Príncipe e o Estado, de uma parte, e, ainda, entre o Estado-poder e o Estado-sociedade, submetendo-se a organização estatal à limitação da lei”.²²

No Império, a função era cumprida pelo Ministério Público, com o objetivo de “defender perante os tribunais a propriedade e manutenção dos direitos da coroa ou nacionais”.²³ Contudo, era o *Procurador da Coroa* que a exercia nos Tribunais Superiores.²⁴ O Ministério Público exercia, dessa forma, a dupla função de promoção da ação penal e de defesa dos interesses do Estado.

Esse sistema perdurou no regime da Constituição de 1891. O Presidente da República designaria o *Procurador-Geral da República* entre os membros do Supremo Tribunal Federal. A lei manteve o mesmo complexo de competências, regulando expressamente o Ministério Público como órgão da Advocacia Pública e sua competência em matéria criminal.²⁵

A Constituição de 1934 mudou esse quadro, institucionalizando a Advocacia Pública da União, como um dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais, embora persistisse a denominação Ministério Público.²⁶ De outro giro, acenava-se para a criação de órgão semelhante em âmbito estadual.

Ressalte-se que, desde o Império, o *Parquet* exercia as funções de Advocacia Pública, contudo as atribuições típicas do Ministério Público, a saber, de *custos legis* e de *persecutio criminis*, preponderaram sobre as de defesa judicial dos interesses fazendários. No regime de 1934, a competência penal e as sobre interesses privados indisponíveis passaram para as Justiças

²² GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A Advocacia Pública no Estado democrático de direito. *Doutrina ADCOAS*, Rio de Janeiro, a. 7, n. 23, dez. 2004, p. 450.

²³ BUENO, Pimenta. *Direito Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, Ministério da Justiça, 1958, p. 372-373, apud SILVA, loc. cit.

²⁴ O art. 48 da Constituição Imperial de 1824 menciona o *Procurador da Coroa e Soberania Nacional*, com competência para o exercício cumulativo das funções da Advocacia de Estado e da acusação pública, segundo o Decreto n. 5.618, de 2 de maio de 1874.

²⁵ Art. 58, § 2º, da CF/1891; arts. 28 e 33 da Lei n. 221, de 20 de novembro de 1894; e arts. 11, 123 e 124 do Dec. n. 3.084, de 5 de novembro de 1898.

²⁶ Arts. 95 a 98 da CF/1934. SILVA, *A Advocacia Pública* cit., p. 282.

estaduais e, conseqüentemente, para os respectivos Ministérios Públicos estaduais.²⁷

Dessa maneira, o Ministério Público Federal tornou-se, fundamentalmente, um órgão de defesa dos interesses da União em juízo. As funções de Ministério Público assumiram posição marginal, sobretudo quando a Constituição de 1937 extinguiu a Justiça Federal. Isso explica, inclusive, o fato de os membros da instituição terem sido chamados de Procuradores da República.²⁸

A mesma estrutura institucional persistiu nas Constituições de 1946, em título autônomo, de 1967, no título do Poder Judiciário, e na Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, no do Poder Executivo, fazendo referência explícita ao Ministério Público dos Estados.²⁹

Estabeleceu-se, nesse período, uma clara distinção entre as funções do Ministério Público Federal e as dos Estados, no que se refere, principalmente, à função de defesa dos interesses da unidade federada em juízo. O Ministério Público Estadual não mais representaria judicialmente a unidade federada. O Ministério Público Federal, por sua vez, somente deixou de fazê-lo após 1988.³⁰

De fato, nesse momento, a grande maioria dos Estados já possuía suas respectivas Procuradorias-Gerais de Estado. Todavia, não existia a obrigatoriedade constitucional no sentido de ser privativo aos procuradores estaduais o exercício da representação judicial dos Estados e a realização de suas consultorias jurídicas.³¹ A esse respeito, Cláudio Grande Júnior elucida que, *verbis*:

à medida que os direitos fundamentais de terceira geração pontilhavam no horizonte, emergia a necessidade de

²⁷ Ibidem, p. 282.

²⁸ Ibidem, p. 282-283.

²⁹ Art. 126, parágrafo único, da CF/1946; art. 138, § 2º, da CF/1967; e art. 95, § 2º, após a EC n. 1/69.

³⁰ BICCA, Ronald Christian Alves. *Advocacia Pública: autonomia necessária. Associação dos Procuradores do Estado de Goiás*. Disponível em: <http://projuridico.net/apeg/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35:is-it-possible-to-change-the-types-of-menu-entries&catid=31:general&Itemid=46>. Acesso em: 11 jul. 2011.

³¹ BICCA, loc. cit.

especializar as funções do *Parquet*, que, muitas vezes, se situava em incômoda circunstância entre a fiscalização da aplicação da lei, em atuação como *custos legis*, e a de advogado do Estado-administrador, parte no processo.³²

O impasse, afirma Cláudio Grande Júnior, foi sentido mais intensamente nos Estados-membros, em razão de sua proximidade com os fatos e as partes envolvidas. Como resultado, a experiência estadual da Advocacia Pública, como órgão autônomo do Ministério Público, é observada há meio século, na qual se separa o patrocínio judicial e a orientação da aplicação dos comandos legais em situações concretas, situação essa, consolidada com a Constituição de 1988.³³

A Carta de 1988 instituiu a Advocacia-Geral da União (art. 131), dividindo o exercício da Advocacia Pública da custódia da lei e da acusação pública, exercidas pelo Ministério Público Federal, por meio da atuação dos Procuradores da República. Na esfera estadual, foi constitucionalizada, ainda, a carreira de Procurador do Estado na forma do art. 132 da CF/88.

2.2 Atribuições dos Advogados Públicos

A Advocacia Pública é essencial à Administração Pública nas respectivas órbitas de atuação, seja federal, estadual ou municipal. Suas funções institucionais são diversificadas e possuem inúmeros desdobramentos sob a rubrica representação judicial e extrajudicial, assessoramento e consulta jurídica da unidade federada.

Existe uma simetria entre as funções exercidas pelos Advogados da União e Procuradores da Fazenda Nacional e Advogados do Estado.³⁴ Norma Kyriakos elenca como atribuições da Procuradoria-Geral do Estado, *verbis*:

³² GRANDE JÚNIOR, op. cit., p. 450.

³³ *Ibidem*, p. 450.

³⁴ FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. *Associação dos Procuradores do Estado da Bahia*, Salvador, 11 ago. 2008. Disponível em: <http://www.apeb.org.br/A_independencia_ea_autonomia_funcional_do_Procurador_do_Estado.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2011, p. 6.

o procuratório judicial e extrajudicial do Estado, a consultoria e a assessoria do Poder Executivo e da Administração, a orientação e defesa dos necessitados,³⁵ em todos os graus, a representação perante o Tribunal de Contas, a consultoria e a fiscalização da Junta Comercial, o assessoramento técnico-legislativo do governador, a inscrição, o controle e a cobrança da dívida ativa estadual, a propositura de ação civil pública, a assistência jurídica aos municípios,³⁶ os procedimentos disciplinares (...).³⁷

A quase totalidade das Constituições estaduais instituiu suas respectivas Procuradorias e designou ao Advogado Público a representação judicial e extrajudicial do Estado e a consultoria jurídica do Poder Executivo.³⁸ A CF/88, entretanto, prevê que as atividades de representação e de consulta devam ser exercidas em benefício da unidade federada, não apenas em favor de um dos poderes constituídos.

Ressalte-se que apesar de a Advocacia-Geral da União e as Procuradorias-Gerais dos Estados estarem vinculados aos respectivos Poderes Executivos, não foi essa a vontade do Constituinte. A previsão

³⁵ Nos Estados que não tiverem constituído suas Defensorias Públicas. Foi o caso do Estado de São Paulo até a edição da Lei Complementar Estadual n. 988, de 09 de janeiro de 2006. Atualmente, somente o Estado de Santa Catarina permanece sem instituição própria à prestação da assistência judiciária gratuita, nos moldes do art. 134 da CF/88, segundo informações dos sítios do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (<http://www.tj.sc.gov.br/jur/custas/a_juridica.htm>) e da Associação Nacional dos Defensores Públicos (<<http://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=6026>>). Acesso em: 29 jul. 2011.

³⁶ Seguindo o mesmo raciocínio quanto às Defensorias Públicas, nos Municípios onde não tiverem sido instaladas as respectivas Procuradorias-Gerais municipais.

³⁷ KYRIAKOS, Norma. Procuradores do Estado: função essencial à justiça. In: NALINI, José Renato (coord.). Formação Jurídica. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 156.

³⁸ FERREIRA; FARIA, op. cit., p. 6-7. Informam os autores que são exceções as Constituições dos Estados da Bahia (art. 140, *caput*), do Ceará (art. 150, *caput*), do Mato Grosso (art. 112, *caput*), do Pará (art. 187, *caput*), do Rio de Janeiro (art. 176, *caput*) e do Rio Grande do Sul (art. 115, *caput*), que atribuem a suas Procuradorias-Gerais a representação judicial e o aconselhamento jurídico do Estado, não do Poder Executivo ou da Administração Pública. A Constituição de Goiás destaca-se por prever o controle da legalidade dos atos do Executivo pela PGE, ao invés da prestação de consultoria jurídica.

constitucional das referidas instituições encontra-se no Capítulo IV do Título IV da Carta de 1988, que versam, respectivamente, sobre as funções essenciais à Justiça e sobre a organização dos poderes.

Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário foram tratados nos três capítulos anteriores no mesmo título. Observa-se que a intenção do legislador constituinte foi atribuir a prática da advocacia pública ao ente federado, e não ao Poder Executivo, como demonstra Ronald Christian Alves Bicca, *verbis*:

Um exemplo simples pode elucidar esta questão. Se por acaso houver um ilícito praticado por membros dos Poderes Judiciário ou Legislativo no exercício de suas funções e que atinjam terceiros, que se sentirem prejudicados e processaram o poder público por tais condutas, quem defenderá tais entes em Juízo em decorrência disto? Respondemos novamente: é claro que será a Advocacia-Geral da União se forem os poderes federais e as Procuradorias-Gerais, se forem poderes estaduais.³⁹

Assevera, com razão, que a vinculação da Advocacia Pública ao Poder Executivo seria uma violação ao princípio da independência entre os poderes, haja vista a previsão constitucional, insculpida no art. 2º da Carta de 1988, de que a União é composta por três poderes independentes e harmônicos entre si, norma que se aplica aos demais entes federados pelo princípio da simetria. A Advocacia

³⁹ BICCA, loc. cit.

Pública deve, portanto, ser autônoma e desvinculada de qualquer dos poderes, sob pena de configurar sua ilegitimidade e parcialidade.⁴⁰

Na preleção de Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e de Ana Paula Andrade Borges de Faria, a melhor técnica legislativa seria a especificação do Estado como ente beneficiário da atividade de aconselhamento jurídico do advogado público ou, conforme as Constituições dos Estados de Goiás, do Rio de Janeiro e do Ceará, conferir à Procuradoria do Estado a atribuição de fiscalizar a legalidade dos atos do Poder Executivo, exercendo função de controle interno da ação administrativa.⁴¹

Da mesma maneira, Cláudio Grande Júnior identifica a função de controle da Advocacia Pública ao identificar que a representação judicial e a consultoria são o núcleo de um conjunto de funções, que se distribuem em três tipos de atividades: a orientação, a defesa e o controle jurídicos da atividade administrativa.⁴²

Explica o autor que Advocacia Pública constitui “o conjunto de funções permanentes, constitucionalmente essenciais à Justiça e ao Estado Democrático de Direito, atinentes à representação judicial e extrajudicial das pessoas jurídicas de

⁴⁰ BICCA, loc. cit. Cláudio Grande Júnior reconhece a possibilidade de o advogado defender o governo, uma vez que é a Administração Pública que determina a atuação estatal e “o comportamento do Estado em ações populares e ações civis públicas. Mas não se pode chegar ao absurdo de advogados públicos defenderem a pessoa do governante em processos criminais, porque se estaria patrimonializando mão-de-obra qualificada estatal em benefício pessoal. Aliás, o que o Estado ganharia com isso? Nada, só o governo! Não se justifica, portanto, dito patrocínio judicial por advogados públicos” (GRANDE JÚNIOR, op. cit., p. 451). Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, veja-se trecho do voto do Ministro Celso de Mello, relator na ADIn n. 127 MC-QO/AL, *verbis*: “A intervenção do Procurador-Geral do Estado, destinada a suprir a ausência de capacidade postulatória do Governador, em processo no qual este – e não o Estado de Alagoas – figura como autor, desatende à própria finalidade institucional que motivou a criação deste órgão jurídico. (...) O Governador do Estado não pode tomar para si, patrimonializando-se como mera projeção pessoal do Chefe do Poder Executivo, um órgão público concebido pela Constituição local como depositário da magna prerrogativa de representar, em juízo, o próprio Estado – pessoa jurídica de direito público interno” (Tribunal Pleno, DJ 04/12/92).

⁴¹ FERREIRA; FARIA, op. cit., p. 7.

⁴² GRANDE JÚNIOR, op. cit., p. 451.

direito público”, bem como à representação judicial “dos órgãos, conselhos e fundos administrativos excepcionalmente dotados de personalidade judiciária”.⁴³

De maneira abrangente, o referido Procurador do Estado de Goiás, relaciona como atribuição do advogado público a “prestação de consultoria, assessoramento e controle jurídico interno a todas as desconcentrações e descentralizações, verificáveis nos diferentes Poderes que juntos constituem a entidade federada”.⁴⁴

Quanto à função de controle jurídico da atividade administrativa, observa-se que o poder constituinte decorrente de alguns Estados, como Goiás, Rio de Janeiro, Ceará e Piauí, fizeram-lhe reconhecimento expresso, dando relevo ao desiderato de prevenção de litígios que envolvam o Poder Público.

Nesse ponto, é relevante a função consultiva de caráter preventivo, exercida pela Advocacia Pública na identificação do interesse público e sua prevalência sobre o particular, evitando desgastes tanto para o cidadão quanto para o Poder Público, haja vista que, na pós-modernidade, o Poder Judiciário pode e deve analisar o mérito administrativo.⁴⁵

Cabe ao advogado público defender o interesse estatal. Sua preocupação é a *República* e o bom funcionamento do Estado, e sua tarefa jurídica é resgatar o conceito de interesse público, buscar

⁴³ Ibidem, p. 451.

⁴⁴ Ibidem, p. 451.

⁴⁵ GRANDE JÚNIOR, O controle interno de constitucionalidade exercido pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, a. 5, n. 57, nov. 2005, p. 6382. Cf. BINENBOJM, Gustavo. Da Supremacia do Poder Público ao Dever de Proporcionalidade, in ARAÚJO, Valter Shuenquener de (coord.). *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. Série Direito em Foco, p. 88, *verbis*: “a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um *resíduo de legitimidade*, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Por sua importância no contexto democrático e de implementação dos direitos fundamentais, tem-se dado ênfase à *participação* e à *eficiência* como mecanismos de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública” (grifos do original).

constantemente sua identificação, cumprindo e fazendo cumprir os direitos e deveres constitucionais do Poder Público.⁴⁶

O “mandato outorgado por lei é para o patrocínio do interesse público”, pautando-se pela moralidade na aplicação impessoal do ordenamento jurídico, “sem perder de vista a exigência de eficiência e respeito à dignidade da pessoa humana”, explica Cláudio Grande Júnior. O advogado público insere-se na estrutura administrativa do Estado como “intérprete estatal da Constituição e harmonizador da interpretação técnica com a do governante, a da sociedade e as dos cidadãos”.⁴⁷

Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e Ana Paula Andrade Borges de Faria apresentam relevante divisão da doutrina italiana entre interesse público primário e secundário, *verbis*:

O interesse público primário é o interesse da coletividade, pode ser identificado com o interesse da sociedade, é o interesse do bem geral, ou da observância da ordem jurídica a título de bem tratar o interesse da coletividade. Já o interesse público secundário é aquele do Estado enquanto administração, ou seja, ‘o modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público’. Nem sempre o primeiro coincide com o segundo. Caso haja incompatibilidade entre eles os interesses públicos secundários não são atendíveis, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, sob pena de a Administração Pública ‘trair sua missão própria razão de existir’.

Exemplo do interesse público secundário, segundo a melhor doutrina, consiste na conduta de resistir ao pagamento de indenizações, ainda que devidas, ou de cobrar tributos indevidos. Nestas hipóteses a Administração Pública tem o dever de indenizar, já que a ordem jurídica, assim dispõe,

⁴⁶ KYRIAKOS, op. cit., p. 152, 157 e 159.

⁴⁷ GRANDE JÚNIOR, O *controle* cit., p. 6379. Sobre a teoria da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, a que o autor faz alusão nesse excerto, cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, reimpr. 2002.

não obstante o interesse do governante ser em sentido contrário.⁴⁸

A Carta de 1988 é guiada pelo influxo do princípio da dignidade da pessoa humana. Decorre, dessa orientação, a necessidade de se estabelecer alguma proteção ao interesse do indivíduo quando ameaçado pelos interesses gerais promovidos pelo Estado. Nesse ponto, diante da diferenciação supramencionada, a Advocacia Pública não pode ficar inerte a eventuais violações a direitos fundamentais do homem perpetradas pelo Poder Público, por terem primazia na ordem constitucional pátria.

2.3 Princípios Norteadores e Defesa dos Direitos Humanos

Os advogados públicos são agentes públicos que recebem, institucionalmente, o mandato que os habilita à tutela do interesse público, enquanto interesse do Estado. Para tanto, são investidos nos seus poderes não por ato administrativo ou em comissionamento, mas em nível institucional, com acesso à carreira por intermédio de concurso público, conforme preceito constitucional.⁴⁹

Em suas funções de representação e controle, devem observar e fazer cumprir os princípios previstos no art. 37, *caput*,

⁴⁸ FERREIRA; FARIA, op. cit., p. 13. Cf. Carlos Ari Sundfeld, que faz uma diferenciação entre interesse público em sentido mínimo e em sentido forte, para decidir-se qual dos valores e direitos em conflito deve prevalecer, verbis: “Quando o direito atribui ao Estado o dever de cuidar de certo valor, está implicitamente definindo-o como interesse público, que legitima a ação estatal (*interesse público em sentido mínimo*). Só que isso não importa necessariamente tomada de posição da ordem jurídica quanto à prevalência desse valor sobre os outros, que com ele se choquem, pois algo pode ser sério o bastante para ensejar a atuação do Estado, mas não sê-lo a ponto de justificar o sacrifício de outros bens. Quando o Direito consagra essa prevalência, pode-se falar em interesse público em sentido forte. Essa expressão serve para descrever a relação entre dois valores, um que prevalece (*interesse público em sentido forte*) e o que se cede (o interesse simples)” (grifos do original). In: SUNDFELD, Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. *Interesse Público*, Porto Alegre, a. 6, n. 28, nov./dez. 2004, p. 31.

⁴⁹ SESTA, op. cit., p. 195.

da CF/88: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Todavia, alguns princípios que emergem da ordem constitucional vigente guardam maior pertinência com a atuação das atribuições próprias da Advocacia Pública, dentre os quais se destacam os mencionados princípios da legalidade e da moralidade e o princípio da indisponibilidade do interesse público.

A Advocacia Pública é verdadeiro instrumento do controle da legalidade administrativa, como informa a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul de 1989, em seu art. 114.⁵⁰ Deveras, o princípio da legalidade é basilar no Estado de Direito e realiza-se por meio da lei, concebida como norma geral, porque para todos, e abstrata.⁵¹

O referido princípio é, igualmente, fundamento do Estado Democrático de Direito, proclamado no art. 1º da CF/88, como legalidade democrática, emanada da vontade do povo, cuja lei realiza os princípios de igualdade e de justiça, pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais.⁵²

O princípio da legalidade assume conotação mais ampla no Estado Democrático de Direito. Submete o Estado à lei em sentido formal, mas igualmente “ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição”.⁵³ Dessa maneira, cabe ao advogado público tanto na representação do ente federado, quanto no controle e na assessoria jurídica à Administração Pública, pautar suas ações, atos e manifestações em consonância com a lei e com a ordem de valores constitucionais que lhe é subjacente.

Incumbe à Advocacia Pública, igualmente, a defesa da moralidade pública, como valor autônomo constitucionalmente garantido. Anteriormente à Constituição de 1988, o princípio

⁵⁰ “Art. 114 - A Advocacia do Estado é atividade inerente ao regime de legalidade na administração pública e será organizada, mediante lei complementar, em regime jurídico especial, sob a forma de sistema, tendo como órgão central a Procuradoria-Geral do Estado, vinculada diretamente ao Governador do Estado e integrante de seu Gabinete”.

⁵¹ SILVA, *A Advocacia Pública* cit., p. 285.

⁵² *Ibidem*, p. 286.

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Inovações no direito administrativo brasileiro. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 6, n. 30, mar./abr. 2005, p. 47, apud GRANDE JÚNIOR, *O controle* cit., p. 6381.

da moralidade apresentava uma dimensão estritamente administrativa, decorrente da legalidade e da ligação aos problemas dos desvios de finalidade. Com o advento da nova ordem constitucional, o princípio adquiriu um sentido próprio, extensivo e abrangente da ética pública.⁵⁴

O conjunto de normas constitucionais vigente extrai a moralidade da área subjetiva da intenção do agente público, destacando-a da mera legalidade e erigindo-a em princípio constitucional objetivo, como requisito de legitimidade da atuação dos agentes estatais, mais do que simples requisito de validade do ato administrativo.⁵⁵

O princípio da moralidade espalha-se na CF/88 em diversos dispositivos. Além do art. 37, *caput*, tratou-se da *licitude*, ora enunciando seu referencial de valor substantivo, ora definindo os instrumentos que devem garanti-la, o art. 5º, inc. LXXIII, ao mencionar o princípio como condição de validade do ato do Poder Público; o art. 85, inc. V, ao categorizar a probidade na administração, como valor jurídico inviolável pelo Presidente da República; e o art. 37, § 4º, ao prever as penalidades para os atos de improbidade administrativa.⁵⁶

Na lição de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *verbis*:

Com efeito, a *moral comum* é orientada por uma distinção puramente *ética*, entre o *bem* e o *mal*. Enquanto que a moral administrativa é orientada por uma diferença eminentemente prática, entre *boa* e *má* administração. Para o administrador incidir em hipótese de *imoralidade administrativa*, basta que use de seus poderes funcionais com vistas a *resultados divorciados do estrito interesse público* a que deveria atender. Por isso, além do *desvio de finalidade*, pode ocorrer *imoralidade administrativa* nas hipóteses de ausência de finalidade, bem como nas de *ineficiência grosseira* da ação do

⁵⁴ SILVA, *A Advocacia Pública* cit., p. 287-288.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 288.

⁵⁶ MOREIRA NETO, *Princípios informativos e interpretativos do Direito Administrativo*, in ARAÚJO, op. cit. p. 29.

administrador público, tendo em vista, também, a *finalidade*, a que se propunha atender. (grifos do original)⁵⁷

Quanto ao princípio da indisponibilidade do interesse público, verifica-se que, nas relações de natureza pública, onde há subordinação de interesses, a lei identifica um determinado interesse geral e qualifica-o como interesse público, priorizando com isso, seu atendimento sobre outros interesses. Nas relações tipicamente privadas, ao contrário, há coordenação de interesses, que são tratados isonomicamente pelo Direito, garantindo-se a igualdade das partes e sua autonomia da vontade.⁵⁸

A definição de um interesse público específico, pela norma legal, atribui ao Estado o encargo finalístico de satisfazê-lo por intermédio de qualquer de suas entidades ou órgãos, ou por particulares, definindo para tanto, as competências, os direitos e os deveres jurídicos respectivos. Exsurge da norma o dever de atuar na prossecução do interesse público, independentemente de sua natureza, não se podendo desistir, mas tão-somente escolher, nos limites da própria lei, como, quando e de que modo fazê-lo.⁵⁹

3 AUTONOMIA FUNCIONAL DOS ADVOGADOS PÚBLICOS

3.1 Fundamentos

A independência técnica ou autonomia funcional constitui tema dos mais relevantes no estudo da Advocacia Pública, na medida em que é condicionante ao exercício técnico e despolitizado das atribuições dos membros da carreira⁶⁰ e à efetivação das superiores funções institucionais insculpidas no texto constitucional.

⁵⁷ Ibidem, p. 29.

⁵⁸ Ibidem, p. 23. Cf. a crítica à ideia de supremacia do interesse público sobre o privado, in SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 95, v. 845, mar. 2006, sobretudo p. 30-31, em que versa sobre a Constituição como sistema unitário de interesses ou direitos.

⁵⁹ Ibidem, p. 23.

⁶⁰ SOUTO, op. cit., p. 49.

Entretanto, trata-se de questão ainda não pacificada, a despeito do movimento em prol da autonomia promovido por Procuradores de Estado em todo o território nacional, por meio de intensa produção doutrinária e de debates promovidos em congressos, cujas repercussões são verificadas em iniciativas normativas dos poderes constituintes decorrentes, dos legisladores infraconstitucionais, das autoridades administrativas competentes para estabelecerem regramentos com efeitos *interna corporis*.

Impende diferenciar-se a dos membros do Ministério Público da autonomia funcional necessária ao exercício das funções da Advocacia Pública. Refere-se ao reconhecimento do direito do cidadão, quando levado à apreciação da Justiça, desde que não haja parecer em contrário do Advogado-Geral da União ou do Procurador-Geral do Estado, chefe-maior da instituição, ou que, em havendo a independência profissional do advogado público, possa ser manejada dentro dos seus limites.

O reconhecimento da autonomia dos advogados públicos afasta, por exemplo, o inconveniente de sustentar, em juízo, teses sem fundamento jurídico ou sem um mínimo de plausibilidade, de contestar pleitos manifestamente improcedentes, com base nas provas carreadas nos autos.

Ao contrário, o não reconhecimento da autonomia da Advocacia Pública, em larga escala, contribui para a litigiosidade improfícua, para o abarrotamento do Poder Judiciário e para a morosidade da Justiça. Depara-se com a figura de um Estado gerador de conflitos e que atua de maneira protelatória, propiciando excesso de demandas que não decorre da democratização do acesso à Justiça que deveria promover, mas da sua utilização exagerada por poucos atores, dentre os quais destaca para o Poder Público.⁶¹

Dentre os limites à autonomia funcional da advocacia pública, e nesse sentido trata-se de uma autonomia relativa, encontra-se a existência de parecer em contrário do Advogado-Geral da União ou do Procurador-Geral do Estado, ratificado pelo Conselho Superior ou corroborado pelo chefe do Poder Executivo,

⁶¹ COLODETTI e MADUREIRA, valendo-se dos ensinamentos de Kazuo Watanabe e Pierpaolo Cruz Bottin, op. cit., p. 62.

hipótese em que há uma vinculação dos membros da carreira em cada esfera de competência.

No Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, a Lei Orgânica da respectiva Advocacia de Estado prevê expressamente a autonomia funcional dos procuradores, e viabiliza essa independência profissional pela possibilidade de delegação da competência do Procurador-Geral do Estado para reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, firmar compromisso, receber e dar quitação, nas ações em que a PGE/RS esteja no exercício da representação judicial.⁶²

Os advogados públicos dispõem de certos mecanismos que lhes permitem uma atuação mais próxima de sua função de defesa da legalidade da ação administrativa e da proteção do interesse público, especialmente no exercício da representação judicial, em que se requer a conformação da Constituição e da lei aos casos concretos e, por vezes, em contraposição aos interesses fazendários do ente federado.

Cite-se, por exemplo, a possibilidade de desistência ou de transigência pelos membros da Advocacia-Geral da União com atuação direta na defesa, nas causas judiciais de montante igual ou inferior a sessenta salários mínimos em que seja parte o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).⁶³

Destaca-se, igualmente, a autorização aos advogados públicos federais de transigirem, deixarem de recorrer, desistirem de recursos

⁶² LC n. 11.742, de 17 de janeiro de 2002:

“Art. 9.º - A Procuradoria-Geral do Estado, dotada de autonomia administrativa e funcional, elaborará sua proposta orçamentária e a encaminhará ao Governador do Estado. (Art. 9º Regulamentado pelo decreto 41.537, de 16.04.2002)”.

“Art. 12 - Ao Procurador-Geral do Estado compete: (...) III - reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, firmar compromisso, receber e dar quitação, nas ações em que a Procuradoria-Geral do Estado esteja no exercício da representação judicial; (...) Parágrafo único - São indelegáveis as funções definidas nos incisos I, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIV, XVII, XX, XXI, XXII, XXIV e XXV”.

⁶³ Resolução n. 1.303, de 26 de novembro de 2008, editada pelo Presidente do Conselho Nacional de Previdência Social.

interpostos ou concordarem com a desistência do pedido, no âmbito dos Juizados Especiais Federais, conforme determinação do Advogado-Geral da União.⁶⁴

Nos Estados, tem-se o exemplo o regramento normativo da PGE do Espírito Santo, que confere ao Procurador-Geral do Estado a prerrogativa de autorizar a não propositura ou a desistência de ações ou medidas judiciais, a dispensa da interposição de recursos judiciais ou a desistência dos recursos interpostos, sobretudo quando contraindicada a medida, em face de jurisprudência dominante.⁶⁵

Ressalte-se, ainda, o Provimento n. 114, de 10 de outubro de 2006, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, que reconhece aos advogados públicos da União e dos Estados a independência técnica e o exercício das funções do cargo de acordo com suas convicções profissionais e em estrita observância aos

⁶⁴ Portaria n. 109, de 30 de janeiro de 2007.

⁶⁵ Art. 6º, inc. XIV, da LC n. 88/96, *verbis*: “Art. 6º - São atribuições, responsabilidades e prerrogativas do Procurador Geral do Estado: (...) XIV- autorizar, por solicitação do Procurador do Estado vinculado ao feito, referendada pelo Procurador - Chefe, e ouvido o Conselho da Procuradoria Geral do Estado, caso entenda necessário: a) a não propositura ou a desistência de ações ou medidas judiciais, especialmente quando o valor do benefício não justifique a lide ou, quando do exame da prova ou da situação jurídica, se evidenciar improbabilidade de resultado favorável; b) a dispensa da interposição de recursos judiciais ou a desistência dos recursos interpostos, especialmente quando contraindicada a medida, em face da jurisprudência predominante; c) a composição amigável em processos administrativos ou judiciais, resguardados os superiores interesses do Estado.”

princípios constitucionais da administração pública, mas que carece de regulamentação pela Advocacia-Geral da União.⁶⁶

Observem-se, ademais, a malsucedida tentativa política de constitucionalização da autonomia funcional da Advocacia Pública, por meio da Proposta de Emenda à Constituição n. 96b/92, transformada na EC n. 45/04, e, mais recentemente, a PEC n. 82/2007 e a PEC n. 452/2009, ambas em tramitação no Congresso Nacional, que atribuem *autonomia funcional aos órgãos*, bem como autonomia administrativa e financeira, prerrogativas dos advogados públicos e *independência institucional aos membros da carreira*.⁶⁷

No quadro atual, verifica-se que a autonomia funcional dos advogados públicos tem possibilidades de efetivação na estrutura organizacional hierarquizada das Procuradorias de Estado,

⁶⁶ “Art. 2º Exercem atividades de advocacia pública, sujeitos ao presente provimento e ao regime legal a que estejam submetidos: I - os membros da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Procuradoria-Geral Federal, da Consultoria-Geral da União e da Procuradoria-Geral do Banco Central do Brasil; II - os membros das Defensorias Públicas da União, dos Estados e do Distrito Federal; III - os membros das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das respectivas entidades autárquicas e fundacionais; IV - os membros das Procuradorias e Consultorias Jurídicas junto aos órgãos legislativos federais, estaduais, distrital e municipais; V - aqueles que sejam estáveis em cargo de advogado, por força do art. 19 do ADCT. (...) Art. 5º É dever do advogado público a independência técnica, exercendo suas atividades de acordo com suas convicções profissionais e em estrita observância aos princípios constitucionais da administração pública.”

⁶⁷ Também estão em tramitação as PEC n. 443/2009 e n. 465/2009, que versam sobre remuneração.

segundo as orientações dos respectivos Procuradores-Gerais, referendadas por seus Conselhos Superiores.⁶⁸

Deveras, os advogados públicos não podem dispor do direito posto em juízo, deixando de apresentar defesa ou recurso, sem a autorização de seus superiores.⁶⁹ Contudo, a Advocacia Pública possui independência, desde que não haja desvio de conduta e desde que sua atuação esteja calcada na técnica, nos preceitos normativos que emanam da ordem constitucional e legal, aos quais o Poder Público deve estrita observância, e nos precedentes judiciais consagrados nos tribunais.

3.2 A Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema da autonomia dos advogados públicos em diversos casos levados a sua apreciação, em sede, sobretudo, de controle concentrado de constitucionalidade. Na análise dos julgados, verifica-se que a Corte Constitucional assumiu uma postura contrária à referida prerrogativa funcional.⁷⁰ Esse posicionamento restou sedimentado na ADIn n. 291 MC/MT, no voto proferido pelo Ministro Sepúlveda Pertence, *verbis*:

⁶⁸ Dispõe a LC estadual n. 11.742/02, do Rio Grande do Sul:

“Art. 26 – (*omissis*). § 1.º - No exercício das prerrogativas de que trata o caput, a independência funcional do Procurador do Estado não elide o dever de zelar pelo contraditório e a ampla defesa em favor de seus constituintes institucionais e legais, em todas as instâncias, ressalvados os casos em que a pretensão resistida tenha abrigo: I - em parecer a que se tenha atribuído caráter jurídico-normativo; II - em orientação uniforme de instâncias não ordinárias do Poder Judiciário. § 2.º - Nos casos ressalvados nos incisos do parágrafo anterior, serão previamente ouvidos os órgãos próprios da Procuradoria-Geral do Estado, conforme definição regulamentar”.

“Art. 12 - Ao Procurador-Geral do Estado compete: (...) IX - propor súmulas de jurisprudência administrativa para conferir uniformidade à orientação jurídico-normativa para a administração pública estadual sempre que provocado pelo Conselho Superior; (...) XIX - expedir atos normativos aos órgãos de execução, quando necessário à atuação uniforme da Procuradoria-Geral do Estado;”.

⁶⁹ COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. A autonomia funcional da advocacia pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do direito no Estado Democrático Constitucional brasileiro. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, a. 9, n. 103, set. 2009, p. 61.

⁷⁰ *Idem*, op. cit., p. 57.

Quando assumi a Procuradoria-Geral da República, lembro-me de que me referi ao dilema institucional vivido, cotidianamente, pelo seu titular, que exerce, de um lado, as funções de chefe do Ministério Público, a reclamar-lhe isenção e independência, em relação, particularmente, ao Governo; e, de outro, de chefe da advocacia contenciosa da União, função a demandar uma relação de estrita confiança. Só a cisão orgânica das duas funções, na Constituição de 88, permitiu dotar o Ministério Público das garantias de que hoje dispõe, de uma verdadeira ‘magistratura requerente’, para usar a expressão do Direito Italiano.

Creio que transplantar essas garantias e esses princípios adequados ao Ministério Público à advocacia do Estado é inconstitucionalmente tão esdrúxulo quanto, anteriormente, em função mesmo de acumular estas funções, era desastroso negar ao Ministério Público as garantias fundamentais ao exercício de suas funções específicas.⁷¹

Determinados pronunciamentos, todavia, sinalizam a possibilidade de uma alteração futura de entendimento do STF. É o que se observa na ADIn 881 MC/ES, em que o Ministro Néri da Silveira externou entendimento favorável à independência funcional dos Procuradores de Estado, *verbis*:

Penso que o art. 132 da Constituição quis, relativamente à Advocacia de Estado, no âmbito dos Estados-membros e do Distrito Federal, conferir às Procuradorias não só a representatividade judicial, mas, também, o exame da legalidade dos atos, e o fez com a preocupação de atribuir essa função a servidores concursados e detentores do predicamento da efetividade. O grande objetivo foi o exame da legalidade dos atos do Governo, da Administração Estadual, a ser

⁷¹ ADIn n. 291 MC/MT, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 14/09/1990. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADVOCACIA DO ESTADO DE MATO GROSSO. PEDIDO DE LIMINAR. - A RELEVÂNCIA JURÍDICA DA ARGUIÇÃO E OS EMPECILHOS QUE PODEM SURTIR PARA A BOA MARCHA DA ADMINISTRAÇÃO, COM O DESVINCULAMENTO DOS ÓRGÃOS DE DEFESA DO ESTADO COM RELAÇÃO AO CHEFE DO PODER EXECUTIVO, INDICAM A CONVENIÊNCIA DE QUE SE SUSPENDA, EX NUNC, A EFICÁCIA DAS DISPOSIÇÕES DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL IMPUGNADAS, ATÉ O JULGAMENTO FINAL DA AÇÃO. DEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR.

feito por um órgão cujos ocupantes, concursados, detenham as garantias funcionais. Isso conduz à independência funcional, para o bom controle da legalidade interna, da orientação da administração quanto a seus atos, em ordem a que esses não se pratiquem tão-só de acordo com a vontade do administrador, mas também conforme a lei. Não quis a Constituição que o exame da legalidade dos atos da Administração Estadual se fizesse por servidores não efetivos. Daí o sentido de conferir aos Procuradores dos Estados — que devem se compor em carreira a ser todos concursados — não só a defesa judicial, a representação judicial do Estado, mas também a consultoria, a assistência jurídica. De tal maneira, um Procurador pode afirmar que um ato de Secretário, do Governador não está correspondendo à lei, sem nenhum temor de poder vir a ser exonerado, como admissível suceder se ocupasse um cargo em comissão.⁷²

Posteriormente, na ADIn n. 470/AM, contra dispositivo da Constituição do Estado do Amazonas que outorgava a autonomia funcional aos Procuradores do Estado, esse entendimento foi mais uma vez defendido, no voto divergente do Ministro Marco Aurélio e no debate que se seguiu com o Ministro Sepúlveda Pertence, verbis:

Divirjo, sim, quanto à independência técnica do profissional da advocacia que defende os interesses do Estado.
Não consigo imaginar que, de uma atuação fidedigna aos próprios interesses do Estado – e refiro-me não só ao primário, mas, ainda, aos secundários – passe-se para

⁷² STF, ADIn n. 881 MC/ES, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 25/04/97. E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR 11/91, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ART. 12, CAPUT, E §§ 1º E 2º; ART. 13 E INCISOS I A V) - ASSESSOR JURÍDICO - CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO - FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO - USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. - O desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. A Constituição da República, em seu art. 132, operou uma inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura no cargo que exercem depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos.

algo que submeta os Procuradores a um direcionamento inafastável quanto aos atos que devem ser praticados, quer em processos administrativos, quer, principalmente, em processos jurisdicionais.

Vem-me à lembrança, do Direito do Trabalho, que o vínculo empregatício pode estar submetido a três dependências: a jurídica, a financeira e a técnica. Porém, mesmo na área do Direito do Trabalho, mostram-se dispensáveis as duas dependências que se distinguem da jurídica – a financeira e a técnica.

Na hipótese dos autos, lidamos com profissionais que, tais como médicos e engenheiros, devem ter ampla liberdade na definição do que há de ser veiculado, ou não, para a boa defesa do Estado.⁷³

Bruno Colodetti e Claudio Penedo Madureira salientam que o STF vem orientado suas decisões mais recentes, ainda que reflexamente, no entendimento sustentado pelo Ministro Marco Aurélio, na ADIn n. 470/AM, no sentido de que os Procuradores detêm autonomia funcional, porque podem ser responsabilizados pelos seus posicionamentos profissionais, como se verifica nos seguintes julgados,⁷⁴ *verbis*:

Responsabilidade Solidária de Assessoria Jurídica – 5. Em conclusão de julgamento, o Tribunal, por maioria, denegou mandado de segurança impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União - TCU que determinara a audiência de procuradores federais, para apresentarem, como

⁷³ STF, ADIn n. 470/AM, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 11/10/2002. EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 96 E 100, I E III, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS PROCURADORES ESTADUAIS. Perda do objeto do feito em relação ao art. 96 e ao inciso III do art. 100 da Carta amazonense, tendo em vista posteriores modificações nos textos normativos impugnados. O inciso I do mencionado art. 100, por sua vez, ao atribuir independência funcional aos Procuradores do Estado do Amazonas, desvirtua a configuração jurídica fixada pelo texto constitucional federal para as Procuradorias estaduais, desrespeitando o art. 132 da Carta da República. Ação julgada procedente, tão-somente, para declarar a inconstitucionalidade do inciso I do art. 100 da Constituição do Amazonas.

⁷⁴ COLODETTI; MADUREIRA, op. cit., p. 59.

responsáveis, as respectivas razões de justificativa sobre ocorrências apuradas na fiscalização de convênio firmado pelo INSS, em virtude da emissão de pareceres técnico-jurídicos no exercício profissional - v. Informativos 328, 343, 376 e 428. Entendeu-se que a aprovação ou ratificação de termo de convênio e aditivos, a teor do que dispõe o art. 38 da Lei 8.666/93, e diferentemente do que ocorre com a simples emissão de parecer opinativo, possibilita a responsabilização solidária, já que o administrador decide apoiado na manifestação do setor técnico competente (Lei 8.666/93, art. 38, parágrafo único: “As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.”). Considerou-se, ainda, a impossibilidade do afastamento da responsabilidade dos impetrantes em sede de mandado de segurança, ficando ressalvado, contudo, o direito de acionar o Poder Judiciário, na hipótese de virem a ser declarados responsáveis quando do encerramento do processo administrativo em curso no TCU. Vencidos os Ministros Eros Grau, Gilmar Mendes e Cármen Lúcia, que deferiam a ordem.”⁷⁵

“Parecer Jurídico e Responsabilização. O Tribunal deferiu mandado de segurança impetrado contra ato do Tribunal de Contas da União - TCU que, aprovando auditoria realizada com o objetivo de verificar a atuação do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem - DNER nos processos relativos a desapropriações e acordos extrajudiciais para pagamento de precatórios e ações em andamento, incluía o impetrante, então procurador autárquico, entre os responsáveis pelas irregularidades encontradas, determinando sua audiência, para que apresentasse razões de justificativa para o pagamento de acordo extrajudicial ocorrido em processos administrativos nos quais já havia precatório emitido, sem homologação pela justiça. Salientando, inicialmente, que a obrigatoriedade ou não da consulta tem influência decisiva na fixação da natureza do parecer, fez-se a distinção entre três hipóteses de consulta: 1) a facultativa, na qual a autoridade administrativa não se vinculava à consulta emitida; 2) a

⁷⁵ STF, Informativo n. 475, MS n. 24.584/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Julgamento em 09/08/2007.

obrigatória, na qual a autoridade administrativa ficaria obrigada a realizar o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou não, podendo agir de forma diversa após emissão de novo parecer; e 3) a vinculante, na qual a lei estabeleceria a obrigação de “decidir à luz de parecer vinculante”, não podendo o administrador decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir. Ressaltou-se que, nesta última hipótese, haveria efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, razão pela qual, em princípio, o parecerista poderia vir a ter que responder conjuntamente com o administrador, pois seria também administrador nesse caso. Entendeu-se, entretanto, que, na espécie, a fiscalização do TCU estaria apontando irregularidades na celebração de acordo extrajudicial, questão que não fora submetida à apreciação do impetrante, não tendo havido, na decisão proferida pela Corte de Contas, nenhuma demonstração de culpa ou de seus indícios, e sim uma presunção de responsabilidade. Os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio fizeram ressalva quanto ao fundamento de que o parecerista, na hipótese da consulta vinculante, pode vir a ser considerado administrador.⁷⁶

Extrai-se dos julgados que há o reconhecimento de certa *autonomia funcional*, ou de certa liberdade de atuação, que não se prende aos limites da mera *autonomia técnica* ou *autonomia profissional*, pois essa prerrogativa é inerente à estatura de sua atuação profissional na defesa do interesse público.⁷⁷

Não se deve, como salientado pelo Ministro Marco Aurélio, partir-se do pressuposto de o advogado público irá claudicar no exercício de suas funções, porque cooptado pela parte contrária a não interpor determinado recurso, a não peticionar em certo sentido ou a desistir da demanda quando o ente federado for autor da ação.

⁷⁶ STF, Informativo n. 475, MS n. 24.631/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julgamento em 09/08/2007.

⁷⁷ COLODETTI; MADUREIRA, op. cit., p. 59.

4 O ADVOGADO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS DIANTE DE SUA VIOLAÇÃO PELO ESTADO

4.1 O Advogado Público no Sistema de Proteção aos Direitos Humanos

O homem é a finalidade última do Direito, que somente existe para regular as relações entre os homens. Portanto, é um produto do homem. Na lição de Norma Kyriakos, “o ser humano há de ser o ponto de partida e de chegada do Estado Democrático de Direito”. O bem-estar individual e social da pessoa humana “é o projeto da ação do Estado moderno, de caráter intervencionista”.⁷⁸

Os direitos humanos têm origem na dignidade humana, princípio fundamental do Estado brasileiro, insculpido na Carta de 1988, em seu art. 1º, inc. III. Historicamente, a expressão direitos humanos admite diversas interpretações, como direitos civis, direitos fundamentais e liberdades públicas. Atualmente, é compreendida no seu sentido mais abrangente, englobando as dimensões individual e social do homem.⁷⁹

Doutrinariamente, os direitos do homem classificam-se em direitos de primeira geração, direitos civis e políticos, de

⁷⁸ KYRIAKOS, op. cit., p.149.

⁷⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 11. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v.1, p. 739.

segunda geração, direitos econômicos e sociais,⁸⁰ e de terceira geração, direitos coletivos,⁸¹ separação essa que se adota para fins didáticos, em que pesem as críticas sobre a teoria geracional

⁸⁰ Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. A ordem sequencial de direitos civis, políticos e sociais, que compõem as dimensões da cidadania plena, aproxima-se da cronologia e da lógica de seu surgimento e conquista na Inglaterra, conforme a descrição de T. H. Marshall, em *Cidadania, classe social e status*, de 1967, como explica José Murilo de Carvalho, *verbis*: “Primeiro vieram os direitos civis, no século XVIII. Depois, no século XIX, surgiram os direitos políticos. Finalmente, os direitos sociais foram conquistados no século XX. Segundo ele, não se trata apenas da sequência cronológica: ela é também lógica. Foi com base no exercício dos direitos civis, nas liberdades civis, que os ingleses reivindicaram o direito de votar, de participar do governo de seu país. A participação permitiu a eleição de operários e a criação do partido trabalhista, que foram os responsáveis pela introdução dos direitos sociais. (...) O surgimento sequencial dos direitos sugere que a própria ideia de direitos, e, portanto, a própria cidadania, é um fenômeno histórico. O ponto de chegada, o ideal da cidadania plena, pode ser semelhante, pelo menos na tradição ocidental dentro da qual nos movemos. Mas os caminhos são distintos e nem sempre seguem linha reta. Pode haver também desvios e retrocessos, não previstos por Marshall. O percurso inglês foi apenas um entre outros. A França, a Alemanha, os Estados Unidos, cada país seguiu seu próprio caminho. O Brasil não é exceção”. O autor salienta o fato de o país ter seguido a lógica inversa: primeiro, os direitos sociais, a partir do período posterior à Primeira Guerra Mundial, seguidos dos direitos políticos, e, mais recentemente, os direitos civis, com a redemocratização do país. In: CARVALHO, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 10-12.

⁸¹ Antônio Augusto Cançado Trindade observa que, na ordem internacional, a 1ª geração foi a dos direitos sociais, com a criação da Organização Internacional do Trabalho, criada pela Conferência de Paz após a Primeira Guerra Mundial, no Tratado de Versalhes, em 1919. Quanto aos direitos de 3ª geração, respondem também pelas denominações *direitos de solidariedade ou novos direitos do homem*. Apud: MELLO, *op. cit.*, p. 742.

dos direitos em pesem as críticas sobre a teoria geracional dos direitos humanos.⁸²

O problema cinge-se, todavia, a como concretizá-los diante dos limites do sistema de proteção aos direitos humanos, tanto nacional quanto internacionalmente. Nesse ponto, procura-se deslindar a inserção da Advocacia Pública nos sistemas de proteção do homem contra a tortura, de proteção da criança e do adolescente e na garantia do mínimo existencial.

A Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991.⁸³ Pela convenção, os Estados-parte obrigam-se a:

⁸² Variadas são as críticas à classificação dos direitos humanos em gerações. Frédéric Sudre considera-a enganadora, porque acabaria por levar o Terceiro Mundo a se preocupar com os direitos da 3ª geração e a marginalizar os de 1ª e de 2ª gerações (apud MELLO, op. cit. p. 742). Caçado Trindade assevera que a teoria das chamadas gerações de direitos é “historicamente incorreta e juridicamente infundada” e que tem “fomentado a visão atomizada dos direitos humanos, com todas suas distorções”. O fenômeno que se observa, continua o autor, “não é o de uma fantasiosa e indemonstrável sucessão ‘geracional’ de direitos (que poderia inclusive ser invocada para tentar justificar restrições indevidas ao exercício de alguns deles, como já ocorreu na prática), mas antes o da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, todos essencialmente consagrados, todos essencialmente complementares e em constante interação. O ‘dever de abstenção’ não é apanágio de determinados direitos civis e políticos, como o revela, por exemplo, o direito à greve, no âmbito dos direitos sociais. As medidas ‘positivas’ tampouco se limitam aos direitos econômicos, sociais e culturais, como revela a mobilização de recursos públicos, por exemplo, para assegurar as garantias do devido processo legal, ou o direito de participação na vida pública (mediante eleições livres). (...) Até mesmo o mais fundamental dos direitos humanos, o direito à vida, compreende o direito de todo ser humano de não ser privado arbitrariamente de sua vida (medidas negativas de abstenção) assim como o direito de todo ser humano de dispor dos meios apropriados de subsistência e de um padrão de vida decente (medidas positivas)”. In: ALVES, op. cit., p. XXX-XXXI.

⁸³ Entrou em vigor internacionalmente em 1987. O Brasil a ratificou em 1989, e o crime de tortura encontra-se tipificado na Lei n. 9.455, de 7 de abril de 1997. Na Constituição de 1988, é considerado crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia (art. 5º, inc. XLIII).

- assegurar a proibição total da tortura e a punição de tal ofensa;
- proibir a extradição de pessoas para Estados onde correm risco substancial de ser torturadas;
- cooperar com outros Estados para prisão, detenção e extradição de possíveis torturadores;
- educar os encarregados da manutenção da ordem a propósito da proibição da tortura;
- rever, sistematicamente, os procedimentos e métodos de interrogatório de pessoas detidas;
- investigar prontamente alegações de tortura;
- compensar as vítimas de tortura.

José Augusto Lindgren Alves informa que a Anistia Internacional relaciona, como especialmente importantes na Convenção contra a Tortura, a jurisdição compulsória e universal contra suspeitos torturadores (arts. 5º e 8º), a obrigação de não repatriar refugiados ou outras pessoas a países onde corram o risco de ser torturados (art. 3º), a exclusão da “obediência a ordens superiores” como defesa ante uma acusação de tortura (art. 2º, parágrafo 3º), a obrigação dos Estados-parte de investigar informações fidedignas de torturas ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes e de garantir compensação às vítimas (arts. 12 a 14).⁸⁴

A Advocacia Pública insere-se, especificamente, nesse sistema, ao ser um dos atores protagônicos na reparação civil do dano causado pelo Estado, no sistema prisional,⁸⁵ em decorrência de violações aos direitos humanos à incolumidade física e psíquica, a sua dignidade, ao devido processo legal para o cerceamento de sua liberdade, a não ser submetido a tratamentos cruéis ou desumanos (art. 5º, incs. III e XLVII).

A Convenção sobre os Direitos da Criança, por sua vez, foi adotada em 1989 e incorporada ao ordenamento pátrio pelo Decreto n. 99.710, de 21 de novembro de 1990.⁸⁶ Seus Estados-parte comprometem-se a proteger a criança de todas as formas de

⁸⁴ ALVES, op. cit., p. 58-59.

⁸⁵ Competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, segundo o art. 24, inc. I, da CF/88.

⁸⁶ Vigente desde 1990.

discriminação e a assegurar-lhe assistência apropriada. A criança é definida como “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, pela legislação aplicável, a maioridade seja atingida mais cedo”.

Compreendem-se entre os direitos previstos para as crianças:

- o direito à vida e à proteção contra a pena capital;
- o direito de ter uma nacionalidade;
- a proteção ante a separação dos pais;
- o direito de deixar qualquer país e de entrar em seu próprio país;
- o direito de entrar e sair de qualquer Estado-parte para fins de reunificação familiar;
- a proteção para não ser levada ilicitamente ao exterior;
- a proteção de seus interesses em caso de adoção;
- a liberdade de pensamento, de consciência e de religião;
- o direito a acesso a serviços de saúde, devendo os Estados reduzir a mortalidade infantil e abolir as práticas tradicionais prejudiciais à saúde;
- o direito a um nível adequado de vida e a segurança social;
- o direito à educação, devendo os Estados garantirem a educação primária compulsória e gratuita;
- a proteção contra a exploração econômica, com idade mínima para admissão em emprego;
- a proteção contra o envolvimento na produção, no tráfico e no uso de drogas e de substâncias psicotrópicas;
- a proteção contra a exploração e o abuso sexual.

Antes da adoção da convenção pela ONU e de sua ratificação pelo Brasil, seu projeto inspirou a preparação do Estatuto da Criança e do Adolescente,⁸⁷ que reflete e expande as disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança e é referência na matéria em nível internacional.

O advogado público, nesse ponto, deve observar o direito da criança à educação primária, de prestação obrigatória pelos entes federados, haja vista, também o art. 208, inc. I, da CF/88, com a

⁸⁷ Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.

redação dada pela EC n. 59/2009, que estende a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino básico dos quatro aos dezessete anos de idade.

Quanto ao mínimo existencial, Ricardo Lobo Torres preleciona que esse direito ocorre com mais frequência nas declarações internacionais de direitos humanos do que no ordenamento pátrio.⁸⁸ Na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, está previsto nos arts. XXV, item 1, e XXVI que, *verbis*:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986, por sua vez, reconheceu em seu preâmbulo e no art. 1º, item 1, que, *verbis*:

o desenvolvimento é um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes

1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, a ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

Ricardo Lobo Torres diferencia, dentre os direitos ligados ao desenvolvimento, os que representariam propriamente direito ao mínimo necessário à existência, ou direitos fundamentais, o direito à educação básica, à saúde preventiva e à água potável. O

⁸⁸ TORRES, *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 9.

direito à moradia e ao emprego, entretanto, seriam direitos sociais, subordinados à ideia de justiça, e não de direitos fundamentais.⁸⁹

Destaca-se, também, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1996, que ampliou e aperfeiçoou o catálogo de direitos da Declaração de 1948. Prevê seu art. 2º, *verbis*:

Cada Estado-parte do presente Pacto comprometem-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o, pleno exercício e dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativa.

Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, os Estados-parte comprometem-se, no art. 26, *verbis*:

a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Por fim, na Declaração do Milênio das Nações Unidas, de 2000, afirmou-se, no tema III, desenvolvimento e erradicação da pobreza, que, *verbis*:

11. Não pouparemos esforços para libertar os nossos semelhantes, homens, mulheres e crianças, das condições abjetas e desumanas da pobreza extrema, à qual estão submetidos atualmente mais de 1000 milhões de seres humanos. Estamos empenhados em fazer do direito ao desenvolvimento uma realidade para todos e em libertar toda a humanidade da carência.

⁸⁹ Ibidem, p. 11.

12. Em consequência, decidimos criar condições propícias, a nível nacional e mundial, ao desenvolvimento e à eliminação da pobreza.

Diante desse quadro, verifica-se que os direitos humanos são amplamente protegidos pelos ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, constituindo, assim, campo vasto para a atuação do advogado público na defesa dos valores consagrados ao homem, como finalidade última e interesse público primordial do Estado.

4.2 Casos Concretos

As possibilidades de atuação da Advocacia Pública na defesa de direitos humanos, enquanto interesse público primário que confere legitimidade à ação estatal, ocorrem, por excelência, através do exercício da representação judicial do ente federado, na esfera de discussão da responsabilidade civil do Estado e do respectivo dever de reparação do dano por ele causado.

A jurisprudência pátria sobre o assunto define determinados parâmetros que limitam a revisão do *quantum* indenizatório. Assim, somente quando *exorbitante* ou *insignificante* a quantia arbitrada, cuja caracterização se verifica mediante os *princípios da proporcionalidade e da razoabilidade*, torna-se viável o manejo do Recurso Especial, conforme se observa nos arestos que versam sobre o crime de tortura e sobre erro médico, a seguir:

ADMINISTRATIVO. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. REGIME MILITAR. **TORTURA. IMPRESCRITIBILIDADE**. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO 20.910/1932. **QUANTUM INDENIZATÓRIO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE**. 1. As ações indenizatórias por danos morais decorrentes de atos de tortura ocorridos durante o Regime Militar de exceção são imprescritíveis. Inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 1º do Decreto 20.910/1932. Precedentes do STJ. 2. O Brasil é signatário do **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas** – incorporado ao ordenamento jurídico

pelo Decreto-Legislativo 226/1991, promulgado pelo Decreto 592/1992 –, que traz a **garantia de que ninguém será submetido a tortura, nem a pena ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes**, bem como prevê a **proteção judicial para os casos de violação de direitos humanos**. 3. A Constituição da República não estipulou lapso prescricional à **faculdade de agir**, correspondente ao **direito inalienável à dignidade**. 4. Hipótese em que o Tribunal de origem, ao concluir, diante da documentação colacionada aos autos, que o autor foi realmente preso e torturado, tendo sofrido danos psicológicos permanentes, fixou indenização por danos morais em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). 5. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que **somente em casos excepcionais é possível rever o valor da indenização, quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade**, o que, in casu, não se configura. 6. Recurso Especial não provido. (grifou-se)⁹⁰

RECURSO ESPECIAL DE JPGB E OUTROS. ADMINISTRATIVO. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. HOSPITAL MUNICIPAL. AMPUTAÇÃO DE BRAÇO DE RECÉM-NASCIDO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM FAVOR DOS PAIS E IRMÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.** RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. É possível a cumulação de indenização por danos estético e moral, ainda que derivados de um mesmo fato, desde que um dano e outro possam ser reconhecidos autonomamente, ou seja, devem ser passíveis de identificação em separado. Precedentes. 2. Na hipótese dos autos, em Hospital Municipal, recém-nascido teve um dos braços amputado em virtude de erro médico, decorrente de punção axilar que resultou no rompimento de veia, criando um coágulo que bloqueou a passagem de sangue para o membro superior. 3. Ainda que derivada de um mesmo fato - **erro médico de profissionais da rede municipal de saúde** -, a amputação do braço direito do recém-nascido ensejou

⁹⁰ STJ, REsp 200802773859, Rel. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 05/11/2009.

duas formas diversas de dano, o moral e o estético. O primeiro, correspondente à violação do direito à dignidade e à imagem da vítima, assim como ao sofrimento, à aflição e à angústia a que seus pais e irmão foram submetidos, e o segundo, decorrente da modificação da estrutura corporal do lesado, enfim, da deformidade a ele causada. 4. **Não merece prosperar o fundamento do acórdão recorrido no sentido de que o recém-nascido não é apto a sofrer o dano moral, por não possui capacidade intelectual para avaliá-lo e sofrer os prejuízos psíquicos dele decorrentes.** Isso, porque o dano moral não pode ser visto tão-somente como de ordem puramente psíquica - dependente das reações emocionais da vítima -, porquanto, na atual ordem jurídica-constitucional, **a dignidade é fundamento central dos direitos humanos**, devendo ser protegida e, quando violada, sujeita à devida reparação. 5. A respeito do tema, a doutrina consagra entendimento no sentido de que o dano moral pode ser considerado como violação do direito à dignidade, não se restringindo, necessariamente, a alguma reação psíquica (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, pp. 76/78). 6. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 447.584/RJ, de relatoria do Ministro Cezar Peluso (DJ de 16.3.2007), acolheu a proteção ao **dano moral como verdadeira “tutela constitucional da dignidade humana”**, considerando-a “um autêntico direito à integridade ou à incolumidade moral, pertencente à classe dos direitos absolutos”. 7. O Ministro Luiz Fux, no julgamento do REsp 612.108/PR (1ª Turma, DJ de 3.11.2004), bem delineou que “deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual”. 8. Com essas considerações, pode-se inferir que é devida a condenação cumulativa do Município à reparação dos danos moral e estético causados à vítima, na medida em que o recém-nascido obteve grave deformidade - prejuízo de caráter estético - e teve seu direito a uma vida digna seriamente atingido - prejuízo de caráter moral. Inclusive,

a partir do momento em que a vítima adquirir plena consciência de sua condição, a dor, o vexame, o sofrimento e a humilhação certamente serão sentimentos com os quais ela terá de conviver ao longo de sua vida, o que confirma ainda mais a efetiva existência do dano moral. Desse modo, é plenamente cabível a cumulação dos danos moral e estético nos termos em que fixados na r. sentença, ou seja, conjuntamente o quantum indenizatório deve somar o total de trezentos mil reais (R\$ 300.000,00). **Esse valor mostra-se razoável e proporcional ao grave dano causado ao recém-nascido, e contempla também o caráter punitivo e pedagógico da condenação.** 9. Quanto ao pedido de majoração da condenação em danos morais em favor dos pais e do irmão da vítima, ressalte-se que **a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada.** Essa excepcionalidade, contudo, não se aplica à hipótese dos autos. Isso, porque **o valor da indenização por danos morais** - fixado em R\$ 20.000,00, para cada um dos pais, e em R\$ 5.000,00, para o irmão de onze (11) anos, totalizando, assim, R\$ 45.000,00 -, **nem é irrisório nem desproporcional aos danos morais sofridos por esses recorrentes.** Ao contrário, a importância assentada foi arbitrada com bom senso, **dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade.** 10. Recurso especial parcialmente provido, apenas para determinar a cumulação dos danos moral e estético, nos termos em que fixados na r. sentença, totalizando-se, assim, trezentos mil reais (R\$ 300.000, 00). RECURSO ESPECIAL ADESIVO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. REVISÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO-CONHECIDO. 1. O recurso especial adesivo fica prejudicado quanto ao valor da indenização da vítima, tendo em vista o exame do tema por ocasião do provimento parcial do recurso especial dos autores. 2. O quantum indenizatório dos danos morais fixados em favor dos pais e do irmão da vítima, ao contrário do alegado pelo Município, não é exorbitante (total de R\$ 45.000,00). Conforme anteriormente ressaltado, esses valores foram fixados em patamares razoáveis e dentro dos limites da proporcionalidade, de maneira que é indevida

sua revisão em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 3. Recurso especial adesivo não-conhecido. (grifou-se)⁹¹

Ainda versando sobre tortura e sobre prisão em condições degradantes, ressaltando o dever estatal de manutenção da integridade física e psíquica das pessoas sob a custódia do Estado e diante do *reconhecimento pelo próprio Estado, anteriormente ao dano, da situação que o ensejou*, bem como, no campo das liberdades individuais, sobre o dano gerado pela prisão ilegal, colacionam-se os seguintes arestos, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR **DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO** DECORRENTE DE ATOS PRATICADOS PELO PODER JUDICIÁRIO. **MANUTENÇÃO DE CIDADÃO EM CÁRCERE POR APROXIMADAMENTE TREZE ANOS (DE 27/09/1985 A 25/08/1998) À MINGUA DE CONDENAÇÃO EM PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE OU PROCEDIMENTO CRIMINAL, QUE JUSTIFICASSE O DETIMENTO EM CADEIA DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO. ATENTADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.** 1. Ação de indenização ajuizada em face do Estado, objetivando o recebimento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da ilegal manutenção do autor em cárcere por quase 13 (treze) anos ininterruptos, de 27/09/1985 a 25/08/1998, **em cadeia do Sistema Penitenciário Estadual, onde contraiu doença pulmonar grave (tuberculose), além de ter perdido a visão dos dois olhos durante uma rebelião.** 2. A Constituição da República Federativa do Brasil, de índole pós-positivista e fundamento de todo o ordenamento jurídico expressa como vontade popular que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um dos seus fundamentos a **dignidade da pessoa humana como instrumento realizador de**

⁹¹ STJ, REsp 200602733358, Rel. Denise Arruda, Segunda Turma, DJ 04/12/2008.

seu ideário de construção de uma sociedade justa e solidária. 3. Consectariamente, a vida humana passou a ser o centro de gravidade do ordenamento jurídico, por isso que a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial. 4. Direitos fundamentais emergentes desse **comando maior erigido à categoria de princípio e de norma superior** estão enunciados no art. 5.º da Carta Magna, e dentre outros, os que interessam o caso sub judice destacam-se: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (...) LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...) LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; (...) LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança; 5. A plêiade dessas garantias revela **inequívoca transgressão aos mais comezinhos deveres estatais**, consistente em manter-se, sem o devido processo legal, um ser humano por quase 13 (treze) anos consecutivos preso, por força de inquérito policial inconcluso, sendo certo que, em razão do encarceramento ilegal, contraiu o autor doenças, como a tuberculose, e a cegueira. 6. Inequívoca a responsabilidade estatal, quer à luz da legislação infraconstitucional (art. 159 do Código Civil vigente à época da demanda) quer à luz do art. 37 da CF/1988, escorreita a imputação dos danos materiais e morais cumulados, cuja juridicidade é atestada por esta Eg. Corte (Súmula 37/STJ) 7. Nada obstante, o Eg. Superior Tribunal de Justiça invade a seara da fixação do dano moral para ajustá-lo à sua ratio essendi, qual a da exemplariedade e da solidariedade, considerando os consectários econômicos, as potencialidades da vítima, etc, para que a indenização não

resulte em soma desproporcional. 8. In casu, foi conferida ao autor a indenização de R\$ 156.000,00 (cento e cinquenta e seis mil reais) de danos materiais e R\$ 1.844.000,00 (um milhão, oitocentos e quarenta e quatro mil reais) de danos morais. 9. Fixada a gravidade do fato, a **indenização imaterial revela-se justa, tanto mais que o processo revela o mais grave atentado à dignidade humana, revelado através da via judicial**. 10. Deveras, a dignidade humana retrata-se, na visão Kantiana, na autodeterminação; na vontade livre daqueles que usufruem de uma vivência sadia. É de se indagar, qual a aptidão de um cidadão para o exercício de sua dignidade se tanto quanto experimentou foi uma “morte em vida”, que se caracterizou pela **supressão ilegítima de sua liberdade, de sua integridade moral e física e de sua inteireza humana**? 11. Anote-se, ademais, retratar a lide um dos mais expressivos atentados aos direitos fundamentais da pessoa humana. Sob esse enfoque temos assentado que “a exigibilidade a qualquer tempo dos consectários às violações dos direitos humanos decorre do princípio de que o reconhecimento da dignidade humana é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz, razão por que a **Declaração Universal** inaugura seu regramento superior estabelecendo no **art. 1º que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’**. Deflui da Constituição federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual”. (REsp 612.108/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 03.11.2004) 12. Recurso Especial desprovido. (grifou-se)⁹²

Ementa: APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRISÃO CAUTELAR. **PRESO LINCHADO ATÉ A MORTE**. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO FRENTE AOS APENADOS. DEVER DE INDENIZAR. I. A Carta de Direitos Humanos prevê que **nenhuma pessoa passará por constrangimentos e torturas sob a tutela estatal**.

⁹² STJ, REsp 200502029820, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 30/10/2006.

A Constituição Federal recepcionou tal visão impondo ao Estado dever de zelar pela integridade física dos detentos retidos junto aos estabelecimentos carcerários. II. A inércia e o sucateamento das condições prisionais não são capazes de isentar a responsabilidade do Estado quanto ao cumprimento do dever legal enquanto ente público frente à sociedade. III. A omissão de obrigação constitucional configura ato ilícito passível de reparação pecuniária. III. O linchamento de preso expõe a falência do sistema carcerário nacional, respondendo o Estado pelo dano causado aos parentes da vítima. IV. Valor indenizatório vai mantido por atender ao caráter punitivo/pedagógico adotados pela Câmara. APELO DESPROVIDO. (grifou-se)⁹³

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. **PRISÃO ILEGAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. DANOS MORAIS.** O Estado está obrigado a indenizar o particular quando, por meio de atuação dos seus agentes, prende ou detém ilegalmente o indivíduo. Em tal caso, o ente estatal deve indenizar os prejuízos morais advindos da prisão indevida. **O Estado tem o dever de respeitar integralmente os direitos subjetivos constitucionais assegurados ao cidadão**, especialmente, o de ir e vir. Ao prender indevidamente o indivíduo, o Estado atenta contra os direitos humanos e provoca dano moral, com reflexos em suas atividades profissionais e sociais. **A indenização por danos morais é uma recompensa pelo sofrimento vivenciado pelo cidadão, ao ver, publicamente, a sua honra atingida e o seu direito de locomoção violado.** NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (grifou-se)⁹⁴

Construção de presídio. Implementação de política pública. Ativismo Judicial. Possibilidade. Atendimento. Sentença mantida. Recurso Improvido. É possível ao Judiciário, em situações excepcionais, intervir na implementação de políticas públicas. No caso, evidencia-se omissão lesiva aos **DIREITOS HUMANOS**, revelada no **descumprimento da obrigação**

⁹³ TJRS. Apelação Cível n. 70030042568. Relator: Liege Puricelli Pires. Sexta Câmara Cível. Origem: Comarca de Alvorada. DJ 20/05/2010.

⁹⁴ TJRS. Apelação Cível n. 70008255895. Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Nona Câmara Cível. Origem: Comarca de Porto Alegre. DJ 22/06/2006.

estatal de fornecer condições mínimas de salubridade e segurança aos indivíduos que se encontram sob sua custódia, e qualificada pelo reconhecimento do fato pelo próprio Estado, que firmou acordo expresso para mitigar o problema, mas não o cumpriu. (grifou-se)⁹⁵

Quanto aos direitos sociais, na esfera da proteção estatal à criança e ao adolescente, considerando-se o princípio da vedação ao retrocesso social, ou seja, à garantia aos avanços sociais conquistados,⁹⁶ e ainda sobre a garantia do mínimo existencial, no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Poder Público, *verbis*:

Ementa: REMESSA DE OFÍCIO E APELAÇÃO CÍVEL. CONHECIMENTO. **MENOR SOB GUARDA. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PRIORIDADE ABSOLUTA. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA.** 1. A regra que confere **ao menor sob guarda a condição de dependente para fins previdenciários (art. 33, § 3º do ECA)** consiste em uma **manifestação normativa pontual do núcleo essencial de direitos humanos – a dignidade da pessoa humana.** 2. A aplicação da norma, em sua plenitude, encontra assento no princípio constitucional da **prioridade absoluta dos direitos da criança e do adolescente, insculpido no art. 227, caput, da Constituição Federal.** 3. A garantia da condição de dependente ao menor sob guarda visa prestigiar os direitos fundamentais da criança e do adolescente, razão

⁹⁵ TJRO. Ação Civil Pública n. 0051869-66.2007.8.22.0002. Rel. Des. Walter Waltenberg Silva Junior. Revisor e Relator p/ Acórdão Des. Renato Mimessi. Origem: Comarca de Ariquemes. Julgamento em 22/07/2010.

⁹⁶ Ana Paulo de Barcellos identifica no retrocesso social um desdobramento da eficácia negativa dos direitos sociais, que permite recorrer-se ao Judiciário para declarar a invalidade da revogação das normas infraconstitucionais que concedem ou ampliam direitos fundamentais, regulamentando o princípio definidor de um direito social previsto na Constituição, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente (BARCELLOS, O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy, in TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 106-107. Sobre o mínimo existencial, cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

pela qual, em atenção ao princípio da eficiência, deve-se **preferir a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais**. 4. **O Estatuto da Criança e do Adolescente é lei especial em relação às Leis Previdenciárias**, devendo a norma estatutária ser preferida na análise do conflito aparente de normas. 5. Conforme dispõe o princípio da vedação ao retrocesso, é **vedada a eliminação ou diminuição de direitos já conquistados**. 6. A não consideração do menor sob guarda, como dependente, para fins previdenciários, viola o princípio da isonomia, uma vez que ao menor tutelado é garantido tais direitos. 7. Remessa de ofício conhecida. Sentença confirmada. 8. Recurso de Apelação conhecido e improvido.

Decisão: ACORDAM os componentes da Egrégia 3ª Câmara Especializada Cível, do Tribunal de Justiça do Estado, por votação unânime, em conhecer da Remessa oficial e da Apelação, mas para negar-lhes provimento, mantendo, na íntegra, a decisão atacada.(grifou-se)⁹⁷

Ementa: PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. **FORNECIMENTO MEDICAMENTO**. LEGITIMIDADE. SOLIDARIEDADE. **RESERVA DO POSSIVEL ANTE DIREITOS FUNDAMENTAIS**. 1- A divisão de atribuições e recursos é questão meramente administrativa, ou seja, questão interna corporis a ser solucionada entre as esferas de Poder envolvidas, não podendo ser alegada contra o cidadão em detrimento de sua vida. 2- As medidas liminares, sejam cautelares ou satisfativas, têm caráter provisório, vez que somente com a sentença é que se tornam definitivas e aptas a produzir os efeitos inerentes à coisa julgada formal e material. 3- **A cláusula da reserva do possível não pode ser alegada para impor limites à eficácia e efetividade dos direitos humanos**. 4- A rede de saúde deve se amoldar às necessidades dos administrados e não o contrário. Segurança concedida.

Decisão: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os componentes do Egrégio Tribunal Pleno do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, pela confirmação da liminar, com a concessão em definitivo da segurança,

⁹⁷ TJPI. Remessa de Ofício/Apelação n. 60013427. Rel. Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho. 3ª Câmara Especializada Cível. Julgamento em 15/12/2010.

no sentido de que seja fornecido continuamente o medicamento prescrito, em harmonia com o parecer ministerial. (grifou-se)⁹⁸

Nesse último ponto, o advogado público deve ter cautela para distinguir os casos em que o fornecimento gratuito de medicamento insere-se em *política pública anteriormente adotada pelo ente federado* dos casos em que o mencionado fornecimento gratuito deriva do ativismo judicial, ou seja, do reconhecimento do dever prestacional do Estado como decorrência da máxima efetividade dos direitos humanos. A atuação da Advocacia Pública pró-cidadão apenas justificar-se-ia na primeira hipótese.⁹⁹

De uma maneira geral, pode-se observar que existem espaços de conformação, pelo advogado público, dos direitos humanos em situações em que o Estado é o responsável por sua violação, sem implicar falta funcional na defesa dos interesses estatais, haja vista que a proteção da pessoa humana é a finalidade primeira do Poder Público. Para tanto, a Advocacia Pública dispõe da técnica, da jurisprudência consagrada nos tribunais e dos parâmetros aplicáveis ao caso concreto.

5 CONCLUSÃO

A Advocacia Pública presta à sociedade um serviço público essencial aos fins do Estado Democrático de Direito, na busca pela construção de uma sociedade igualitária e justa, fundada na valorização da pessoa humana e na garantia e promoção de sua dignidade. Por

⁹⁸ TJPI. Mandado de Segurança n. 200900010015961. Rel. Des. José Ribamar Oliveira. Tribunal Pleno. Julgamento em 10/06/2010. Sobre o fornecimento gratuito de medicamentos, cf. BARROSO, Da falta de efetividade à judicialização excessiva, fornecimento gratuito de medicamento e parâmetros para a atuação estatal, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

⁹⁹ A propósito da crítica técnica à instituição de políticas públicas pelo Poder Judiciário, cf. BARROSO, *Da falta de efetividade* cit., p. 896. Afirma o autor que o “Poder Judiciário não tem como avaliar se determinado medicamento é efetivamente necessário para se promover a saúde e a vida. Mesmo que instruído por laudos técnicos, seu ponto de vista nunca seria capaz de rivalizar com o da Administração Pública”.

isso, a instituição mereceu consagração constitucional, como função essencial à Justiça.

No desempenho de suas funções de representação judicial e extrajudicial, consultoria e assessoramento jurídico e controle da constitucionalidade e da legalidade do Poder Público, os advogados públicos agem na defesa do interesse público, entendido como interesse estatal e, não raro, confundido com os interesses fazendários da pessoa jurídica de direito público beneficiária.

Verifica-se, entretanto, que a noção de interesse público passou por profunda transformação na chamada constitucionalização do Direito Administrativo, em que a ordem de valores e princípios constitucionais que regem a Administração Pública adquiriu força normativa, e cuja observância é condição de validade e legitimidade dos atos estatais, que remontam, em última análise, à realização dos direitos humanos.

Dessa forma, a Advocacia Pública encontra-se incumbida, na sua função de controle, de assegurar o estrito cumprimento, pelos entes federados, dos princípios da legalidade, da moralidade e da indisponibilidade do interesse público, que, no Estado Democrático de Direito, é informado pelos direitos humanos.

A autonomia funcional dos membros da Advocacia Pública não foi reconhecida pela Carta de 1988, contudo, a necessidade de atribuição dessa prerrogativa aos advogados públicos levou as legislações estaduais e a relativa à Advocacia-Geral da União a preverem diversos mecanismos que conferiram aos membros da carreira uma autonomia relativa, referendada pela estrutura hierarquizada da instituição.

O reconhecimento da autonomia dos advogados públicos é fundamental a sua atuação de controle e à promoção dos direitos humanos nos casos em que a violação é perpetrada pelo Estado. Não raro, o Estado é posto em juízo por não garantir ou atentar contra os direitos fundamentais. O advogado público pode e deve abster-se de contestar e recorrer em causas que envolvam flagrante violação a direitos humanos e que sejam pautadas em remansosa jurisprudência, inclusive quanto ao montante dos valores indenizatórios.

Para isso, a Advocacia dispõe de parâmetros para legitimar

sua ação, como a ausência de exorbitância ou insignificância no *quantum* definido na sentença, a proporcionalidade e a razoabilidade, o reconhecimento da situação danosa pelo próprio Estado em momento anterior à ação de indenização, a existência de políticas públicas prévias.

Dessa forma, a Advocacia Pública tem papel fundamental no sistema de proteção dos direitos humanos, seja evitando que violações possam ocorrer em sua função consultiva e de controle prévio, seja em sua função de representação judicial, evitando que violações cometidas pelo próprio Estado promovam um desgaste maior para o cidadão e para a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2007.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de (coord.). **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. Série Direito em Foco.

BARROSO. Luís Roberto (org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 1. ed., 3. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

BICCA, Ronald Christian Alves. Advocacia Pública: autonomia necessária. **Associação dos Procuradores do Estado de Goiás**. Disponível em: <http://projuridico.net/appeg/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=35:is-it-possible-to-change-the-types-of-menu-entries&catid=31:general&Itemid=46>. Acesso em: 11 jul. 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil**: o longo caminho. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.

COLODETTI, Bruno; MADUREIRA, Claudio Penedo. A autonomia funcional da advocacia pública como resultado de sua importância para a aplicação legítima do direito no Estado Democrático Constitucional brasileiro. **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, a. 9, n. 103, p. 54-65, set. 2009.

DELGADO, José Augusto. Autonomia das Procuradorias dos Estados. **Associação dos Procuradores do Estado da Bahia**, Salvador, 11 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.apeb.org.br/Autonomia%20das%20PGEs%20José%20Delgado.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2011.

FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves; FARIA, Ana Paula Andrade Borges de. A independência e a autonomia funcional do Procurador do Estado. **Associação dos Procuradores do Estado da Bahia**., Salvador, 11 ago. 2008. Disponível em: <http://www.apeb.org.br/A_independencia_ea_autonomia_funcional_do_Procurador_do_Estado.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2011.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. A Advocacia Pública no Estado democrático de direito. **Doutrina ADCOAS**. Rio de Janeiro, a. 7, n. 23, p. 450-451, dez. 2004.

_____. O controle interno de constitucionalidade exercido pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal. **Fórum Administrativo**. Belo Horizonte, a. 5, n. 57, p. 6379-6392, nov. 2005.

KYRIAKOS, Norma. Procuradores do Estado: função essencial à justiça. In: NALINI, José Renato (coord.). **Formação Jurídica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 1. v. 11. ed., rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, a. 95, v. 845, p. 22-36, mar. 2006.

SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: posição institucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 30, n. 117, p. 187-202, jan./mar. 1993.

SILVA, José Afonso da. A Advocacia Pública e o Estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 230, p. 281-289, out./dez. 2002.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. O papel da advocacia pública no controle de legalidade da administração. **Interesse Público**. Porto Alegre, a. 6, n. 28, p. 48-63, nov./dez. 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. Interesse público em sentido mínimo e em sentido forte: o problema da vigilância epidemiológica frente aos direitos constitucionais. **Interesse Público**. Porto Alegre, a. 6, n. 28, p. 29-42, nov./dez. 2004.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.



4º Lugar

AS TAREFAS DA ADVOCACIA PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Rene José Keller

1 INTRODUÇÃO

A falta de efetividade plena dos Direitos Humanos não decorre de modo exclusivo da falta de conscientização social ou da ausência de regulamentações – embora estas sejam sempre passíveis de aprimoramentos e adequações. Existe uma gama de fatores exógenos ao Direito que pesam de modo negativo na concretização dos Direitos Humanos, tais como, culturais, econômicos, políticos etc.

Evidente que, aqui, não se pretende – tampouco se poderia – examinar a problemática da efetivação dos Direitos Humanos abrangendo toda essa multiplicidade de condicionantes que os influencia como acima destacados. Entretanto, gozando de relativo espaço, o presente estudo pretende traçar um correlato entre a Advocacia Pública e os Direitos Humanos sob uma ótica assumidamente interdisciplinar.

Do ponto de vista estritamente jurídico, o tema ainda assim é complexo, tendo em vista que os Direitos Humanos, no que toca a sua aplicação, não dependem unicamente da legislação local. Há, necessariamente, a dependência e intercâmbio de normas de Direito Internacional que buscam a interação com o ordenamento jurídico pátrio, o que nem sempre ocorre de maneira satisfatória.

Quando se elegeu o presente título, a formulação foi pensada compreendendo um duplo enfoque, que corresponde às divisões do trabalho. Isto é, quais são as tarefas da Advocacia Pública na efetivação dos Direitos Humanos? Para responder a hipótese levantada, é necessário, primeiramente, conhecer o que são os Direitos Humanos. Após, e somente em um segundo momento, é que se pode elencar algumas tarefas a serem cumpridas.

Partindo dessa premissa, a título organizacional e sistêmico, o trabalho foi estruturado em dois grupos, embora haja uma linha de continuidade entre eles. Nesse formato, os três primeiros pontos do primeiro capítulo, que tratam, respectivamente, da noção histórica dos Direitos Humanos, da sua fundamentação e do ser humano na sua interação no sistema econômico, abordam questões que servem de suporte lógico e teórico à segunda parte.

Em pormenor, a primeira parte pretende estabelecer as definições teóricas mínimas ao estudo dos Direitos Humanos, partindo de uma visão crítica. Para tanto, são requisitos indispensáveis abordar como ocorre a mutação, o surgimento desses direitos, bem como a fundamentação que é a eles concedida. Ainda, o tópico final tem como escopo particularizar os principais “seres” a quem os Direitos Humanos pretendem resguardar, isto é, examinar quem são os atores em dada circunstância objetiva, em total coerência com o estudo que se desenvolve.

No tópico seguinte, alveja-se instigar acerca do modo pelo qual a Advocacia Pública atua e pode contribuir para a efetivação dos Direitos Humanos. Como é intuitivo, neste ponto, o estudo tomará por base a legislação vernácula, evidentemente, em intercâmbio com o sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos.

Na oportunidade, em um primeiro momento, algumas das instituições pátrias que compõem a denominada “Advocacia Pública” são abordadas, para, posteriormente, cotejar a atuação delas no cumprimento dos Direitos Humanos. Inclusive, um breve histórico do desenvolvimento das instituições da Advocacia Pública no Brasil será mencionado.

Anota-se, ainda, que o método utilizado – quando possível – é o dialético materialista. Talvez por isso seja importante destacar

que a postura crítica em relação a alguns pontos examinados será uma característica notória, nem tanto pela voluntariedade de assim proceder, mas principalmente pelas implicações que o método conduz. Como uma introdução não deve antecipar o mérito das discussões, o exposto é o que, por ora, se resume a dizer.

2 A HISTORICIDADE DOS DIREITOS HUMANOS E A SUA FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 A Compreensão da Noção Histórica dos Direitos Humanos

Para tratar do tema da concretização dos Direitos Humanos por meio da Advocacia Pública, entende-se necessário que se anteveja e se delimite a abrangência e significado dessa gama de direitos. Posta a questão por outro viés, o Advogado Público para efetivar os Direitos Humanos precisa ter uma noção acurada acerca deles, de modo ao agir técnico estar devidamente guiado por um embasamento teórico robusto.

Partindo dessa premissa, o fito deste subcapítulo é apresentar as noções iniciais sobre a compreensão dos Direitos Humanos sob um enfoque específico: o histórico. Isto é, ressaltar não os momentos que foram marcos para esses direitos, porém, sedimentar teoricamente a compreensão de como se modifica o fenômeno dos “Direitos Humanos” na história.

Para dar início, cabe referir que Norberto Bobbio, notório jurista italiano, estava convencido de que os Direitos Humanos não podem ser compreendidos senão à luz da história. Com isso, se afastava das noções clássicas do Direito Natural e das demais correntes a-históricas. Não seria bastante memorar a seguinte passagem:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades

contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.¹

Ainda a título de introdução, terminologicamente falando, cabe destacar que já foram utilizadas diversas expressões como forma de denotar os hoje nominados “Direitos Humanos”. Ressalta-se que esta terminologia é mais fluente e se entende a mais apropriada, ao passo que, de um lado, escapa do caráter individualista do termo “Direitos do Homem” e, por outro, esquiva-se de utilizar o tautológico “pessoa humana”², que habitualmente é associado à dignidade como princípio norteador de todo o ordenamento jurídico; ou até mesmo para distinguir da “pessoa divina”. Acerca da discussão, Paulo Bonavides infere:

Podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais freqüente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com toda a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães³.

Além disso, ainda persiste certa confusão no que toca a distinção entre o que seria Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Há alegações de que Direitos Humanos remetem à ideia “jusnaturalista”, de direitos inerentes à pessoa, enquanto os Direitos Fundamentais seriam os Direitos Humanos positivados.

¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus/Elsevier, 2004, p. 9.

² Na tradição personalista, o termo “pessoa humana” é acolhido. Wambert Di Lorenzo, por exemplo, que pontua: “Logo, conclui-se pela pertinência do termo *pessoa humana* que expressa uma síntese antropológica personalista: a pessoa é a humanidade individualizada, nela está presente toda a substância da humanidade”. In: DI LORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 45.

³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 560.

Acerca desta discrepância comumente estabelecida entre os Direitos Fundamentais e Humanos, parece acertada a posição de Dalmo de Abreu Dallari:

A expressão ‘Direitos humanos’ é uma forma abreviada de mencionar os Direitos fundamentais da pessoa humana. Esses Direitos são considerados fundamentais porque sem eles a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida. (...) Esse conjunto de condições e de possibilidades associa as características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa e os meios de que a pessoa pode valer-se como resultado da organização social. É a esse conjunto que se dá o nome de Direitos Humanos.⁴

Do ponto de vista objetivo, os Direitos Humanos remetem à ideia de regulamentações que são supranacionais, embora interajam com a legislação interna de cada país. Assim, seguindo a tradição latina, ainda que passível de ressalvas, que não cabe aqui apontar, a denominação Direitos Humanos é adotada no presente trabalho.

A evolução dos Direitos Humanos no decurso da história já foi estudada com profundidade e até mesmo em demasia. Inclusive, elaborou-se uma sistematização relativamente bem aceita, denominada “gerações” ou “dimensões” de direitos. Portanto, nesse primeiro ponto, não haverá um regresso profundo às raízes do termo ou às primeiras legislações sobre o tema, pois iria extravasar o objeto da presente análise, que é firmar laços com a Advocacia Pública.

A premissa basilar deste capítulo, que serve de fio condutor para o fim alvejado, é que os Direitos Humanos não são um dado perene na história. Ou seja, não existe e jamais existirá uma definição universalmente aceita que abarcará todos os períodos históricos. O que pode ocorrer é um consenso mais ou menos determinado a partir das necessidades imediatas de organização da vida social.

Essa ideia inicial pode ser elucidada com o seguinte exemplo: quem hoje se oporia ao fato de que o ser humano nasce livre e que não deve se encontrar aprisionado a bolas de ferro e exercendo

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 2^a. Ed., São Paulo: Saraiva, 1984, p. 7.

trabalho escravo? Pode-se, portanto, afirmar, sem maior dificuldade argumentativa, que a liberdade, no seu sentido mais amplo possível, é hoje um direito humano. Mas sempre foi? A resposta seguramente é negativa.

Aristóteles, na obra “A Política”, despendeu algumas páginas no capítulo II, do Livro I, para defender a escravidão. Não se pode olvidar, por exemplo, a seguinte passagem:

Há na espécie humana indivíduos tão inferiores a outros como o corpo o é em relação à alma, ou a fera ao homem; são os homens nos quais o emprego da força física é o melhor que deles se obtém. Tais indivíduos são destinados, por natureza, à escravidão. [...]

A utilidade dos escravos é mais ou menos a mesma dos animais domésticos: ajudam-nos com sua força física em nossas necessidades quotidianas. A própria natureza parece querer dotar características diferentes os corpos dos homens livres e dos escravos⁵.

Por sua vez, Rousseau, escritor suíço, começa a sua clássica obra intitulada “Do Contrato Social”, asseverando: “O homem nasceu livre, e se encontra em toda a parte sob ferros”⁶. Em seguida, no Capítulo IV, arremata: “Renunciar à sua liberdade é o mesmo que renunciar à sua qualidade de homem, aos direitos da humanidade, até mesmo a seus deveres”⁷.

De um lado, um defensor da escravidão como fato da natureza, de outro, um árduo defensor da liberdade inata. Porém, o que separa a visão desses pensadores? Em termos prosaicos, pode-se afirmar que é apenas o grau de desenvolvimento da consciência do homem na história⁸. Por um silogismo simples, caso se afirme que a liberdade sempre foi um direito humano, então, seguramente, Aristóteles foi um

⁵ ARISTÓTELES. **A Política**. 15. ed. São Paulo: Editora Escala, 2007, p. 17.

⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: CD Editora, 2005, p. 13.

⁷ Op. Cit., p. 17.

⁸ Talvez em uma leitura atenta se questione: “mas e o que determina o grau de desenvolvimento da consciência do homem na história?”. Este tema será objeto do ponto 2.3.

dos primeiros violadores, não só por possuir escravos, mas também por discorrer sobre a necessidade instrumental deles.

As transformações dos direitos seguem o fluxo das mutações que ocorrem no seio de cada sociedade em particular. Nesse sentido, Aristóteles dificilmente defenderia a liberdade plena em 350 anos a.C., até mesmo porque desde a época arcaica, a Grécia estava habituada com a escravidão⁹.

Pela lógica inversa, também não é comum a existência de muitos “Beccarias” – cidadãos que possuem pensamento “a frente do seu tempo”. Não é à toa que Oscar Wilde, poeta irlandês, ponderou: “o fato mais trágico em toda a Revolução Francesa não é que Maria Antonieta tenha sido morta por ser uma rainha, mas que o camponês do Vendée tenha partido voluntariamente para morrer pela hedionda causa do feudalismo”¹⁰.

Dessa forma, verifica-se também, como brevemente referido, que os direitos são assegurados em maior ou menor grau de acordo com as necessidades econômicas imediatas de dada localidade. Retomando na Grécia antiga, por exemplo, o escravo tinha um papel social e econômico imprescindível, já na Inglaterra do século XVIII constituía um óbice ao desenvolvimento do modo de produção capitalista.

Portanto, o fluxo de resguardo dos direitos depende ainda da correlação de forças que operam em certa sociedade, sejam elas de cunho político, social, econômico etc. A síntese desse embate, em última análise, corresponde aos ditames jurídicos declarados pelo poder triunfante. Assim, com a devida cautela, pode-se afirmar que “os direitos sempre foram espelhos das épocas”¹¹.

Tal afirmação conflui à circunstância de que, por óbvio, quando há a insurgência e ascensão de um novo grupo ou classe ao

⁹ Como aduz Nediilo Brugnera: “Vimos, assim, que a escravidão perpassa a história da Grécia, desde as mais remotas eras e vai exercer profunda influência no pensamento aristotélico, (...)”. In: BRUGNERA, Nediilo Lauro. **A Escravidão em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 41.

¹⁰ WILDE, Oscar. **A Alma do Homem Sob o Socialismo**. Porto Alegre: L&PM Pocket, 2008, p. 24.

¹¹ ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos Direitos dos Povos**. 11. ed. São Paulo: Ícone Editora, 2006, p. 11.

poder político, a tendência é que neste momento já se tenha erguido, previamente, uma nova concepção de sociedade, que estava apenas sendo repreendida pelo poder até então vigente.

Por via reflexa, os Direitos Humanos, em especial por decorrência do caráter supranacional (internacional), não podem ser datados com precisão antes do século XVIII. Inclusive, esta é uma questão que de maneira brevíssima foi falada – e deve ser repisada, a saber, que os Direitos Humanos têm um caráter supranacional, no sentido de que eles não visam à proteção de cidadãos de um país específico, mas eles têm a pretensão de abarcar e resguardar toda a humanidade. Ingo Sarlet faz bem a distinção:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente da sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).¹²

Além disso, somente a partir desta época é que foram materializados e instrumentalizados pelas denominadas “Declarações de Direitos”¹³. Estas, ao seu turno, apresentam um denominador

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 35-36.

¹³ Embora, hoje, seja comum a utilização de tratados para celebrar a proteção de direitos humanos, eles diferem das primeiras declarações por estas não constituírem um pacto entre Estados, mas sim, apenas afirmação de direitos. Posto que as declarações de direitos, acima da eficácia pretendida, tivessem uma finalidade precípua – que era consolidar as ideologias (pre)dominantes, não se pode negar que acabaram por repercutir além das fronteiras do país declarante. São exemplos dessa afirmação: a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 etc..

comum: todas, via de regra, advieram do estabelecimento, como acima referido, de uma nova ordem política, cumulada ou não com transformações econômicas e/ou sociais; assim tem sido desde o “Cilindro de Ciro”¹⁴.

Já se encaminhando para o próximo ponto, ressalta-se que a noção de Direitos Humanos com surgimento do liberalismo pressupõe uma mutação qualitativa do ser protegido. Antes do desenvolvimento do sistema capitalista, a relação, em linhas gerais, era travada entre o Estado – *lato sensu* – e os súditos, sendo que estes – no sentido conotativo – podiam ser materializados em uma só pessoa: a que devia obediência ao soberano.

A partir da ascensão do liberalismo há uma mudança qualitativa, tendo em vista que a relação passa a ser travada entre o Estado e o “cidadão”¹⁵. Esse avanço foi um dos fatores que possibilitou o reconhecimento da pessoa como detentora de direitos que não devem ser violados, muito embora sejam históricos e não absolutos, como alguns pretendem.

Em suma do exposto, com alguma ressalva, as palavras de Bruno Bauer, Jovem Hegeliano, sintetizam o ora argumentado:

A idéia dos direitos humanos só foi descoberta no século passado. Não é uma idéia inata ao homem, mas este a conquistou na luta contra as tradições históricas em que o homem antes se educara. Os direitos humanos não são, por conseguinte, uma dádiva da natureza, um presente da história, mas fruto da luta contra o acaso do nascimento, contra os

¹⁴ O “Cilindro de Ciro” é considerado a primeira declaração de direitos, sendo fruto do empenho de Ciro II, rei da Pérsia, que conquistou a Babilônia em 539 a.C.. O documento permitiu que todos os exilados que lá se encontravam voltassem às suas terras de origem. Hoje, o cilindro está exposto no *British Museum*.

¹⁵ Karl Marx, em “A Questão Judaica”, afirma que em pormenor na “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, as palavras “homem” e “cidadão”, em verdade são apenas uma antonomásia para designar o burguês. A assertiva procede, uma vez que esta declaração foi o símbolo da concretização de conquistas políticas específicas, estabelecendo a nova ordem de direitos imprescindíveis para a classe emergente: a burguesia, fazendo-os comungar com a nova política instituída: o liberalismo. Mas por evidente que não se pode chegar ao extremismo de negligenciar a sua importância para todas as camadas populacionais, não só da França, mas de todo o globo, em razão de sua repercussão mundial, como já apontado na nota de rodapé nº 13.

privilégios que a história, até então, vinha transmitindo hereditariamente de geração em geração¹⁶.

No presente capítulo não se pretendeu adotar uma postura extrema, ao ponto de afirmar que os Direitos Humanos não existem, mas tão somente se infere que estes irão variar de acordo com o momento histórico, tanto em forma como em conteúdo. Por via reflexa, jamais se poderá ofertar uma gama ou um rol de direitos que sempre existirão.

Dessa forma, a noção histórica pressupõe que o conjunto de Direitos Humanos hoje estabelecido sofre mutabilidade constante, fazendo com que o agora firmado não seja eterno, tampouco pré-estabelecido¹⁷. Isto ocorre porque os direitos seguem o fluxo do desenvolvimento social, econômico, ideológico (e por que não religioso?) que opera em dada sociedade, levando em conta todas as suas contradições e peculiaridades.

No cumprimento do mister da Advocacia Pública, apreender a noção histórica é reconhecer a mutabilidade constante do mundo objetivo, que conduz à inevitável transformação perene da sociedade, do Direito e, principalmente, do conteúdo dos Direitos Humanos. Com isso, novas demandas sociais estão sempre emergindo, fazendo com que o senso de percepção acerca do conteúdo dos Direitos Humanos conduza a constantes aperfeiçoamentos e adequações, sob pena de serem etéreos e obsoletos os conhecimentos até então adquiridos.

2.2 A Fundamentação do Direito Natural e da Doutrina Kantiana: em busca de um fundamento

Perfilhando a linha proposta, nesse momento o exame recairá sobre a fundamentação dos Direitos Humanos. Essa questão talvez

¹⁶ BAUER *apud* MARX, 1843. In: <http://www.marxists.org/portugues/marx/1843/questaojudaica.htm>. Acessado em: 12 de maio de 2011.

¹⁷ Em consonância, Heiner Bielefeldt, teólogo, conhecedor de Kant, sustenta: “Considerando as múltiplas alterações a que os direitos humanos estão expostos desde as primeiras declarações no final do Século XVIII, supomos que nunca haverá um rol completo e imutável de direitos”. In: BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005, p. 109.

seja a que mais suscite divergência, ao passo que é onde repousa todo embasamento teórico que concede arrimo a esses direitos. Não se negligencia a árdua tarefa que se está diante, até mesmo porque Norberto Bobbio¹⁸ chegou a afirmar que não existe um fundamento absoluto aos Direitos Humanos, argumento que será explorado ao menos de forma indireta.

Perpassando o que se denominou de “noção histórica dos Direitos Humanos”, o enfoque, agora, recai sobre a fundamentação que serve de esteio a esses direitos. A importância de possuir um fundamento, uma base, é que auxilia na compreensão do modo pelo qual se constitui os Direitos Humanos. É uma análise que soma a noção histórica, conferindo maior grau de completude no conhecimento do fenômeno dos Direitos Humanos.

É evidente que em se tratando de fundamentação aos Direitos Humanos, não se pode – tampouco se pretende – apresentar o fundamento que seja adotado de maneira universal e uníssona. Até mesmo porque, relembrando a lição de Sófocles:

Quem julga deter saber exclusivo, possuir língua e mente estranhas aos demais, nesse, se o abres, verás o vazio. Para o homem, ainda que seja sábio, aprender continuamente e ser flexível não é vergonhoso. Observa-se que, nas torrentes de inverno, as árvores que cedem salvam os ramos, enquanto as que resistem sucumbem, arrancadas as raízes¹⁹.

A ideia, portanto, é apresentar, minimamente, as correntes que gozam de maior aceitabilidade no Brasil, com o objetivo de contrastar com a necessidade de um novo fundamento adequado à metodologia deste estudo. Ante a incapacidade de examinar a maior parte das teorias que hoje fundamentam os Direitos Humanos, as escolas eleitas para o estabelecimento de um diálogo foram a jusnaturalista²⁰ e a derivada da doutrina kantiana. Entende-se

¹⁸ Op.Cit., 2004.

¹⁹ SÓFOCLES. **Antígona**. Porto Alegre: L&M Pocket, 2006, p. 53-54.

²⁰ É necessário efetuar uma pequena diferenciação. A nomenclatura “jusnaturalismo”, para fins deste trabalho, remete à derivada de conceitos da ética clássica, não abarcando o suposto “Direito Natural” dos liberais da idade média, como John Lock, por exemplo.

que ambas gozam de maior aceitabilidade no Rio Grande do Sul, quiçá no Brasil, razão pela qual estas foram eleitas para firmar um contraponto.

Traçado o prelúdio, escapando a ordem cronológica, no que tange a doutrina kantiana, a obra que se adotou como referencial teórico foi: “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais”, de Ingo Sarlet. O autor, por diversas passagens do indigitado livro, defende que a fundamentação da dignidade da pessoa encontra esteio no conceito kantiano de “autonomia da vontade”.

Este conceito, ao seu turno, tem a sua formulação original no livro “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”²¹, em que Kant faz uma distinção entre o preço e a dignidade:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade²².

De maneira concisa, pode-se aduzir que a autonomia da vontade liga-se à liberdade que detém todos os seres humanos, sendo que estes devem ser compreendidos como um fim em si mesmo e jamais serem rebaixados à condição de meio:

Todos os seres racionais estão, pois, submetidos a essa lei que ordena que cada um deles jamais se trate a si como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si.²³

²¹ “A própria legislação, no entanto, que determina todo o valor, por isso mesmo deve ter uma dignidade, ou seja, um valor incondicional, incomparável, para o qual só a palavra *respeito* confere a expressão conveniente da estima que um ser racional deve lhe tributar. A autonomia é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional.” In: KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 66. A adoção desse conceito por Ingo se encontra de forma implícita em toda a obra, mas de maneira direta vide as páginas: 33, 34, 35, 37, 39, 46, 53, 54, 55, 60. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

²² Op. Cit., p. 65.

²³ Op. Cit., p. 69.

Ingo Sarlet, fazendo a releitura do conceito kantiano, sustenta:

[...] a dignidade da pessoa humana, compreendida como vedação da instrumentalização humana, em princípio proíbe a completa e egoística disponibilização do outro, no sentido de que se está a utilizar outra pessoa apenas como meio para alcançar determinada finalidade, de tal sorte que o critério decisivo para a identificação de uma violação da dignidade passa a ser (pelo menos em muitas situações, convém acrescer) o do objetivo da conduta, isto é, a intenção de instrumentalizar (coisificar) o outro.²⁴

Pois bem, embora em obra diversa Sarlet aparentemente tenha acatado a noção histórica dos Direitos Humanos, na formulação proposta por Norberto Bobbio²⁵ no livro que ora se adota como referência, Ingo destaca a dignidade como característica intrínseca a todo ser humano²⁶. Por decorrência, o autor finda por sustentar algo que ele mesmo rechaça, ao passo que, de um lado, temos direitos que correspondem a determinadas épocas e, de outro, a dignidade inata e inalienável.

A aporia se entende que é inevitável, pois caso se afirme que a dignidade é uma condição inata, ela esteve necessariamente presente desde o primeiro ser humano. Dessa forma, a dignidade jamais poderá sofrer um condicionamento histórico, ao menos que se permitisse que ela, em virtude do

²⁴ Op. Cit., p. 53-54.

²⁵ “A consideração de que o termo ‘direitos humanos’ pode ser equiparado ao de ‘direitos naturais’ não nos parece correta, (...) de acordo com a lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores de um jusnaturalismo) – da idéia de um direito natural”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 36.

²⁶ Ingo Sarlet por múltiplas passagens sustenta a dignidade como qualidade intrínseca, ao ponto de afirmar que: “parece-nos já ter sido suficientemente repisado que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, não poderá ela própria ser concedida pelo ordenamento jurídico.” Op. Cit., 2008, p. 73. Ainda sobre a qualidade inata da dignidade, vide páginas: 27, 30, 42, 44, 46, 73, 78, 89, 131, 136, 137, 144, 147 e 150.

não desenvolvimento de uma consciência da sua proteção, pudesse ser violada sem que isso resultasse problema algum²⁷.

Ao que se observa, o próprio autor reconhece o problema, consoante se verifica pela seguinte passagem:

[...] ainda que se pudesse ter o conceito de dignidade como universal, isto é, comum a todas as pessoas em todos os lugares, não haveria como evitar uma disparidade e até mesmo conflituosidade sempre que se tivesse de avaliar se uma determinada conduta é, ou não, ofensiva da dignidade.²⁸

Por consequência, de um lado, fica a pretensa universalização da dignidade (até mesmo por decorrência do imperativo categórico), de outro, a noção histórica, e, no meio, uma lacuna argumentativa. Basicamente são dois os maiores problemas: a) o reconhecimento de uma dignidade inata, que conflita com o desenvolvimento histórico dos Direitos; b) o teor material universalista que autoriza em certa localidade a violação da dignidade e, em outra não.

Isso sem nem adentrar na incerteza que significa fundamentar direitos com base em característica própria dos seres humanos. Feuerbach já tinha assim procedido ao afirmar que “a religião se baseia na diferença essencial entre o homem e o animal – os animais não têm religião”²⁹. Em seguida, completando: “Mas qual é esta diferença essencial entre o homem e o animal? A resposta mais simples e mais comum, também a mais popular a esta pergunta é: a consciência”.³⁰ Na verdade, pode-se dizer que quase todo comportamento humano se difere do animal, perdoe-se a redundância, justamente por ser humano e não irracional.

²⁷ Embora não se tenha espaço para desenvolver o argumento, o que se pretende dizer é que caso se afirme que a dignidade é congênita, tal assertiva implica no reconhecimento de que desde o primeiro ser humano, seja pela criação divina ou pela teoria evolucionista, a dignidade já estava presente. Seguindo essa lógica, é possível que por séculos se tenha violado a dignidade sem que nem ao menos se soubesse o que ela é. É um argumento, ao que se sente, dissonante e incompatível com a noção histórica.

²⁸ Op. Cit., 2008, p. 58.

²⁹ FEUERBACH, Ludwig. **A Essência do Cristianismo**. Campinas: Papirus, 1988, p. 43.

³⁰ Op. Cit., p. 43.

Por outro ângulo, a liberdade (e por decorrência a autonomia) jamais pode ser compreendida, ao menos para quem defende a existência de uma noção histórica, sem levar em conta que o ser humano não dirige o seu comportamento de maneira isolada, fora do convívio social, sendo que, decerto há um condicionamento próprio da vida em sociedade na ideia de autonomia.

Além disso, a liberdade em si não confere direito a nenhum ser. Pela lógica inversa, ela levada ao extremo pode ser inclusive prejudicial, e violar Direitos Humanos. Oscar Wilde, afirmava: “Quando no fim da guerra os escravos se viram livres – viram-se, com efeito, tão livres que estavam livres até para passar fome –, muitos deles lamentaram amargamente o novo estado de coisas”.³¹

De fato, o total estado de liberdade constitui um deletério ao ser humano, tendo em vista que este, no estágio atual, depende inevitavelmente dos demais para suprir as suas necessidades mais prosaicas. Sendo discutível fundar a dignidade em algo que é potencialmente prejudicial ao próprio homem.

No que pertine a teoria do direito natural, com efeito, em razão de ser uma teoria que atravessa a história da humanidade por diversos períodos, dificilmente poder-se-ia escolher apenas um referencial teórico. De início, não se nega o respeito e a admiração por essa corrente, muito embora só pelo fato de se ter defendido, logo no exórdio, que os Direitos Humanos são direitos históricos, automaticamente se afastou a possibilidade de adoção dessa teoria.

Para melhor compreensão acerca da fundamentação que oferece o Direito Natural para os Direitos Humanos, primeiramente, cabe uma breve menção ao que significa o próprio Direito Natural. Jacques Maritain oferece uma boa definição:

Esto implica que hay, por la mera virtud de la naturaleza humana, una orden o una disposición que la razón puede descubrir y de acuerdo con la qual debe proceder la voluntad humana, a objeto de afinarse o ajustarse a los fines esenciales

³¹ Op. cit., p. 24.

y necesarios del ser humano. Las leyes no escritas o derecho natural no son otra cosa que lo acabamos de anunciar.³²

Ainda a título inicial, cabe menção ao fato de que a influência do Direito Natural até hoje se faz presente, como se denota da própria Declaração Universal dos Direitos do Homem, emanada pela ONU, em que diversos preceitos jusnaturalistas são acolhidos.

Adentrando na fundamentação, para os defensores do Direito Natural, os Direitos Humanos além de intrínsecos e inatos, por vezes, são considerados absolutos. Carlos Massini, ao referir Finnis acerca dos Direitos Humanos, aponta:

Queda por responder una pregunta fundamental: ¿Hay derechos que pertenezcan al hombre sin excepción, sin que pueda hacerse prevalecer en su contra consideraciones de utilidad general? La respuesta de Finnis es afirmativa, y se vincula directamente con su conocimiento de ciertos requerimientos de racionalidad práctica, vinculados a los valores humanos básicos, que son el fundamento de aquellos derechos [20] [...] Finnis concluye su análisis de los “derechos” afirmando que no debemos dudar en decir que, a pesar del consenso contrario, hay derechos humanos absolutos. Porque uno de los requerimientos de razonabilidad práctica es que resulta siempre irracional optar directamente contra cualquier valor básico, ya sea en nosotros mismos o en nuestros seres humanos semejantes. Y los valores básicos -continúa- no son meras abstracciones: son aspectos del verdadero bien de los individuos de carne y hueso.³³

Para os seguidores do Direito Natural, os Direitos Humanos são, em última análise, direitos que portam essas características, em última análise, uma vez que as pessoas são derivadas da imagem e semelhança de Deus (lei divina). Sobre o assunto, Meirelles Teixeira acentua: “pode-se afirmar ter sido o Cristianismo que, não só do

³² MARITAIN, Jacques. **El Hombre Y El Estado**. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1952, p. 104.

³³ In: MASSINI, Carlos. *Realismo y Derechos Humanos*. Disponível em: <http://www.maritain.com.br/index2.php?p=productMore&iProduct=68>. Acessado em: 10 de junho de 2011

ponto de vista político, como no campo geral das valorações, fundou a dignidade do homem como ser individual, racional e livre, criatura de Deus chamada a uma vida sobrenatural e imortal”³⁴.

O problema começa justamente no óbice que essa noção constitui à pretensa universalização dos Direitos Humanos. Atualmente, é flagrante a multiplicidade de crenças existentes e um fundamento essencialmente vinculado ao cristianismo certamente teria adesão no ocidente, porém, não da mesma sorte gozaria nos países de cultura diversa, como na oriental.

Assim, surgiria um novo deletério, ao passo que a partir da pretensa universalização desses direitos, o choque cultural é inevitável, o que pode levar a uma indesejável relativização desses direitos; ou até mesmo a uma não aceitação, como hoje já se verifica em alguns países notáveis pela não observância a eles.

Adicionando a isso, Norberto Bobbio na obra “A Era dos Direitos”, com lucidez apontou que o Direito Natural apresenta contradições inevitáveis, a ponto de defender, ao longo da história, direitos antagônicos em si. Apenas a título exemplificativo, São Tomás de Aquino, no artigo 2 da questão 64 da Suma Teológica, sustentou a licitude de matar os pecadores³⁵, ideia que hoje certamente não encontraria muitos adeptos nem mesmo entre os católicos.

Relembrando a tradição jurídica vernácula, julgam-se escurritas as palavras de Pontes de Miranda:

As regras de direito, que, na concepção clássica do direito natural, se acreditavam tiradas da natureza das coisas, seriam universais e imutáveis. Mas, em verdade, as exposições tentadas apresentavam discordâncias visíveis. Eram universais, e nem todos as admitiam; eram imutáveis e mudavam a cada fronteira, ou a cada par de decênios.³⁶

³⁴ TEIXEIRA *apud* RIBEIRO, Marcus Vinicius. **Direitos Humanos e Fundamentais**. Campinas: Russell, 2007, p. 26-27.

³⁵ “Portanto, se é mal em si mesmo matar um homem, que se conserva em sua dignidade, pode, contudo, ser um bem matar um pecador, como se abate um animal. Pois, o homem mau é pior que o animal e ainda mais nocivo [...]”. *In*: AQUINO, São Tomás. **Suma Teológica**. São Paulo: Loyola, 2006, p. 134.

³⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Democracia, Liberdade, Igualdade**. Campinas: Bookseller, 2002, p. 63.

Por fim, não se esquece as palavras de Tobias Barreto sobre o assunto:

Entendamo-nos portanto: não existe um direito natural, mas pode se dizer que há uma lei natural do direito. Isto é tão simples, como se alguém dissesse: não existe uma linguagem natural, mas existe uma lei natural da linguagem; não há uma indústria natural, mas há uma lei natural da indústria; não há uma arte natural, mas há uma lei natural da arte.

São verdades estas, que qualquer espírito inteligente compreende sem esforço, no sentido de que, perante a natureza, não há língua nem gramática, nem há *semítico* nem *indo-germânico*; o homem não fala, nem falou ainda língua alguma, não exerce indústria, nem cultiva arte de qualquer espécie, que a natureza lhe houvesse ensinado. Tudo é produto dele mesmo, do seu trabalho, da sua atividade.³⁷

Ainda que as correntes doutrinárias esposadas sejam dignas do maior respeito, entende-se que não se pode fundamentar direitos em premissas que se afastem da natureza e da realidade humana por demasia. Assim, na busca de um fundamento (nem que seja válido apenas para o presente trabalho e ainda assim de maneira incipiente), crê-se que o embasamento deve residir no fato de que todos os homens, que constituem o mote de atuação dos Direitos Humanos, têm necessidades.

Nessa lógica, os Direitos Humanos devem se relacionar com as carências vitais e perenes de todos os seres (humanos). Devendo esses direitos estar, portanto, estreitamente vinculados e direcionados, primeiramente, à sobrevivência destes, e *a posteriori*, no máximo desenvolvimento de suas potencialidades. Para minimamente elucidar o afirmado, é devida a compreensão da assertiva materialista de que o ser humano antes de fazer política, de ter uma religião etc., tem que primeiramente suprir as suas necessidades mais elementares.

O fundamento, porquanto, não deve residir em uma característica ou atributo do ser, mas na simples constatação de que este está inserido em um contexto político, histórico, social, que vai determinar quais são as suas carências. Acredita-se que se houvesse um estudo sistemático sobre

³⁷ BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Campinas: Bookseller, 2000, p. 89.

o tema, quem sabe poder-se-ia falar em princípio da necessidade humana.

Em largas linhas, os Direitos Humanos não devem resguardar um tipo ideal de ser, sob pena de esvaziamento da eficácia das normas protetivas, fazendo dos belos textos das declarações a letra morta que consterna os violados. Por isso, faz-se relevante e se justifica o estudo do homem na sociedade capitalista, que é o estágio de desenvolvimento em que se encontra a maior parte dos países do nosso globo.

Em suma, para a máxima proteção dos Direitos Humanos se entende necessário duas coisas: a) o conhecimento do ser a que se pretende proteger; b) o desenvolvimento de mecanismos que assegurem a efetivação dos direitos a partir da delimitação do indivíduo. No exercício da Advocacia Pública tais noções são basilares, caso se alveje uma advocacia que contemple a proteção concreta aos Direitos Humanos.

2.3 Os Direitos Humanos e o Sistema Econômico: da relação entre os seres

Este tópico, decerto, é o que escapa em maior demasia do âmbito jurídico. Pela lógica inversa, é o que porta conteúdo de maior relevância, ao passo que toca diretamente ao conhecimento do ser, que é o elemento subjetivo dos Direitos Humanos. De nada adianta apreender a gama de direitos objetivos que compõem os Direitos Humanos, caso não se conheça, mesmo que superficialmente, quem é o ser que se pretende resguardar.

Neste momento, já se desenvolveu uma ideia sobre a fundamentação desses direitos, bem como a mutabilidade deles por defluxo dos acontecimentos históricos. Agora, compete, adicionando ao anteriormente abordado, examinar quem é o ser humano em relação ao seu ambiente material. Em outros termos, o que se almeja com a presente subparte é ressaltar a importância do desenvolvimento de uma proteção específica para o ser humano. Com isso, partindo da premissa de que o modelo presente em grande escala mundial é o capitalista, faz-

se necessário levar em conta particularidades que outrora não existiam.

A Advocacia Pública, a exemplo do Direito, atua em um campo social que as transformações constantes constituem um dado perene. Ou seja, à medida que a sociedade muda, há a necessidade de o Direito e as instituições por ele regulamentadas se adequarem sob pena de se tornarem obsoletas.

Por isso, de nada adianta possuir uma noção mais ou menos precisa acerca dos Direitos Humanos, caso se desconsidere por completo que o conteúdo subjetivo da definição (humanos) está também em transformação constante. Aqui, não se pretende dominar as variáveis que conduzem essas mudanças, no entanto, acredita-se ser necessário possuir conceitos gerais acerca de qual ser está sendo protegido quando se fala em Direitos Humanos.

O ponto de análise parte de uma afirmação categórica que será devidamente explicada: o ser vai “presentar”³⁸ algo de acordo com o modo de produção que viver. O que se pretende sustentar é que, em última instância, a edificação da sua personalidade, de suas características e de suas aptidões será desenvolvida em conformidade com as situações que irá fatalmente se deparar na vida. Como sustenta Smirnov: “(...) a personalidade é um conceito social, ou mais exatamente, sócio-histórico e complexo”³⁹.

³⁸ Não há a necessidade de utilizar a palavra “representar”, pois é a própria pessoa que está agindo e não ela em nome de terceiro, como ressaltaria o memorável mestre e ex-desembargador Sérgio Dulac Müller.

³⁹ SMIRNOV, G. **O Indivíduo sob o Socialismo**. Moscou: Edições Progresso, 1982, p. 17.

Nada mais é do que a velha questão posta no prólogo da obra “Para a Crítica à Economia Política”, de Karl Marx⁴⁰, que em sua formulação simplificada corresponde a seguinte proposição: o ser social determina a sua consciência ou, inversamente, a consciência determina o ser social? Entende-se que a primeira assertiva está correta.

Incontinenti, deve-se apontar que não raro há deturpações e exageros quanto à relação de determinismo entre o indivíduo e o modo de produção. Em momento algum se defende que o sistema econômico determina o ser por completo. Seria um completo absurdo, bem como irrazoável sustentar isso. Engels, em uma carta a Joseph Bloch, escreveu:

[...] segundo a concepção materialista da história, o momento em última instância determinante, na história, é a produção e reprodução da vida real. Nem Marx nem eu alguma vez afirmamos mais. Se agora alguém torce isso (afirmando) que o momento econômico é o *único* determinante, transforma aquela proposição numa frase que não diz nada, abstrata, absurda. A situação econômica é a base, mas os diversos momentos da superestrutura – formas políticas das lutas de classe e seus resultados: constituições estabelecidas pela classe vitoriosa uma vez ganha a batalha, etc. e mesmo os reflexos de todas estas lutas reais nos cérebros dos participantes, teorias políticas, jurídicas, filosóficas,

⁴⁰ “O resultado geral que se me ofereceu e, uma vez ganho, serviu de fio condutor aos meus estudos, pode ser formulado assim sucintamente: na produção social da vida os homens entram em determinadas relações, necessárias, independentes da sua vontade, relações de produção que correspondem a uma determinada etapa do desenvolvimento das forças produtivas materiais. A totalidade destas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se ergue uma superestrutura jurídica e política, e à qual correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de produção da vida material é que condiciona o processo da vida social, política, espiritual. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser, mas inversamente, o seu ser social determina a sua consciência. Numa certa etapa do seu desenvolvimento, as forças produtivas materiais da sociedade entram em contradição com as relações de produção existentes ou, o que é apenas uma expressão jurídica delas com as relações de propriedade no seio das quais se tinham até aí movido”. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Marx Engels – Obras Escolhidas**. Lisboa: Edições Avante!, 1985, p. 530-531.

visões religiosas e seu ulterior desenvolvimento em sistemas de dogmas – exercem também a sua influência sobre o curso das lutas históricas e determinam em muitos casos preponderantemente a forma delas.⁴¹

Em uma análise maximizada, a ideia subjacente ao ponto é que o grau de desenvolvimento da consciência do homem corresponderá a uma etapa do progresso da história. Além disso, será o reflexo do somatório das mais diversas relações que operam na infraestrutura social, pesando também a consciência das gerações passadas, bem como toda a carga valorativa que se encontre em contradição imanente na sociedade em determinada época.

Nessa senda, não se pode olvidar que: “A consciência social, determinada pelas condições materiais (econômicas) da vida, é, [...], essencialmente ideológica [...], sendo as contradições antagônicas o motor da história”⁴². Com isso, de modo algum se está a afirmar que exista um determinismo mecanicista, tampouco a majoração de um aspecto em específico da vida social.

Para dirimir eventuais imbróglis, o que se sustenta pode ser resumido na exata formulação de Marx, logo no começo da obra “O 18 Brumário de Luis Bonaparte”:

Os homens fazem a sua própria história, mas não a fazem segundo sua livre vontade, em circunstâncias escolhidas por eles próprios, mas nas circunstâncias imediatamente dadas, encontradas ou transmitidas.⁴³

Como apontado, no raciocínio ora exposto não se está majorando em quinhão elevado apenas um aspecto da vida humana, mas sim o primordial: a necessidade de sobrevivência. É na busca pelo saciamento das necessidades elementares, que todos os seres humanos contraem relações independentes da sua vontade, relações estas que irão variar de acordo com o modo de produção estabelecido.

⁴¹ ENGELS, op. cit., 1985, p. 547.

⁴² ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. Engels e o Direito: Parâmetros e Apontamentos Para uma Reflexão Sobre a Ideologia Jurídica no Brasil. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 70, jul. 1997, p. 411.

⁴³ Op. cit., p. 417.

A linha argumentativa levada a cabo é que, por exemplo, no modo de produção escravagista, o escravo, se quiser sobreviver, terá que, fatalmente, submeter-se à escravidão. O servo, do mesmo modo, caso queira manter a si e a sua família, terá que contrair vínculo para com o senhor feudal. Já o trabalhador assalariado, figura típica do capitalismo, terá de trabalhar para o detentor do capital.

Todavia, sem embargos, pode-se indagar: mas qual o fator distintivo entre os três modos de organização socioeconômica? A resposta é relativamente simples: a posição da força de trabalho (os trabalhadores) em relação aos meios e ao modo de produção. Nesse estágio, torna-se indispensável a compreensão do conceito de “força de trabalho”, sendo que esta nada mais é, em linhas gerais, do que a energia humana depreendida à produção de bens materiais. Ou, com a precisão de Marx:

[...] o conjunto das faculdades físicas e espirituais que existem na corporalidade, na personalidade viva de um homem e que ele põe em movimento toda vez que produz valores de uso de qualquer espécie.⁴⁴

No capitalismo, a força de trabalho é uma mercadoria como outra qualquer, tendo em vista que um bem imaterial (a força de trabalho) é valorado pecuniariamente, possuindo até mesmo correspondência a um valor de troca. Inclusive, as mesmas regras que se aplicam à definição do preço de uma mercadoria qualquer são aplicáveis também à força de trabalho.

A título elucidativo é válido colacionar o argumento de Karl Marx, na obra “Trabalho Assalariado e Capital”, devidamente revista por Engels:

Na realidade, o que os operários vendem ao capitalista em troca de dinheiro é a sua *força* de trabalho. O capitalista compra essa força de trabalho por um dia, uma semana, um mês, etc. E depois de a ter comprado, utiliza-a fazendo trabalhar os operários durante o tempo estipulado. Com essa

⁴⁴ MARX, KARL HEINRICH, **O Capital: Crítica da Economia Política**. São Paulo: Abril, 1983, p. 139.

mesma quantia com que o capitalista lhes comprou a força de trabalho, os dois marcos, por exemplo, poderia ele ter comprado duas libras de açúcar ou uma certa quantidade de qualquer outra mercadoria. Os dois marcos com que ele compraria as duas libras de açúcar são o preço dessas duas libras de açúcar. Os dois marcos com que comprou doze horas de utilização da força de trabalho são o preço do trabalho de doze horas de trabalho. A força de trabalho é portanto uma mercadoria, nem mais nem menos como o açúcar. A primeira mede-se com o relógio, a segunda com a balança⁴⁵.

Embora, à primeira vista, não se perceba a relevância do conceito, para este deve ser dado o devido destaque, tendo em vista que ele assume características próprias em conformidade a cada etapa do desenvolvimento econômico. Esclarecendo, no capitalismo, o trabalhador assalariado vende a sua força de trabalho ao capitalista por um determinado período; já no regime feudal, o servo vende apenas parte da sua força de trabalho ao senhor feudal, ao passo que ele trabalha um determinado lapso para o senhor feudal e parte para si; o escravo, por sua vez, não vende a força de trabalho, uma vez que ele é a própria mercadoria.

E é justamente por esse motivo, como destaca Marx⁴⁶, que embora o trabalhador assalariado tenha que efetivamente laborar a vida inteira para se manter, ele não poderá vender a sua força de trabalho por toda uma vida de início, pois caso o fizesse, não seria um trabalhador assalariado, mas sim um escravo.

Ainda há outros aspectos que devem ser brevemente ponderados, que são traços distintivos da figura do trabalhador assalariado. O escravo, embora estivesse em uma condição desumana, tinha moradia e alimentação, o suficiente para mantê-lo vivo e para que pudesse ao menos reproduzir a força produtiva. Já o servo, ainda que vivesse sob o jugo do senhor feudal, tinha também moradia, alimentação e não raro era até mesmo proprietário dos meios de produção rudimentares. A pergunta que resta fazer é: e o trabalhador assalariado, o que

⁴⁵ Op. cit., 1985, p. 153.

⁴⁶ Op. cit. 1983.

possui? Apenas a força de trabalho, pois com o desenvolvimento do capitalismo há a total separação entre os meios de produção e as forças produtivas.

O trabalhador assalariado, ao ser despido por completo dos meios de produção, encontra-se em uma fragilidade tal que a única forma de sobrevivência é através da venda da força de trabalho. Reside aí, portanto, a necessidade especial de proteção ao ser humano que vive sob essa condição, cabendo aos Direitos Humanos a total ciência do homem a que se pretende proteger para então traçar as diretrizes normativas.

Nesse momento, pode-se observar que no presente estudo há uma visão parcial do ser humano no capitalismo, uma vez que somente se está a discorrer sob o prisma do vendedor da força de trabalho e não do comprador. Mesmo sendo evidente que os Direitos Humanos se aplicam a todos, há indivíduos que por serem dotados de particularidades merecem maior atenção, em decorrência justamente do entendimento de que a isonomia significa reconhecer a igualdade na medida da diferença.

Subsumindo o exposto, pode-se afirmar que parte dos seres humanos na sociedade capitalista, como observado, são fragilizados. Pois ao haver a total separação entre os meios de produção e a força produtiva, a única forma, praticamente, de sobrevivência que lhes restou foi a venda da força de trabalho. Assim sendo, os Direitos Humanos deveriam ter a função de preservar o ser humano, para que quando da troca dos dois bens em questão – um material (dinheiro) e outro imaterial (força de trabalho), o primeiro não se sobreponha em demasia sobre o segundo.

Por derradeiro, concluindo este e introduzindo o próximo ponto, não se pode olvidar que há uma relação de interdependência entre o trabalhador assalariado e o capital. Pois é somente ante a remuneração que sobrevive aquele, e a recíproca também se aplica, pois sem a capacidade de gerar mais valor, o capital também se extinguiria. Logo, o que deve ser estabelecido é uma equalização de valores, que ante ao conhecimento das peculiaridades dos agentes envolvidos, possa-se efetivamente

ofertar uma maior proteção e efetividade aos Direitos Humanos.

Portanto, o que significa ser humano na sociedade capitalista nada mais é do que a compreensão dos vínculos compulsoriamente estabelecidos, que vão, em última análise, refletir nos indivíduos e na edificação das suas consciências, de modo que, permita-se a repetição, o ser (verbo) humano social determinará o ser (substantivo).

Uma vez delimitado os atores sociais dos Direitos Humanos, a concretização destes por parte dos Procuradores Públicos deixa de ser uma atividade que leva em consideração a existência de sujeitos em abstrato. As necessidades são objetivas e concretas, mais ou menos nos moldes apresentados no presente subtópico.

3 A ADVOCACIA PÚBLICA NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

3.1 Breve Histórico Legislativo da Advocacia Pública na Ordem Jurídica Brasileira

A história da Advocacia Pública no Brasil não remonta marco recente, embora diversas das instituições que a compõem atualmente tenham sido criadas ou remodeladas a partir da Constituição de 1988. É evidente que a forma e o conteúdo da Advocacia Pública têm mudado permanentemente e, portanto, faz-se necessário realizar um pequeno histórico de desenvolvimento.

Seguindo modelo elaborado pelo Advogado da União Paulo Álvares Babilônia⁴⁷, é possível sintetizar a história da Advocacia Pública no Brasil em três fases principais: a) Colônia e Império (1500-1889); b) República até a Constituição Federal de 1988 (1889 a 1988); c) pós Constituição de 1988.

No exórdio, perfilhando a pesquisa do referido Advogado da União – que procedeu a um apanhado histórico legislativo da

⁴⁷ In: BABILÔNIA, Paulo Álvares. A advocacia pública brasileira no período colonial e no império: evolução histórica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2734, 26 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18112>>. Acesso em: 6 de julho de 2011.

primeira fase, nas chamadas “Ordenações Afonsinas”, de 1446, havia a figura do “Procurador dos Nossos Feitos”, que tinha como atribuição a defesa dos direitos da Coroa, dos bens e do patrimônio Real, bem como a defesa de órfãos, viúvas e pobres. Ao que se observa hoje, as funções desenvolvidas por um único cargo são exercidas por entidades distintas, como se verá no tópico seguinte.

Adiante, nas “Ordenações Manuelinas” de 1521, além da preservada figura do “Procurador dos Nossos Feitos”, havia ainda, o “Promotor da Justiça da Casa de Suplicação”, que portavam, em apertada síntese, as mesmas funções acima descritas. Em 1609, no Regimento da Relação do Estado do Brasil, foi regulamentado o “Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda”, absorvendo do Procurador dos Feitos da Fazenda e do Promotor de Justiça.

Em 1751, por meio do Alvará de 13 de outubro da referida data emitido pela Relação do Estado do Brasil, no Rio de Janeiro, foi renovado o cargo de “Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda”, que além de portar as tarefas usuais, também tomou para si as acima mencionadas.

Em 1808 houve a divisão entre os interesses da Coroa e o da população, sob a nomenclatura usual de “Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda” e “Promotor de Justiça”. Sendo aquele responsável pela defesa dos direitos da Coroa, do patrimônio e dos bens Reais e da Fazenda Nacional e este pela defesa da Justiça, atuando nos crimes e na defesa de órfãos, viúvas e pobres.

Através do Decreto de 28 de março de 1821, foi instituído o cargo de “Procurador do Real Erário”, que buscava promover a representação extrajudicial dos negócios da Fazenda. Ainda, o Decreto de 18 de junho de 1822, mantendo a denominação de “Procurador da Coroa e Fazenda”, aumentou as atribuições do cargo para abarcar as funções de Promotor e Fiscal dos delitos de imprensa e da competência do Tribunal do Júri.

Em 1823, com a edição do Decreto de 5 de junho, o cargo de “Procurador da Coroa, Soberania e Fazenda Nacional” é despido da atribuição de Promotor e Fiscal dos delitos de imprensa, que passa a ser exercida pelo “Desembargador Promotor de Justiça”.

Em 1824, na Constituição Imperial do mesmo ano, em seu art. 48, havia o “Procurador da Coroa e Soberania Nacional” – mesmo do acima mencionado, cumulando apenas a tarefa de ser responsável pela acusação perante o Senado em caso de delito individual praticado por membros da família imperial.

Através da Lei nº 242, de 29 de novembro de 1841, foi criado o cargo de “Procurador da Fazenda nos Juízos de Primeira Instância”, que atuava na primeira instância nos feitos da Fazenda na Corte. Ainda, em 1850, em virtude do Decreto nº 736 de 20 de novembro, foi instituído o cargo de “Procurador Fiscal do Tesouro”, visando a ser um dos membros julgadores do Tribunal do Tesouro Nacional, que possuía jurisdição administrativa. Além disso, tinha como mote a chefia da Diretoria Geral do Contencioso da Fazenda Nacional.

Já na segunda fase, na Constituição subsequente, a republicana de 1891, no parágrafo 2º do art. 58, foi estabelecido o cargo de “Procurador Geral da República”, que deveria ser escolhido entre os membros do Supremo Tribunal Federal. Já na Constituição de 1934, repetida em menor grau na de 1937, além do supracitado cargo, cabe atentar para a regulamentação constitucional do Ministério Público, cujos membros, hoje, não podem ser definidos como advogados públicos.

Na Constituição de 1967, inserido dentro do capítulo destinado ao Poder Judiciário, competia aos Procuradores da República a defesa em juízo da União. Inclusive, havia previsão para que em Comarcas do interior, houvesse a atuação do Ministério Público local. Esta mesma previsão se repetiu com a edição da EC nº 1/69.

3.2 A Constituição de 1988 e a Advocacia Pública

É inegável que houve a instauração de um novo paradigma constitucional a partir da promulgação da Constituição de 1988. No que concerne aos Direitos Humanos, a República Federativa do Brasil passa a ser regida, nas suas relações internacionais, pela primazia desses direitos, conforme preconiza o seu art. 4º. Além disso, regulamentou amplamente os Direitos Fundamentais e trouxe demais garantias em diversas áreas do Direito.

Para a Advocacia Pública, a Constituição de 1988 representou também um marco, ao passo que além de criar a Advocacia-Geral da União, pela primeira vez houve a regulamentação de maneira ordenada das demais entidades componentes da Advocacia Pública. Em capítulo intitulado “Funções Essenciais à Justiça”, a Carta Política descreveu diversos órgãos, não integrantes da estrutura do Poder Judiciário, que, no entanto, são imprescindíveis para a sua manutenção.

Em verdade, as denominadas “Funções Essenciais à Justiça” representam o meio pelo qual, quase que exclusivamente, determinado direito, seja ele individual ou coletivo, poderá ser exercido em juízo (ou extrajudicialmente). Ainda, o capítulo traçou as diretrizes centrais em termos de competência, isto é, a qual órgão corresponde dada área de atuação.

Sylvio Motta e Gustavo Barchet aludem:

A Carta Política relaciona quatro funções essenciais à justiça: O Ministério Público, a Advocacia-Geral da União, a Advocacia (liberal, particular) e a Defensoria Pública. Lidamos aqui com instituições e atividades que, gravitando ao redor do Poder Judiciário, se tornam indispensáveis ao seu funcionamento. Com efeito, em nosso sistema existe o **princípio da inércia da jurisdição**, cujo postulado é de que o juiz não tem a iniciativa, só intervindo em alguma questão quando solicitado (invocado, provocado).⁴⁸

Dentre as instituições mencionadas, apenas o Ministério Público não pode ser caracterizado como ramo da advocacia (pública ou privada), em verdade, a entidade até hoje sofre embate teórico na sua alocação dentro da tripartição dos poderes. Além do *parquet*, exclui-se do conceito de Advocacia Pública a que é exercida no âmbito privado, por um particular regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

Na hipótese aventada, embora seja possível que haja a defesa do interesse coletivo e, inclusive, trate de prestação de serviço público (conforme preconiza o parágrafo 1º do seu Estatuto – Lei nº 8.906/94),

⁴⁸ MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 2008, p. 466.

não há nenhuma vinculação com o Poder Público, tratando-se de um profissional liberal, cuja previsão constitucional se encontra no art. 133.

Antes de proceder a um perfunctório exame dos órgãos integrantes da Advocacia Pública, cabe mencionar o Capítulo IV da Constituição que trata das funções essenciais à justiça, e sofreu alteração pela Emenda Constitucional nº 19/1998, em que a Seção II chamava-se “Da Advocacia-Geral da União” passou a conter a denominação “Da Advocacia Pública”.

A alteração foi pertinente, tendo em vista que a Seção não abarcava apenas a regulamentação da Advocacia-Geral da União, mas também as procuradorias estaduais e a própria Procuradoria da Fazenda Nacional. Esta que, hoje, encontra dificuldade no que toca a sua alocação, ao passo que não é, ao menos formalmente, ainda integrante da Advocacia-Geral da União e se encontra vinculada ao Ministério da Fazenda.

A Advocacia-Geral da União foi criada pela Constituição de 1988, extraindo a função de representação da União judicialmente e extra que, anteriormente, era exercida pelo Ministério Público. Além disso, porta como tarefa o auxílio na assessoria e na consultoria ao Poder Executivo federal. A Procuradoria da Fazenda Nacional ficou com a competência restrita à defesa da União no que concerne a matéria tributária, em especial à execução de dívida ativa. Insta salientar que a regulamentação infraconstitucional tanto da Advocacia-Geral da União quanto da Procuradoria da Fazenda Nacional se deu por meio da mesma Lei Complementar, a de nº 73/93.

Uma questão recorrente nos tribunais, ainda sem consenso, trata da necessidade de inscrição dos Advogados Públicos na Ordem dos Advogados do Brasil, bem como da necessidade de pagamento da respectiva contribuição. Sobre o tema, aponta Saul Quadros Filho, presidente da Seccional da Bahia:

Nesse sentido, aliás, o Estatuto da OAB (Lei 8.906 de 04/07/1994), no § 1º do seu artigo 3º, estabelece que “exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinam, os integrantes da Advocacia Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e consultorias jurídicas dos Estados

e do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.”⁴⁹

O Superior Tribunal de Justiça, decidindo Recurso Especial em Mandado de Segurança impetrado por Procurador da Fazenda Nacional que objetivava se esquivar da inscrição na OAB e do pagamento da anuidade, entendeu que não havia previsão legal que sustentasse a não inscrição dos quadros desta categoria profissional:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCURADOR DA FAZENDA NACIONAL. INSCRIÇÃO NA OAB. PAGAMENTO DE ANUIDADE.

1. O Tribunal a quo, ao reformar a sentença denegatória da segurança, declarou a obrigatoriedade da inscrição do impetrante nos quadros da OAB. Exonerou-o, porém, do pagamento de anuidade, ao fundamento de que o art. 3º da Lei 8.906/1993 ressalva o regime próprio dos Advogados Públicos.

2. Tal argumento está equivocado, tendo em vista que o aludido dispositivo prevê a sujeição dos Advogados Públicos ao Estatuto da OAB além do regime próprio a que eles se subordinem, sem tratar do pagamento das anuidades.

3. O art. 46 da Lei 8.906/1993, por sua vez, dispõe que “compete à OAB fixar e cobrar, de seus inscritos, contribuições, preços de serviços e multa”. Tal competência refere-se a todos os advogados nela inscritos, inexistindo tratamento especial e diferenciado.

4. A Lei Complementar 73/1993, que institui a Advocacia-Geral da União, nada dispõe sobre a inscrição na OAB e o pagamento das anuidades, nem há, até então, outro diploma normativo que o faça.

Assim, inexistente fundamento legal para obrigar a inscrição do impetrante na OAB e desobrigá-lo das contribuições por ela instituída.

⁴⁹ QUADROS FILHO, Saul. **Advocacia Pública**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=21533>. Acessado em: 02 de julho de 2011.

5. Recurso Especial provido.

(REsp 1089121/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 20/04/2009)

O órgão integrante da Advocacia Pública que porta, em visão perfunctória, maior proximidade com os Direitos Humanos é a Defensoria Pública. A entidade, prevista no art. 133 e seguintes da Constituição⁵⁰, teve sua regulamentação em âmbito federal e diretrizes estaduais posta pela Lei Complementar nº 80/1994. Neste diploma, logo em seu art. 1º, restou disposto que é instituição voltada à promoção dos Direitos Humanos. *In verbis*:

Art. 1º A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal. (Redação dada pela Lei Complementar nº 132, de 2009)

Ainda, no seu art. 3º-A, foi elencado como objetivo da Defensoria Pública a prevalência dos Direitos Humanos:

⁵⁰ Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.)

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado pela Emenda Constitucional no 45, de 2004) § 2º As Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional no 45, de 2004)

Art. 3º-A. São objetivos da Defensoria Pública: (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009)

[...]

III – a prevalência e efetividade dos direitos humanos; e (Incluído pela Lei Complementar nº 132, de 2009)

Além destas, o texto legal que regulamenta o órgão foi contemplado com mais duas passagens referentes aos Direitos Humanos. Tais regulamentações aproximam a instituição do seu principal mister, que é fazer a defesa judicial dos necessitados.

Com isso, encerra-se, minimamente, o estudo das instituições componentes da Advocacia Pública. O panorama geral se faz necessário ao passo que o tópico sequente trata diretamente da promoção dos Direitos Humanos por essas entidades, levando em consideração as peculiaridades inerentes a cada órgão.

3.3 A Advocacia Pública como Meio de Promoção dos Direitos Humanos

Inicialmente, é necessário referir à problemática existente entre a Advocacia Pública e o Estado. Isso porque, tratar da Advocacia Pública como promotora dos Direitos Humanos porta, aparentemente, uma aporia. Se as entidades que compõem a Advocacia Pública (salvo a Defensoria Pública) representam a defesa do Estado, o que fazer quando ele próprio é um dos maiores violadores? A questão foi referida por Ricardo Antônio Lucas Camargo: “Como se pode falar, então, em Direitos Humanos justamente para aqueles que se colocam como defensores do que, tradicionalmente, é apontado como o grande opositor dos Direitos Humanos?”⁵¹.

Diversas grandes demandas sociais, como, por exemplo, medicamentos, acesso à saúde, direito à moradia etc., são reproduzidas no âmbito judicial, e encontram do lado oposto as Advocacias Públicas fazendo a defesa do Estado, postulando contrariamente ao interesse de

⁵¹ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Advocacia Pública e Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/3exec/defensoria/advocpublica_dh.htm. Acessado em 19 de julho de 2011.

determinado indivíduo ou grupo. Evidente que a Defensoria Pública não se encontra nessa hipótese, justamente por estar ao lado dos postulantes.

Muito embora tal constatação, até que ponto o agir dos Procuradores Públicos está balizado por uma latente dificuldade objetiva estatal: a econômica. Afora a União, que decerto possui situação financeira superior aos demais entes federativos, é flagrante que os estados membros e os municípios não gozam de folga orçamentária.

De toda forma, a questão não é singela e provoca indagações principalmente acerca da independência funcional dos Advogados Públicos. Um outro ponto, igualmente complexo, que surge, é se há correspondência entre o interesse público e o interesse do Estado. Estas são duas das linhas mestras principais que impedem uma maior efetivação dos Direitos Humanos.

Em termos jurídicos concretos, quando se fala em concretização dos Direitos Humanos não se pode esquivar do diploma norteador do assunto: a Declaração Universal dos Direitos Humanos, emanada pela Organização das Nações Unidas em 1949. O feito que cabe destaque na referida Declaração foi de despertar e de estimular que os ordenamentos jurídicos pátrios aderissem às garantias lá postas. Em verdade, trata de um diploma balizador dos direitos programáticos que devem ser espriados, respeitando as culturas locais. É um texto universalizante e congregador, aos moldes da doutrina kantiana.

Sobre a da Declaração, refere Paulo Bonavides:

A Declaração Universal dos Direitos do Homem é o estatuto de liberdade de todos os povos, a Constituição das Nações Unidas, a carta magna das minorias oprimidas, o código das nacionalidades, a esperança, enfim, de promover, sem distinção de raça, sexo e religião, o respeito à dignidade do ser humano.

A Declaração será porém um texto meramente romântico de bons propósitos e louvável retórica, se os países signatários da Carta não se aparelharem de meios e órgãos com que cumprir as regras estabelecidas naquele documento de

proteção dos direitos fundamentais e sobretudo produzir uma consciência nacional de que tais direitos são invioláveis.⁵²

Assim, o desenvolvimento da aplicabilidade dos Direitos Humanos, tendo a Declaração como referência, porta uma questão técnica, que é a positivação no plano jurídico interno dos enunciados no diploma presentes. Isto é, a eficácia da Declaração depende, em grande medida, do ordenamento jurídico de dado país estar em consonância com o disposto no texto desta.

Evidente que a Declaração Universal não deve funcionar como uma norma eminentemente programática, que elenca os preceitos a serem seguidos pela humanidade. O texto se situa no plano do Direito Internacional, no entanto, constitui norma que carece positivação no plano jurídico interno para desenvolver-lhe a eficácia e, por conseguinte, a aplicabilidade. Nesse sentido, José Afonso da Silva explica que:

tal exigência técnica, (...) determinou que o reconhecimento desses Direitos se fizesse segundo formulação jurídica mais caracterizadamente positiva, mediante sua inscrição no texto das constituições, visto que as declarações de Direitos careciam de força e mecanismos jurídicos que lhes imprimissem eficácia bastante.⁵³

A Constituição de 1988 acatou e resguardou para si inúmeros fundamentos da Declaração. Isso representa uma facilidade à Advocacia Pública na medida em que, ao menos no plano constitucional, há fundamentos jurídicos que balizam o agir em respeito e na direção da concretização dos Direitos Humanos.

A respeito do destacado no tópico que tratou do elemento subjetivo do conceito de Direitos Humanos, ou seja, o ser humano, cabe atentar que o desenvolvimento de uma consciência em prol da efetivação desses direitos no plano da Advocacia Pública significa romper com a prática existente de defesa “impensada” do Estado.

⁵² Op. Cit. 2004, p. 578.

⁵³ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional** Positivo. 13ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 165.

O Procurador Federal Willian Junqueira Ramos, atento a essas mudanças, refere em artigo acerca da Advocacia Pública que:

É falsa a ideia de que tais instituições defendem o Governo, estando, por isso mesmo, vinculadas ao Poder Executivo.

Por conta disso criou-se o estigma (dentro das próprias carreiras, inclusive) que o Procurador “tem” que recorrer de tudo, de modo a retardar o máximo possível o andamento dos processos. A realidade, todavia, não é bem assim e tal questão vem sendo, aos poucos, superada.

A Advocacia Pública está vivendo um momento singular na sua história, a se exigir a mudança de mentalidade e a eliminação de alguns ranços que lhe são prejudiciais.⁵⁴

O autor assume posição crítica frente às instituições que partilham da ideia de que a defesa do Estado deve ser feita a todo custo, jamais reconhecendo a procedência de determinada demanda ao postulante. Na sequência, o Procurador assim relata:

Muitos partilham o pensamento de que as Procuradorias têm a obrigação de defender os atos da Administração a qualquer custo, ainda que, por vezes, ilegais, ou seja, contrários à legislação. Hoje, infelizmente, grande parte dos Procuradores não admitem, *v.g.*, reconhecer a procedência do pedido em uma ação judicial ou mesmo aviar uma proposta de acordo, embora o direito pleiteado pela parte contrária seja legítimo.

Essa prática, no entanto, parece não ser mais adequada e correta.

A questão é simples. Vivemos sob o regime de um Estado Democrático de Direito. Assim, o Estado é obrigado a se sujeitar ao cumprimento das leis vigentes. Por vezes, todavia, o Estado pratica atos ilegais, deixando de reconhecer administrativamente um direito que o cidadão tem. Quando esse mesmo cidadão busca o Judiciário, e tendo ele razão, é dever dos Procuradores, como representantes do Estado, reconhecer o direito buscado (caso legítimo, repita-se).

⁵⁴ RAMOS, Willian Junqueira. **Novos Rumos da Advocacia Pública**. Disponível em: <http://jusvi.com/colunas/39730>. Acessado em: 30 de junho de 2011.

O verdadeiro papel das Procuradorias consiste, numa última análise, em zelar pela legalidade dos atos emanados do Estado. Quando este erra, é obrigação das Procuradorias Estatais colocar o Estado novamente no caminho que ele, por expressa dicção Constitucional, sempre deve andar: o da legalidade.⁵⁵

Aos membros do Ministério Público e à Defensoria Pública já foi reconhecida a independência funcional. No entanto, parece que o mesmo preceito não tem gozado de plena aplicabilidade quando pertine às Advocacias Públicas vinculadas ao Poder Executivo. Não raro as diretrizes políticas de defesa do Estado prevalecem frente ao interesse do demandante e, por vezes, sobre o interesse coletivo.

Tal visão de sobrepular em demasia o interesse do Estado somente deprecia a efetivação dos Direitos Humanos à medida que não há juízo de valor acerca da conduta tomada e os efeitos sociais que dela pode surtir. Por isso, o reconhecimento da existência – e a conseqüente utilização – da prerrogativa de independência funcional são imprescindíveis para que o advogado público saiba sopesar os reflexos da sua atuação, não simplesmente tomando medidas cegas em prol do Estado.

Conforme texto do residente da Seccional da OAB da Bahia, Dr. Saul Quadros Filho, o advogado público já porta tal independência, ao menos do que se deflui da seguinte passagem:

Portanto, o advogado público conta com verdadeira independência funcional, que, a despeito de não estar prevista expressamente na Constituição Federal, pode ser inferida a partir de seus dispositivos, como o princípio da legalidade e a exigência de controle interno da Administração Pública. Trata-se de um verdadeiro princípio constitucional implícito que regula não só a atividade dos advogados públicos, mas também toda a Administração Pública, que deve obediência aos ditames do Estado Democrático de Direito.⁵⁶

Por outro lado, a própria atuação de determinado advogado público pode resultar em medidas que visem à promoção dos Direitos Humanos. É o caso do Procurador da Fazenda Nacional e os demais

⁵⁵ Op. Cit.

⁵⁶ QUADROS FILHO, Saul. **Advocacia Pública**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=21533>. Acessado em: 02 de julho de 2011.

procuradores em âmbito estadual e municipal que atuam na matéria tributária. Tal fato ocorre porque há, constitucionalmente, uma forte restrição de o Estado atuar na exploração de atividade econômica (salvo caso de relevante interesse público), portanto, a manutenção do Estado e das políticas públicas devem se dar, de modo exclusivo, por meio da obtenção de receita derivada.

Assim sendo, quando os Procuradores da Fazenda Nacional e demais Procuradores nas instâncias regionais e municipais buscam a cobrança judicial da dívida ativa, estão, em outros termos, auxiliando na promoção dos próprios Direitos Humanos. Isto ocorre porque o tributo é o principal meio arrecadatório do Estado, sendo que este atua em inúmeras searas na concretização dos Direitos Humanos.

Aqui, refere-se à manutenção do acesso à saúde por meio do Sistema Único de Saúde, as diversas escolas e universidades públicas que garantem o acesso à educação. Além disso, há diversos outros programas governamentais de inclusão social que são, embora as flagrantemente limitações, concretizadores dos Direitos Humanos.

Ainda que por um lado o Estado seja efetivador direto dos Direitos Humanos, é notório que principalmente as limitações financeiras o impedem de atuar com maior abrangência. A partir desse problema surge uma dicotomia que, em verdade, deveria ser inexistente, qual seja, o interesse do Estado não se confunde com o interesse público.

Tanto no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região quanto no Superior Tribunal de Justiça, há decisões que atestam a separação de interesses. Com isso, é afastada a necessidade de intervenção do Ministério Público, ainda assim, demonstra a visão de que o agir do Estado nem sempre é balizado e assemelhado ao que seria interesse indiscriminado, ou seja, público. *In verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO
DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO.
ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM DA EMPRESA.
ABRANGÊNCIA DA DECISÃO LIMINAR. INTERVENÇÃO
DO MINISTÉRIO PÚBLICO. QUESTÕES IRRELEVANTES.
EMBARGO E DEMOLIÇÃO DE OBRA EM TERRENO DE
MARINHA. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DA UNIÃO.

INSUFICIÊNCIA DA LICENÇA MUNICIPAL. TEORIA DA APARÊNCIA. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. 1. O imóvel sobre o qual versa a lide é terreno de marinha ocupado pelo autor pessoa física, conforme título que lhe foi concedido pela Secretaria de Patrimônio da União. E também em nome deste, como não poderia deixar de ser, foi expedido o alvará permitindo a realização de reformas na edificação existente sobre o terreno. A empresa autora não detém direito real a defender, seu envolvimento decorrendo de mera relação contratual, portanto direito pessoal, mantida com aquele. Esta relação não pode ser oposta à União, e qualquer prejuízo que dela decorra para ela deverá ser resolvida unicamente entre esta e o autor pessoa física. [...] **3. Não há necessidade de intervenção do Ministério Público no feito, por não se tratar de causa enquadrável no disposto no art. 82, inciso III, do CPC. O interesse público, coletivo, cuja satisfação deve ser perseguida pela Administração, não se confunde com o interesse da Administração, enquanto aparato organizacional autônomo.** [...] (TRF4, APELREEX 2002.70.00.036836-1, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 01/03/2010) (grifou-se)

PROCESSO CIVIL. AÇÃO PROPOSTA CONTRA O ESTADO. INTERVENÇÃO DO MINISTERIO PUBLICO. HIPOTESE EM QUE NÃO E OBRIGATORIA. A INTERVENÇÃO DO MINISTERIO PUBLICO E OBRIGATORIA QUANDO NA CAUSA HA INTERESSE PUBLICO, QUE NÃO SE CONFUNDE COM O INTERESSE PATRIMONIAL DO ESTADO. [...]

(REsp 20.123/PR, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 05.06.1997, DJ 30.06.1997 p. 30970)

Os arrestos partem da premissa de que existe o interesse público, que o Estado persegue, no entanto, há o interesse do Estado como Administração Pública, que pode, em tese, ter interesse próprio desvinculado do público. A questão, sem dúvida, está envolta de polêmica e se desconhece até que ponto apenas serve como justificativa para não intervenção do Ministério Público, ao passo que escaparia – até com bom senso – do seu mote de atuação.

Destarte, mediante o examinado neste subtópico, verifica-se que os Procuradores Públicos possuem na independência funcional

o mecanismo que oferta elasticidade na atuação. Com isso, podem escapar, por vezes, das orientações gerais do órgão quando estão em pleno confronto aos Direitos Humanos.

4 CONCLUSÃO

A análise partiu da premissa de que para estabelecer um vínculo entre os Direitos Humanos e a Advocacia Pública se fazia necessário examinar, previamente, as noções elementares acerca dessa gama de Direitos. Inclusive, elencou-se como uma das tarefas da Advocacia Pública o próprio estudo dos Direitos Humanos.

Seguindo a ordem lógica, proposta na introdução, o primeiro ponto da monografia sustentou que os Direitos Humanos são direitos essencialmente históricos. Nesse sentido, a definição e o conteúdo irão variar de acordo com fatores imanentes e próprios de uma época e localidade. Por via reflexa, não existe, em todo o arcabouço desses direitos, um que se possa afirmar perene e absoluto.

O ponto seguinte, dotado de maior complexidade, estabeleceu um contraponto entre as correntes que hoje gozam de maior aceitabilidade, com o intento de oferecer uma contribuição que traga, mesmo ante a reconhecida limitação, um novo viés sobre o embasamento dos Direitos Humanos. Isto é, um fundamento que tenha preocupação direta com as necessidades humanas e não com um ser ou direito ideal.

A parte da fundamentação é extremamente relevante à Advocacia Pública, ao passo que ela molda e conforma a visão do Procurador acerca dos Direitos Humanos. Em outros termos, a fundamentação é arrimo teórico que guia a prática jurídica do cotidiano. Evidente que, muito embora se tenha trazido uma posição crítica acerca das teorias tradicionais do jusnaturalismo e da derivada da doutrina kantiana, estas servem, em igual medida, para fundamentar esta gama de direitos.

A questão da fundamentação foi ressaltada, até com certa demasia, tendo em vista que serviu de aporte inicial para o tema do capítulo seguinte, que abrangeu a delimitação do ser humano no capitalismo. Não basta o Procurador Público estar dotado de

uma fundamentação consistente caso desconsidere por completo o fator sociológico, que é justamente o conhecimento do que é o ser humano.

Como consequência do método adotado, entende-se impossível examinar o ser humano apartado do seu ambiente material, fato que justifica analisá-lo à ótica do sistema capitalista. O ponto não tinha como objetivo ofertar crítica a este modelo econômico, porém, apenas chegar a uma delimitação de quem são os atores sociais que preenchem o conceito de Direitos Humanos.

Perpassadas as noções teóricas, houve um breve regresso às regulamentações da Advocacia Pública na história legislativa brasileira. Com isso, foi possível analisar como ocorreram as diversas mutações nos órgãos integrantes desta, desde os tempos das ordenações.

Complementando o estudo da parte histórica, foi necessário um capítulo específico para traçar o paralelo entre a Advocacia Pública e a Constituição de 1988, uma vez que trouxe diversas inovações. Ademais, trata-se do diploma supremo que ainda rege o ordenamento jurídico vernáculo.

A Constituição de 1988 representou um marco não só à Advocacia Pública, mas também aos Direitos Humanos. As garantias constitucionalmente previstas abarcam uma multiplicidade inédita de direitos, de modo a positivar no plano interno diversos deles, reconhecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Além disso, a partir da Constituição de 1988 a Advocacia Pública restou satisfatoriamente regulamentada, inclusive, houve a criação da Advocacia-Geral da União, que restou responsável defesa da União, que outrora competia ao Ministério Público. Ademais, a Defensoria Pública ganhou posição de destaque, sendo considerada responsável pela defesa dos necessitados, ou seja, o seu mote de atuação acaba por se confundir com a própria efetivação, em certa medida, dos Direitos Humanos.

O ponto seguinte concentrou a maior problemática existente no estudo: examinar como a Advocacia Pública pode concretizar os Direitos Humanos. Há diversas questões polêmicas envoltas ao tema, ao passo que o Estado, por vezes, é um dos grandes violadores – ou ao menos entidade que impede – a efetivação dos Direitos Humanos.

Afora isso, os Procuradores Públicos estão excessivamente vinculados à defesa dos interesses do Estado, o que implica na

dicotomia aparente entre o “interesse público” e o “interesse do Estado”. Acerca do tema, inclusive, foi colacionado alguns julgados que já efetuam com naturalidade a distinção.

Por outro viés, há casos em que a atuação do Procurador Público tem como consequência indireta a promoção dos Direitos Humanos. É o caso típico dos Advogados Públicos que são responsáveis pela área tributária, e cobram, judicialmente, a dívida ativa do respectivo ente federativo. Como é cediço, o Estado tem no tributo a fonte primordial de manutenção e promoção de políticas públicas, portanto, por via reflexa, a sua cobrança implica possibilidade de o Estado efetivar os Direitos Humanos, ofertando acesso à saúde, à educação, à moradia etc. em maior escala.

Ao que se sente, a solução do problema parece caminhar em direção de uma visão humanista do Direito, isto é, com consciência completa acerca dos Direitos Humanos, adicionando a isso o fato de os Advogados Públicos portarem a independência funcional e gozarem de tal prerrogativa na defesa desses direitos. Essa garantia é imprescindível para que uma nova concepção de advocacia, respeitadora dos Direitos Humanos, seja nutrida e efetivada.

REFERÊNCIAS

ALTAVILA, Jayme de. **Origem dos Direitos dos Povos**. 11^a. ed. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

ANTUNES, Marcus Vinicius Martins. Engels e o Direito: Parâmetros e Apontamentos Para uma Reflexão Sobre a Ideologia Jurídica no Brasil. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 70, p. 410-421, jul. 1997.

AQUINO, São Tomás de. **Suma Teológica**. São Paulo: Loyola, 2006.

ARISTÓTELES. **A Política**. 15^a. ed. São Paulo: Editora Escala, 2007.

BABILÔNIA, Paulo Álvares. A Advocacia Pública Brasileira no Período Colonial e no Império: Evolução Histórica. **Jus Navigandi**,

Teresina, ano 15, n. 2734, 26 dez. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18112>. Acessado em: 6 de julho de 2011.

BARRETO DE MENESES, Tobias. **Estudos de Direito**. Campinas: Bookseller, 2000.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus/Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14^a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BRUGNERA, Neditso Lauro. **A Escravidão em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Advocacia Pública e Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/3exec/defensoria/advocpublica_dh.htm. Acessado em 19 de julho de 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Constituição e Constituinte**. 2^a. ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

DILORENZO, Wambert Gomes. **Teoria do Estado de Solidariedade: da dignidade da pessoa humana aos seus princípios corolários**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FEUERBACH, Ludwig. **A Essência do Cristianismo**. Campinas: Papyrus, 1988.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

MARITAIN, Jacques. **El Hombre Y El Estado**. Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1952.

MARX, Karl Heinrich. **A Questão Judaica**. Disponível em: <http://www.marxists.org/portugues/marx/1843/questaojudaica.htm>. Acessado em 12 de maio de 2011.

_____. **O Capital: Crítica da Economia Política**. Vol. I. São Paulo: Abril, 1983.

MARX, Karl Heinrich; ENGELS, Friedrich. **Marx Engels – Obras Escolhidas**. Lisboa: Edições Avante!, 1985.

MASSINI, Carlos. **Realismo y Derechos Humanos**. Disponível em: <http://www.maritain.com.br/index2.php?p=productMore&iProduct=68>. Acessado em: 10 de junho de 2011.

MOTTA, Sylvio; BARCHET, Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Democracia, Liberdade, Igualdade**. Campinas: Bookseller, 2002.

QUADROS FILHO, Saul. **Advocacia Pública**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=21533>. Acessado em: 02 de julho de 2011.

RAMOS, Willian Junqueira. **Novos Rumos da Advocacia Pública**. Disponível em: <http://jusvi.com/colunas/39730>. Acessado em: 30 de junho de 2011.

RIBEIRO, Marcus Vinicius. **Direitos Humanos e Fundamentais**. Campinas: Russell, 2007.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. São Paulo: CD Editora, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais.** 6^a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional** Positivo. 13^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SMIRNOV, G. **O Indivíduo sob o Socialismo.** Moscou: Edições Progresso, 1982.

SÓFOCLES. **Antígona.** Porto Alegre: L&M Pocket, 2006.

WILDE, Oscar. **A Alma do Homem Sob o Socialismo.** Porto Alegre: L&PM Pocket, 2008.



Normas de Publicação

1 Sobre a Revista

A Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, publicada sob responsabilidade desta Instituição, tem por finalidades:

- a) Contribuir para a cultura jurídica nacional, em especial no campo do Direito Público e da Advocacia de Estado;
- b) Divulgar os trabalhos dos Procuradores do Estado no exercício de suas funções;
- c) Difundir a produção científica dos Procuradores do Estado;
- d) Propiciar o debate acadêmico e o fomento à produção científica dos Procuradores do Estado e da comunidade jurídica em geral.

A Revista tem periodicidade semestral.

2 Apresentação dos Artigos

Este é um resumo das normas de publicação, o texto na íntegra bem como o Regimento Interno podem ser acessados no site da Revista.

2.1 Os trabalhos encaminhados para apreciação deverão seguir as normas da ABNT sempre que possível, observando-se os critérios estabelecidos no Regimento Interno.

2.2 Os artigos deverão ter sua extensão ditada pela necessidade de clareza na explicitação dos argumentos, respeitado o limite de 13 (treze) a 30 (trinta) laudas (20 linhas com 60 caracteres cada), incluindo quadros, tabelas, ilustrações, notas e referências, observando:

- a) espaço 1½ e fonte Arial 11, exceto: resumo, que deve aparecer com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas e legendas, que devem ser inseridas com fonte tamanho 10 e espaço entre linhas simples;
 - b) devem ser elaboradas em folha A4 (210mm x 397mm);
-

c) devem respeitar as seguintes margens: superior = 3cm; inferior = 2cm; esquerda = 3cm; e direita = 2cm;

d) os itens e subitens devem aparecer em letras maiúsculas e em negrito, e devem sempre ser iniciados na mesma página, não deixando espaços em branco entre um e outro, utilizando-se numeração para os itens (1, 2, 3 etc.) e sub-numeração para os subitens (1.1., 1.2., 2.1., 2.2. etc.), estes apenas com as letras iniciais em maiúsculo;

e) as notas de rodapé devem adotar um dos sistemas previstos pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (alfabético ou numérico) para fazer citações de obras consultadas. Se a opção for pelo alfabético, as referências devem ser ordenadas no final do artigo em uma única ordem alfabética. Mas caso a opção tenha sido pelo sistema numérico, as referências finais aparecem na mesma ordem numérica crescente;

f) a fonte das notas de rodapé devem vir no tipo Arial, estilo normal, tamanho 9, utilizando espaço simples entre linhas e alinhamento justificado e deverão ser colocadas ao pé da página de ocorrência.

g) as citações podem ser transcrições literais (citação direta) ou uma síntese do trecho que se quer citar (citação indireta). Tanto num caso como no outro, as fontes devem estar indicadas, não se admitindo transcrições sem a devida referência;

h) as citações diretas que ultrapassarem 5 linhas devem vir em um parágrafo especial, dispensando-se as aspas, separada do parágrafo anterior e posterior por uma linha a mais, fonte do tipo Arial, estilo normal, tamanho 11 e com recuo da margem esquerda igual ao dos parágrafos;

i) as referências bibliográficas seguirão, as normas da ABNT vigentes. Todos(as) os(as) autores(as) citados(as) no texto, e somente estes(as), devem compor uma lista de referências, no final do texto. A exatidão e adequação destas referências são de exclusiva responsabilidade do(a)(s) autor(a)(es).

j) na primeira lauda do artigo, devem constar o título, nome completo do(s) autor(es), maior titulação acadêmica, vínculo institucional, endereço, números de telefones, fax e e-mail.

2.3 Os artigos devem possuir um resumo, no seu idioma original, com até 160 palavras, seguido de um conjunto de três a cinco palavras-chave, escritas com iniciais maiúsculas e separadas por ponto, também no idioma original do artigo. A tradução do resumo e das palavras-chave obedece ao seguinte critério: se o idioma do artigo for o português, a tradução será para o inglês (Abstract, Keywords); se for espanhol (Resumen), francês (Résumé) ou Inglês (Abstract), a tradução será para o português. O resumo deve explicar, em um único parágrafo, o(s) objetivo(s) pretendido(s), procurando justificar sua importância (sem incluir referências bibliográficas), os principais procedimentos adotados, os resultados mais expressivos e conclusões.

2.4 Resenhas, pontos de vista, assim como relatos, comentários e discussão de jurisprudências devem ter no máximo 10 (dez) laudas de igual formatação ao descrito no item 1.1.

2.5 Resumos de teses, dissertações e monografias – relacionados à temática central da revista – não devem exceder o espaço de uma lauda.

2.6 O título do artigo não deve exceder a 15 (quinze) palavras e deve vir acompanhado de sua tradução, seguindo o idioma selecionado para a tradução do resumo.

Disposições Gerais

O artigo deverá ser encaminhado ao Conselho Editorial pela via eletrônica (e-mail: conselho-editorial@pge.rs.gov.br), ou através de disquete ou CD-Rom em formato WORD FOR WINDOWS. Em qualquer hipótese, deverão ser também encaminhadas duas vias impressas, acompanhados da autorização para publicação assinada pelo(s) autor(es) (modelo disponível no site da Revista), aceitando os colaboradores a cessão dos seus direitos autorais para a Revista da PGE e não farão jus a qualquer remuneração.

Os trabalhos a serem publicados observarão os seguintes critérios: concordância com as finalidades da revista; atualidade, originalidade e/ou ineditismo do tema abordado; profundidade da análise; correção e coerência da linguagem; clareza e consistência

dos conceitos e da abordagem; importância científica do tema; coerência das reflexões/conclusões com a sequência do texto; correção e atualidade das citações e autores(as) referenciados(as).

Os trabalhos aceitos poderão sê-lo “sem restrições” ou “devolvidos para reformulações”. Quando as reformulações tratarem apenas de aspectos formais ou outras que não modifiquem as idéias dos(as) autores(as), serão efetuadas pelo Conselho Editorial; nos demais casos, o trabalho será reenviado ao(à) autor(a).

Os autores, cujas contribuições forem aprovadas para publicação, receberão três exemplares da Revista onde constar a publicação.

Os originais dos artigos não serão devolvidos.

As regras e critérios para publicação poderão ser excepcionadas a critério do Conselho quando o assunto for de especial interesse ou o autor tiver reconhecimento pela excelência da sua obra.





