

## HORIZONTALIDADE ESTATAL E NEODISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: REDEFINIÇÕES DA PARAMETRICIDADE DA ADVOCACIA PÚBLICA NA SINDICABILIDADE DEMOCRÁTICA

LUIS CLÁUDIO MARTINS DE ARAÚJO<sup>1</sup>

**RESUMO:** O direito administrativo passa nos dias atuais por uma profunda mutação em suas bases teóricas e dogmáticas. Com a evolução do Estado de direito para o Estado democrático de direito e a superação de tradicionais paradigmas, o moderno direito administrativo precisa dispor de uma metodologia não mais formalista, próprio das concepções positivistas. Neste cenário, a ideia de horizontalidade estatal, em um modelo de administração concertada, pelo qual a administração pública, em princípio, abdica à imposição de seu próprio critério de forma imperativa e unilateral e se esforça para encontrar um ponto de equilíbrio adequado entre os interesses públicos que deve perseguir e os interesses particulares das pessoas física e jurídicas, deve ser a tônica da atuação estatal. Ademais, o fenômeno da desjudicialização ou extrajudicialização do direito, caracterizado pelo deslocamento de competências do Poder Judiciário para órgãos extrajudiciais, vem se desenvolvendo em diversas searas. Dentro desta perspectiva de maior democratização do Estado de Direito, deve-se realizar a atividade institucional da Advocacia Pública seja do ponto de vista jurídico-político, seja no desempenho de suas funções e competências, por meio de mecanismos que, ao propiciarem diálogos entre as partes envolvidas em controvérsia, tentam buscar maior segurança jurídica e estabilidade institucional.

338

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Democrático de Direito. Horizontalidade Estatal. Advocacia Pública. Desjudicialização e Extrajudicialização.

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor da graduação e pós-graduação da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Professor do Doutorado e Mestrado da Universidade Veiga de Almeida (UVA). Professor convidado da pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU), da Escola de Administração Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (ESAJ) e da Universidade Cândido Mendes (UCAM). E-mail: professorluisaraujo@gmail.com. ORCID: 0000-0002-2120-6134 (disponível em: <https://orcid.org/0000-0002-2120-6134>).



**ABSTRACT:** Nowadays, administrative law is facing a deep change in its theoretical and dogmatic bases. With the evolution of the Rule of Law to the Democratic Rule of Law and the overcoming of traditional paradigms, the modern administrative law must have a methodology that is no longer formalist, based on positivist conceptions. In this scenario, the idea of state horizontality, in a concerted administration, in which the public administration, in principle, abdicates to impose yours own imperative and unilateral criteria way and try to find a balance point between the public interests and the private interests. Moreover, the phenomenon of de-judicialization or extrajudicialization, in which featured by a shift of competencies from the Judiciary Branch to extrajudicial organs, has been developed in several fields. In this perspective, the institutional activity of Public Advocacy must take into consideration, from a juridical-political point of view, or in the pursuit of its role and competences, mechanisms that, facilitating dialogues between parties involved in the controversy, seek judicial certainty and institutional stability.

**KEYWORDS:** Democratic Rule of Law. State Horizontality. Public Advocacy. De-judicialization e Extrajudicialization.

## I. INTRODUÇÃO

O presente artigo está estruturado a partir da formulação de um modelo que busque justificar novos modelos horizontais de atuação estatal, e, os ganhos legitimatórios deste formato em relação aos modelos tradicionais. Assim se buscará analisar como os poderes administrativos e atuação discricionária da Administração Pública, pode ser redefinido por uma lógica concertada, buscando assim novos modelos de sindicabilidade democrática na atuação administrativa. *Neste sentido, nas sociedades democráticas contemporâneas, marcadas pelo pluralismo, ao lidar com temas essenciais, o exercício da dinâmica deliberativa, baseado na razão e na reflexão bem informada e livremente aceita, deve ser exercido democraticamente, na busca de mecanismos capazes de possibilitar um novo paradigma de legitimação deliberativo. Neste sentido, deve-se partir da premissa de que, no âmbito das atividades administrativas, as controvérsias devem ser resolvidas por meio de uma atividade dialógica, problematizando o tradicional comportamento isolacionista das instituições brasileiras, dentro do parâmetro central de cooperação em uma ordem constitucional, de modo a lhe proporcionar maior coesão e estabilidade, através da produção dos efeitos sistêmicos.*

Ou seja, a partir desta leitura, devem ser encontrados parâmetros que compreendam mecanismos e instrumentos capazes de aperfeiçoar um sistema cooperativo e progressivo das relações entre as instituições, particularmente pelo papel central desempenhado pela Advocacia Pública, superando as tradicionais teorias de interpretação constitucional, a partir de uma cooperação jurídico-política, responsável pela atividade constitucional-democrática nas sociedades contemporâneas. Assim, deverá ser analisado, tendo em conta critérios de interpretação, decisão, atuação e cooperação, no que tange suas capacidades deliberativas e dialógicas, recorrendo aos fundamentos dos valores constitucionais e da razão pública na atuação da Advocacia Pública. Em um plano mais específico, também será analisado o crescimento para o diálogo, apto a produzir efeitos sistêmicos positivos na ordem jurídica, verificando a existência ou não de uniformidade na capacidade de interpretação do texto constitucional e de uniformidade nos procedimentos decisórios. Desta forma, a ideia será trabalhar os resultados de uma prática discursiva racional, especialmente diante do desempenho da Advocacia Pública, para estabelecer uma teoria que compreenda mecanismos e instrumentos, arquitetados a partir de um consenso por meio de um procedimento democrático, no que toca aos desdobramentos na estabilidade social.

## II. DIREITO ADMINISTRATIVO: GÊNESE E EVOLUÇÃO.

O direito administrativo passa nos dias atuais por uma profunda mutação em suas bases teóricas e dogmáticas, influenciado pelo neoconstitucionalismo, que propiciou a constitucionalização dos direitos fundamentais e empreendeu força normativa aos princípios constitucionais<sup>2</sup>.

Na verdade, o direito administrativo nasce da ideia de proteção dos direitos individuais em face do Estado e da necessidade de satisfação de interesses públicos. No entanto, com a evolução do Estado de direito para o Estado democrático de direito, de matriz principiológica, ou pós-positivista, com a superação de tradicionais paradigmas<sup>3,4</sup>, o moderno direito administrativo

---

<sup>2</sup> Sobre o neoconstitucionalismo na doutrina brasileira, consulte-se, por todos, Barroso (2006, p. 97-148): “O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.”

<sup>3</sup> Luís Roberto Barroso assevera, a respeito do pós-positivismo, que se trata de um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às

precisa dispor de uma metodologia que não mais formalista, bem como vincular a atividade administrativa à realização dos direitos fundamentais, definidos a partir da dignidade da pessoa humana<sup>5</sup> (PIOVESAN, 2016, p. 115-146).

Desta feita, a observância dos princípios constitucionais para os órgãos e entidades da Administração Pública, acarretou para os agentes públicos o dever de observar os parâmetros constitucionais<sup>6</sup>, em um processo de filtragem constitucional, em que determinadas categorias jurídicas do direito administrativo não ficam imunes a uma reinterpretação e reformulação axiológica<sup>7</sup>.

---

categorias metafísicas do jusnaturalismo. Nesse esforço, segundo o mesmo publicista, se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana, reaproximando, dessa forma, o Direito e a Ética, Cf. Sarmiento (2005).

<sup>4</sup> “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. Em cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio”, ver Alexy (2008, p. 86-87).

<sup>5</sup> “É fundamental eliminar o preconceito de que as organizações estatais possuem justificativas de existência em si mesmas. O Estado não existe para satisfazer as suas estruturas burocráticas internas nem para realizar interesses exclusivos de alguma classe dominante (qualquer que seja ela). Não é satisfatório aludir a concepções meramente formais tais como ‘interesse público’, ‘Bem Comum’ e assim por diante. O direito administrativo – e o Estado, assim como outras instituições não governamentais que desempenham atividades similares – somente se justificam como instrumentos para a realização dos direitos fundamentais, entre os quais avulta de importância a dignidade humana”, ver Justen Filho (2010, p. 03).

<sup>6</sup> “No que diz com a relação entre os órgãos da administração e os direitos fundamentais, no qual vigora o princípio da constitucionalidade imediata da administração, a vinculação aos direitos fundamentais significa que os órgãos administrativos devem executar apenas as leis que àqueles sejam conformes, bem como executar estas leis de forma constitucional, isto é, aplicando-as e interpretando-as em conformidade com os direitos fundamentais”, ver Sarlet (2018, p. 365).

<sup>7</sup> “Por lo que respecta al proceso que se acostumbra mostrar como nacido, impulsado o con un fuerte punto de inflexión en el constitucionalismo, ya no se podrá decir que el Estado o el soberano puede hacer lo que le plazca, que ninguna ley lo obliga, que nunca comete daños, sino por el contrario podrá postularse la conjetura de que existen una serie de derechos inalienables que debe respetar, que no puede desconocer, porque son superiores y preexistentes a él. Comienza o se acentúa una nueva etapa de la larga y difícil lucha contra las inmunidades del

Nesse passo, o dever de proporcionalidade e razoabilidade e a ponderação de valores, se presta a explicar e justificar a lógica estrutural dos atos da Administração Pública<sup>8</sup>. Assim, o controle da racionalidade das decisões proferidas leva à necessidade de ponderações de interesses, operadas no caso concreto, por meio de concessões recíprocas, nas hipóteses de conflitos entre princípios e direitos constitucionais, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa, garantindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais, conforme, inclusive, consagrado nas em Constituições alemã (artigo 19, inciso 111), espanhola (art. 53, n. 1) e portuguesa (art. 18, n. 3)<sup>9</sup>.

---

poder. En este momento se da el germen del moderno derecho administrativo, pues al tomarse conciencia de que existen derechos del individuo frente al Estado y que el primero es un sujeto que está frente a él, no un objeto que éste pueda simplemente mandar, surge automáticamente la necesidad de analizar el contenido de esa relación entre sujetos y de construir los principios con los cuales ella se rige" (GORDILLO, 2003, p. II-3).

<sup>8</sup> "O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e *maleável* dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais ou dos interesses públicos sobre interesses privados. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais (e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade), impõem à Administração Pública o dever jurídico de *ponderar* os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização" (BINENBOJM, 2008, p. 31).

<sup>9</sup> Segundo Sarmento (2006, p. 372-374) "a proteção ao núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais (...) surgiu historicamente no direito germânico como tentativa de proteção dos direitos fundamentais diante do perigo de esvaziamento representado pela ação corrosiva do legislador. (...) Hoje, contudo, trava-se intensa polêmica acerca do significado da garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, e há quem aponte a ociosidade desta proteção, em face da concepção contemporânea da vinculação plena do legislador aos direitos fundamentais, aliada ao princípio da proporcionalidade. Formaram-se na doutrina, em síntese, dois pares de teorias, que podem ser associados em diferentes combinações e que se abrem para modalidades mistas: teorias absoluta e relativa (...). De forma muito simplificada, pode-se dizer que a teoria absoluta postula a existência de um último reduto inexpugnável do direito fundamental, que não poderia ser restringido em nenhuma hipótese. Ela concebe os direitos fundamentais como círculos concêntricos, no qual o mais externo demarcaria o âmbito de proteção, e o mais interno o núcleo essencial. Este representaria uma esfera intocável do direito, o seu 'coração', cuja afetação poderia desnaturá-lo ou implicar na perda do seu sentido útil. Porém, contra esta teoria, objetiva-se que é quase impraticável definir a essência do direito fundamental, discernindo-a do seu campo periférico de proteção. E aduz-se, ainda, que existiriam situações da vida em que fatalmente ocorreria o confronto entre núcleos essenciais de dois direitos fundamentais, ou entre núcleo essencial de um direito fundamental e de outro princípio constitucional. Para estas hipóteses mais difíceis, a teoria absoluta não apresentaria solução. Já a teoria relativa reconduz o problema da definição do núcleo essencial a uma questão de ponderação. Para ela, 'há violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais quando a afetação destes vai para além do que

Ademais, nesses casos de tensão, cabe a aplicação da ponderação, com o sopesamento das normas em conflito, “na medida do possível”, em que o princípio da proporcionalidade (*grundsatz der verhältnismässigkeit*)<sup>10</sup>, desempenha um papel central, exigindo que toda restrição de direitos deva ser adequada, necessária e proporcional, no sentido que deva ser apropriada para a consecução dos fins da norma e deva limitar os direitos o menos possível, se traduzindo em uma justa medida entre o interesse e o direito limitado (BARROSO, 2006, p. 97-148).

Ou seja, esta construção permitiria a contenção da liberdade de conformação do administrador, que passa a ter um controle finalístico de atuação, aferido dentro da adequação (*geeignetheit*) aos fins preconizados pelo texto constitucional; da exigibilidade ou necessidade da medida (*erforderlichkeit*) — consistente no imperativo de que os meios utilizados para atingimento dos fins visados, sejam os menos onerosos para o cidadão—; e da proporcionalidade em sentido estrito (*verhältnismässigkeit*) —, ou seja, da verificação da relação custo-benefício da medida (*stimmigkeitskontrolle*), isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos<sup>11,12</sup>.

---

é estrita e incondicionalmente exigido pela necessidade de prossecução do bem que justifica a restrição’. Assim, para a teoria relativa, a proteção do núcleo essencial é móvel e dinâmica e acaba se confundindo com o próprio princípio da proporcionalidade. Porém, seus adversários argumentam que, em sistemas constitucionais em que há expressa previsão da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como Alemanha, Espanha e Portugal, torna-se problemático sustentar tese que implique na superfluidade desta garantia, e é isso que ocorre na teoria relativa, quando esta identifica a garantia do núcleo essencial ao princípio da proporcionalidade”.

<sup>10</sup> O princípio da proporcionalidade (*grundsatz der verhältnismässigkeit*), propagou-se na Alemanha, em grande medida, pela evolução da jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* que, em 1958, no caso *Apothekenurteil*, distinguiu a necessidade (*erforderlichkeit*) e a adequação (*geeignetheit*), da proporcionalidade em sentido estrito (*verhältnismässigkeit*). No caso, o Tribunal Constitucional Federal tinha que decidir se a restrição imposta pela lei bávara, ao regulamentar as condições para a abertura de uma nova farmácia, não vinha de encontro ao direito fundamental de liberdade de escolha na profissão (artigo 20, parágrafo 1, 1º período, da Lei Fundamental alemão). O cerne da questão, girava em torno da liberdade individual e da proteção aos interesses da comunidade. O Tribunal Constitucional Federal reconheceu o excesso da lei restritiva, resolvendo o problema pelo método de ponderação entre o direito constitucional fundamental e o interesse da comunidade, por meio do princípio da menor restrição possível.. Por todos, vide Canotilho (2002, p. 265-285).

<sup>11</sup> Desta tríplice caracterização do princípio, se extraem os seus requisitos: (a) a adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos; (b) a necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e (c) a proporcionalidade em sentido estrito,



Por esse vértice, a constitucionalização dos direitos fundamentais e a incorporação explícita de valores e opções políticas nos textos constitucionais, que se tornam imunizados ao processo político majoritário (BARCELLOS, 2005, p. 86), reforçam a ideia do consenso mínimo, blindando garantias individuais de mudanças legislativas eventuais<sup>13</sup>, e, ademais, a Constituição, que até então era vista apenas como um documento político, com recomendações ao Poder

---

que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos, Cf. Canotilho (2002, p. 265-285).

<sup>12</sup> Apesar da discussão doutrinária sobre a diferenciação conceitual entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, ao STF, por exemplo, na ADINMC 1407, entendeu não haver distinção essencial entre os princípios. Contudo, lembra-se que, diferentemente do princípio da proporcionalidade, o princípio da razoabilidade possui sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal do direito anglo-saxão. O devido processo legal, seguindo a tradição anglo-saxã, possuiria duas vertentes, uma de caráter estritamente processual (*procedural due process*), e, uma outra, de cunho substantivo (*substantive due process*). Esta versão substantiva do devido processo legal, seria exatamente um dos instrumentos mais eficazes de defesa dos direitos individuais. Isto porque, através da aferição da razoabilidade da norma, seria possível a contenção da liberdade de conformação legislativa. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1407. Disponível em: <redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347037>. Acesso em: 6 fev. 2019.

<sup>13</sup> Segundo Sarmiento (2006, p. 258-259; 265), “na Alemanha, o Tribunal Federal Administrativo (*bundesverwaltungsgericht*) elaborou, na década de 50 do século passado, doutrina que ficou conhecida como teoria da ‘cláusula de comunidade’, segundo a qual a proteção dos direitos fundamentais cessaria quando o exercício destes direitos ameaçasse bens jurídicos da comunidade. Esta teoria foi, no entanto, severamente criticada pela quase unanimidade da doutrina, e acabou sendo revista. Dizia-se que ela abria amplas possibilidades para abusos e arbitrariedades, em razão do seu caráter vago e indeterminado, pondo os direitos fundamentais à disposição dos Poderes Públicos. Ademais, argumentava-se, com razão, que ela degradava os direitos fundamentais, na medida em que permitia o seu sacrifício em nome de interesses da coletividade que muitas vezes sequer possuíam estatura constitucional. Tamanha fragilização da força normativa dos direitos fundamentais não seria compatível com regime constitucional que lhes atribui eficácia reforçada, e coloca em um primeiro plano o princípio da dignidade da pessoa humana. Na Espanha, a ‘cláusula de comunidade’ também foi rechaçada, na Sentença 22/1984 do Tribunal Constitucional. (...) Nos Estados Unidos, por exemplo, a jurisprudência vem recusando a constitucionalidade de restrições muito amplas às liberdades fundamentais, tendo construído, neste particular, a chamada *Void for Vagueness Doctrine*, incidente sobretudo em questões envolvendo a aplicação da 1ª Emenda. De acordo com esta doutrina, as restrições às liberdades constitucionais são inválidas por excessiva vagueza, quando as regras limitadoras forem tão indefinidas que a linha entre a conduta válida e a inválida do particular se torne matéria controvertida entre pessoas de boa-fé e inteligência mediana. Esta indefinição é considerada inconstitucional, entre outras razões, por conta do perigo para a liberdade individual decorrente da discricionariedade excessiva conferida aos aplicadores do direito, provocada pela inexistência de standards balizadores explícitos. (...) Em Portugal, o Tribunal Constitucional também rechaçou a possibilidade de instituição de restrições a direitos fundamentais em termos excessivamente vagos, no Acórdão 285/1992”.

Legislativo e ao Poder Executivo, assume força normativa, dotada de aplicabilidade e imperatividade (BARROSO, 2006, p. 97-148).

Neste sentido, o direito administrativo passou a incorporar mecanismos que buscassem sanar eventuais déficits de legitimidade democrática, advindo de práticas autoritária e antidemocráticas<sup>14</sup>, e, por conseqüente, se encontram hoje em xeque o princípio da supremacia do interesse público; a legalidade administrativa; e a intangibilidade do mérito administrativo<sup>15, 16</sup>.

Da mesma maneira, no atual cenário, passa a se discutir novos temas, dentro da ideia de estruturação estatal do Direito Administrativo, como a existência de um Direito Administrativo sem Estado, especialmente por conta do

---

<sup>14</sup> “Ninguna justificación, ni jurídica ni política y menos aun ética, puede haber para pretender aplicar al Estado moderno los criterios con los cuales funcionaron los gobiernos absolutistas del pasado. Con todo, son numerosas las doctrinas que no pocos autores siguen manteniendo hoy, como un legado espurio del pasado, incluso del pasado reciente que muchos tratan de “olvidar” pero que otros recuerdan vívidamente. La irrenunciable labor del jurista es estar atento para detectarlas como erróneas, denunciar su filiación histórico-política y su falsedad en el confronto con los hechos y en función de ello suprimirlas cuando corresponda, para dar verdadera vigencia a los principios del Estado de Derecho” (GORDILLO, 2003, p. II-11).

<sup>15</sup> “I) o dito princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que serviria de fundamento e fator de legitimação para todo o conjunto de privilégios de natureza material e processual que constituem o cerne do regime jurídico-administrativo. II) a legalidade administrativa como vinculação positiva à lei, traduzida numa suposta submissão total do *agir administrativo* à vontade previamente manifestada pelo Poder Legislativo. Tal paradigma costuma ser sintetizado na negação formal de qualquer vontade autônoma aos órgãos administrativos, que só estariam autorizados a agir de acordo com o que a lei rigidamente prescreve ou faculta. III) a intangibilidade do mérito administrativo, consistente na incontornabilidade das escolhas discricionárias da Administração Pública, seja pelos órgãos do contencioso administrativo, seja pelo Poder Judiciário (em países, como o Brasil, que adotam o sistema de jurisdição una), seja pelos cidadãos, através de mecanismos de participação direta na gestão da máquina administrativa. IV) a idéia de um Poder Executivo unitário, fundada em relações de subordinação hierárquica (formal ou política) entre a burocracia e os órgãos de cúpula do governo (como os Ministérios e a Presidência da República). Na tradição do constitucionalismo brasileiro, a fórmula da Administração unitária é sintetizada, como no art. 84, inciso II, da Constituição de 1988, na competência do Chefe do Executivo para exercer a *direção superior* da Administração, com o auxílio dos Ministros de Estado” (BINENBOJM, 2008, p. 23-24).

<sup>16</sup> “Um dos primeiros factores reveladores da crise de identidade do moderno Direito Administrativo, expressando ainda um desenvolvimento reflexo dos excessos intervencionistas do Estado de bem-estar (v. *supra*, n. 9.2.10), reside na verdadeira ‘fúria’ privatizadora que tem alastrado pela Administração Pública e que, sem prejuízo do seu sentido polissêmico, encontra quatro principais manifestações: (a) privatização das formas organizativas da Administração Pública; (b) privatização da gestão ou da exploração de tarefas administrativas; (c) privatização do Direito regulador da actividade administrativa; (d) privatização das relações laborais infra-administrativas” (OTERO, 2011, p. 304).



modelo europeu<sup>17</sup>, diante do desenvolvimento do conceito de direito administrativo comunitário e de soberania compartilhada<sup>18</sup> — construído principalmente durante a segunda quadra do Século XX (RAMÍREZ-ESCUADERO, 2004) — em que os Estados continuam a ser nações soberanas e independentes, mas há o compartilhamento de suas soberanias, em um modelo distinto, diante da sua estrutura quase federal (RAMÍREZ-ESCUADERO, 2003 e RAMÍREZ-ESCUADERO, 2006, p. 53-90):

É o que se observa, exemplificativamente, na grande maioria dos Estados-Membros da União Europeia, que optaram pela supremacia do direito comunitário e internacional em relação ao direito constitucional nacional<sup>19</sup>, como nas Cartas Constitucionais da França<sup>20</sup>, Alemanha<sup>21,22</sup> e Portugal<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> O processo de integração da União Europeia, remonta ao final da II Guerra Mundial (1939-1945). Em 19 setembro de 1946, o ex-Primeiro-Ministro britânico Winston Churchill, pronunciou o célebre discurso na Universidade de Zurique (Suíça), considerado o primeiro passo para a integração europeia no período pós-guerra. Em 05 de maio de 1949, o Conselho da Europa foi fundado pelo Tratado de Londres, visando à unidade entre os membros da Europa. Em 09 de maio de 1950, o Ministro dos Negócios Estrangeiros francês Robert Schuman, deu o primeiro passo no processo de fundação da Comunidade Europeia, propondo um mercado comum do carvão e do aço. Em 18 de abril de 1951, o Tratado de Paris estabeleceu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA). Em 25 de março de 1957, foi assinado o Tratado de Roma, que instituiu a Comunidade Europeia da Energia Atômica (EURATOM) e a Comunidade Econômica Europeia (CEE). O Ato Único Europeu (SEA) em 1986, revisa o Tratado de Roma, visando à criação de um mercado único até 1992. Em 7 de fevereiro de 1992, foi criada a União Europeia pelo Tratado de Maastricht. O Tratado de Maastricht também altera a denominação de Comunidade Econômica Europeia (CEE), para Comunidade Europeia (CE). O Tratado de Amsterdã em 1997, altera as disposições dos Tratados de Maastricht e o Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (que terminou em 2002), tratando de temas como segurança e imigração, e estabelecendo novos princípios e responsabilidades no domínio da política externa e de segurança. O Tratado de Nice foi assinado em 2001, alterando o Tratado de Maastricht e o Tratado de Roma, e reformando as estruturas institucionais da União Europeia, proporcionando novas regras de cooperação mais estreita, e provisões para fazer face às consequências financeiras do fim da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA). Finalmente, em 13 de dezembro de 2007, foi assinado o Tratado de Lisboa (que entrou em vigor em 01 de dezembro de 2009), que altera o Tratado de Maastricht e o Tratado de Roma, visando à consolidação da personalidade jurídica da União Europeia. Ver Craig (2011, p. 1-28).

<sup>18</sup> A soberania compartilhada na União Europeia, significa que os Estados-membros delegam parcela de seu poder soberano para instituições criadas pelos próprios Estados (CRAIG; 2011, 266-315).

<sup>19</sup> Segundo Waldir Alves (2013, p. 334), “não há o preestabelecimento de como a Convenção Europeia de Direitos Humanos deve se situar no ordenamento jurídico nacional, podendo ser distinguidas três possibilidades diversas: com *status* constitucional, como no caso da Áustria e Holanda; com *status* supralegal, em grau superior as leis, porém não no mesmo grau da Constituição, sendo exemplos a Suíça, Liechtenstein, Bélgica, França, Grécia, Luxemburgo, Malta, Portugal, Espanha e Chipre; e com *status* de lei ordinária, à qual é recorrido como auxílio

para a interpretação dos direitos fundamentais nacionais, como ocorre na Alemanha, Itália, San Marino, bem como em Estados escandinavos como a Dinamarca, Noruega e Suécia, que somente incorporaram a Convenção nos últimos anos”.

<sup>20</sup> Assim, por exemplo, na França, os tribunais entenderam pela supremacia do direito comunitário decorrente da interpretação do artigo 55 da Constituição que prevê “Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie” ou do artigo 88-1 da Constituição, que afirma que a França participará na UE nos seguintes termos “La République participe à l’Union européenne constituée d’États qui ont choisi librement d’exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l’Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, tels qu’ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007”. Constituição da França. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

<sup>21</sup> Na Alemanha, a supremacia está baseada principalmente no que é agora o artigo 23.1 da Constituição alemã, que trata especificamente da União Europeia, e permite a transferência de poderes soberanos ao dispor que “With a view to establishing a united Europe, the Federal Republic of Germany shall participate in the development of the European Union that is committed to democratic, social and federal principles, to the rule of law, and to the principle of subsidiarity, and that guarantees a level of protection of basic rights essentially comparable to that afforded by this Basic Law. To this end the Federation may transfer sovereign powers by a law with the consent of the Bundesrat. The establishment of the European Union, as well as changes in its treaty foundations and comparable regulations that amend or supplement this Basic Law, or make such amendments or supplements possible, shall be subject to paragraphs (2) and (3) of Article 79”. Constituição da Alemanha. Disponível em: <[https://www.bundestag.de/blob/284870/ce0d03414872b427e57fccb703634dcd/basic\\_law-data.pdf](https://www.bundestag.de/blob/284870/ce0d03414872b427e57fccb703634dcd/basic_law-data.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2019.

<sup>22</sup> Ademais, o artigo 25º da Grundgesetz alemã, afirma que as normas do Direito Internacional geral são parte integrante do direito federal, e prevalecem sobre as leis federais. Constituição da Alemanha. Disponível em: <[https://www.bundestag.de/blob/284870/ce0d03414872b427e57fccb703634dcd/basic\\_law-data.pdf](https://www.bundestag.de/blob/284870/ce0d03414872b427e57fccb703634dcd/basic_law-data.pdf)>. Acesso em: 13 mar. 2019.

<sup>23</sup> O artigo 8º da Constituição portuguesa prevê que as normas do Direito Internacional são parte integrante do direito federal nos seguintes termos: “1. As normas e os princípios de Direito Internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram directamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respectivos tratados constitutivos. 4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respectivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático”. Constituição portuguesa. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

Da mesma forma, o fenômeno da globalização e a atuação regulatória de órgãos supranacionais, como a ONU, OCDE, Banco Mundial FMI etc, trazem a discussão sobre um direito administrativo global, buscando uma maior integração entre os sistemas jurídicos local e internacional, e, da mesma forma, afastando a ideia de soberania exclusiva do Estado na produção normativa, a demonstrar a reconceptualização do modelo de Westphalia.

Desta feita, neste cenário, a ideia dos Poderes Administrativos e da própria Administração Pública, vêm sofrendo profunda transformação, na medida em que, no Estado Democrático de Direito, a ideia de verticalidade estatal, que tem relação direta com a *puissance publique*, em um modelo de administração concertada, pelo qual a administração pública, em princípio, renuncia à imposição de seu próprio critério de forma imperativa e unilateral e se esforça para encontrar um ponto de equilíbrio adequado entre os interesses públicos que deve perseguir e os interesses particulares das pessoas física e jurídicas, deve ser a tônica da atuação estatal.

### III. TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO E O PAPEL ESTABILIZADOR DA ADVOCACIA PÚBLICA.

Ao se fazer um pequeno apanhado sobre as principais funções da Advocacia Pública, e, da mesma forma, sua perspectiva histórica contemporânea, se mostra bastante claro que a sua atuação se liga ao compromisso democrático, ou seja, à viabilidade das políticas do Poder Público e a governabilidade nos regimes democráticos, uma vez que a vontade democrática é mediada pelos representantes eleitos.

É bem verdade que há também um compromisso com a juridicidade, com a obediência à constituição e às leis (BINENBOJM, 2014, v. , p. 111-123), ou seja, apesar de historicamente a Advocacia Pública ser um órgão extremamente recente no sistema jurídico<sup>24,25</sup>, ao menos sob a atual configuração constitucional, é notável

---

<sup>24</sup> Observa-se que durante o período colonial e imperial as Ordenações Afonsinas já previam o cargo de Procurador dos Nossos Feitos, ao qual se incumbia, precipuamente, a defesa dos direitos da Coroa. Com as Ordenações Filipinas, vigentes a partir de 1.603, criam-se os cargos de Procurador dos Feitos da Coroa e de Procurador dos Feitos da Fazenda, criado para exercer atribuições referentes aos feitos fazendários, antes atribuídas ao Procurador dos Nossos Feitos. Com a criação da "Relação do Estado do Brasil", instalada, no ano de 1.609 em Salvador, fundiram-se, no Brasil, no cargo de Procurador dos Feitos da Coroa, as funções do Procurador dos Feitos da Fazenda e Procurador Fiscal. Com a proclamação da independência, o Decreto de 21 de fevereiro de 1824 alterou a denominação Procurador dos Feitos da Coroa para Procurador da Coroa e Soberania Nacional. Já na república, o Decreto nº 967, de 2 de janeiro de 1903, criou a

o desenvolvimento de funções institucionais ligadas ao cumprimento de sua função democrática, garantindo a realização da atuação administrativa dentro de parâmetros contemporâneos<sup>26</sup> de proteção de direitos constitucionais (MARTINS DE ARAÚJO, 2012).

Esta temática, mais recentemente, também passou a ser trabalhada em paralelo com a discussão do redimensionamento do papel do Poder Judiciário e da legitimidade das instituições revisarem deliberações através da promoção de interpretações do texto constitucional.

---

Consultoria-Geral da República. A Procuradoria-Geral da República havia sido criada pouco antes, em 1890, pelo decreto 848 (GUEDES, 2009).

<sup>25</sup> Antes da promulgação da Constituição da República de 1988 a representação judicial da União (Administração direta) estava a cargo do Ministério Público da União. Da mesma forma, as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo estavam confiadas à Consultoria-Geral da República, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelas Procuradorias-Gerais e departamentos jurídicos das autarquias e das fundações federais (GUEDES, 2009).

<sup>26</sup> A estrutura da Advocacia Pública, no Direito Comparado, varia substancialmente, a depender do país analisado. El Ministério Público de Argentina é um órgão composto pelo Ministério Público Fiscal e pelo Ministério Público de la Defensa. O Ministério Público Fiscal é responsável pela defesa do interesse público em processos judiciais. O Ministério Público de la Defensa é responsável por defender os direitos de pessoas perseguidas por tribunais nacionais ou, por algum motivo, não podem se defender. Já nos Estados Unidos, o *United States Attorney General* é o chefe do *United States Department of Justice* e é considerado o principal advogado do governo dos EUA. Além disso, o *Attorney General* possui a atribuição de emitir pareceres jurídicos quando solicitado pelo Presidente dos Estados Unidos. O gabinete do *Attorney General* foi estabelecido pelo *Judiciary Act* de 1789. O *United States Solicitor General* é a pessoa designada para representar o governo federal dos Estados Unidos perante a Suprema Corte dos Estados Unidos e supervisionar e conduzir casos em que o governo é parte. No Reino Unido os *Law Officers of the Crown* são os conselheiros jurídicos da Coroa e representam o Reino Unido e os países da *Commonwealth* perante os tribunais, além de supervisionar a persecução penal. Logo, os os *Law Officers of the Crown* absorvem atribuições que, no Brasil, são divididas entre Ministério Público e Advocacia Pública. Os chefes dos *Law Officers of the Crown* são os *Attorney General* (em certos lugares chamado de *Advocate General*, como na Escócia, desde 1999), e, no caso da Inglaterra e País de Gales especificamente, o *Her Majesty's Attorney General for England and Wales* assessora e aconselha juridicamente diretamente a Coroa e o gabinete, representa-os perante os tribunais. Na Itália a *L'Avvocatura dello Stato* estabelecida pelo Decreto Real de 30 de outubro de 1933 n. 1611 é o órgão jurídico do Estado a que são atribuídas tarefas de assessoria jurídica e de defesa do Estado, cuja cúpula é o *l'Avvocato Generale dello Stato*, com sede em Roma. O *DER GENERALBUNDESANWALT BEIM BUNDESGERICHTSHOF* também é parte do Ministério da Justiça é um "advogado" do governo federal. Sua representação é para processos administrativos e procedimentos judiciais relativos à Justiça Federal, nos *BUNDESVERFASSUNGSGERICHT* (Tribunal Constitucional Federal da Alemanha) e *BUNDESGERICHTSHOF* (Tribunal de Justiça Federal da Alemanha), ver Pedra (2014, p. 22-35).

Esta modificação conceitual reconhece algumas ideias fundamentais, em especial a de que há um novo paradigma regendo o constitucionalismo contemporâneo, em que a questão deixa de ser quem deve interpretar ou que Poder deve fazê-lo, e passa a indicar a necessidade de se buscar uma teoria construída a partir de uma proposta cooperativa pela qual as instituições possam compartilhar fundamentos comuns ao operacionalizar as ordens jurídica e política da realidade democrática (HOGG, 1997).

Na verdade, pautado na ideia de que no âmbito das atividades jurisdicionais e administrativas as controvérsias devem ser resolvidas por meio de uma atividade dialógica, acaba por problematizar o tradicional comportamento imperativo do Estado, dentro do parâmetro central de cooperação em uma ordem constitucional, de modo a lhe proporcionar maior coesão e estabilidade.

Sob esse prisma, a atuação da Advocacia Pública deve ser desenvolvida a partir de um procedimento democrático de decisão compatível com as diferentes concepções de uma sociedade pluralista (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002 e WALDRON, 1993, p. 18-51), transformando o discurso dos direitos constitucionais de um monólogo em um rico e mais equilibrado diálogo interinstitucional, que reduz, se não elimina, a tensão entre a proteção administrativa dos direitos fundamentais e a tomada de decisão democrática (DIXON, 2011).

Logo, a integração estável das instituições no plano cooperativo, deve ser o resultado da atividade constitucional-democrática nas sociedades atuais, e desta forma, o contínuo diálogo permite a participação das instituições na determinação do equilíbrio apropriado (TREMBLAY, 2005, p. 617-648 e LECLAIR, 2003), em que a proteção de direitos deve envolver a atuação conjunta de todas as instituições<sup>27</sup>, especialmente da Advocacia Pública, a partir da percepção de que todas são responsáveis por uma dimensão da tarefa de guarda da Constituição, sobretudo no contexto de sociedades marcadas por desacordos persistentes a respeito das mais variadas questões.

Neste sentido, a Advocacia Pública deve atuar dialogicamente, buscando alcançar uma deliberação que atenda aos interesses e valores da coletividade, resultados de uma prática discursiva racional e verificando o respeito empenhado aos fundamentos constitucionais e da razão pública (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).

---

<sup>27</sup> A Suprema Corte do Canadá, atribuiu uma definição muito ambiciosa de diálogo no caso *Vriend v. Alberta* de 1998, expondo que os tribunais possuem atribuições visando à defesa da Constituição, e é a própria Constituição expressamente que lhes compete tal papel. No entanto, é igualmente importante o respeito mútuo entre esses poderes, para fins de concretização da democracia constitucional.



Logo, ao se romper com a concepção tradicional que enxerga a tripartição dos poderes como suficiente para a organização institucional, passa-se a um novo modelo de pensamento decisório na esfera pública<sup>28</sup>, e, neste sentido, pode-se entender que a partir desta visão, pautada nos meios juridicamente legítimos de coadjuvação das instituições, orientados a partir do diálogo institucional que coloque em xeque a supremacia de algum dos Poderes, em particular do Poder Judiciário, com base em mecanismos de cooperação institucional em um diálogo dinâmico e deliberativo, a ideia de que a interpretação constitucional passa a ser legitimamente exercida tendo em conta o reconhecimento de uma nova e justa parceria entre os Poderes Constituídos e as demais instituições, em particular, a Advocacia Pública.

---

<sup>28</sup> A ideia de esfera pública aqui adotada, se liga à concepção Habermasiana da dimensão pública, na qual ocorre a comunicação entre membros de uma comunidade em discursos racionais, reconhecendo-se mutuamente como membros livres e iguais. Para Jürgen Habermas, o Princípio do Discurso desempenha um papel relevante na ideia de esfera pública, ao delimitar o modo como ocorre esta comunicação não etnocêntrica e reflexiva, através da ação racional, e com o reconhecimento intersubjetivo de posturas na liberdade comunicativa. Assim, para Habermas, o Princípio do Discurso toma a forma de um Princípio Democrático, para proporcionar uma função legitimadora a este processo de comunicação entre os membros da comunidade no processo de formação da opinião, na garantia da autonomia privada e na regulação das relações entre cidadãos livremente associados. Por outro lado, para Jürgen Habermas, o Princípio do Discurso é autônomo em relação ao direito e à moral. Todavia, como as fundamentações pós-tradicionais exigem a forma jurídica para compensar os déficits da moral, os preceitos morais são absorvidos pela faticidade de produção normativa, que impõe o comportamento conforme a norma, permitindo que a moral irradie sobre todos os âmbitos de ação. Logo, o fenômeno jurídico é uma estrutura normativa capaz de contemplar uma abertura para os discursos morais, permitindo o uso da racionalidade comunicativa. Assim, a legitimidade é obtida através da legalidade, na medida em que os processos para a produção de normas jurídicas são racionais no sentido de uma razão prático-moral procedimental. Desta feita, o direito possui abertura para uma moralidade procedimental, porquanto, para ser legítimo, precisa ser juridicamente sensível às pretensões normativas que são racionalizadas no espaço público. Assim, para Habermas, os fundamentos do direito estão ancorados na atuação deliberativa/discursiva sobre questões políticas ou morais dos cidadãos discutidos na esfera pública. Logo, a prática discursiva, em um procedimento permanente, possibilita a legitimação do direito, impondo a prática de uma razão comunicativa que constrói o Direito, numa concepção intersubjetiva de valores morais compartilhados e resultantes dos acertos discursivos, firmados entre sujeitos numa situação ideal de fala. Nesta condição ideal de fala, não está em jogo um *status* de igualdade, mas um *status* de liberdade discursiva, quando os indivíduos procuram o consenso em suas diferentes concepções de mundo. Logo, a condição ideal de fala, se resolve na exigência de se permitir a prática discursiva como uma constante procedimental, isto é, a pessoa e o procedimento racional se configuram a partir de uma prática construtiva discursiva, que busca o consenso e a igualdade entre cidadãos livres e iguais dentro da esfera pública. Para tanto, vide Habermas (1996).

Ou seja, na verdade, a interpretação constitucional não se encerra com a tomada de decisão pelo Poder Judiciário, visto que não só o Poder Legislativo, como a sociedade e as demais instituições, podem interpretar de forma distinta a questão controversa, apesar de seguirem a decisão definitiva tomada pelo Poder Judiciário<sup>29</sup>, e, da mesma forma, um padrão democrático puramente estabelecido em uma ditadura das maiorias, termina por reproduzir danosamente uma noção de *legislature supremacy* na conformação constitucional<sup>30,31,32</sup>.

<sup>29</sup> Podemos citar como exemplo o caso *Roe v. Wade* de 1973, quanto à questão do aborto nos Estados Unidos. A Suprema Corte decidiu que, o direito de interromper a gravidez, estaria protegido pelo direito constitucional à privacidade. Os grupos que se opuseram à decisão, passaram a tentar revertê-la, enquanto os movimentos no sentido contrário, também se mobilizaram para apoiar o precedente. O embate entre as posições favoráveis e contrárias ao aborto (*pro-life v. pro-choice*), demonstrou que a decisão da Suprema Corte não encerrou o debate constitucional sobre o aborto naquele país. A *Abortion Act* de 1967 do Reino Unido, encerra o mesmo debate, sob o prisma do Poder Legislativo, visto que inúmeros setores da sociedade favoráveis e desfavoráveis ao aborto, se manifestaram durante o procedimento legislativo até a aprovação da norma, contudo, o debate permanece aberto.

<sup>30</sup> É bem verdade que as recentes Cartas Constitucionais do *Commonwealth*, oferecem ao Poder Legislativo poder formal amplo para substituir direitos e, portanto, também as decisões judiciais, em um modelo novo e distinto de controle judicial, em que os tribunais têm ampla autoridade para interpretar as disposições constitucionais de direitos, mas legislaturas nacionais podem superar interpretações dos tribunais constitucionais pelo voto por maioria simples. Podemos citar aqui a Carta Canadense de Direitos e Liberdades de 1982; o *Bill of Rights* da Nova Zelândia de 1990; o *Human Rights Acts* do Reino Unido de 1998; e as duas cartas da Austrália, o *Human Rights Acts* de 2004 e a Carta Vitoriana de Direitos e Responsabilidades de 2006.

<sup>31</sup> Nos Estados Unidos, principalmente pela dificuldade do processo de reforma, as respostas legislativas às decisões da Suprema Corte, veiculadas por emendas constitucionais são extremamente raras. Somente em quatro oportunidades o Congresso norte-americano alterou formalmente a Constituição, com vistas a superar decisão constitucional da Suprema Corte. A décima primeira emenda superou o precedente *Chisholm v. Georgia* de 1793, para afirmar a competência dos tribunais federais para julgar demandas contra os Estados-membros, o que havia sido negado pela Suprema Corte. A décima terceira emenda superou o entendimento fixado em *Dred Scott v. Sandford* de 1857, no qual a Suprema Corte negou cidadania norte-americana, e, conseqüentemente, as garantias constitucionais aos negros, para extinguir textualmente a escravidão. A décima sexta emenda foi aprovada para superar o precedente fixado em *Pollock v. Farmers Loan & Trust Co.* de 1895, no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei que tributava uniformemente o imposto de renda, sob o argumento de que se tratava de imposto indireto que deveria seguir a regra da proporcionalidade. Por fim, a vigésima sexta emenda superou a decisão da Suprema Corte no caso *Oregon v. Mitchell* de 1970, no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de lei federal que obrigava os Estados a reduzir a idade mínima para o voto para dezoito anos, por considerá-la aplicável apenas às eleições federais. Para tanto, vide Brandão (2012).

<sup>32</sup> A Constituição de 1934, contemplava a possibilidade do Poder Legislativo invalidar as decisões proferidas pelo Poder Judiciário em sede de controle de constitucionalidade. Da mesma forma,

Desta forma, entende-se que a dinâmica atual da sociedade contemporânea, necessita de uma melhor estruturação do funcionamento institucional e da relação entre os Poderes, visto que são as instituições que concretizam a legitimidade estatal, ou seja, o diálogo aprofundado, fundado em um espírito de respeito e tolerância à razão pública, deve ser um fator inerente à atuação das instituições, a partir da conciliação entre os valores constitucionais e os da razão pública, afastando uma visão idealizada e romântica, segundo a qual o intérprete teria todo o conhecimento e tempo necessários para obter resultados ótimos<sup>33</sup>.

Como resultado, a legitimidade das decisões judiciais depende de pluralismo e consensualismo<sup>34</sup>, arquitetados a partir de uma cadeia de reconhecimento pelos

---

as Propostas de Emenda Constitucional (PEC's) 03/2011 e 33/2013, tratam da possibilidade do Poder Legislativo rever decisões tomadas pelo Poder Judiciário.

<sup>33</sup> Aqui entra o debate acerca da *first-best theory* e da *second-best theory*, original da teoria econômica, e que foi aplicada à realidade da teoria constitucional a partir de uma vertente institucional de análise por Cass Sunstein e Adrian Vermeule (2009).

<sup>34</sup> Segundo Rodrigo Brandão (2012), contudo, “há casos em que a dinâmica das relações entre Suprema Corte e Parlamento não se pautou por uma conversa deliberativa, mas por uma lógica conflituosa.” O autor refere-se às *law in your face* canadenses, assim compreendidas as leis destinadas a pura e simplesmente reverter a orientação da Suprema Corte por reputá-la errada ou inaceitável. Ainda segundo Brandão “Cite-se, por exemplo, os casos *O'Connor* e *Mills*. No primeiro, o Bispo Hubert O'Connor era acusado de estuprar quatro estudantes aborígenes em uma escola dirigida por ele. Em sua defesa, O'Connor solicitou o acesso a registros dos tratamentos médico e psicológico das vítimas. A Suprema Corte atribuiu aos juízes competentes o dever de sopesar os direitos à ampla defesa do acusado e à privacidade da vítima, para definir se tais informações deveriam, ou não, ser disponibilizadas aos acusados. Todavia, exígua maioria (cinco juízes) afirmou que não se poderia exigir do acusado a comprovação da relevância dos dados antes de ele tomar conhecimento do seu teor, de maneira que a sua não disponibilização à defesa poderia causar a condenação de inocentes. Desta forma, todas as informações disponíveis para a acusação deveriam ser repassadas à defesa, e os dados sob a guarda de terceiros (médicos, psicólogos etc.) também deveriam lhe ser repassados desde que o juiz do caso considerasse que eles poderiam ter alguma utilidade para a defesa. Já a minoria (quatro juízes) se mostrou cética quanto à utilidade dessas informações para a defesa, e, por outro lado, revelou preocupação quanto à abertura do seu sigilo desestimular denúncias de crimes sexuais e perpetuar a vulnerabilidade das mulheres a violências sexuais. Portanto, enquanto a maioria priorizou o direito do acusado à ampla defesa, a minoria deu preeminência ao direito da vítima à privacidade e ao interesse social em punir eficazmente os crimes sexuais. Dois anos após a decisão, o Parlamento reagiu mediante a aprovação de lei destinada a fazer prevalecer a solução acolhida pela minoria da Suprema Corte, precisamente para tornar mais difícil a utilização em juízo das informações em apreço, e, assim, estimular comunicações de crimes sexuais pelas vítimas. Mais do que isso, a lei usava as mesmas palavras do voto minoritário da juíza L'Hereau Dubeau, superando, ponto a ponto, a solução acolhida pela maioria da corte. Portanto, o Parlamento não buscou uma solução intermediária que incorporasse a visão da corte, antes a reputou inaceitável e simplesmente a reverteu. A lei que superara frontalmente o seu precedente foi julgada constitucional pela Suprema Corte em *Mills*,

demais Poderes Constituídos e instituições, em especial da Advocacia Pública, na certeza de que o comprometimento de cada componente é a pedra de torque para criação de um diálogo plural que permita a transformação da sociedade (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).

#### IV. CONCLUSÃO

A atuação da administrativa na sociedade contemporânea, vem passando por profundas modificações estruturais no seu funcionamento institucional. A legitimidade estatal no Estado Democrático de Direito, passa assim a sofrer um câmbio significativo na ideia de imposição do poder d Estado e da sua ampla atuação discricionária.

Neste sentido, a horizontalidade e a neodiscricionariedade, passam a redefinir a parametricidade do agir do Estado, em uma postura extremamente mais democrática e dialógica em relação aos administrados, que passam a protagonizar, de certa maneira, o agir do Estado.

Da mesma forma, da Advocacia Pública neste cenário, passa a ter um papel central na mediação entre a concepção democrática e o cumprimento da vontade constitucional, fundado em um espírito de respeito e tolerância à razão pública, que deve ser um fator inerente à atuação das instituições.

Assim, romper com a concepção tradicional que enxerga a tripartição dos poderes como suficiente para a organização institucional, bem como a incontrastabilidade da atuação jurisdicional e administrativa, é o primeiro passo para a adoção de um novo modelo de pensamento decisório na esfera pública, e, partindo destas premissas é possível sublinhar a ideia de que a Advocacia Pública possui um papel central neste novo paradigma de atuação, levando em conta uma maneira de tornar existentes na prática os valores que se expressam na Constituição.

Sob esta ótica, concebe-se que a legitimidade das decisões depende do grau de diálogo e consenso entre as partes envolvidas, arquitetado através de uma cadeia de reconhecimento e identidade em relação à tomada de decisão judicial e de ação administrativa.

Desta feita, a partir da concepção de que cada componente tem um papel central para a base de sustentação de uma sociedade dialógica, a ideia de

---

que baseou a sua decisão na doutrina dos diálogos constitucionais. Com efeito, a corte afirmou que a interpretação obtida em *O'Connor* representava *judicially created common law*, de forma que não consistia na única interpretação possível, antes o Parlamento poderia propor, como de fato propôs, solução distinta. Neste sentido, a Suprema Corte afirmou que não tem um monopólio na proteção e promoção de direitos e liberdades, e o Parlamento também desempenha um papel importante nesse particular e frequentemente é um aliado importante de grupos vulneráveis.”

indiscutibilidade e imposição do agir estatal e jurisdicional, passa a ser substituída por uma postura menos vertical e mais cooperativa, e, especialmente neste cenário, a Advocacia Pública passa a ter um papel central na garantia do compromisso democrático, mas com respeito aos ditames constitucionais, garantindo segurança jurídica e estabilidade institucional, o que realmente permite a transformação dessa mesma sociedade em um verdadeiro projeto democrático.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. New separation of powers. *Harvard Law Review*, v. 133, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio A. da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos equivalentes às Emendas Constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 13 Jan. 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. O Papel da Advocacia Pública na estabilidade jurídica e no desenvolvimento do país. In: Adriano Sant'ana Pedra, Julio Pinheiro Faro e Pedro Gallo Vieira. (Org.). **Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014.





BOLONHA, Carlos; EISENBERG, José; RANGEL, Henrique. Problemas institucionais do constitucionalismo contemporâneo. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, v. 17, p. 288-309, 2011.

BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. Separação de Poderes da Europa aos EUA: mutações e o *judicial review*. **Anais do XX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011. p. 11132-11155.

BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CRAIG, Paul; BÚRCA, Gráinne de. **Eu law: text, cases and materials**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

DIXON, Weak-form judicial review and the American excepcionalism. **Chicago Law School Public Law and Legal Theory Working Papers Series**, n. 348, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Londres: Harvard University Press, 1978.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo, 1. Tomo: Parte general**. 6ª Ed.- Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GUEDES, Jefferson Carús. Anotações sobre 'Logares', Cargos e Carreiras da Procuradoria e da Advocacia Pública no Brasil: começo e meio de uma longa história em construção. In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **La constelación postnacional. Ensayos políticos**. Barcelona: Paidós, 2000.

HABERMAS, Jürgen **Teoria de la accion comunicativa**. Madrid: Taurus Ediciones, 1987.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse Theory of Law and Democracy**. Translated by W. Regh. Cambridge: MIT Press, 1996.

HOGG, Peter; BUSHELL, Allison. The 'Charter' dialogue between Courts and Legislatures. **Osgood Hall Law Journal**, v. 35, n. 1, 1997.

JACKSON, Vicki C. Constitucional comparisons: convergence, resistance, engagement. **Harvard Law Review**, v. 119, p. 109- 114, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. Saraiva, 2010.

L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. The Importance of dialogue: globalization and the international impact of the rehnquist court. **Tulsa Law Journal**, v. 34, 1998.

LECLAIR, Jean. Réflexions critiques au sujet de la métaphore du dialogue en droit constitutionnel canadien. **Revue du Barreau**, Numéro Spécial, 2003. Disponível em: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/jspui/handle/1866/2549>>. Acesso em: 10 jan. 2013.

LEVINSON, Daryl; PILDES, Richard. Separation of parties, not Powers. **Harvard Law Review**, v. 119, n. 1, 2006.

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

MOREIRA, E. R. Argumentação jurídica e discurso constitucional. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, v. 11, p. 137-167, 2009.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública**. O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade. Coimbra: Almedina, 2011.

PEDRA, Adriano Sant'ana; VIEIRA ADRIANO, Pedro Gallo. **Um inventário sobre a Advocacia de Estado no direito comparado sul-americano**. In: Adriano



Sant'ana Pedra, Julio Pinheiro Faro e Pedro Gallo Vieira. (Org.). *Advocacia Pública de Estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

PETTIT, Philip A. **Two dimensional democracy: national and international**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=871732>>. Acesso em: 10 Jan. 2013.

POSNER, Eric A.; VERMEULE, Adrian. **The executive unbound: after the madisonian republic**. New York: Oxford University Press, 2011.

POST, Robert; SIEGEL, Reva. The roe rage: democratic constitutionalism and backlash. **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, v. 42, p. 373, 2007.

RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. Responsabilidad de los Tribunales Nacionales y Derecho Comunitario. La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho comunitario en vía judicial, a partir de la sentencia Köbler (C-224/01) del Tribunal de Justicia. **Revista del Poder Judicial**, n. 70, 2004.

RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar, **Cuadernos de Derecho Local**, n. 3, 2003.

---

358

RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel Sarmiento. O sistema normativo da União Europeia e sua incorporação às ordens jurídicas dos Estados-membros. In: AMBOS, Kai; PEREIRA, Ana Cristina Paulo (Orgs.). **Mercosul e União Europeia: perspectivas da integração regional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RAWLS, John. **A theory of justice**. Harvard University Press, 1971.

RAWLS, John. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2000a.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. 2. ed. São Paulo: Editora Ática, 2000b.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Livraria do Advogado Editora, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Editora Lumen Juris, 2005.



SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.). **Constituição e crise política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

SUNSTEIN, Cass. Beyond Marbury: the Executive's power to say what the Law is. **Chicago Law Scholl and Economics Working Papers Series**, nº. 268, 2005.

SUNSTEIN, Cass. Designing democracy: what Constitutions do. **Adelaide Law Review**, v. 23, 397, 2002.

SUNSTEIN, Cass. Testing minimalism: a reply. **Michigan Law Review**, v. 104, p. 129, 2005.

SUNSTEIN, Cass; THAYLER, Richard; BALZ, John. Choice Archtecture. **Working Papers Series**, 2010. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1583509](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1583509)>. Acesso em: 06 Fev. 2013.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, n. 28, 2002.

359

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. The interaction of democratic mechanisms. **Harvard Law School Public Law and Legal Theory Working Paper Series**, nº. 09-22, 2009.

TREMBLAY, Luc. The legitimacy of judicial review: the limits of dialogue between courts and legislatures. **International Journal of Constitutional Law**, v. 3, n. 4, 2005.

VERMEULE, Adrian. **Mechanisms of democracy**: institutional design writ small. New York: Oxford University Press, 2007.

VERMEULE, Adrian. Second-best democracy. **Harvard Law and Policy Review (Online)**, Dec. 4, 2006.

VERMEULE, Adrian. System Effects and the Constitution. **Harvard Law School Paper**, n. 642, 2009c.



WALDRON, Jeremy. **Law and disagreement**. Oxford University Press, 1999.

WALDRON, Jeremy. A right-based critique of constitutional rights, **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 13, n. 18, p. 18-51, 1993.

WALZER, Michael. **Pluralism and democracy**. Paris: Editions Esprit, 1997.

