



Centro de Estudos da
Consultoria do Senado

A institucionalização da Advocacia do Senado Federal como salvaguarda das competências constitucionais do Congresso Nacional

Edvaldo Fernandes[#]

Textos para Discussão

72

[#] Mestre em Ciência Política (Iuperj), especialista em Direito Tributário (UCB), bacharel em Direito (UFMG) e em Comunicação Social-Jornalismo (UFMG) e Advogado do Senado Federal.

SENADO FEDERAL

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Bruno Dantas – Consultor Geral

CONSULTORIA DE ORÇAMENTOS

Orlando de Sá Cavalcante Neto – Consultor Geral

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.



Criado pelo Ato da Comissão Diretora nº 09, de 2007, o Centro de Estudos da Consultoria do Senado Federal tem por objetivo aprofundar o entendimento de temas relevantes para a ação parlamentar.

CENTRO DE ESTUDOS

Fernando B. Meneguim – Diretor

CONSELHO CIENTÍFICO

Caetano Ernesto Pereira de Araujo

Fernando B. Meneguim

Luís Otávio Barroso da Graça

Luiz Renato Vieira

Paulo Springer de Freitas

Raphael Borges Leal de Souza

Contato:

conlegestudos@senado.gov.br

URL:

<http://www.senado.gov.br/conleg/centroaltosestudos1.html>

ISSN 1983-0645

RESUMO

A dedução do regime jurídico da capacidade judiciária dos órgãos despersonalizados tornou-se crucial a partir do recente recrudescimento da judicialização da política, na medida em que a efetividade dos direitos fundamentais repousa, em última instância, sobre a interação equilibrada entre os Três Poderes. Argumenta-se, no presente artigo, que a institucionalização da Advocacia do Senado Federal decorre da capacidade judiciária da Câmara Alta do Parlamento e tem implicações com a concretização das mais emblemáticas posições jurídicas do Estado Democrático de Direito imantadas, sobretudo, no artigo 5º da Constituição. A defesa judicial das prerrogativas do Poder Legislativo por órgão próprio, sem liame de subordinação com o Poder Executivo, é *conditio sine qua non* para a implementação dos princípios da separação, da harmonia e da independência e, por consequência, à otimização das condições políticas que viabilizem a universalização dos direitos fundamentais. Propõem-se, ao final, de maneira sumarizada, critérios objetivos para divisão de competência entre a Advocacia do Senado Federal e a Advocacia-Geral da União.

ABSTRACT

The deduction of the legal regime of the judicial capacity of non-personable entities has become crucial from the recent aggravation of the judicialization of politics, insofar as the effectiveness of fundamental rights that rest ultimately on the balanced interaction between the Three Powers. We argue in this article, that the institutionalization of Advocacy of the Brazilian Federal Senate results from the legal capacity of the Upper House of Parliament and it has implications with the implementation of emblematic legal positions of the Democratic State, as established in Article 5 of the Constitution. The legal defense of the prerogatives of the legislative branch by a sole agency not subordinated to the executive branch, is a *conditio sine qua non* for the implementation of the principles of the separation, harmony and independence of powers and, consequently, the optimization of the political conditions that enables the “*universalization*” of fundamental rights. Finally, we present a summarized proposal of objective criteria for the division of attributions between the advocacy of the Senate and Federal Advocacy.

Sumário

| | |
|---|----|
| 1. A capacidade judiciária do Poder Legislativo | 3 |
| 2. Implicações da doutrina da capacidade judiciária do Poder Legislativo com a Teoria dos Direitos Fundamentais | 7 |
| 3. Fundamentos da institucionalização da Advocacia do Senado Federal | 12 |
| 4. Distribuição de competência entre a Advocacia-Geral da União e a Advocacia do Senado Federal | 14 |
| 5. Conclusões | 17 |
| Bibliografia | 18 |

A institucionalização da Advocacia do Senado Federal como salvaguarda das competências constitucionais do Congresso Nacional

O objetivo deste artigo é analisar a distribuição de competência entre a Advocacia-Geral da União (AGU) e a Advocacia do Senado, à luz da Teoria dos Direitos Fundamentais.

1. A capacidade judiciária do Poder Legislativo

A literalidade do artigo 131 da Constituição atribui à Advocacia-Geral da União a representação judicial e extrajudicial da União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Por exclusão, restaria à Advocacia do Senado Federal, à primeira vista, tão somente a consultoria e o assessoramento jurídico dessa Câmara parlamentar.

O artigo 41 do Código Civil¹, ao cobrir todos os órgãos públicos federais sob o véu de pessoa jurídica una, reforçaria a interpretação de que todos sempre comparecem em juízo representados pela Advocacia-Geral da União. É que o artigo 7º do Código de Processo Civil² assegura a toda pessoa no exercício de seus direitos a capacidade de estar em juízo.

Assim, tais órgãos, por não configurarem pessoa jurídica *per si* não poderiam praticar atos processuais em nome próprio. Não é por outra razão que o artigo 12³ do mesmo Código de Processo Civil dispõe que a União e os demais entes federativos se representam em juízo pelos respectivos procuradores.

¹ Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; ([Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005](#))

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, as pessoas jurídicas de direito público, a que se tenha dado estrutura de direito privado, regem-se, no que couber, quanto ao seu funcionamento, pelas normas deste Código.

² Art. 7º Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo.

³ Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores;

Da teoria da imputação volitiva, de Otto Gierke, extrai-se que o órgão público é um centro de competência representado pelos respectivos agentes públicos, cuja atuação deve ser atribuída à pessoa jurídica à qual se vincula. Isso porque tais células da Administração Pública seriam desprovidas de vontade. Seus atos são imputados ao ente que integram.

Assim, regra geral, a Advocacia-Geral da União, de fato, representa judicial e extrajudicialmente o ente União e seus órgãos integrantes, inclusive aqueles alocados nos Poderes Legislativo e Judiciário pelo simples fato de que o centro da vontade que move uma e outros é sempre a mesma.

O regime jurídico da representação judicial de órgãos públicos é mais complexo, porém, do que parece. Essa concepção de que todos os atos da União e de seus órgãos integrantes têm liame causal com vontade que promana de fonte singular é incompatível com o princípio da separação de poderes. O princípio da independência confere ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário vontade própria. Portanto, cada um dos três Poderes são sujeitos de direitos, de cuja violação nascerá a correspondente pretensão.

É verdade que a lógica da harmonia pode permitir a síntese dos interesses peculiares de cada um desses Poderes, de maneira que os três Poderes sejam representados indistintamente pela Advocacia-Geral da União, como se se tratasse de um agente singular. Essa sincronia deve ser, aliás, a regra geral.

Contudo, como se tratam de poderes independentes, é inevitável que surjam entre eles conflitos e, na hipótese, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário poderão se valer de órgão jurídico próprio para representar seus interesses em juízo.

O Supremo Tribunal Federal, em contraposição à suposta representatividade judicial universal da AGU no plano federal, reconheceu há muito a legitimidade de órgãos desprovidos de personalidade jurídica, como são os Poderes da República, para promover ações judiciais em nome próprio para tutelar seus direitos específicos:

o órgão despersonalizado impetrante é titular, por força da Constituição, desse poder jurídico que, em nosso direito positivo, se conceitua como 'direito positivo'. E tem ele, pois, interesse legítimo para defender esse 'direito' pela impetração [de mandado de segurança]. (Supremo Tribunal Federal, 1973.).

Em decorrência desse entendimento, que está amparado nos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da ampla defesa (incisos XXXV⁴ e LV⁵ do artigo 5º da Constituição, respectivamente), e pelas implicações do princípio da separação de poderes, os interesses jungidos à representação judicial e extrajudicial da AGU são: a) aqueles interesses indivisíveis da União; b) os interesses divisíveis da União à luz do princípio da

⁴ “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

⁵ “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.”

separação, quando os três Poderes atuarem de forma harmônica; ou c) os interesses divisíveis da União, quando se tratar de interesses específicos do Poder Executivo.

Não cabe à Advocacia-Geral da União, a não ser mediante mandato específico, a defesa de interesses do Judiciário e do Legislativo em ações judiciais cuja controvérsia envolva prerrogativas desses Poderes ou questões administrativas intrincadas com sua independência institucional.

O órgão de representação judicial e extrajudicial do Poder Executivo não poderia imbuir-se da função de promotor natural da tutela jurisdicional das prerrogativas dos Poderes republicanos rivais, contra as quais se arvora, no mais das vezes, o próprio presidente da República e seus órgãos auxiliares. Tal usurpação, inequívoca burla ao princípio da ampla defesa e do contraditório, feriria cláusula pétrea por marchar contra o princípio da separação dos poderes (inciso do III d § 4º do artigo 60 da Constituição).

Estivesse a representação judicial de todo e qualquer órgão federal de quaisquer dos Poderes concentrada na Advocacia-Geral da União, o Executivo gozaria de ampla vantagem comparativa em relação aos êmulos por deter o controle político e administrativo da Advocacia-Geral da União.

O Judiciário, além de valer-se do instituto da reclamação para preservar a competência e a autoridade das decisões de sua mais alta corte (alínea I do inciso I do artigo 102 da Constituição), é o titular da própria jurisdição. Portanto, a atuação judicial da Advocacia-Geral da União contra os interesses do Poder Judiciário tende a ser ociosa. Prejuízo haveria apenas na hipótese de omissão da AGU, em razão do princípio da inércia que informa o terceiro Poder.

Já o Ministério Público, órgão que goza de independência em relação aos Três Poderes (§ 1º do artigo 127 da Constituição), razão por que chega a ser descrito como quarto Poder (Lyra, 1989, p. 15), foi constituído promotor natural da tutela da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Como órgão despersonalizado, é representado judicial e extrajudicialmente pela Advocacia-Geral da União, não, contudo, quando a controvérsia girar em torno de suas prerrogativas constitucionais, ocasião em que postulará em nome próprio.

Ainda que se admita que o *parquet*, como qualquer órgão federal despersonalizado, é sempre representado em juízo pela AGU, aquele poderia promover diretamente ação judicial em defesa de suas atribuições ao argumento de que integram a ordem jurídica que a ele compete proteger.

Portanto, é o Legislativo que mais se fragiliza com a distorção na sistemática da representação judicial dos Poderes que atribua mandato incontratável à AGU.

O Parlamento detém controle fraco sobre a Advocacia-Geral da União, que não difere do controle meramente fiscalizatório que exerce sobre qualquer órgão ministerial, nos termos dos artigos 50, 70 e 71 da Constituição.

Nem poderia ser diferente, porque a AGU, como órgão auxiliar do chefe do Poder Executivo, é imune ao poder de autoconformação do Legislativo, exatamente em

razão do princípio da separação de poderes. Logo, esse órgão jurídico é autarquia em relação ao Parlamento, condição que a torna incompatível com a representação judicial *stricto sensu* dos órgãos legislativos da União.

Sustentar que o regime jurídico da representação judicial do Executivo pela AGU é idêntico ao da representação judicial do Legislativo por esse mesmo órgão jurídico é incorrer em gritante inconstitucionalidade, que amesquinha a independência do Legislativo.

O saudoso ministro Victor Nunes Leal já se manifestou sobre a imperatividade lógica da capacidade judiciária do Poder Legislativo para manutenção do equilíbrio do sistema democrático:

Não resta dúvida de que a câmara de vereadores é apenas um órgão do município, incumbindo-lhe da função deliberativa da esfera local. Sendo, entretanto, um órgão independente do prefeito no nosso regime de divisão de poderes (que projeta suas consequências na própria esfera municipal), sua competência privativa envolve, necessariamente, direitos que não pertencem individualmente aos vereadores, mas a toda corporação de que fazem parte. Se o prefeito, por exemplo, viola esses direitos, não se pode conceber que não haja no ordenamento jurídico positivo do País um processo pelo qual a câmara de vereadores possa reivindicar suas prerrogativas. (Nunes Leal, 1960, pp. 424-439.).

Se mesmo as células menos diferenciadas do Poder Legislativo da República estão dotadas de capacidade judiciária, o que dizer daquelas de conformação nacional? O Senado Federal detém, inequivocamente, personalidade judiciária plena para promover, *sponte propria*, a tutela jurisdicional de suas prerrogativas constitucionais imantadas no artigo 52 da Constituição e alhures.

Aliás, a questão já se encontra pacificada no Supremo Tribunal Federal:

a jurisprudência desta Corte reconhece a ocorrência de situações em que o Poder Legislativo necessite praticar em juízo, em nome próprio, uma série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência frente aos demais Poderes, nada impedindo que assim o faça por meio de um setor pertencente a sua estrutura administrativa, também responsável pela consultoria e assessoramento jurídico de seus demais órgãos. (Supremo Tribunal Federal, 2004.).

Não se trata essa capacidade de estar em juízo de um mero direito subjetivo do órgão legislativo, mas de uma verdadeira supergarantia constitucional, uma vez que sobre a relação institucional equilibrada entre os Poderes repousam a efetividade dos direitos fundamentais e a perfeita operatividade do princípio democrático.

2. Implicações da doutrina da capacidade judiciária do Poder Legislativo com a Teoria dos Direitos Fundamentais

A articulação entre a simetria interpoderes e a eficácia dos direitos fundamentais já estava esboçada na primeira Constituição do Brasil:

a Divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias, que a Constituição oferece. (Brasil, 1824.).

Assim, a adequada interação entre os Poderes Políticos enunciados no artigo 2º da atual Constituição configura garantia das garantias dos direitos fundamentais, pois o Estado Democrático de Direito é tributário do pleno funcionamento do Executivo, do Legislativo e do Judiciário.

Todas as garantias fundamentais têm a função instrumental de otimizar a efetividade dos direitos individuais previstos especialmente no art. 5º da Constituição. Não é por outra razão que, na esteira da lição de Rui Barbosa, Alexandre de Moraes (2004) afirma que a diferenciação entre direitos e garantias presta-se ao confinamento, de um lado, das disposições meramente declaratórias e, de outro, de disposições assecuratórias que, para tutelar direitos, limitam o poder.

A Teoria dos Direitos Fundamentais, desenvolvida, sobretudo a partir de estudos de Robert Alexy (2006), fomenta a eficácia de posições jurídicas subjetivas, no rastro da classificação quadripartite dos *stati* de Jellinek (1912)⁶, a partir do alceamento institucional do Poder Judiciário.

O desenvolvimento do Estado Democrático para um estágio de universalidade concreta de direitos (Bobbio, 1992) impõe a superação da estratificação jellinekiana, que pressupõe uma simplória dicotomia Estado/sociedade. Nesta inere o equívoco de que os conflitos pela concretização dos direitos fundamentais extrema, sempre, o Poder Público, como entidade singular, de um lado, e a sociedade, de outro.

A otimização da eficácia dos direitos fundamentais exige que se compreendam melhor as antinomias internas ao próprio Estado. Em vez de uma relação conformadora de direitos bipolar, é de se vislumbrar uma relação tripolar ou tricotômica, Estado/Governo/sociedade, e de se considerarem as clivagens políticas internas ao Estado e ao Governo. Acentue-se que o Estado tem governança tripartite em razão do princípio da separação dos poderes. É o ente político cujo motor é a vontade geral enunciada por Jean-Jacques Rousseau (2004).

⁶ Jellinek (1912) sustentou que há quatro posições possíveis a serem ocupados pelo indivíduo em relação ao Estado: a) a posição de subordinação aos poderes públicos, na condição de detentor de deveres para com o Estado (*status* passivo); b) a posição de exigir a abstenção do Estado para preservação de uma esfera particular de liberdade (*status* negativo); c) a posição de demandar prestações positivas do Estado (*status* positivo); e, por fim, d) a posição de agente competente para influir na formação da vontade Estatal (*status* ativo).

A vontade do Estado extravasa da interação funcional entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário e não pode ser confundida com a vontade de apenas um deles. O Estado, ademais, transcende as confluências partidárias que marcam as relações Legislativo/Executivo e não tem, a rigor, um chefe.

O presidente da República exerce as funções de chefe de Estado, como as indigitadas nos incisos VII, VIII, IX e XIX do artigo 84 da Constituição, mas essas atribuições são condicionadas pelo Poder Legislativo e, eventualmente, até pelo Poder Judiciário. A chefia de Estado é, portanto, compartilhada.

Quando atua em matéria de política internacional, o presidente da República não se apresenta como chefe do Executivo, mas como representante de toda a Federação. Esse mandato, porém, não lhe atribui a condição de chefe da República, porque não tem o condão de anular a autoridade dos demais entes políticos da República.

É de se notar que a rainha do Reino Unido é chamada de chefe de Estado, mas detém poder político quase nenhum. Trata-se de uma nomenclatura de apelo, acima de tudo, cerimonial.

Já o Governo, diferentemente do Estado, tem no presidente da República seu dirigente máximo e incontestável, o que lhe confere um forte sentido de unidade. É, por natureza, produto das interações partidárias.

O Poder Legislativo, em nosso sistema, é o fiscal natural da relação de conformidade entre o mover do Governo e as diretrizes constitucionais do Estado. Quando, porém, o Parlamento não se desincumbe a contento dessa sua missão institucional, muitas vezes por força de intervenções excessivas do Governo, legitima-se a interferência do Poder Judiciário.

Manifestações do Supremo Tribunal Federal a impor balizas ao poder das maiorias no processo legislativo decisório (2004) revelam os limites da atuação das coalizões de governo no processo legislativo democrático.

O Parlamento precisa estar dotado de instrumentos que reduzam os riscos de que as incursões do Executivo e do Judiciário em seus procedimentos internos acabem por obliterar seu legítimo papel constitucional.

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, de que fala Marinoni (2006), pressupõe o direito de pleno acesso ao Poder Judiciário, inclusive pelo Poder Legislativo.

É certo que, segundo a classificação de Jellinek, esse direito está imbricado com o cidadão no *status activus*, mas aplica-se também aos próprios entes despersonalizados com papel institucional protuberante na República. Essa extensão consubstancia tutela remota à efetividade dos próprios direitos fundamentais.

É que essas posições jurídicas têm, além da evidente feição subjetiva, que gera pretensões pessoais a seus titulares, uma dimensão objetiva. Esta decorre de sua

eficácia irradiante⁷ (Sarlet, 2009), que exige a institucionalização de garantias que produzam as condições em que prospere a dignidade humana em toda a sua plenitude.

O processo justo (Grego, 2004), haja vista o disposto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, é de acesso universal, alcançando, além dos cidadãos de qualquer classe social, as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado, nacionais ou estrangeiras, e ainda os entes despersonalizados.

É que a eficácia irradiante dos direitos fundamentais impõe ao legislador

instituir procedimentos e técnicas processuais capazes de permitir a realização das tutelas prometidas pelo direito material e, inclusive, pelos direitos fundamentais materiais, mas que não foram alcançadas à distância da jurisdição. (Marinoni, 2006.).

Além dessas técnicas e procedimentos adjetivos que robustecem diretamente a própria relação jurídica de direito material, a eficácia dos direitos fundamentais depende de garantias institucionais de perfil organizacional, de que são exemplos o Ministério Público e o Poder Legislativo.

Um e outro, apesar de configurarem órgãos despersonalizados, foram imantados de capacidade judiciária que lhes assegure o *status* constitucional, a bem do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, que lhe são atávicos.

É possível deduzir que, ainda que não seja titular de direitos fundamentais, o Senado da República age na tutela indireta desses direitos quando atua em juízo em defesa de suas prerrogativas.

A hipertrofia do Poder Executivo ou do Poder Judiciário é ameaça aos direitos fundamentais, porque deteriora o ambiente político que o Constituinte programou para assegurar sua máxima efetividade, que pressupõe a coexistência harmônica entre a representação funcional dos interesses da sociedade, que em nosso sistema é presidido pelo Ministério Público, e a representação política, que tem no Congresso Nacional seu maior baluarte.

Quando o Ministério Público atua em juízo em defesa de suas prerrogativas, tutela, indiretamente, os direitos fundamentais de cuja eficácia é guardião.

Observe-se que se, de fato, a Constituição reservasse, com exclusividade, à AGU, a representação judicial e extrajudicial do Ministério Público, essa garantia institucional fundamental da sociedade restaria fragilizada em razão da ascensão do presidente da República sobre sua advocacia. O mesmo raciocínio vale para o Poder Legislativo.

⁷ A Corte Federal Constitucional alemã em 1958 assentou no julgamento do caso Lüth em 1958 que os direitos fundamentais não são apenas posições subjetivas de defesa do indivíduo contra atos do Estado, mas também constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetivo da Constituição (*apud* Shwab, 2006).

Quando o Parlamento, como representante-mor do poder político da sociedade, provoca a formação de uma relação jurídica processual para proteção de sua conformação constitucional, promove a tutela do próprio Estado Democrático de Direito, que é nascedouro e garantia última de todo e qualquer direito fundamental.

O Legislativo participa ativamente do Governo na sistemática do presidencialismo de coalizão que vem se estabelecendo no Brasil (Santos, 2006). A formação de maiorias em função da governabilidade é um procedimento legítimo, mas o Parlamento tem funções que, decididamente, ultrapassam as de governo. Por isso, precisa estar imune à cooptação.

É sempre real o risco de captura do Congresso Nacional pelo Poder Executivo por meio de práticas distributivistas, como parece demonstrar Barry Ames (2003). O entorpecimento do Poder Legislativo, como temos insistido, é um grave risco ao Estado Democrático de Direito e à eficácia dos direitos fundamentais.

O fato, porém, é que Poder Executivo imperial, de que fala Abranches (1988), marca a organização dos Poderes no País desde os tempos da Independência. É de se ver que o inciso V do artigo 101 da Constituição de 1824 chegava a autorizar a dissolução da Câmara dos Deputados pelo imperador.

O desbordamento do Poder Executivo do quadro institucional traçado pela Constituição de 1988 deu-se, principalmente, pelo abuso do poder de editar medidas provisórias. Pelo menos, é o que se depreende de decisões prolatadas pelo Supremo Tribunal Federal, tais como a de que se extraiu o seguinte excerto:

A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de 'checks and balances', a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. (Supremo Tribunal Federal, 2004b.).

No mesmo acórdão, a corte suprema assentou que

Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes. (Supremo Tribunal Federal, 2004b.).

O Governo vem agigantando-se frente ao Estado, em muita medida protelando a concretização de direitos fundamentais. Essa evasão subverte o equilíbrio institucional previsto na Constituição, inspirado no sistema de *checks and balances* de Madison (2000) e de certa forma denuncia a fragilidade do Legislativo diante do Executivo.

Como resposta a essa hipertrofia inercial do Governo e à circunstancial timidez do Parlamento, o Poder Judiciário tornou-se mais ativo, ora freando os impulsos do Executivo ora compelindo-o a implementar ou a ampliar políticas públicas já aprovadas pelo Legislador, ora transpondo o Poder Legislativo, regulamentando diretamente normas de eficácia limitada⁸.

Esse ativismo, que é denominado na literatura internacional como judicialização da política (Tate e Valinder, 1995), condensa-se na jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, que aumentou o grau de sindicabilidade judicial do processo legislativo⁹. Lembrem esses dois autores que

muitos políticos e estudiosos têm visto com desconfiança o processo que substitui o julgamento político de instituições políticas majoritárias pelo de representantes normalmente não-eleitos da elite política e socioeconômica. (Idem, p. 5.).

A judicialização da política tem relação de causalidade também com a universalização dos direitos fundamentais. A sociedade passou a exigir um Estado menos imparcial e mais ativo na outorga de prestações materiais a grupos mais vulneráveis, e essa exigência implica progressiva diferenciação de órgãos da estrutura do próprio Estado. Esse fenômeno aumenta o grau de litigiosidade tanto entre a sociedade e suas instituições privadas e o Estado ou o Governo, como entre *branches* do próprio Estado.

⁸ O que ocorreu, por exemplo, no julgamento do mandado de segurança 712/PA (Supremo Tribunal Federal, 2008).

⁹ Um exemplo desse alargamento do âmbito da matéria *interna corporis* do Poder Legislativo deu-se com o julgamento do Mandado de Segurança nº 24.849/DF (Supremo Tribunal Federal, 2004), que impôs ao presidente do Senado Federal a adoção de norma análoga do Regimento Interno da Câmara dos Deputados para forçar a instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito, com base no princípio da proteção das minorias parlamentares.

A doutrina de Alexy acerca dos direitos fundamentais dá azo à revitalização do Poder Legislativo, a partir de uma estratégia de inserção mais inteligente do Parlamento nos processos judiciais que carreguem controvérsias de seu interesse. O fortalecimento do Congresso Nacional é garantia de maior eficácia das políticas públicas de reforço à tutela da dignidade humana previstas na Constituição.

A ampliação do contraditório para formação de consensos mais firmes em sede judicial conforma-se, ademais, com o programa teórico de Jürgen Habermas, que concebe o desenvolvimento da democracia a partir estruturação de práticas argumentativas (2002).

A judicialização da política por meio de uma interpretação heterodoxa da eficácia direta dos direitos fundamentais pode tornar Parlamento um mero executor de decisões judiciais, como adverte José Carlos Vieira de Andrade (1976, p. 307-309).

A melhor maneira de o Senado Federal participar do contraditório no Supremo Tribunal Federal e em outras esferas judiciais, para defender sua adequada conformação institucional e para assegurar a demarcação dos limites ótimos da judicialização da política, é instrumentalizar-se com uma advocacia bem aparelhada, administrativa e politicamente vinculada ao Poder Legislativo e com notória expertise.

3. Fundamentos da institucionalização da Advocacia do Senado Federal

O artigo 133 da Constituição posiciona o advogado como figura indispensável à administração da justiça. Nos conflitos jurisdicionais que opõem os próprios Poderes da República, a atuação do advogado será absolutamente imperiosa.

Por essa razão, é de indelével importância a institucionalização, na estrutura do Senado Federal, de uma advocacia própria, intrincada, sobretudo, com a tutela jurisdicional das prerrogativas dessa casa legislativa. Além do mais, a iniciativa coaduna-se com a exigência de materialização dos direitos fundamentais, como temos evidenciado.

A institucionalização da Advocacia do Senado Federal¹⁰, à luz da teoria informacional (Krehbiel, 1992), redundará em benefícios estratégicos ao Senado Federal. Essa teoria consiste em um dos modelos explicativos da atuação parlamentar no Congresso dos Estados Unidos na chave do Institucionalismo, cuja matriz teórica provém da Ciência Econômica.

¹⁰ Se bem que a inexistência de órgãos jurídicos especializados para realizar essa representação judiciária não seja mais crucial em alguns casos, porque o Supremo Tribunal Federal admite, excepcionalmente, a capacidade postulatória de certas autoridades. *Verbis*:

O Governador do Estado e as demais autoridades e entidades referidas no art. 103, incisos I a VII, da Constituição Federal, [incluindo a Mesa do Senado Federal] além de ativamente legitimados à instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, possuem capacidade processual plena e dispõem, ex vi da própria norma constitucional, de capacidade postulatória. Podem, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado. (Supremo Tribunal Federal, 1993.).

Em termos gerais, as diferentes correntes do Institucionalismo, inclusive a informacional, sustentam que as instituições reduzem os graus de incerteza em processos decisórios conflituosos (Diermeier e Krehbiel, 2003).

A Teoria Informacional realça a vantagem comparativa do ator que detiver mais informações sobre determinada matéria complexa objeto de deliberação. Dá base, por exemplo, à sustentação de que a Câmara dos Deputados só institucionalizou a Comissão de Agricultura para assegurar uma instância para produção e ao processamento eficientes de informações de natureza agrária. Sem esse tipo de organização, a atuação nessa seara sofreria em razão da dispersão, e pior seria a qualidade das decisões.

Pode-se recorrer, porém, às suas premissas para, *mutatis mutandis*, elucidar as vantagens do fortalecimento da Advocacia do Senado Federal. Como os conflitos federativos e de disputa interpoderes em sede judicial envolvem questões de altíssima complexidade, convém ao Senado manter uma organização jurídica própria para ampliar a probabilidade de sucesso nesses embates.

A assimetria informacional do Poder Legislativo *vis-à-vis* o Poder Executivo em vários campos temáticos e áreas de atuação em comum decorre de desdobramentos históricos e de fatores estruturais e organizacionais. No campo jurídico, esse desnivelamento deve-se, sobretudo, ao atavismo da estrutura do órgão de representação judicial e extrajudicial da União ao Poder Executivo.

Dos postulados da Teoria Informacional infere-se que o Senado Federal estará em melhor posição para defesa de seus interesses se dotado de órgão integrado por *experts* em direito, selecionados por concurso público, presidido pelo princípio da meritocracia, e com estabilidade no cargo, com atribuição específica de lhe prestar consultoria jurídica, assessoramento e promover-lhe a representação judicial e extrajudicial.

Por conseguinte, é inegável que a institucionalização de uma advocacia independente do Poder Executivo favorece a afirmação do Poder Legislativo em um cenário político judicializado.

Ressalte-se, por fim, que a Advocacia-Geral da União já patrocinou ação contra os interesses do Parlamento. O Presidente da República, na pessoa do Advogado-Geral da União, ajuizou a Ação Direta de Constitucionalidade contra as Leis 11.169 e 11.170, ambas de 2005, formuladas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal para conceder reajuste de 15% para os respectivos servidores (Supremo Tribunal Federal, 2007).

Essa postulação desvela que em conflitos que oponham o Legislativo e o Executivo, por questão de subordinação funcional, a Advocacia-Geral da União representará os interesses deste último. Portanto, é completamente ilógico atribuir indistintamente a este órgão jurídico a representação judicial e extrajudicial do Senado.

O Senado Federal, ciente da importância estratégica da medida, aprovou a Proposta de Emenda à Constituição 214, de 2003, que insere na Carta Magna a previsão de advocacia própria que lhe promova a representação judicial.

A proposição já foi aprovada na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, mas ainda precisa passar por comissão especial e pelo Plenário daquela casa.

4. Distribuição de competência entre a Advocacia-Geral da União e a Advocacia do Senado Federal

Demonstramos que o Senado Federal, como outros órgãos despersonalizados da União, está legitimado a defender, diretamente, suas prerrogativas no âmbito do Judiciário, inclusive – no caso dos Poderes da República –, por meio de órgão jurídico.

Disso decorre que a institucionalização da Advocacia do Senado Federal como promotora natural das prerrogativas do Legislativo, se não configura imposição constitucional implícita, está em perfeita conformidade com o ordenamento jurídico vigente, como arazoamos na seção anterior.

Passo a discutir agora a distribuição de competência entre o órgão de representação judicial do Poder Executivo e seu homólogo no Poder Legislativo. A metodologia será a descrição das atribuições da Advocacia do Senado Federal, de maneira que, por exclusão, depreender-se-ão as atribuições da Advocacia-Geral da União em matérias relacionadas ao Senado Federal.

A Advocacia do Senado Federal tem a competência de prestar consultoria e assessoramento jurídicos à Mesa, à Comissão Diretora, à Diretoria-Geral e aos demais órgãos do Senado Federal e prover à Advocacia-Geral da União as informações e “o respaldo técnico necessários à defesa judicial e extrajudicial dos interesses dessa alta câmara legislativa”, nos termos do artigo 64 da Parte II do Regulamento Administrativo do Senado Federal (Resolução nº 58, de 1972).

Além disso, conforme disposto no artigo 76 da Parte III do mesmo regulamento, a Advocacia do Senado Federal tem por incumbência a representação judicial e extrajudicial do Senado Federal.

Portanto, da análise sistemática desses dispositivos *interna corporis*, do art. 131 da Constituição e do estatuto jurídico da Advocacia-Geral da União vazado na Lei Complementar nº 73, de 1993, infere-se que: a) a consultoria e o assessoramento do Senado Federal inserem-se na competência privativa da Advocacia do Senado Federal; b) a representação judicial e extrajudicial do Senado Federal é compartilhada entre a Advocacia-Geral da União e a Advocacia do Senado Federal.

Nesse ponto, portanto, podemos adentrar, então, a questão que resta em aberto, qual seja: a definição dos limites da competência da Advocacia do Senado Federal em matéria de representação judicial e extrajudicial do órgão legislativo que integra.

O âmbito de competência privativa da Advocacia do Senado Federal, em matéria de representação judicial e extrajudicial, tem como escopo principal a defesa da independência e das prerrogativas do Senado Federal.

Inclui a atuação em ações ou negócios jurídicos em que esses valores são tutelados incidentalmente, como quando a questão envolver matéria *interna corporis*, que, por definição, condiciona a independência do Poder Legislativo e a operação de suas prerrogativas.

Não é por outra razão, inclusive, que o Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência pacífica que imuniza tais matérias à interferência do próprio Poder Judiciário, salvo casos excepcionais, como asserido na seguinte ementa:

Agravo regimental. Mandado de segurança. Questão interna corporis. Atos do Poder Legislativo. Controle judicial. Precedente da Suprema Corte. 1. A sistemática interna dos procedimentos da Presidência da Câmara dos Deputados para processar os recursos dirigidos ao Plenário daquela Casa não é passível de questionamento perante o Poder Judiciário, inexistente qualquer violação da disciplina constitucional. 2. Agravo regimental desprovido. (Supremo Tribunal Federal, 2009.).

Integra a competência privativa da Advocacia do Senado Federal também a representação judicial e extrajudicial dessa casa revisora quando a matéria for de sua competência privativa ou compartilhada (artigos 52, 48 e 49 da Constituição, entre outros).

Atuará também na promoção da defesa institucional dos membros e diretores do Senado Federal e de órgãos do Congresso Nacional, neste último caso, mediante solicitação do respectivo presidente, conforme o artigo 145 do Regime Comum (Resolução do Congresso Nacional nº 1, de 1970).

Consequentemente, a Advocacia-Geral da União representa judicial e extrajudicialmente o Senado Federal apenas quando não estiver em questão a independência e as prerrogativas deste, como em ações que versem sobre matéria de conteúdo e aplicação uniforme em toda a Administração Pública federal. Seria o caso, por exemplo, de ações de direito previdenciário ou trabalhista.

José dos Santos Carvalho Filho (2007) afirma que é indubitosa a capacidade judiciária dos órgãos legislativos que integrem a estrutura superior da pessoa federativa e que tenham direitos e competência constitucionais a proteger, como é o caso do Senado Federal. Essa capacidade, porém, existiria, no entender do ilustre administrativista, para postulações que não envolvam direitos meramente patrimoniais. Ou seja: nas ações relacionadas a direitos dessa natureza a representação judicial e extrajudicial do Senado Federal competirá à Advocacia-Geral da União.

Ademais, sempre que houver conflito em torno da legitimidade *ad causam*, deve operar o princípio da predominância de interesses, de que decorre que a competência deve ser atribuída ao órgão que, predominantemente, tiver interesse na matéria¹¹. Portanto, se a questão tiver relação com o processo legislativo, a representação deve ser atribuída, desde logo, à Advocacia do Senado Federal.

¹¹ O princípio, referido por Alexandre de Moraes (2002, p. 742) e outros constitucionalistas, foi cunhado como critério para definição das competências dos entes federativos, ou seja, do ponto de vista organizacional da Federação, foi aplicado a partir de um corte vertical. *Mutatis mutandis*, presta-se também como critério de solução para conflitos de competência entre órgãos de poderes republicanos diferentes, ou seja, a partir de um corte horizontal.

Para se verificar a capacidade judiciária do Senado Federal, que é pressuposto para formação e desenvolvimento válido do processo¹², será sempre necessário que haja legitimidade e interesse,¹³ que condicionam a prolação de decisão de mérito.

Dado que a verificação preliminar dessas condicionantes pode afetar o bem jurídico maior que se pretende tutelar, que é independência e o livre funcionamento do Poder Legislativo, à luz dos princípios da independência e da separação dos poderes e os da inafastabilidade da jurisdição e da ampla defesa, o Senado Federal pode fazer-se representar em juízo por sua Advocacia sempre que lhe aprouver.

De todo o modo, a ocorrência ou não de interesse e legitimidade do Senado Federal, a atrair a representação de sua própria Advocacia, será arbitrada pelo Poder Judiciário no processo, provavelmente em contraditório com a Advocacia-Geral da União, quando da verificação das condições da ação, que podem configurar até mesmo o cerne da questão controvertida.

Quando a legitimidade ou o interesse for, de plano, atribuível à União como ente político unitário, falecerá o órgão jurídico legislativo de competência, já que a representação do Senado, como uma parte do todo União e não como Poder da República, na hipótese, caberá à AGU.

A rigor, nesses casos não é o órgão Senado que comparece em juízo, mas a pessoa jurídica da União. Em outras palavras: quem representa judicialmente o Senado Federal como órgão político autônomo é sempre a Advocacia do Senado Federal.

As matérias relativas ao Senado que se inserem na competência da Advocacia-Geral da União são, na verdade, aquelas sem liame direto ou remoto com a atuação política do Poder Legislativo. Matérias, enfim, inidôneas à perturbação do equilíbrio e da separação interpoderes.

¹² Artigo 7º do Código de Processo Civil: “Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo”.

¹³ Artigo 3º do Código de Processo Civil: "Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade".

5. Conclusões

À guisa de conclusão, pode-se sintetizar todo o exposto nos seguintes tópicos:

a) os órgãos despersonalizados têm capacidade processual para promover a tutela jurisdicional de suas prerrogativas, com fundamento nos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da ampla defesa; logo, os órgãos legislativos gozam de capacidade processual para promover a tutela de suas prerrogativas institucionais;

b) o princípio da separação de poderes está teleologicamente intrincado com a promoção dos direitos fundamentais e com a operatividade do princípio democrático;

c) o Senado Federal tem interesses jurídicos específicos e competência a preservar, especialmente em um contexto de judicialização da política e de expansão do Governo em detrimento do Estado, que justifica a institucionalização de uma advocacia legislativa própria para aniquilar ou reduzir a assimetria informacional em matéria jurídica *vis-à-vis* o Poder Executivo;

d) a Advocacia do Senado Federal tem competência privativa para representar judicial e extrajudicialmente os interesses do Senado Federal como entidade política, ao passo que a Advocacia-Geral da União tem competência privativa para representar judicial e extrajudicialmente o Senado Federal como mero segmento estrutural e indiferenciado da União como organização política unitária;

f) a verificação judicial preliminar dos pressupostos e das condições da ação em que o Senado Federal reivindique a condição de parte interfere com a independência e o livre funcionamento do Poder Legislativo. Portanto, à luz dos princípios da independência e da separação dos poderes e os da inafastabilidade da jurisdição e da ampla defesa, o Senado Federal pode-se fazer representar em juízo por sua Advocacia sempre que lhe aprouver.

BIBLIOGRAFIA

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson. Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, p. 5-34, 1988.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. *Ratio Juris*, Oxford, v. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMES, Barry. *Os entraves da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 jun. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 74.836/CE. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. Julgamento: 07 mar. 1973. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. *Diário de Justiça*, 19 nov. 1973.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 127/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 20 nov. 1989. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. *Diário de Justiça*, 04 dez. 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1557/DF. Relator: Ministro Ellen Grace. Julgamento: 31 mar. 2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. *Diário de Justiça*, 18 jun. 2004a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2213/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 04 abr. 2002. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. *Diário de Justiça*, 23 abr. 2004b.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24849/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 22 jun. 2005. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. *Diário de Justiça*, 29 set. 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3599/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 21 mai. 2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. *Diário de Justiça*, 14 set. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712/PA. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento: 21 out. 2007. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. *Diário de Justiça*, 31 out. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 25588/DF. Relator: Ministro Menezes Direito. Julgamento: 02 abr. 2009. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. *Diário de Justiça*, 08 mai. 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Personalidade judiciária de órgãos públicos. *Revista Eletrônica do Estado (REDE)*, Salvador, n. 11, jul./set. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-11-JULHO-2007JOSE%20CARVALHO%20FILHO.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2010.

CRUZ, Luis M. *La constitución como orden de valores: problemas jurídicos e políticos. Un estudio sobre los orígenes del neo constitucionalismo*. Madrid: Colmares, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2006.

FERREIRA, Fernando Guimarães. A consolidação da personalidade judiciária dos Poderes Judiciário e Legislativo, como decorrência do Princípio da Independência e Autonomia dos poderes, numa perspectiva crítica à hipertrofia do Poder Executivo. *Ajuris*, Porto Alegre, v. 24, n. 70, p. 172-184, jul. 1997.

GIERKE, Otto. *Political Theories of the Middle Age*. Cambridge: Cambridge University Press, 1913.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do Processo: o Processo Justo. In: GRECO, Leonardo. *Estudos de Direito Processual Civil*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 225-286.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. II. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist*. New York: The Modern Library, 2000.

JELLINEK, Georg. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*. Milano: Giuffrè, 1912.

KREHBIEL, Keith. *Information and Legislative organization*. Ann Arbor: Michigan University Press, 1992.

LEAL, Victor Nunes. *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LYRA, Roberto. *Teoria e Prática da Promotoria Pública*. 2. ed. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1989.

MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1161, set. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8846>>. Acesso em: 23 jun. 2010.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. In: ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social e outros escritos*. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Ed. Cultrix, 2004.

SANTOS, Fabiano. Governos de coalizão no sistema presidencial: o caso do Brasil sob a égide da Constituição de 1998. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTÁSIA, Fátima (Org.). *Reforma política no Brasil*. Belo Horizonte: Ed. UFMG/PNUD, 2006. p. 223-236.

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

SCHWAB, Jürgen. *Cinquenta anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão*. Tradução de Leonardo Martins *et al.* Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

TATE, C. N.; VALLINDER, T. (Org.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.