

A ESCOLHA DO CHEFE DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO VERSUS A DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO: UM ESTUDO DE CASO – ADIN 2.581-3/SP*

*Luciano Monti Favaro**

RESUMO:

Esse artigo tem por objeto uma análise sobre a Advocacia Pública, que é uma das funções essenciais à Justiça advindas com o texto Constitucional Federal de 1988. O cerne recai sobre a comparação entre a escolha do Advogado-Geral da União e a do Procurador-Geral do Estado de São Paulo. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal proferido na ADIn 2.581-3/SP também será objeto de análise.

Palavras-Chaves: Advocacia Pública. Advogado-Geral da União. Procurador-Geral do Estado de São Paulo. ADIn 2.581-3/SP.

ABSTRACT:

This article focuses on an analysis of the Public Advocacy, which is an essential function to justice stemming from the Constitution of the Federative Republic of Brazil, 1988. The focus is on the comparison between the choice of the Advocate-General of the Union and the Attorney-General of the State of São Paulo. The positioning of the Supreme Federal Court judgment in ADI 2.581-3/SP will also be analyzed.

Keywords: Public Advocacy. Advocate-General of the Union. Attorney-General of the State of São Paulo. ADI 2.581-3/SP.

* Artigo recebido em: 18/10/2011.

Artigo aceito em: 06/06/2012.

* Mestre em Direito Internacional Econômico pela Universidade Católica de Brasília. Pós-Graduado em Direito Público, Direito do Trabalho e Direito Civil. Bacharel em Direito. Professor Universitário no curso de Direito e em Cursos preparatórios para o Exame de Ordem e Concursos em Geral. Advogado na Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos.

SUMÁRIO

- 1. Introdução**
- 2. A Advocacia Pública**
- 3. A Advocacia-Geral da União e a escolha de seu chefe**
- 4. A Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo e a escolha de seu chefe:
ADIn 2.581-3/SP**
- 5. Considerações Finais acerca do caso**
- 6. Referências**

1. Introdução

Com o advento da Constituição Federal de 1988, institucionalizou-se no Capítulo IV do Título IV (Da Organização dos Poderes), as “Funções Essenciais à Justiça”.

O objetivo do poder constituinte originário com essa institucionalização foi conceder dinamicidade à atividade jurisdicional.¹ Trata-se, assim, de atividades, quer públicas ou privadas, propulsoras da jurisdição.

A jurisdição, como se sabe, é inerte e que para a sua provocação, mister que haja os agentes titulares das funções essenciais à justiça.²

Esses agentes encontram-se previstos taxativamente nos artigos 127 a 134 da Constituição Federal, quais sejam: o Ministério Público (arts. 127 a 130); a Advocacia Pública por intermédio da Advocacia-Geral da União e dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal (arts. 131 e 132); a Advocacia por intermédio dos advogados (art. 133); e a Defensoria Pública (art. 134).

Sem esses agentes provocadores da jurisdição, “o Poder Judiciário não seria chamado para dirimir litígios, pois não há juiz sem autor (*nemo iudex sine auctore*)”.³

Acerca desses agentes, pondera Bulos:

Todos esses organismos desencadeadores da atividade jurisdicional atuam por meio de seus agentes públicos ou privados, isto é, promotores, procuradores, advogados e defensores públicos. Dessa maneira, a inércia da jurisdição é compensada pelo dinamismo dos protagonistas das funções essenciais à Justiça. Em verdade, o papel constitucional dos promotores, procuradores, advogados e defensores públicos é relevantíssimo, porque, de modo genérico,

¹ LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 601.

² BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 1.134.

³ Idem.

competem-lhes agir em defesa dos interesses do Estado-comunidade, e não do Estado-pessoa.⁴

A Advocacia Pública – que se traduz num desses agentes – será o objeto de estudo no presente artigo. Além disso, será estudado o controvertido entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.581-3/SP, que teve por objeto analisar a constitucionalidade ou não de dispositivo da Constituição Estadual de São Paulo acerca da escolha do Procurador-Geral do Estado.

2. A Advocacia Pública

Primeiramente cabe expor que o título “Da Advocacia Pública” previsto na Seção II, Capítulo IV, Título IV da CF/88 foi alterado pela Emenda Constitucional 19, de 1998. O poder constituinte originário havia denominado essa Seção “Da Advocacia-Geral da União”.

Ocorre que, nos dois artigos que compreendem essa seção (arts. 131 e 132) trata-se não apenas da Advocacia-Geral da União, mas também dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal.

Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, como se sabe, não fazem a representação da União, razão pela qual mantê-los dentro de uma seção intitulada “Da Advocacia-Geral da União” seria desvirtuar a realidade das funções exercidas por eles.

Assim, acertadamente, o poder constituinte derivado, por intermédio da referida Emenda Constitucional, alterou o título da Seção II que, atualmente, é intitulado unicamente “Da Advocacia Pública”.

Acerca dessa alteração redacional, pondera Silva Neto:

⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit., p. 1.134.

Anteriormente à edição da EC nº 19/98, o trecho se iniciava com alusão exclusiva à Advocacia-Geral da União, o que, em verdade, constituía erro vitando na medida em que não se podia tecnicamente inserir a disciplina constitucional pertinente a todos os cargos de assessoria jurídica do Poder Executivo naquele órgão em virtude de a ele competir a defesa judicial e extrajudicial apenas da União.

Interessante observar que por essa mesma Emenda Constitucional também se alterou a redação do artigo 132 da CF.

Na antiga redação desse dispositivo constava:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, organizados em carreira na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, observado o disposto no art. 135.

Já a atual redação, alterada pela EC 19, de 1998, é:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Vê-se, em síntese, que pela alteração redacional objetivaram-se duas alterações: incluir a participação da Ordem dos Advogados do Brasil nas fases dos concursos públicos de provas e títulos para os cargos de Procuradores dos Estados e do Distrito Federal; e incluir a atividade a ser desempenhada por esses Procuradores, qual seja: a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Essa segunda alteração redacional guarda simetria com o artigo 131 da CRFB de 1988, na qual se previu a atividade a ser desempenhada pela Advocacia-Geral da União, nos seguintes termos:

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

Exposto acerca dessas alterações legislativas trazidas pela referida emenda constitucional, cabe tecer alguns comentários acerca da Advocacia-Geral da União e dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, todos integrantes da Advocacia Pública.

3. A Advocacia-Geral da União e a escolha de seu chefe

Inicialmente é interessante relatar que a advocacia do Estado, nos termos do artigo 138, § 2º, da Constituição de 1967, era exercida pelo Ministério Público. Assim dispunha-se no mencionado dispositivo:

Art. 137, § 2º - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, instituiu-se a Advocacia-Geral da União para o desempenho de tal incumbência representativa, sendo o Ministério Público transformado em órgão de defesa da sociedade.

Sobre esse assunto pondera Bulos que: “no passado, era o Ministério Público que exercia a advocacia de Estado. A Carta de 1988 imprimiu nova diretriz à matéria, transformando o *Parquet* em órgão de defesa da sociedade”.⁵

O chefe da Advocacia-Geral da União, conforme previsto no artigo 131, § 1º, da atual Constituição Federal é denominado de Advogado-Geral da União. Trata-se de um cargo de livre nomeação pelo Presidente da República, que fará a escolha dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit., p. 1.159.

Levanta-se então o questionamento de se o chefe da Advocacia-Geral da União necessita ser integrante de carreira. Analisando o texto constitucional tem-se a resposta de que o chefe não necessita ser integrante da AGU. Nesse sentido pondera Bulos: “o Advogado-Geral da União não precisa ser integrante da carreira; basta que tenha mais de 35 anos, notável saber jurídico e reputação ilibada”.⁶

No mesmo sentido, pondera Silva Neto:

A AGU tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada (§1º, art. 131). Logo, conclui-se que a nomeação para o cargo de chefe da AGU pode recair em pessoa que não tenha qualquer vinculação ao órgão.⁷

Vê-se, portanto, que cumpridos os requisitos constitucionais – idade, notável saber jurídico e boa conduta –, terá o Presidente da República a liberdade de nomear para a função de Advogado-Geral da União uma pessoa de sua confiança que, não necessariamente, faça parte da carreira da Advocacia-Geral da União.

Macedo conclui sobre a escolha do Advogado-Geral da União nos seguintes termos:

Assim, (...) o Advogado-Geral da União: a) não deve ser obrigatoriamente escolhido dentre membros das carreiras da instituição, nem ter sua escolha previamente aprovada, pela maioria absoluta do Senado Federal; b) não possui um mandato definido, podendo ser demitido *ad nutum* pelo Presidente da República.⁸

⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit., p. 1.159.

⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 585.

⁸ MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: LTr, 2008, p. 49.

Observa-se que essa regra de escolha difere da regra de escolha prevista para o Procurador-Geral da República. Isso porque o Procurador-Geral, obrigatoriamente, deverá ser nomeado pelo Presidente da República dentre integrantes da carreira.

Essa diferença deve-se ao fato de que o Advogado-Geral da União deve ser uma pessoa de total confiança do Presidente da República, não havendo que se falar de imparcialidade, diferentemente do que ocorre com o Procurador-Geral da República.

Sobre essa diferença, argumenta Bulos:

É importante lembrar que não se exige imparcialidade do advogado-geral da União. Decerto, ele funciona como uma espécie de advogado do Presidente da República, no que tange ao exercício de atribuições presidenciais. Por isso, o cargo é de livre nomeação, donde insurge a parcialidade de seu mister, derivada de uma ligação de confiança.⁹

Interessante observar que Macedo rechaça a ideia exposta por Bulos de que o Advogado-Geral da União é uma espécie de advogado do Presidente da República. Nesse sentido pondera:

Embora seja nomeado pelo Presidente da República, impróprio se mostra classificar o Advogado-Geral da União como um mero advogado do Presidente. Isto porque o chefe da Advocacia-Geral da União não representa judicialmente apenas o Poder Executivo Federal ou simplesmente o Presidente da República. (...) o Advogado-Geral da União represente a União, judicial e extrajudicialmente, o que engloba os três tradicionais Poderes e as instituições que exercem as “funções essenciais à justiça”. Apenas a consultoria e o assessoramento jurídicos realizados pelo chefe da Advocacia-Geral da União – e pelos demais membros da instituição – se restringem ao Poder Executivo.¹⁰

Em que pese essa divergência indicada, no que concerne à escolha do chefe da Advocacia-Geral da União entende-se – alguns doutrinadores e Ministros do STF – que, por simetria, ela deveria ser utilizada pelos Estados e Distrito Federal quando da escolha do Procurador-Geral. Desse modo, o

⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. op. cit., p. 1.159.

¹⁰ MACEDO, Rommel. op. cit., p. 50.

Governador não estaria obrigado a nomear o Procurador-Geral dentre Procuradores integrantes da carreira.

Isso, no entanto, não é o que se verifica no caso do Estado de São Paulo, conforme se exporá no próximo item.

4. A Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo e a escolha de seu chefe: ADIn 2.581-3/SP

Como se sabe, com o advento da Constituição Federal de 1988, os Estados membros tiveram de promulgar suas Constituições Estaduais. O Estado de São Paulo promulgou a sua em 5 de outubro de 1989. A atual Constituição Estadual paulista foi alterada trinta e duas vezes, datando a sua última emenda constitucional de 9 de dezembro de 2009.

Simetricamente à Constituição Federal, na Constituição paulista dedicou-se um capítulo às funções essenciais à justiça nelas integrando, taxativamente, o Ministério Público (artigos 91 a 97); a Procuradoria Geral do Estado (artigos 98 a 102); a Defensoria Pública (artigo 102); e a Advocacia (artigos 104 a 109).

Nos termos do artigo 100 dessa Constituição Estadual, a direção superior da Procuradoria-Geral do Estado é de competência do denominado Procurador Geral do Estado que é o “responsável pela orientação jurídica e administrativa da instituição, ao Conselho da Procuradoria Geral do Estado e à Corregedoria Geral do Estado, na forma da respectiva Lei Orgânica”.

Conforme exposto no tópico anterior, se a simetria constitucional fosse mantida, a escolha do Procurador Geral do Estado de São Paulo ficaria a cargo do Governador paulista que poderia fazê-la dentre pessoas que não obrigatoriamente integrassem a carreira de Procurador do Estado.

No entanto, no artigo 100, parágrafo único, da Carta Estadual previu-se, originariamente, que a escolha caberia sim ao Governador, mas este deveria fazê-la dentre Procuradores integrantes da carreira.

Nesses termos o referido dispositivo:

Art. 100, parágrafo único - O Procurador-Geral do Estado será nomeado pelo Governador, em comissão, **entre os Procuradores que integram a carreira**, e deverá apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e de sua exoneração. (grifos)

Contra essa redação, em especial, a expressão “entre os Procuradores que integram a carreira” o Governador paulista, Dr. Mário Covas, propôs, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn.

Em síntese argumentou que por essa expressão impunha-se limitação ao seu exercício discricionário na escolha do ocupante do Procurador-Geral do Estado. Violava-se, desse modo, o disposto nos incisos II e V do artigo 37 da Constituição Federal, haja vista que pela redação limitava-se “a discricionariedade governamental no provimento dos cargos em comissão”.

Além disso, referida redação não guardava simetria com o texto Constitucional Federal, sendo nesse valorizada a autonomia do Presidente da República.

Interessante observar que a origem da mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade deveu-se pelo fato da nomeação de Rosali de Paula Lima – procuradora aposentada voluntariamente – para o cargo máximo da Procuradoria do Estado de São Paulo.

Tal nomeação foi objeto de questionamento judicial, razão pela qual o Governador do Estado pleiteou, à época da proposição da ADIn, a suspensão

cautelar da redação “entre os Procuradores que integram a carreira” constante no artigo 100, parágrafo único da Constituição Estadual.¹¹

A Associação Nacional dos Procuradores de Estado – ANAPE, o Sindicato dos Procuradores do Estado, das Autarquias, das Fundações e das Universidades Públicas do Estado de São Paulo – SINDIPROESP, e a Associação dos Procuradores do Estado de São Paulo – APESP, requereram, perante o STF, a participação na referida Ação na qualidade de *amicus curiae*. Em suma essas organizações, manifestaram-se pela improcedência da ação. Alegaram que “a norma impugnada reflet[ia] a previsão do artigo 132 da Constituição Federal, na medida em que os Procuradores do Estado devem organizar-se em carreira, dependendo seu ingresso da submissão a concurso público de provas e títulos”.

Tendo em vista a exoneração de Rosali de Paula Lima, em 21 de dezembro de 2001, a Procuradoria-Geral do Estado requereu a desconsideração do pedido liminar. O pedido da desconsideração, no entanto, foi indeferido, haja vista que, nas palavras do Ministro relator, Maurício Corrêa, “a jurisprudência [do STF] não reconhece[ia] a possibilidade de o requerente desistir do pedido liminar eventualmente formulado”. Em que pese o indeferimento, o Ministro relator adotou o rito previsto no artigo 12 da Lei 9.868, de 1999, para que a ação fosse julgada em caráter definitivo.

No julgamento da ação, o Ministro Maurício Corrêa entendeu legítimo conferir poder ao Governador do Estado para livremente nomear o Procurador-Geral do Estado, desde que “observada as exigências de conhecimento técnico

¹¹ SINDIPROESP. Disponível em: http://sindiproesp.org.br/Processos/andamento/ADIN/pedido_interven.html. Acessado em: 1º de set. de 2011.

e conduta moral relacionadas ao cargo”. Entendeu ainda que de igual modo como ocorre na nomeação do Advogado-Geral da União, a nomeação do Procurador-Geral do Estado deve ser pautada na relação de confiança entre o Governador e o futuro representante da Procuradoria.

Ademais, o Ministro relator argumentou que o legislador adentrava a matéria reservada à iniciativa do Poder Executivo.

Nesses termos posicionou-se o Ministro relator em seu voto:

O dispositivo em questão, no ponto em que impugnado, não guarda sintonia com os parâmetros delineados pela Carta Federal. Atento ao princípio da separação e independência harmônica entre os Poderes, o Texto Constitucional reservou ao Chefe do Executivo a Iniciativa de normas referentes ao provimento de cargos públicos, bem como a competência para nomear ministros, exercer a direção superior da administração, organizar e dispor sobre o funcionamento da máquina administrativa (CF, artigos 61, § 1º, I, “c” e 84 II e VI, “a”).¹²

Por esses argumentos, o ministro relator votou pela procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão “entre os Procuradores que integram a carreira” prevista no parágrafo único do mencionado artigo 100 da Constituição do Estado de São Paulo.

Após o voto do Ministro relator, votaram os Ministros Carlos Britto e Cezar Peluso que acompanharam o voto do relator.

Interessante observar o argumento inicial do ministro Cezar Peluso ao expor que deveria se aplicar ao caso simetricamente o artigo 37, inciso V, da Constituição Federal de 1988. Assim, apenas lei necessariamente de iniciativa do Chefe do Poder Executivo poderia “definir os casos e condições em que tais

¹² Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.581-3/SP. Tribunal Pleno, Data do Julgamento: 16/08/2007. Publicação: 15/08/2008, p. 8.

cargos de confiança em comissão deveriam ser preenchidos por servidores de carreira”.¹³

Na sequência, o voto foi do ministro Marco Aurélio que entendeu não haver conflito entre a Constituição Estadual de São Paulo e a Constituição Federal.

Nesse sentido argumentou o ministro Marco Aurélio:

Na espécie dos autos, versa-se sobre artigo da Constituição do Estado de São Paulo que dispõe que o Procurador-Geral do Estado será escolhido entre os integrantes da carreira. Ora, surge conflito dessa norma com a Carta da República? Entendo que não. Em primeiro lugar, é sabença geral que somente cabe concluir pela pecha de inconstitucionalidade quando esta é gritante, é flagrante.

Ademais, o ministro Marco Aurélio entendeu que o artigo 235, inciso VIII da Constituição Federal de 1988 trazia uma regra transitória, em relação aos Estados, até que fosse promulgada a Constituição Estadual.¹⁴ Assim, de acordo com o Ministro, o poder constituinte originário estadual estaria livre para, no momento da feitura da Constituição Estadual, escolher a regra que melhor lhe conviesse e, *in casu*, optou por escolher que o Procurador-Geral do Estado fosse escolhido dentre integrantes da carreira.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio expôs que:

Creio que a harmonia no âmbito da Procuradoria é preservada quando se guinda, ao cargo maior de Procurador, integrante do quadro funcional. Essa harmonia, a meu ver, pode ficar solapada – não digo, não afirmo que fique

¹³ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.581-3/SP. Tribunal Pleno, Data do Julgamento: 16/08/2007. Publicação: 15/08/2008, p. 13.

¹⁴ Art. 235. Nos dez primeiros anos da criação de Estado, serão observadas as seguintes normas básicas: VIII - até a promulgação da Constituição Estadual, responderão pela Procuradoria-Geral, pela Advocacia-Geral e pela Defensoria-Geral do Estado advogados de notório saber, com trinta e cinco anos de idade, no mínimo, nomeados pelo Governador eleito e demissíveis "ad nutum";

solapada –, se o governador simplesmente pinçar um terceiro e o colocar nesse cargo de chefia.¹⁵

Por esses argumentos, o Ministro Marco Aurélio julgou improcedente o pedido formulado pelo Governador paulista. De modo idêntico entendeu o Ministro Celso de Mello julgando também improcedente a ADIn.

Após o voto do Ministro Marco Aurélio e os embates entre os Ministros Nelson Jobim e Celso de Mello, os Ministros Cezar Peluso e Carlos Velloso reformularam o voto por entenderem, em suma, que não havia no presente caso um princípio estabelecido que vedasse ao legislador estadual disciplinar a respeito da nomeação do Procurador-Geral do Estado, se de dentro ou de fora da carreira.

Interessante observar que, na sessão de julgamento, outro embate foi travado. Dessa vez entre os Ministros Carlos Velloso e Nelson Jobim. O argumento do Ministro Nelson Jobim era no sentido de que a solução dada pelos Ministros divergentes poderia levar a uma crise.

Ao ser questionado sobre qual crise se referia, o Ministro Nelson Jobim exemplificou nos seguintes termos:

A Procuradoria do Estado tem um número “x” de universo de escolha. Aí os procuradores resolvem que o procurador deva ser “fulano de tal”. O governador não quer o “fulano de tal” e nomeia outro, mas ninguém o aceita, salvo se for aquele. O que vai acontecer? Crise. Ou seja, os senhores estão produzindo possibilidade de crise.¹⁶

A alegada crise exemplificada pelo Ministro Nelson Jobim foi refutada pelo Ministro Carlos Velloso ao argumento de que o Tribunal não cria crises, apenas interpreta a norma. Além disso, lembrou que a norma paulista, em que

¹⁵ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.581-3/SP. Tribunal Pleno, Data do Julgamento: 16/08/2007. Publicação: 15/08/2008, p. 17.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.581-3/SP. Tribunal Pleno, Data do Julgamento: 16/08/2007. Publicação: 15/08/2008, p. 34-35.

pese à obrigatoriedade de nomeação de um Procurador-Geral da carreira, não retirava do Governador o poder de escolher o Procurador-Geral do Estado por cargo em comissão.

Após esse novo embate, o Ministro Carlos de Brito que, anteriormente, havia reafirmado o seu voto pela procedência da ADIn, reconsiderou seu ponto de vista e acompanhou a divergência iniciada pelo Ministro Marco Aurélio

Com as alterações dos votos, tinha-se, até aquele momento, 11 de fevereiro de 2004, um empate no julgamento, sendo: cinco votos pela procedência da ADIn (Ministros Maurício Corrêa, Gilmar Mendes, Nelson Jobim, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie); e cinco votos pela improcedência (Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Cezar Peluso, Carlos Veloso e Carlos de Brito).

Necessitava-se, portanto, do voto de desempate do Ministro Sepúlveda Pertence, ausente justificadamente na sessão.

Nesse ínterim, por intermédio da Emenda Constitucional 19, de 14 de abril de 2004, a redação do artigo 100, parágrafo único, da Constituição paulista foi alterada a fim de conceder status de Secretário de Estado ao Procurador Geral. Nesses termos a nova redação que se encontra, atualmente, em vigor:

O Procurador-Geral do Estado será nomeado pelo Governador, em comissão, entre os Procuradores que integram a carreira e terá tratamento, prerrogativas e representação de Secretário de Estado, devendo apresentar declaração pública de bens, no ato da posse e de sua exoneração.

Por causa da nova redação, foram dirigidas petições ao Ministro relator nas quais se noticiavam a alteração redacional do dispositivo. Em que pesem as petições, o Ministro relator decidiu não haver óbice no prosseguimento do julgamento. Em virtude disso, a decisão foi agravada tendo, o agravo, sido

distribuído ao Ministro Joaquim Barbosa, haja vista a aposentadoria do Ministro Maurício Corrêa.

Em decisão plenária o STF negou provimento ao agravo por considerar que não houve, com a nova redação, alteração substancial na norma impugnada.

Restava, por fim, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence para desempatar o caso e verificar se a norma paulista era constitucional ou inconstitucional.

Assim, na sessão plenária de 16 de agosto de 2007, o Ministro Sepúlveda Pertence profere seu voto entendendo não haver no artigo 132 da Constituição Federal de 1988 quaisquer limitações à escolha do Procurador-Geral do Estado dentre aqueles de carreira.

Curioso observar que o Ministro alegou vislumbrar violação à Constituição Federal se a norma constitucional local limitar a jurisdição do Procurador-Geral aos membros da procuradoria do Estado. No entanto, optou o Ministro em dar interpretação conforme a Constituição a fim de declarar que a representação judicial do Estado somente poderia ser feita por procurador de carreira.

Ao final do voto, o Ministro Sepúlveda Pertence entendeu ser procedente a mencionada ADIn declarando a inconstitucional da expressão “entre os Procuradores que integram a carreira”. Em que pese esse entendimento, o Ministro expôs que caso o Procurador-Geral escolhido não fosse um de carreira, mister que a representação judicial fosse assinada por um membro integrante do quadro da Procuradoria do Estado.

Apesar do posicionamento do Ministro Sepúlveda Pertence em considerar procedente a ADIn e declarar a inconstitucionalidade da expressão mencionada, consta no Extrato de Ata que o Tribunal, por maioria, julgou improcedente a Ação, vencidos os Ministros Maurício Corrêa (Relator), Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Nelson Jobim.

5. Considerações finais acerca do caso

A análise do caso trouxe grande divergência na Corte Suprema. Isso porque se colocou de um lado os Ministros que entendiam ser a referida norma estadual violadora da simetria constitucional. Assim, para esse grupo de Ministro, o critério de escolha do Procurador-Geral do Estado deveria ser idêntico a do Advogado-Geral da União.

Por outro lado, verificou-se haver Ministros defensores da autonomia legislativa estadual. Assim, elaborada a Carta Constitucional estadual, a norma temporária prevista no artigo 235, VIII da Constituição Federal de 1988 deixaria de ter aplicabilidade. Desse modo, o poder constituinte originário estadual poderia estabelecer as normativas que julgasse mais convenientes.

A tese da constitucionalidade do artigo 100, parágrafo único da Constituição Estadual de São Paulo acabou sagrando-se vencedora. Isso, no entanto, não significa que com essa decisão se deva anuir, mas sim obedecê-la e aplicá-la.

A explicação para essa não anuência é a mesma já exposta anteriormente nesse artigo, qual seja: compelir o Governador do Estado a proceder à escolha dentre integrantes da carreira retira-lhe – ou mitiga – a sua discricionariedade na função de chefe do Poder Executivo estadual. Isso pode

levar, certamente, a uma crise, tal qual prelecionada pelo Ministro Nelson Jobim.

Se houvesse na Constituição Federal de 1988 regra idêntica para a escolha do Advogado-Geral da União provavelmente não haveria que se falar nas alegadas violações. Ocorre que, conforme exposto, tal obrigatoriedade não há para o Presidente da República podendo este nomear, como chefe da Advocacia-Geral da União, um amigo de sua confiança, por exemplo, desde que, obviamente, se observem as regras dispostas no texto constitucional.

Assim, entende-se não ser de bom vício que a escolha do Procurador-Geral do Estado deva recair obrigatoriamente sobre os membros integrantes da carreira. Isso porque poderia, porventura, o Governador do Estado se deparar com a situação de não encontrar, nos quadros da Procuradoria, uma pessoa que lhe trouxesse a fidúcia necessária para representar o Estado.

Imperioso, portanto, concluir que o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no presente caso pode sim gerar problemas a um futuro Governador paulista quando esse tiver de nomear o Procurador-Geral de seu Estado.

Descabido também se afigura o posicionamento do Ministro Sepúlveda Pertence ao entender que em se tratando da escolha de um Procurador-Geral não integrante da carreira, a representação judicial deveria ser assinada por um membro integrante do quadro da Procuradoria. Ao expor dessa maneira, vislumbra-se que o intérprete foi além da hermenêutica da norma passando, inclusive, a ditar regras a serem observadas pelo Procurador-Geral nomeado.

Desse modo, somente resta afiliar-se a corrente vencida a qual entendeu que, pela norma paulista, o poder constituinte originário do Estado de

São Paulo acabou por violar ditames constitucionais, haja vista adentrar a esfera de competência do Governador do Estado.

6. Referências

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. Saraiva: São Paulo, 2007.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Constituição Estadual do Estado de São Paulo de 1989.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Saraiva: São Paulo, 2009.

MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: LTr, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. Atlas: São Paulo, 2009.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. Impetus: Niterói, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19. ed. Malheiros: São Paulo, 2001.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

SINDIPROESP. Disponível em:
http://sindiproesp.org.br/Processos/andamento/ADIN/pedido_interven.html.
Acessado em 1º de set. de 2011.

Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.581-3/SP. Tribunal Pleno, Data do Julgamento: 16/08/2007. Publicação: 15/08/2008.