

O PROTAGONISMO DA ADVOCACIA PÚBLICA NO FEDERALISMO EM TEMPOS DE CRISE

Alexandre de Freitas Carpenedo¹

RESUMO

O presente estudo possui como objetivo o exame do federalismo, especialmente em sua estrutura cooperativa, em situações de fragilidade sistêmica, assim como a atuação dos advogados públicos neste contexto. Conceitua-se o modelo federativo de Estado, diferenciando-o de sua forma unitária e analisando aspectos históricos de seu desenvolvimento. A advocacia pública, responsável pela atuação administrativa e judicial, na consultoria e defesa dos interesses públicos, prevenindo conflitos e buscando a solução daqueles que eventualmente surjam – mesmo entre entes federativos – é analisada em capítulo próprio. Isso para, ao final, encontrar as formas pelas quais pode esta Advocacia de Estado contribuir para a solução de circunstâncias de crise relacionadas à forma federativa. A pesquisa emprega metodologia narrativo-descritiva, com a utilização de doutrina brasileira, assim como legislação e julgados do ordenamento jurídico nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Federalismo. Federalismo cooperativo. Crise. Advogado público.

ABSTRACT

The present study aims to examine federalism, especially in its cooperative structure, in situations of systemic fragility, as well as the role of state attorneys in this context. The federative state model is conceptualized, differentiating it from its unitary form and analyzing historical aspects of its development. Public advocacy, responsible for administrative and judicial action, in consulting and defending public interests, preventing conflicts and seeking the solution of those who may arise – even among federative entities – is analyzed in a specific chapter. This in order to find, in the end, the ways in which this Advocacy of State can contribute to the solution of circumstances of crisis related to the federative form. The research uses narrative-descriptive methodology, with the use of Brazilian doctrine, as well as legislation and judgments of the national legal system.

KEYWORDS: Federalism. Cooperative federalism. Crisis. State Attorney

INTRODUÇÃO

¹ Procurador Federal, em exercício na Procuradoria-Seccional Federal em Passo Fundo/RS. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional, pela Escola Superior Verbo Jurídico.

A Advocacia Pública, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, foi conduzida ao patamar de função essencial à Justiça. Também no bojo da atual Carta, foi instituído um modelo de divisão de funções, tanto entre os três poderes quanto entre as diferentes esferas federativas, visando ao cumprimento do dever estatal de realização do interesse público.

A forma federativa de Estado, igualmente, ganhou relevância ímpar no atual texto constitucional: além de alçada à condição de cláusula pétrea², o chamado *federalismo cooperativo* restou aperfeiçoado como nunca (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 941), comparativamente às Constituições anteriores. Uma maior divisão de competências entre os entes e a inédita instituição do Município como membro federativo.³

Neste contexto, mostra-se significativo o estudo acerca das atividades dos advogados públicos visando à manutenção da ordem federativa, com a prevenção de conflitos entre os entes – bem como a solução daqueles que porventura surjam:

Parece-nos de altíssima relevância a abertura desse campo de estudo com vistas a potencializar as possibilidades de contribuições profícuas da Advocacia de Estado no aperfeiçoamento do quadro institucional brasileiro, com a melhoria e maior consistência das políticas públicas em geral, além de promoção criativa de progressos institucionais e de maior eficiência da Administração Pública, a partir de uma orientação à eficiência do Estado regida pelo princípio da juridicidade, colocando a gestão pública na perspectiva da realização dos fins colimados pela ordem jurídica, como, por exemplo, o da realização da igualdade e da inclusão social (art. 3º, incisos III e IV, da Constituição de 1988). (VIANA, 2017, p. 10)

No desenvolvimento deste estudo, divide-se o trabalho em três partes: a primeira se dedica à conceituação e ao histórico do federalismo, com especial destaque para a sua forma cooperativa; a segunda parte refere-se à advocacia pública – ou Advocacia de Estado; e a terceira, por fim, refere-se ao federalismo em tempos de crise e a atuação dos advogados públicos nesta seara. O trabalho é construído pela metodologia narrativo-descritiva, desenvolvido através de obras doutrinárias, artigos e legislação.

1 FORMA FEDERATIVA DE ESTADO E FEDERALISMO COOPERATIVO

1.1 CONCEITO DE FEDERAÇÃO

A forma de Estado encontra-se relacionada à centralização ou descentralização do exercício do poder político em função do território (SILVA, 2014, p. 100). Neste sentido, pode ele ser *unitário*⁴ ou uma *federação*. Assim, ainda segundo o autor,

Se existe unidade de poder sobre o território, pessoas e bens, tem-se Estado unitário. Se, ao contrário, o poder se reparte, se divide, no espaço territorial (divisão espacial de poderes), gerando uma

2 Isso não significa, contudo, dizer que o federalismo brasileiro seja imutável: ofende as cláusulas pétreas de nossa Constituição a emenda que tenda a abolir o pacto federativo, mas não emenda que apenas torne coerente o seu desenho (RAMOS, 2018, p. 604).

3 O que tem feito a doutrina considerar o Brasil como o denominado *federalismo de terceiro grau* (por exemplo: MEIRELLES, 2008, p. 46).

4 Em resumo (mesmo porque não objeto do presente trabalho), *Estado unitário* consiste na “[forma] mais simples, a mais lógica, a mais homogênea. A ordem jurídica, a ordem política e a ordem administrativa se acham aí conjugadas em perfeita unidade orgânica, referidas a um só povo, um só território, um só titular do poder público de império” (BONAVIDES, 2000, p. 189).

multiplicidade de organizações governamentais, distribuídas regionalmente encontramos-nos diante de uma forma de Estado composto, denominado Estado federal ou Federação de Estados.⁵ (p. 100-101)

De acordo com MENDES e BRANCO (2018, p. 1.316), a federação tem suas origens nos Estados Unidos e “surgiu como resposta à necessidade de um governo eficiente em vasto território, que, ao mesmo tempo, assegurasse os ideais republicanos que vingaram com a revolução de 1776”.

Em apertada síntese, federação pode ser conceituada como a reunião de entidades políticas autônomas⁶, feita por uma Constituição e marcada por um vínculo de indissolubilidade. Ou, de forma mais ampla, “Estado Federal” é assim conceituado por MENDES e BRANCO (2018, p. 1.324):

É correto afirmar que o Estado Federal expressa um modo de ser do Estado (daí se dizer que é uma forma de Estado) em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre o governo central e os locais, consagrada na Constituição Federal, em que os Estados federados participam das deliberações da União, sem dispor do direito de secessão. No Estado Federal, de regra, há uma Suprema Corte com jurisdição nacional e é previsto um mecanismo de intervenção federal, como procedimento assecutoratório da unidade física e da identidade jurídica da Federação.

Ainda acerca de sua conceituação e etimologia, assim leciona BULOS (2014, p. 922):

Federação, do latim *foedus, foederis*, significa pacto, interação, aliança, elo entre Estados-membros.

Trata-se de uma unidade dentro da diversidade. A unidade é ela, a federação, enquanto a diversidade é inerente às partes que a compõem, isto é, os Estados, com seus caracteres próprios.

A federação, portanto, é um *pluribus in unum*, ou seja, uma pluralidade de Estados dentro da unidade que é o Estado Federal.

Visa a federação à união de seus membros, a fim de promover a “integração harmônica de seus destinos”. Eles não possuem soberania, encontrando-se sujeitos a um poder único, gozando de autonomia⁷ e “movendo-se livremente na esfera da competência constitucional que lhes for atribuída para efeito de auto-organização” (BONAVIDES, 2000, p. 231).

Após a Primeira Guerra Mundial, o federalismo passa a ser concebido como *cooperativo* (neoclássico)⁸, em superação ao modelo *dualista* (clássico), de duas esferas isoladas (União de um lado; Estado-Membro, de outro) e de repartição horizontal de competências e tributos exclusivos (FERREIRA FILHO, 2012, p. 72).

1.2 SÍNTESE HISTÓRICA BRASILEIRA

Nos períodos colônia e império, o Brasil adotou a forma de unitária de Estado. Em sua primeira

5 BULOS (2014, p. 922) cita ainda a confederação como uma forma de Estado. Respeitosamente, entende-se que ela não pode entrar nesta classificação, uma vez que todos os seus membros gozam de soberania (BONAVIDES, 2000, p. 212). Trata-se meramente da reunião de vários Estados para um propósito comum, e não a forma de um único centro de poder soberano.

6 Característica esta que não se confunde com independência, à vista da impossibilidade de secessão de seus entes. Como aduzem SARLET, MARINONI e MITIDIERO (2018, p. 937), com seus elementos essenciais (auto-organização e autogoverno), a autonomia “implica uma repartição de competências legislativas e administrativas constitucionalmente assegurada (no âmbito da Constituição Federal)”.

7 Definido por ROCHA (2017, p. 124), em seu sentido corrente, como quando “é capaz de especificar sua própria legalidade, o que é próprio dele”.

8 Especificamente no caso brasileiro, a partir da Constituição de 1934, como será visto a seguir.

Constituição (1824), com ampla centralização do poder decisório e pouca – mas existente – descentralização administrativa, por meio das capitânicas hereditárias, foi esta a forma adotada pelo Imperador D. Pedro I. Embora referida divisão já tenha sido apontada como uma espécie de “vocaçã federalista”, tal apontamento é tido como equivocado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 939), uma vez que tal divisão possuía natureza meramente administrativa⁹, sem nenhum poder decisório e apenas com o propósito de facilitar a governança do extenso território, desde 1534, ainda pelo governo português.¹⁰ Ainda sobre a forte centralização política da época, assim destacam os autores (p. 939-940):

[...] assumiu perfil altamente centralizador, seja em virtude dos interesses econômicos e políticos da Coroa e de boa parte dos Portugueses que se estabeleceram no Brasil, seja pela associação entre a figura de um Estado Unitário e a centralização com a Monarquia como forma de governo. Dentre outros pontos que podem ser destacados, situa-se a circunstância de que o Imperador nomeava e removia livremente o Presidente das Províncias (art. 165), além da forte limitação à autonomia legislativa provincial mesmo quanto aos assuntos regionais [...].

Fortemente inspirado nos Estados Unidos da América¹¹, além de abandonar a forma monárquica de governo, o Brasil passou a adotar a forma federativa desde o Decreto 01/1989¹². Sobre a influência da Carta norte-americana, no magistério de BARROSO (2010, p. 124):

Constituição americana. O primeiro sinal explícito de seu sucesso é a duração: o texto sintético, escrito com a linguagem aberta das cláusulas gerais e dos princípios, vigora desde sua ratificação, em 1791, tendo sofrido apenas vinte e sete emendas. Instituições inovadoras, como o federalismo, um modelo eficiente de separação de Poderes e o controle de constitucionalidade (*judicial review*), aliadas à supremacia econômica e militar que os Estados Unidos passaram a exercer após a Segunda Guerra, inspiraram inúmeras Cartas mundo afora, inclusive no Brasil, onde sua influência está presente desde a primeira Constituição republicana, de 1891.

Por consequência, a partir da Constituição de 1891, ao menos formalmente¹³, a federação foi sempre escolhida como a forma de Estado pelas demais Cartas que lhe sobrevieram.¹⁴

O federalismo dualista foi substituído pelo cooperativo com a promulgação da Constituição de 1934 (BULOS, 2014, p. 494), embora, na ocasião, tenha-se dado à União “uma posição e uma influência

9 Não poderia nem mesmo ser considerado Estado unitário descentralizado, à vista da ausência de personalidade jurídica própria, das capitânicas, ou de eleição para quaisquer órgãos dirigentes

10 Isso não quer dizer que a federação não tenha sido, já na época da independência, uma ideia no cenário nacional. No ponto, realça FERREIRA FILHO (2012, p. 74): “é no Brasil tão antigo quanto a reivindicação de independência. Obtida esta, já na Constituinte de 1823, houve quem postulasse a implantação de uma estrutura federativa, mais condizente com a diversidade de condições regionais e com os meios de comunicação da época [...]”. Neste mesmo sentido, STRECK e MORAIS (2018, p. 264).

11 Sabe-se que, como referido, assim como a maioria dos países que adotam a forma federativa, o Brasil se baseou na Constituição Americana de 1787, demonstração viva e positiva de independência das ex-colônias inglesas. Como destaca, também, BONAVIDES, “pela primeira vez as instituições básicas de poder se conciliavam com a tradição continental hispânica, sobretudo com o modelo daquelas federações que, a exemplo da Argentina e do México, se haviam embebido na inspiração tutelar do constitucionalismo norte-americano” (2004, p. 365).

12 “Art. 1º - Fica proclamada provisoriamente e decretada como a forma de governo da Nação brasileira - a República Federativa.

Art. 2º - As Províncias do Brasil, reunidas pelo laço da Federação, ficam constituindo os Estados Unidos do Brasil.”

13 “É o que confirmam o art. 1º da Constituição de 1891; o art. 1º da Constituição de 1934; os arts. 1º e 3º da Constituição de 1937; o art. 1º da Constituição de 1946 e o art. 1º da Constituição de 1967, em sua versão original, confirmada pela EC n. 1/69.” (STRECK e MORAIS, 2018, p. 264)

14 Por ter-se tornado um Estado federal, a partir de sua origem unitária, fala-se na criação de um *federalismo por segregação*, em oposição ao federalismo estadunidense, *por agregação* (FERREIRA FILHO, 2012, p. 72 e 74). Nestes últimos, “os antigos Estados soberanos confederados deixaram de ser soberanos, mas conservaram a sua autonomia, entregando a uma nova entidade, a União, poderes bastantes para exercer tarefas necessárias ao bem comum de todos os Estados reunidos” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1.317).

preponderante no tratamento do interesse geral, amesquinhando-se o papel dos Estados” – situação agravada com a Constituição de 1937, e não detida pela de 1946 (FERREIRA FILHO, 2012, p. 74).

Após a instauração do regime ditatorial, em 1964, e a outorga da Constituição de 1967 e de seu Ato Institucional 5, teria havido maior amplitude à técnica do federalismo cooperativo, inclusive com a “participação de uma entidade na receita de outra, com marcante centralização” (BULOS, 2014, p. 497). A tendência de centralização do poder político foi tamanha “a ponto de se ter instaurado, na opinião de muitos, um novo tipo de federalismo, o federalismo de integração”, embora com fortes tendências “a uma sujeição do Estado-Membro à União” (FERREIRA FILHO, 2012, p. 72 e 74).

Não há dúvidas de que a Constituição de 1988 é aquela que confere maior autonomia aos demais entes, procurando restabelecer o equilíbrio federativo (FERREIRA FILHO, 2012, p. 74). É certo que a atual organização do Estado ainda concentra a maior parte do poder e competências no ente central (União), como pode ser visto nos arts. 20, 21, 22 e 24. No entanto, a evolução na autonomia dos demais entes é inquestionável.

Possivelmente, entre as duas das maiores inovações da atual Carta de 1988, reside a inclusão dos municípios como entes federativos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 941), situação, como leciona BULOS (2014, p. 940), sem precedentes no mundo. Ainda segundo o doutrinador,

No Brasil, a valorização do Município é crescente. De simples lembrança na Carta Imperial de 1824 (art. 169) ao poder de auto-organizar-se conferido pela Constituição de 1988 (art. 29), ele vem obtendo lugar de destaque.

A disciplina normativa que o Texto de Outubro lhe conferiu é bastante inovadora, não possuindo similar nas constituições passadas, nem nos ordenamentos constitucionais de outros países. Nem mesmo o *federalismo de duplo grau*, terminologia usada por Charles Durant para caracterizar a federação soviética, instituída sob a égide das Constituições de 1936 e 1977, serve de precedente. Segundo Durant, as Repúblicas Federadas tinham de conter os *Territórios* e as *Regiões Autônomas*, por meio de textos constitucionais próprios, que previam competências mínimas (*El Estado Federal en el derecho positivo*, p. 193).

Mas isso não se compara à realidade brasileira. Aqui o constituinte disciplinou os entes municipais de modo completamente diferente do *federalismo de duplo grau*. Basta ler os arts. 29 a 31 para constar isso.

O próprio autor, no entanto, critica a inclusão dos municípios como entes federativos, que teria aliado o modelo lógico-jurídico de federação e deturpado a Teoria Geral do Federalismo. Ademais, o fato de o Município não possuir representatividade no poder central (sistema bicameralista) demonstraria a *anomalia*¹⁵ deste traçado constitucional (p. 940-941).¹⁶

Críticas e divergências doutrinárias à parte, é amplamente majoritário o entendimento de que os municípios ostentam, de fato, a qualidade de entes federados. Neste ínterim, em sentido diametralmente oposto ao acima, BONAVIDES (2004, p. 344) vê de forma positiva a novidade, para quem “as prescrições do novo estatuto fundamental de 1988 a respeito da autonomia municipal configuram indubitavelmente o

15 Situação esta que seria especialmente ilustrada pela submissão dos entes municipais ao Poder Judiciário dos estados.

16 SILVA (2014, p. 479) não apenas compactua desta crítica, como entende que os municípios, em verdade, não fazem parte do conceito de *entidade federativa*: “Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados”.

mais notável avanço de proteção e abrangência já recebido por esse instituto em todas as épocas constitucionais de nossa história”.

A outra grande novidade da atual Constituição consiste no aperfeiçoamento do *federalismo cooperativo* (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 941), sobre o qual se comentará a seguir.

1.3 FEDERALISMO COOPERATIVO

A palavra “cooperar” é definida como “operar juntamente com alguém; contribuir ajudando, auxiliando outras pessoas; colaborar” (COOPERAR, 2020). Cooperação relaciona-se com atuação mútua, entre diferentes indivíduos, visando à realização de um fim comum. Na cooperação, conforme ressalta BERCOVICI (2002, p. 16), “nem a União nem qualquer ente federado pode atuar isoladamente, mas todos devem exercer sua competência conjuntamente com os demais”. Assim, como a própria expressão já indica, *federalismo cooperativo* implica um agir coordenado entre os entes federados, a fim de cumprir determinado objetivo.

O federalismo cooperativo (neoclássico), quanto à separação de competências, pressupõe a atuação conjunta entre as entidades federativas e vem, assim, como contraponto ao federalismo dual (clássico), o qual, como visto, é caracterizado pela rigidez na separação de atribuições entre referidos entes. Se a sua forma dual é baseada na quase absoluta autonomia, o cooperativo é baseado na colaboração: a União auxilia os estados-membros e municípios (e os estados-membros, os municípios), e assim eles buscam soluções para problemas comuns.

Desde que adequadamente desenvolvida, a forma cooperativa deste fenômeno associativo implica atuação dos diferentes graus da federação de maneira metódica e solidária, com o auxílio *efetivo*, entre uns e outros, ao cumprimento dos deveres que lhes foram constitucionalmente imbuídos (saúde, educação, meio ambiente ecologicamente equilibrado etc.). Os elementos cooperativos deste federalismo, ilustrados não só pela repartição de competências, mas também pela participação efetiva dos entes periféricos na vontade política do ente central, são essenciais para o desenvolvimento da democracia consensuada (RIBEIRO et al., 2017, p. 06). Isso, no entanto, não significa ausência de coordenação; ao contrário: estabelece-se, normalmente à União, as diretrizes e bases de como a cooperação será concretizada.¹⁷

No Brasil, esta forma coordenada, com atuação norteadora da União, encontra previsão em diversos normativos da Carta da República, e possivelmente tem sua maior estampa no art. 24, § 1º, o qual determina que, quanto às competências legislativas concorrentes, o mister da União “limitar-se-á a estabelecer normas gerais”.¹⁸ MENDES e BRANCO (2018, p. 1.099) citam também, nesta seara, as ações governamentais para promoção da assistência social (art. 204 e incisos da Constituição):

¹⁷ Isso ficou evidente no contexto da crise financeira de 1929. Nos EUA, até então, cada estado membro possuía ampla autonomia para a resolução dos problemas que a antecederam. Isso não impediu a depressão econômica que seguiu, de modo que, por meio do *New Deal*, a União passou a coordenar os esforços para superação da crise, mediante intervenção do Estado na ordem econômica: deu-se entrada “no modelo intervencionista econômico e no federalismo cooperativo, presenciou-se uma maior participação do Estado na condução da vida econômica da Nação com a criação e o fortalecimento dos entes reguladores independentes” (FIGUEIREDO, 2014, p. 190).

¹⁸ “A divisão de tarefas está contemplada nos parágrafos do art. 24, de onde se extrai que cabe à União editar normas gerais – i. é, normas não exaustivas, leis-quadro, princípios amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores. Os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer, com relação às normas gerais, competência suplementar (art. 24, § 2º), o que significa preencher claros, suprir lacunas.” (MENDES; BRANCO, 2018, p. 1.355-1.356)

A Constituição estabelece que as ações governamentais serão organizadas com base na descentralização político-administrativa e define que a coordenação e as normas gerais cabem à esfera federal, enquanto a coordenação e a execução dos respectivos programas, às esferas estadual e municipal (art. 204, I). Além disso, dispõe que as ações também contarão com a participação da população, por meio de organizações representativas (art. 204, II).

Para SILVA (2014, p. 741-742), o federalismo cooperativo implica ainda a necessidade de cooperação financeira – notadamente no que toca à repartição de receitas tributárias:

Vimos já que o sistema discriminatório da Constituição combina a atribuição de fontes próprias com a técnica de participação de uma entidade na receita tributária de outra, ou técnica da distribuição ou repartição da receita tributária, que é a *discriminação das rendas pelo produto*.

Essa cooperação financeira entre as entidades autônomas da Federação, chamada *federalismo cooperativo*, integra a fisionomia do federalismo contemporâneo. Ela só começou a desenvolver-se, em termos constitucionais, entre nós, a partir da Constituição de 1934 (art. 9º), mas foi a Carta de 1937 que inaugurou a prática da participação na receita de tributos (Lei constitucionais 4/40). A Constituição de 1946 ampliou a técnica de cooperação financeira, que a Constituição de 1967 procurou racionalizar. Essas experiências são acolhidas pela Constituição de 1988 com expansão e aperfeiçoamento.

2 ADVOCACIA PÚBLICA

A Advocacia-Geral da União, as procuradorias estaduais e as procuradorias dos municípios formam, contemporaneamente, a chamada “advocacia pública” – ou advocacia de Estado –, que detém a atribuição de atuar administrativa e judicialmente na consultoria e defesa dos interesses públicos¹⁹, bem como nas políticas públicas promovidas pelas pessoas jurídicas de direito público da administração direta – União, estados e municípios – e indireta – fundações e autarquias públicas ou autarquias de regime especial (CARDOSO, 2017, p. 24).

Com efeito, à advocacia de Estado, como função essencial à justiça,²⁰ compete o assessoramento jurídico na realização das políticas públicas²¹ do governante legitimamente eleito. Porém, a despeito de sua grande relevância na atuação política em todas as esferas de governo, possui ela natureza de cunho precipuamente *jurídico*, como ensina VIANA (2017, p. 18-19):

A Advocacia de Estado, por sua natureza constitucionalmente definida como *função essencial à justiça*, constitui-se de um corpo de *juristas públicos*, pelo que só podemos concluir porque sua atuação é regida por código comunicativo e por uma racionalidade precipuamente *jurídica*.

[...]

A Advocacia de Estado pauta-se por *programas decisórios jurídicos*, como *regras e princípios*: legais e constitucionais e procedimentos jurídicos (Lei do Processo Administrativo e o CPC, por ex.), pelos quais, ao ser proferida uma decisão (*solução de um problema jurídico*) como se dá na emissão de *pareceres*, se pode afirmar com correção (critérios autorreferenciais jurídicos) seu postulante administrativo ‘tem direito’ ao bem da vida por ele pretendido quem é o se o ato administrativo é *juridicamente válido*.

19 “O advogado público, além de ter a função de representar a Fazenda Pública judicial e extrajudicialmente, exerce o assessoramento jurídico e as atribuições próprias de advogado. Quer isso dizer que o advogado público cumula as duas funções: além de advogado, é também representante judicial e extrajudicial da respectiva pessoa jurídica de direito público. Geralmente, uma pessoa de direito privado tem seu representante, que não se confunde com o advogado contratado para assessorá-la e defender seus interesses em juízo ou fora dele. O advogado público cumula as duas funções.” (DIDIER JR., e CUNHA, 2018, p. 2.932-2.933)

20 CRFB/88, Título IV, Capítulo IV.

21 “Às três *procuraturas constitucionais* compete, em síntese, a função de *controle institucional de provedoria*, sendo, portanto, públicas não só quanto à finalidade, mas também quanto aos agentes, pois são exercidas por agentes públicos, *órgãos do Estado* [...]” (MOREIRA NETO, 1992, p. 91)

No exercício de seu mister constitucional, atua também a advocacia pública na qualidade de garantidora e defensora dos interesses da sociedade e do Estado, no que MOREIRA NETO (1992, p. 82) define como *Estado de Justiça* no constitucionalismo brasileiro, o qual não prescinde apenas da atuação do Poder Judiciário para sua concretização, mas dos demais Poderes do Estado e, por certo, das demais *funções essenciais à justiça*.

Ressalta o autor, ainda (p. 87), a importância das atividades *preventivas e postulatórias* das funções essenciais à justiça; por meio delas, *interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados*:

O exercício de funções *preventivas* (consultoria jurídica) e *postulatórias* (representação), que não apresentem um mínimo da necessária consistência técnica, inviabiliza o controle de *juridicidade* (moralidade, legitimidade e legalidade) e atenta contra os fundamentos constitucionais do Estado (de Justiça) Democrático de Direito.

Dessa colocação, resulta que as *funções essenciais à justiça* se constituem num conjunto de atividades políticas preventivas e postulatórias através das quais interesses juridicamente reconhecidos são identificados, acautelados, promovidos e defendidos por órgãos tecnicamente habilitados, sob garantias constitucionais.

E, no que toca à essencialidade da atividade consultiva, segue (p. 89):

[...] a *consultoria jurídica* é uma atividade essencial à justiça, porquanto nela o advogado tem a decisão técnico-jurídica a seu cargo e sob sua plena responsabilidade, direta e pessoal. O consultor jurídico do Poder Público *emite uma vontade estatal*, como órgão do Estado que é, vinculando-o de tal forma que, se a Administração não seguir o ditame, deverá motivar porque não o faz, sob pena de nulidade do ato (princípio da motivação — artigo 5.º LIV e LV, e 93, X). Seus pronunciamentos têm, por isso, uma *eficácia própria*, que é a eficácia do parecer jurídico, indistintamente os emitidos por solicitação externa ou *ex officio*, no exercício das funções de fiscalização da juridicidade dos atos do Estado, embora possam alguns pender de um visto ou de qualquer outro ato de assentimento para cobrarem *exequibilidade*. Os órgãos da Administração Pública, que têm na ordem jurídica não só o fundamento como os limites de sua atuação, *não podem ignorar* os pareceres regularmente emitidos pelas consultorias jurídicas dos órgãos da procuratura constitucional que sobre elas atuem, embora possam deixar de segui-los, motivadamente, mas sempre a seu inteiro risco, jurídico e político.

Referidas atividades (preventivas e postulatórias, consultoria jurídica²²), exercidas em prol da Administração dos entes federados, constituem meios aptos à adequada coordenação do federalismo nestes tempos de crise. Este estudo será mais bem desenvolvido no próximo capítulo.

3 ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA PARA SUPERAÇÃO DA CRISE NO FEDERALISMO

3.1 Crise no federalismo

Quanto à repartição de competências, a primeira Carta brasileira a adotar a forma federativa, como visto, adotou-a na forma *dual*, de matriz norteamericana. Nesta forma de federalismo, as competên-

²² 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.

[...]

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.

cias são divididas no plano horizontal, atribuindo aos entes federados competências privativas e exclusivas, que serão por eles cumpridas de maneira isolada e estanque. Entretanto, a partir da Constituição de 1934, com o surgimento de um Estado de bem-estar social, passa-se a seguir o federalismo cooperativo. Assim, ao lado do plano horizontal de repartição de competências, emprega-se também o plano vertical, com o surgimento das competências comuns e concorrentes, a serem cumpridas pelos entes federados em regime de *condomínio legislativo* (HORTA, 1995, p. 366).

No caso brasileiro, certo é que o novo regramento de divisão de competências previsto na Constituição da República, bem como o “processo de universalização e igualdade no acesso a políticas sociais, ocorrido a partir da segunda metade da década de 1990” (FRANZESE, 2010, p. 87), tem implicado o aprimoramento do federalismo em sua linha cooperativa.

Possivelmente, o maior exemplo deste aprimoramento encontra-se no art. 23 da Constituição, ao prever expressamente as competências comuns de todos os entes, por meio das quais devem colaborar para o desempenho dos encargos por ela determinados (BERCOVICI, 2002, p. 16). SARLET, MARINONI e MITIDIERO (2018, p. 943) destacam, porém, que o parágrafo único do referido artigo prevê a edição de Lei Complementar para a cooperação entre os entes, norma esta que ainda não teria sido editada. No entanto, veja-se que a dicção da norma²³ indica expressamente “leis complementares”, no plural, a serem elaboradas de acordo com a matéria comum cuja cooperação se pretenda regulamentar. Neste sentido, os próprios autores indicam a edição de diplomas legislativos em matéria ambiental que vieram para fixar normas de tal modelo cooperativo.²⁴ De todo modo, não há como negar, como igualmente mencionam, “que o Brasil ainda está longe de realizar na dimensão desejável o projeto original do constituinte (também) nessa seara”.

O exercício destas competências, derivadas da linha cooperativa mencionada, por certo deve ser feito com sinergia, com base no ideal de harmonia e sem atuações conflitantes.²⁵ No entanto, de fato este federalismo cooperativo tem mostrado alguns de seus problemas centrais em tempo de crise.

Em primeiro lugar, o modelo de repartição de competências adotado pelo texto constitucional, a despeito da elogiável cessação de atribuições aos estados e municípios, ainda é excessivamente centralizador²⁶ e, por vezes, confuso. Com efeito, várias das funções expressas nos seus arts. 23 e 21 não se mostram suficientemente delineadas: ora parecem tratar de competência exclusiva da União, ora de competência comum de todos os entes federados. Da mesma forma, no campo das competências legislativas, há normas que tanto podem ser incluídas no art. 22 (competência legislativa privativa da União) quanto no art.

23 “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)”

24 Lei Complementar 140/2011, que fixa normas “para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora [...]”.

25 Tudo isso coordenado pelo ente central, ao qual incumbe o estabelecimento de métricas e, até mesmo, muitas vezes, o auxílio de natureza financeira.

26 É fato que, enquanto a União possui extenso rol de atribuições elencado pela Constituição, os municípios possuem esfera de atuação bem mais restrita; aos estados, então, afora a exploração de gás canalizado e instituição de normas organizacionais geográficas (art. 25, §§ 2º e 3º), somente foram delegadas competências residuais (§ 1º do mesmo artigo).

24 (competência legislativa concorrente da União, aos Estados e ao Distrito Federal), o que potencializa o embate entre as entidades. Assim, a ausência das leis complementares previstas no parágrafo único do art. 23 da Constituição torna, realmente, a questão mais confusa – e justifica a crítica dos doutrinadores acima citada.

Considerando-se que os contornos de competência não se encontram tão bem definidos pela Carta de 1988, e à falta de arcabouço normativo especificando esta forma cooperação, tem-se visto, notadamente em situações de crise, os Poderes Executivos em atuação. Assim, à vista desta atuação do Poder Executivo, a fragilidade explicitada no federalismo cooperativo passa por dois vieses.

A primeira relaciona-se à lógica da omissão: se a obrigação é imposta a todos os entes, não é imposta a nenhum (diluição de responsabilidade). Situação exatamente oposta à pretensão do constituinte, eis que, sendo comuns as responsabilidades, nenhum dos entes da Federação pode se eximir de implementá-las, recaindo o custo político sobre todas as esferas de governo (BERCOVICI, 2002, p. 17).

A segunda vai em sentido oposto: o excesso de atuação, com possível ingresso na seara de competência de outro ente. De fato, em situações de fragilidade sistêmica, parece haver um padrão de todos os entes quererem atuar, atribuindo a si o papel principal no combate à problemática. Destarte, com mais de um ente em atuação, é previsível a hipótese de ingresso indevido na esfera de competência de outro: está instalada a celeuma. A partir deste excesso de atuação, há potencial para a expedição de atos normativos eivados de inconstitucionalidade.

E é nesta seara que adquire especial destaque a atuação dos advogados públicos. A fim de prevenir estes possíveis desvios, mostra-se de relevância ímpar a atividade da Advocacia de Estado.

3.2 Atuação da advocacia pública no auxílio ao federalismo em situações de crise

Na atual situação de crise humanitária, os advogados públicos assumem um papel decisivo na defesa da saúde, no próprio funcionamento da Administração e na defesa das políticas públicas de promoção dos direitos individual e coletivamente assegurados.

Neste sentido, o Decreto Federal 10.292/2020 (em sua redação atual dada pelo Decreto 10.329/2020) reconhece como essencial e indispensável para o combate à pandemia as “atividades de representação judicial e extrajudicial, assessoria e consultoria jurídicas exercidas pela advocacia pública da União²⁷, relacionadas à prestação regular e tempestiva dos respectivos serviços públicos” (art. 3º, § 1º, inciso XXXVIII).

Ao assenhorar-se das funções que lhe foram constitucionalmente atribuídas, tem a advocacia pública o papel de agir na realização da justiça, auxiliando na prevenção de eventuais conflitos, bem como na solução daqueles surgidos a partir de sua atuação. Por certo, estes conflitos em potencial podem surgir entre entes federados diversos, envolvendo a atuação conjunta de suas respectivas representantes jurídicas.

Como destaca BONAVIDES (2010, p. 240), o fenômeno político associativo atual, “federalismo novo, elástico”, é umbilicalmente ligado ao desenvolvimento das práticas federativas:

²⁷ A redação original do Decreto Federal 10.292/2020 utilizava a expressão “advocacias públicas”, unicamente. Tratando-se de decreto restrito à esfera federal, entendeu-se por bem utilizar redação específica.

Dessas transformações resultou um federalismo novo, elástico, quase irreconhecível àqueles que ainda sustentam com entono as máximas do federalismo clássico, e se recusam terminantemente a aceitar o que ocorreu como variação necessária, decorrente do desenvolvimento das práticas federativas, segundo novos tempos e novas circunstâncias.

Referidas práticas federativas contemporâneas são compostas por políticas públicas inclusivas, não se podendo prescindir da atuação conjunta e coordenada dos três graus da federação.

Tema sobre o qual se debruça a Advocacia de Estado, enquanto instituição, consiste na indicação da legalidade das políticas públicas do governo legitimamente eleito. A título de exemplo, lembra FIGUEIREDO (2014, p. 202) que, além de sua representação perante o Judiciário, “à Advocacia-Geral da União compete o exercício legal da fixação da jurisprudência administrativa de todo o Executivo”.

E, neste ínterim, é seu mister a atuação na defesa destas políticas públicas de forma *integrada*, prevenindo situações de ingresso na esfera de competência alheia e possíveis violações ao sistema constitucional pátrio, evitando litígios tanto quanto possível.

A função de assessoramento dos gestores, reitera-se, é de vital relevância na prevenção de falhas durante a execução das políticas públicas e na análise da juridicidade dos atos emanados pelo Poder Executivo.

Exatamente a fim de promover essas políticas públicas de natureza inclusiva e concatenada, faz-se necessário assegurar, aos membros da advocacia pública, *elevado grau de autonomia funcional*. Neste sentido, assim observa VIANA (2017, p. 27):

[...] traz à tona outra dimensão da Advocacia de Estado: sua função jurídico-democrática de proporcionar e materializar o acesso do público (cidadãos/administrados) ao sistema político-administrativo e aos benefícios sociais gerados por *políticas públicas*, o que também demanda o estabelecimento, como regra constitucional, da garantia de *autonomia operativa* aos membros das organizações integrantes da Advocacia de Estado.²⁸

Neste mesmo sentido, destaca MOREIRA NETO (1992, p. 82) que o sistema de funções essenciais à justiça foi *aperfeiçoado e robustecido com garantias para uma atuação independente*:

E aí estão, coincidentemente, essas duas notáveis conquistas do Direito Político contemporâneo, incorporadas à Constituição vigente: *o sistema de participação política*, ampliado e enriquecido, e *o sistema de funções essenciais à Justiça*, aperfeiçoado e robustecido com garantias para uma atuação independente.

Portanto, a garantia da independência funcional aos membros da advocacia pública, integrantes deste *sistema de funções essenciais à justiça*, nada mais é do que dar mero cumprimento às ordens estabelecidas pela Constituição.

CONCLUSÃO

É justamente em ocasiões de crise que institutos jurídicos são testados. Nestes casos, também,

²⁸ Conforme lição do autor (p. 26), é por meio da autonomia funcional que se aperfeiçoa “o quadro institucional do sistema político-jurídico do Estado brasileiro, em que, em intenso grau de interação, se garante simultaneamente à autonomia da atividade político-administrativa por meio de um corpo de *juristas do Estado*, aptos, *por não sofrerem pressões estranhas à lógica autopoietica sistema do direito*, a proporcionar elevada efetividade na promoção da segurança jurídica, por meio de adequada previsibilidade de consequências de *decisões e projetos político-administrativos*.”

eles deixam de ser teoria e têm sua incidência na realidade. É a partir de adversidades que se sai da inércia, que se encontram as fragilidades de reparação necessária em determinado sistema. Neste federalismo, em tempos de crise, não é diferente. A despeito de esta forma de associação política ser posta em xeque, notadamente nos casos de situações críticas, ainda não foi criado nenhum modelo organizacional reconhecidamente a ela superior – ao menos em países cujas regiões são marcadas por diferenças culturais e linguísticas tão relevantes, como é o caso do Brasil.

Respeitosamente, discorda-se de que o federalismo cooperativo seja “um processo contraditório e sem rumos pré-definidos” (RIBEIRO et al., 2017, p. 1.041). Embora a forma através da qual ele tenha sido (e esteja sendo) desenvolvido possa ser passível de críticas, isso não macula o modelo político em si.

É certo que o federalismo não é isento de críticas. Tais críticas podem e devem ser feitas. Tudo isso visando, contudo, ao seu aperfeiçoamento e melhoria – não à sua pura e simples extinção:

Se tivermos porém a visão aberta e a sensibilidade bastante apurada com que acompanhar o curso da vida no laboratório social, nenhuma dificuldade defrontaremos então para proclamar em fase de florescente desenvolvimento o neofederalismo do século XX. Mas entendido este qual o fizemos, a saber, acrescido daquelas emendas que põem o direito em dia com os fatos, previnem os desvirtuamentos do intervencionismo estatal, cortam os elementos de fundo da crise federativa na estrutura do Estado contemporâneo, alhanam obstáculos e conduzem a uma possível solução do problema federativo. (BONAVIDES, 2010, p. 245-246)

E, neste ponto, conclui-se que os advogados públicos podem e devem assumir o protagonismo no auxílio ao federalismo em tempos de crise. A adequada efetividade dos atos de gestão, a fim de garantir segurança jurídica às políticas públicas – e, ao final, ao próprio cidadão –, evitando-se a ausência ou o excesso de atuação por parte dos entes, depende da necessária presença e atuação desta advocacia pública – carreira tão essencial à proteção do pacto federativo.

Dito isso, há que se destacar a sincera crença de que este período de crise não vai deixar apenas reminiscências aflitivas. Servirá – e já está servindo – como experimentação de intenso aprendizado, quebra de paradigmas e de modernização da instituição da Advocacia de Estado.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. Revista de Direito Sanitário, v. 3, n. 1, p. 13-28, mar. 2002. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v3i1p13-28>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 28 ago. 2020.

BRASIL. Decreto nº 01, de 15 de novembro de 1889. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1889/0001/0001.htm>. Acesso em: 28 ago. 2020.

[vil_03/decreto/1851-1899/D0001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D0001.htm)>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. Decreto nº 10.292, de 25 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10292.htm>. Acesso em: 1º set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 10.329/2020, de 28 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10329.htm>. Acesso em: 1º set. 2020.

BRASIL. Lei Complementar nº 140/2011, de 08 de dezembro de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp140.htm>. Acesso em: 1º set. 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARDOSO, Deiser Mara Rezende. (2017). A advocacia pública: instituição essencial à justiça com autoridade para solucionar conflitos no âmbito da jurisdição administrativa. Revista CEJ, 21(71). Disponível em: <<https://revistacej.cjf.jus.br/revcej/article/view/2215>>. Acesso em: 27 ago. 2020.

COOPERAR. Dicio, Dicionário Online de Português. Porto: 7Graus, 2020. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/cooperar>>. Acesso em: 31 ago. 2020.

DIDIER JR., Fredie, CUNHA; Leonardo. Comentários aos arts. 131 e 132 da Constituição. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz; LEONEY, Léo Ferreira (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 2.932-2.942.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Curso de direito constitucional. 38. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Lições de direito econômico. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FRANZESE, Cibele. Federalismo cooperativo no Brasil: da Constituição de 1988 aos sistemas de políticas públicas. 210 f. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2010.

HORTA, Raul Machado. Estudos de direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Revista de informação legislativa, v. 29, n. 116, p. 79-102, out./dez. Distrito Federal: 1992, p. 79-102.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RIBEIRO, José Mendes et al. Políticas de saúde e lacunas federativas no Brasil: uma análise da capacidade regional de provisão de serviços. Revista Ciência e Saúde Coletiva, v. 22, n. 4, p. 1031-1044, abr. 2017. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017002401031&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 ago. 2020.

ROCHA, Leonel Severo. Direito e autopoiese. In: STRECK, Lênio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; EN-

GELMANN, Wilson. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. São Leopoldo: Unisinos, 2017, p. 123-135.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2014.

VIANA, Ulisses Schwarz. Advocacia de Estado: perspectivas a partir da teoria dos sistemas. Revista Brasileira de Advocacia Pública, n. 4, p. 09-28, jan/jun. 2017.