

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 33 • nº 129

janeiro/março – 1996

Editor:

João Batista Soares de Sousa, Diretor

A advocacia de Estado e as novas competências federativas

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO

SUMÁRIO

1. Introdução: novas expressões do federalismo contemporâneo. 2. Ampliação da atividade administrativa pública. 3. Transformações da advocacia de Estado. 4. Evolução constitucional e conclusões.

1. INTRODUÇÃO: NOVAS EXPRESSÕES DO FEDERALISMO CONTEMPORÂNEO

A experiência federalista tem-se desenvolvido desde sua origem moderna, no século XVIII, agregando novas técnicas e novos institutos, distanciando-se do modelo pioneiro da Constituição dos Estados Unidos da América. Consagrado como método eficiente de contenção do poder, por diluído entre entidades políticas territoriais, o federalismo tem-se diversificado e adaptado por todo o mundo, atendendo a toda sorte de circunstâncias históricas e processos políticos, produzindo modelos tão distintos como o helvético e o soviético, não obstante assentes sobre o princípio fundamental da *diversidade na unidade*.

Deve-se, também, ao êxito da idéia federalista as suas novas e criativas expressões, em surgimento neste final de século e de milênio, despontadas nos fenômenos emergentes do *quase-federalismo* das regiões autônomas, do *metafederalismo* das comunidades de nações, no *neofederalismo* da subsidiariedade e no *transfederalismo* da complementaridade.

O *quase-federalismo* tem sido adotado por países tradicionalmente unitários para garantir certo grau de autonomia para algumas regiões etnicamente diferenciadas, ou economicamente atrasadas ou geograficamente distanciadas em seus territórios. O resultado, já colhido satisfatoriamente na Espanha, na Itália e em Por-

tugal, tem-se mostrado sedutor para vários países que são ameaçados, em sua unidade, por movimentos separatistas minoritários e, por isso, posteriormente, desdobrar-se-á em outros modelos, mesmo no seio de federações, como é o caso das regiões autônomas russas.

Da mesma forma, o modelo federal tem oferecido a base histórica e doutrinária sobre a qual se tem desenvolvido a idéia das associações comunitárias de nações, como a Comunidade Européia, articulando, em novo grau político, expressões legislativas, administrativas e judiciárias do poder de Estados independentes. A experiência européia tem sido atentamente acompanhada por outros países que também aspiram integrar seus mercados, seus recursos e suas ações governamentais em novas comunidades de nações, mais fortes e mais competitivas, a partir de alianças políticas, de uniões aduaneiras ou de mercados comuns. Este é o caso do Brasil, que, no Mercosul, busca a articulação de uma futura comunidade de nações. Em termos jurídicos, o resultado, que se vislumbra com nitidez na Europa pós-Maastricht, é a superação dos quadros constitucionais individualizados e estanques, como marco político do poder estatal, descortinando-se, assim, no processo, uma transmutação do conceito de soberania e, por isso mesmo, do próprio constitucionalismo, num novo quadro que pode ser referido como um *metafederalismo*.

Por outro lado, como resultado do crescente interesse dos países federados em aperfeiçoar a racionalidade de sua ação e, por isso, a eficiência do Estado, na linha do princípio da subsidiariedade, observa-se a emergência de um *neofederalismo*, voltado à redefinição da partilha de poder entre as unidades federadas e o poder central, e a da correlata partilha de recursos tributários. O princípio da subsidiariedade, que tem sua origem na prática suíça e sua conceituação no pensamento político da Igreja Católica, desenvolvido em famosas encíclicas como a *Quadragesimo Anno* e a *Mater et Magistra*, adotado no constitucionalismo alemão e presente no Tratado de Maastricht, tornou-se conhecido por oferecer um seguro critério sociológico para justificar a concentração e a distribuição do poder; dois magnos problemas da Ciência Política e do Direito, geralmente tratados sob mera perspectiva histórica.

A idéia fundamental na subsidiariedade é dar ênfase e prestígio às bases individuais do poder político e, a partir delas, concentrar gradualmente o poder em instituições de dimensão e complexidade crescentes. De início, a con-

centração produziria entidades não-estatais, e só se passaria a concentrar poder (político) em entidades estatais quando certos problemas convencionais não puderem ser solucionados regularmente e satisfatoriamente pela própria sociedade. Mas, ainda assim, a concentração no Estado deve seguir o mesmo gradualismo subsidiário: tudo o que possa ser resolvido na unidade política local deverá sê-lo e só se passará a concentrar poder, ou seja, competência, nas unidades superiores quando necessário. O mesmo princípio se aplica à concentração de poder em unidades políticas multi ou metanacionais e com relação à partilha de recursos entre as entidades envolvidas.

Mas não apenas o como concentrar poder no Estado passa a ser o discurso da modernidade juspolítica, mas o quê concentrar. Cada vez mais se observa que as sociedades não se vêm valendo preferente ou prioritariamente do Estado para a satisfação de seus interesses. A própria diversificação dos interesses gerais em públicos, coletivos e difusos, estimula a multiplicação de entidades sociais secundárias, com ou sem outorga de delegação do poder público, que se destinam a solucionar problemas específicos fora das formalidades burocráticas e sem seus ônus. Tratam-se, em geral, de interesses coletivos e difusos, que, cabendo ou não ao Estado, podem receber tratamento específico e mais ágil em agências ou entidades intermédias, assim chamadas por se situarem a meio caminho entre os entes públicos e os privados.

São inúmeras as formas de que se revestem as entidades intermédias, dificultando a classificação, mas, sem dúvida, já se constituem numa categoria em franca expansão pelas vantagens que apresentam, em relação ao Estado, para solucionar problemas com maior flexibilidade, objetividade e menor custo, inclusive podendo atuar em inúmeras formas de cooperação, até mesmo com os próprios entes estatais, nacionais, internacionais ou metanacionais, superando os limites do federalismo e da própria nacionalidade sempre que necessário. Desenha-se, a partir desse fenômeno, um *transfederalismo* da complementaridade.

2. AMPLIAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PÚBLICA

Todas essas novas expressões do federalismo vêm acompanhadas de inúmeros reflexos sobre a administração pública, identificando-se novos tipos de interesses, novas competências, novos métodos para satisfazê-los novas

formas de descentralização e, sobretudo, num quadro de Estado democrático de direito, novas exigências de controle.

Assim é que, no *quase-federalismo* das regiões autônomas ou semi-autônomas, multiplicam-se as relações entre essas entidades e o Poder Central, com sua moldura constitucional específica e com todas as conseqüências administrativas delas derivadas.

Também o *metafederalismo* das comunidades de nações tem sido pródigo na diversificação do tratamento jurídico da administração pública, manifestada em órgãos e instrumentos de ação de amplo escopo que devem, de alguma maneira, articular-se com os órgãos e instrumentos nacionais, regionais e até os locais para serem eficientes.

Do mesmo modo, o *neofederalismo* da subsidiariedade, ao introduzir a busca de maior racionalidade na partilha federativa, de competência e de recursos, suscita maiores e mais sofisticadas exigências técnicas nos procedimentos administrativos, notadamente como resultado do aquecimento da participação política democrática dos cidadãos e das entidades intermédias, principalmente quanto às atividades de controle de juridicidade – legalidade, legitimidade e licitude – a todos os níveis.

Finalmente, o *transfederalismo* da complementaridade, abrindo e expandindo a cooperação, multiplica também as relações intersubjetivas sujeitas à disciplina jurídica administrativa e diversifica os regimes a elas aplicáveis, desde os que regem os clássicos atos e contratos administrativos aos atos administrativos complexos mais atuais, como o são os acordos de programa.

Sobre esses quatro tipos de experiências federativas incidem dois fatores gerais de indiscutível modernidade: a incorporação de novos campos de intersubjetividade, potencialmente muito conflitivos, à atividade administrativa pública e à transformação dos modos de intervenção do Estado na ordem econômica.

Essas novas relações sociais, em contínuo surgimento pela expansão das telecomunicações, da informática, da genética, da saúde, da ecologia e de tantos outros campos abertos pela ciência e tecnologia contemporâneas, têm-se demonstrado altamente conflitivas, demandando intervenção ordinatária estatal para estabelecer regras mínimas, sejam normas de poder de polícia, sejam de ordenamento social, para a manutenção da ordem. Expande-se, em conseqüência, a atividade administrativa, estatal ou

não-estatal (auto-regulação) mas, de qualquer forma, a demandar tratamento especial nas federações, até mesmo no plano transfederativo, sempre que seja mais adequado à efetividade da ação regulatória.

Por outro lado, as mudanças hoje observadas nos métodos de intervenção do Estado na ordem econômica, abandonando as formas concorrenciais e monopolistas para adotar soluções regulatórias, vêm reduzindo o número de parastatais que atuavam administrativamente na exploração econômica e, em compensação, têm aumentado a necessidade de se multiplicar órgãos e agências de controle de todo o tipo sobre as atividades devolvidas aos mercados, tudo implicando aperfeiçoamento técnico e procedimental das novas funções administrativas, ainda que não-estatais.

3. TRANSFORMAÇÕES DA ADVOCACIA DE ESTADO

Chega-se, assim, às conseqüências sobre a advocacia de Estado, enquanto função essencial à justiça, autônoma em relação aos poderes do Estado.

Desde logo se constata que as tradicionais funções públicas desenvolvidas pela advocacia de Estado – a *consultoria* e a *representação judicial* – já não são mais suficientes para atender às novas experiências federativas e administrativas, que tornam ainda mais complexos os problemas da gestão dos interesses públicos.

Registram-se, em decorrência, transformações adaptativas da advocacia de Estado quanto às suas *finalidades*, às suas *modalidades* e às suas *características*. Em maior ou menor grau, elas já são evidentes e, por isso, pautam a evolução próxima do instituto, revelando o que se deve entender em plenitude por *essencialidade à justiça*, como expresso no texto constitucional de 1988.

Quanto às *finalidades*, a ênfase na defesa dos interesses públicos desloca-se do simples interesse fazendário da pessoa jurídica para o interesse público primário da defesa da juridicidade integral da ação administrativa. O novo conceito de advocacia pública não se esgota na tradicional prossecução dos interesses materiais da administração pública, senão que passa a envolver prioritariamente a satisfação dos interesses públicos imateriais, tal como expressos nos princípios constitucionais da administração pública (arts. 37, *caput*, e 70, *caput*, da Constituição). A própria *legalidade*, como um dos princípios expressados, já não é mais sufi-

ciente para sustentar um conceito satisfatório de eticidade do agir administrativo; a *legalidade* passa também a ser exigida, notadamente no controle dos excessos e distorções do emprego da discricionariedade, e a *licitude* vem a ser incorporada à ordem jurídica e passa a informar o controle da moralidade administrativa.

Quanto às *modalidades*, a *consultoria* e a *representação judicial* são hoje apenas o núcleo de uma constelação de funções da advocacia de Estado. Para a realização da promoção e da defesa do interesse público, as modernas funções dos órgãos dela encarregados distribuem-se em três tipos de atividades: a *orientação*, a *defesa* e o *controle jurídicos* da atividade administrativa. A *orientação jurídica* envolve as funções de *assistência jurídica* e as de *consultoria jurídica*; a assistência é função ancilar e de apoio, exercida sem autonomia e em benefício de um órgão de decisão administrativa, enquanto que a consultoria é função principal (essencial), exercida com autonomia e em benefício imediato da própria ordem jurídica. A *defesa jurídica* é a atuação contenciosa, que evoluiu da representação judicial para um conceito de defesa integral, judicial e extrajudicial, inclusive nos contenciosos de regulação não-estatal e nos tribunais administrativos e para-administrativos, onde existam. O *controle jurídico*, por fim, vem-se alçando à função mais importante da advocacia de Estado pelas extraordinárias potencialidades que se reconhece em qualquer de suas submodalidades: o *controle prévio*, o *controle simultâneo* e o *controle posterior*. Às vantagens da atuação preventiva, pela consultoria, acrescenta-se a do acompanhamento da atividade administrativa enquanto ela se desenvolve.

Assim diversificada, a advocacia de Estado vem apresentando certas características operacionais cada vez mais nítidas: a *discricionariedade técnica*, a *despolitização*, a *privatização* e a *independência funcional*.

A *discricionariedade técnica* orienta a tomada de decisões segundo padrões objetivos cientificamente informados, sem interferência de considerações outras de qualquer natureza: o advogado do Estado decide e atua conforme sua ciência e sua consciência; segundo o Direito e sua convicção.

Por isso mesmo, as ações da advocacia de Estado, no exercício de suas funções, são *despolitizadas*. Não importa o conteúdo de conveniência e oportunidade das escolhas dos agentes políticos e administrativos, mas apenas a sua submissão à ordem jurídica.

Mas para que isso se dê, para que essa atuação repouse em exclusiva discricionariedade técnica e seja despolitizada, é necessário que haja *privatização* das funções de advocacia do Estado. De outra forma, os agentes políticos e administrativos inconformados com o controle poderiam valer-se de serviços jurídicos avulsos, prestados por advogados privados, descompromissados com os interesses indisponíveis. A profissionalização da advocacia desses interesses é, por isso, princípio constitucional implícito que garante, por sua vez, os princípios substantivos que regem a administração pública e, mais além, o próprio Estado democrático de direito.

Finalmente, mas não com menor importância, o desempenho dos advogados de Estado, deve ser caracterizado pela *independência funcional*. Os órgãos da advocacia de Estado, tanto quanto os das demais advocacias públicas, o Ministério Público e a Defensoria Pública, são independentes nas suas funções técnicas, como funções essenciais à justiça que são, insuscetíveis de coação pela manipulação política de vencimentos, de transferência e por outros expedientes que visem influenciar-lhes as decisões. Não sendo órgãos dos poderes do Estado, situam-se à parte, entre este e a sociedade (Constituição, Título IV, Capítulo IV). Como entidades intermédias especiais, porque estão dotadas de poder estatal, do mesmo modo, por exemplo, que as autarquias corporativas, a Comissão de Valores Mobiliários e os serviços sociais autônomos, nelas coexistem a natureza estatal e a societal.

4. EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E CONCLUSÕES

No quadro evolutivo que nos apresentam as federações, a advocacia de Estado vem assumindo importância crescente. Não são mais, apenas, órgãos de defesa dos *interesses públicos*, mas a elas cabe a zeladoria de *valores indisponíveis* na administração pública, bem como a de certos *interesses difusos* que também lhes são cometidos por lei e, no contexto federativo, incumbem-lhes a *proteção e defesa das próprias competências federativas* do ente a que servem.

A definição constitucional dos órgãos da advocacia de Estado no Brasil, encontrada nos artigos 131 (União) e 132 (Estado e Municípios) da Constituição, embora já registrando muito dessa evolução, ainda não é satisfatória para recobrimento das características estudadas. No processo de reforma constitucional em curso, a modernização do Es-

tado brasileiro não estaria completa sem a explicitação da função de *controle interno da legalidade da administração pública*, notadamente para zelar pela observância do artigo 37, *caput*, da Carta Magna, e pela afirmação das garantias de privacidade e independência funcionais. Isso contribuiria decisivamente para o robustecimento da federação e do Estado democrático de direito.

Essa função de zeladoria dos princípios da administração pública, bem como da fiel obser-

vância da partilha das competências federativas, poderia ainda ser mais eficientemente desempenhada se dispuser, em todos os níveis administrativos, de *regras procedimentais* bem definidas, inclusive contemplando o *controle simultâneo do desenrolar do processo*.

Do mesmo modo, a evolução e aperfeiçoamento da advocacia de Estado, com as características examinadas, garantem, em última análise, o direito do cidadão a uma administração efetiva e honesta.