
MODOS ALTERNATIVOS DE UM CONTENCIOSO NÃO JURISDICIONAL E O PAPEL A SER DESEMPENHADO POR UMA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO CIDADÃ

Kaline Ferreira Davi
Advogada da União
Mestra em Direito Público pela
Universidade Federal da Bahia - UFBA

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Princípio constitucional de Acesso à Justiça e a inafastabilidade do Poder Judiciário – distinções substanciais e ausência de óbice ao contencioso alternativo; 2 A Advocacia-Geral da União como Função Essencial à realização da Justiça; 3 Direito de petição como forma democrática de acesso a máquina administrativa; 4 O dever de autotutela e de responsividade da Administração Pública até o Princípio do Consenso; 5 Analisando os modos alternativos e suas peculiaridades: conciliação, mediação e arbitragem; 6 A Advocacia-Geral da União: o início e o caminho para o consenso; 6.1 As Câmaras de Conciliação: um início; 6.2 As Súmulas, os Pareceres Normativos e a Lei 9.469/97: caminhos; 7 A teoria do interesse público secundário como responsável por uma advocacia pública distanciada da promoção de direitos fundamentais; 8 A Cultura e a disseminação e concretização dos Modos Alternativos de Contencioso não Jurisdicional; 9 Conclusão; Referências.

RESUMO: Por intermédio deste estudo confirma-se a existência de um dever constitucional, estabelecido expressamente pelo ordenamento jurídico posto, acerca da impostergável função administrativa em compor, ela própria, os conflitos administrativos. Essa função decorre da finalidade mediata única que move a Administração Pública em todas as suas ações, que é a satisfação dos direitos fundamentais com ênfase na dignidade da pessoa humana, o que implicará no alcance do interesse público como resultado. Finalmente, perquiri-se na estrutura da Administração Pública Federal, a quem competiria o exercício desse papel de mediador/conciliador/árbitro na solução desses conflitos entre cidadão e Estado-Administração, e conclui-se pela assunção desse papel pela Advocacia-Geral da União, como verdadeira instituição de Estado que tem o dever de subsidiar decisões administrativas materialmente justas.

PALAVRAS CHAVES: Administração Pública. Advocacia-Geral da União. Promoção de justiça material. Direitos Fundamentais. Soluções alternativas: conciliação, mediação e arbitragem. Ausência de intervenção judicial.

INTRODUÇÃO

Defende-se que a Administração deve exercer suas funções tendo como principal fundamento a promoção dos direitos fundamentais com ênfase na dignidade da pessoa humana, e nunca deve se desviar dessas finalidades para buscar a satisfação de interesses outros que são lícitos apenas para os particulares nas relações regidas pelo direito privado.

Somente há justificativa para que a Administração se aproveite de um regime jurídico privilegiado, unicamente, por objetivar finalidades nobres e indisponíveis, o que tornaria absolutamente inescusável o desvio dessas finalidades e a concomitante manutenção dos seus privilégios em detrimento dos particulares.

Nessa esteira de pensamento afastamos a possibilidade da Administração inibir ou negar pleitos incontroversos dos Administrados, colocando-se numa posição contrária aos princípios a que está adstrita, especialmente no que tange ao princípio da juridicidade administrativa, que de forma alguma autorizaria o agir egoístico e de cunho privatístico de um ente público.

A proposta desse trabalho é a democratização do acesso aos órgãos administrativos, com a assunção de responsabilidade pela Administração, que, no desempenho da autotutela, promova tanto a reparação de danos causados aos particulares, como também a declaração de direitos no âmbito interno, e a *parajurisdição arbitral* em litígios oriundos de contratos, ou seja, na medida do possível, solucione os conflitos e controvérsias geradas no exercício das suas funções, sem a intervenção desnecessária do Poder Judiciário.

Partir da premissa de que somente através da atividade jurisdicional poderíamos obter um provimento estatal satisfatório, capaz de devolver a paz social, nunca foi no nosso Estado uma afirmativa a salvo de críticas e oposições. O acesso a Justiça não tem como caminho único a promoção da atividade jurisdicional. Comungamos da opinião que a Administração Pública deve zelar pela Justiça e pela paz social tanto quanto o Judiciário, sem que isso configure invasão de competência ou lesão ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

Desta forma, nesse trabalho, elege-se a Advocacia-Geral da União, no âmbito Federal, carreira de Estado e titular de função essencial à Justiça, como a mais apta a exercer a função de mediação/conciliação/arbitragem entre os cidadãos/pessoas privadas e a União. A referida função em nada se conflitará com a atividade jurisdicional, que continuará privativa do Judiciário a quem caberá sempre a última palavra com caráter de preclusão máxima.

1 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA E A INAFESTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO – DISTINÇÕES SUBSTANCIAIS E AUSÊNCIA DE ÓBICE AO CONTENCIOSO ALTERNATIVO

Nesse trabalho, não se entende como acesso à Justiça apenas o alcance a um Tribunal imparcial que intervenha validamente nas relações para dirimir conflitos. Acredita-se na Justiça como caráter próprio das atividades estatais, principalmente na atividade Administrativa, onde se aplica o direito como mecanismo de proteção à Justiça, sopesando as carências e o contingenciamento à sua satisfação.

No preâmbulo da CF/88 estabeleceu-se expressamente como destinação do Estado Brasileiro assegurar a justiça como valor supremo, fundada na harmonia social, e comprometida também na ordem interna com a solução pacífica das controvérsias; o que está ratificado no art. 3º que consigna a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.

Diante do que está posto na norma fundamental brasileira sobre a justiça, somos de opinião que a Constituição não está assegurando apenas uma célere e imparcial atividade jurisdicional para reparar supostas lesões ou ameaças a direito, ela está se referindo a uma Justiça-valor que se encontra diretamente vinculada a toda atividade estatal, dela não podendo se apartar sob pena de perder o caráter democrático e de submissão ao direito.

Podemos extrair da opinião de alguns autores que o valor da justiça é considerado como fundamento da ordem jurídica, não se confundindo com o Poder Judiciário, uma vez que, esse valor pode ser realizado por diversas outras vias. Desta forma o Judiciário, embora seja por excelência o meio para a realização de justiça, não é o único meio disponível.¹

Conforme ensina JJ Calmon de Passos o justo está diretamente ligado a interferência de condutas e a carências insatisfeitas, cuja causa é sempre a ação de outro homem. Por isso não existe indagações em torno do tema Justiça quando não existe um conflito a ser dirimido ou uma frustração a ser sanada, uma vez que a grande celeuma em torno do assunto gravita sobre a dúvida a respeito de quem ganha e de quem perde e em que extensão isso se dá, o que com certeza, necessitará da aplicação do direito.²

1 SILVA, Eduardo Silva da; MORAES, Henrique Choer; BARBIERI, Maurício Lindenmeyer. *Teoria geral do processo*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002. p.30.

2 PASSOS, JJ Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 60/61.

Ainda sobre a Justiça nos ensina Jean Dabin lembrando a tripla classificação adotada por São Tomás de Aquino e Aristóteles, quando a relação se dá entre pessoas privadas a justiça é a comutativa; quando as pessoas envolvidas são o Estado e cidadãos, temos a justiça distributiva no que tange ao que é devido pelo Estado. Essa justiça distributiva se refere à distribuição dos benefícios sociais que estão à disposição da sociedade e por fim a alocação dos encargos e contribuições indispensáveis à sobrevivência do Estado. Essas distribuições ativas e passivas não poderiam existir sem obedecer a um princípio de equiparação, que nada mais é do que uma regra de Justiça.³

Demonstra-se que sob a perspectiva estatal assegurar a Justiça é muito mais do que garantir acesso ao Judiciário, é, sobretudo, garantir aos cidadãos uma atividade estatal capaz de distribuir o mais equitativamente possível os ativos sociais, que são escassos e não apresentam proporção equilibrada em relação às carências humanas. Essa tarefa de distribuição equitativa dos ativos sociais é própria do Estado-Administração, que deverá promover a Justiça social ao fazer suas escolhas políticas, todas elas norteadas pelos critérios constitucionais.

Essas considerações sobre Justiça nos remete à própria justificativa da existência de um Estado. Nenhum cidadão abriria mão de sua liberdade plena e do uso da força se não acreditasse num Estado formado para garantir a Justiça. Sobre o tema afirma Manoel Ribeiro que o fundamentado para a diferenciação entre os que mandam e os que obedecem, só surge de fato quando o poder em torno de uma idéia de direito se institucionaliza, o que só será justificado se o Estado observar o dever de obediência à lei e valorizar a dignidade da pessoa humana.⁴

O fim do Estado, segundo Carlos Cassagne é a realização da Justiça, virtude superior que universalmente não variou muito das concepções emprestadas por Ulpiano e Aristóteles: “*El hábito según el cual uno, com constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho.*” Expressão que o autor considera a salvo de críticas, uma vez que abarca nela não só uma dimensão privatística e individualista, mas também o que é devido à sociedade e aos indivíduos como parte de uma coletividade.⁵

Essa noção de Justiça ratifica o que se defende até aqui sobre a possibilidade de ela ser promovida também pelo Estado-Administração,

3 DABIN, Jean. *Os grandes filósofos do Direito. Teoria Geral do Direito*. Org. Clarence Morris, São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 498/499

4 RIBEIRO, Manoel. *A institucionalização democrática do poder*. 2. ed. Salvador: Distribuidora de Livros Salvador, 1983. p. 89.

5 CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I, 8. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006. 56/57.

principal sujeito gerenciador da diminuição de desigualdades e injustiças sociais.

Diante disso, considera-se descabido que a Administração que tem por finalidade a promoção dos valores fundamentais, no momento em que violar um direito ou restringir indevidamente a liberdade de alguém, não tiver o dever/poder de em âmbito interno, restaurar a situação anterior reparando os danos causados e assegurando a Justiça, independentemente da intervenção do Judiciário.⁶

Em conferência multilateral realizada em Lisboa o Conselho da Europa discutiu em 1999 as soluções alternativas de litígio entre as autoridades administrativas e as pessoas privadas – conciliação, mediação e arbitragem – com o objetivo de introduzir esses modos alternativos nos Estados Membros do conselho. Dessa conferência foi publicada Recomendação - Rec(2001)9 – que determinou fosse observado pelos Estados Membros os modos alternativos de solução de conflitos, nos termos ali preconizados: Recurso à Administração; Mediação; Arbitragem; Transação.⁷

6 DAVI, Kaline. Solução de Litígios pela Administração Pública sem intervenção do Judiciário. *Revista da AGU*, ano VII, n. 16, p. 32, abr./jun. 2008 .

7 Recommendation Rec(2001)9 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées (*adoptée par le Comité des Ministres le 5 septembre 2001, lors de la 762^e réunion des Délégués des Ministres*)1. Le Comité des Ministres, conformément à l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe ; 2. Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres; 3. Rappelant sa Recommandation n° R (81) 7 sur les moyens de faciliter l'accès à la justice, qui appelle dans son annexe à prendre des mesures pour faciliter le recours à la conciliation ou à la médiation; 4. Rappelant également sa Recommandation n° R (86) 12 relative à certaines mesures visant à prévenir et réduire la surcharge de travail des tribunaux, qui appelle à encourager, dans les cas appropriés, le règlement amiable des différends, soit en dehors de l'ordre juridictionnel, soit avant ou pendant la procédure juridictionnelle; 5. Considérant, d'une part, que le grand nombre d'affaires portées devant les tribunaux compétents en matière administrative et, dans certains pays, son accroissement constant peuvent porter atteinte au droit des justiciables à ce que leur cause soit entendue dans un délai raisonnable, au sens de l'article 6.1, de la Convention européenne des Droits de l'Homme; 6. Considérant, d'autre part, que les procédures juridictionnelles peuvent ne pas toujours être les plus appropriées en pratique à la solution des différends d'ordre administratif; 7. Considérant que la généralisation du recours à d'autres modes de règlement des différends administratifs peut permettre de remédier à ces inconvénients et de rapprocher l'administration du public; 8. Considérant que les principaux avantages des modes alternatifs de règlement des différends administratifs peuvent être, éventuellement et selon les cas, des procédures simplifiées et assouplies avec une plus grande célérité et un moindre coût, le règlement à l'amiable, le règlement par des spécialistes, le recours à l'équité et non pas seulement à la légalité stricte, et une plus grande discrétion; 9. Considérant donc que dans le cas s'y prêtant, il doit être possible de résoudre les litiges administratifs par des moyens autres que le recours aux tribunaux; 10. Considérant que le recours aux modes alternatifs ne doit pas être un moyen pour l'administration et les personnes privées de contourner leurs obligations et le principe de légalité; 11. Considérant que, dans tous les cas, les modes alternatifs doivent laisser possible un contrôle par les tribunaux, qui constitue la garantie ultime des droits des administrés et de l'administration; 12.

2 A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À REALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

A Constituição Federal de 1988 estabelece as normas de organização, composição e funcionamento do Poder Judiciário no Capítulo III, e somente no Capítulo IV se refere às funções essenciais à Justiça, considerando como tais o Ministério Público; a Advocacia Pública – envolvendo a Advocacia-Geral da União e as Procuradorias do Estado; a Advocacia em geral e Defensoria Pública.

Analisando essa estrutura normativa da Constituição deduz-se que não foi por acaso que as normas sobre funções essenciais à Justiça vieram em capítulo posterior a todos os preceitos sobre os Poderes da República – Executivo, Legislativo e Judiciário – e também não por acaso que dentre essas funções se encontra a Advocacia-Geral da União, que é órgão do Executivo, mas, nem por isso deixa de ser agente essencial à realização da Justiça.

Observemos que dentre as funções da Advocacia-Geral da União, previstas constitucionalmente, constam as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, o que não envolve atividade judicial, sendo mais uma vez corroborada a opinião de que a Justiça como objetivo fundamental da República, assim preconizada pela Constituição, não depende unicamente da inafastabilidade do Poder Judiciário para ser realizada.

Em discurso de posse o então Advogado-Geral da União defendeu expressamente a posição da AGU como carreira de Estado, comprometida com a justiça material e com a igualdade real, afastando o velho dogma de que a advocacia pública existe para defender suposto e propalado interesse público secundário. O Min. Toffoli não deixou dúvida acerca da centralização dos direitos fundamentais com ênfase na dignidade da pessoa humana, como fator preponderante no desempenho de função considerada constitucionalmente como essencial à Justiça.⁸

A defesa do Advogado-Geral acerca de uma AGU que auxilia a busca por uma justiça material é tão extrema, que ele chega ao ponto de admitir que na preservação da legalidade, da moralidade, da

Considérant que les modes alternatifs doivent se conformer aux principes d'égalité, d'impartialité et respecter les droits des parties; 13. Recommande aux gouvernements des Etats membres de promouvoir le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées en se laissant guider, dans leur législation et leur pratique, par les principes de bonne pratique annexés à la présente recommandation.

8 TOFFOLI, José Antonio Dias. *Revista da AGU*, Brasília, ano IV, n. 12, p. 7/10, p. 8, 2007.

impessoalidade, da publicidade e da eficiência, algumas vezes a decisão mais legítima nem sempre será favorável à União.⁹

Infere-se acerca do pensamento esposado que ao mencionar a possibilidade de se obter *decisões desfavoráveis*, o ministro se referia à decisão desfavorável economicamente aos cofres públicos da União, prejuízos econômicos que se justificam num Estado Democrático de Direito que gravita em torno da primazia do valor humano.

Mais vale o pagamento voluntário de uma indenização para reparar um dano causado a um cidadão; ou a voluntária declaração de direitos, do que promover a construção e defesa de teses criadas à margem da Constituição para prejudicar cidadãos que arcam com os custos desse aparato técnico incumbido de realizar a defesa do bem comum, do interesse público, que jamais se passará por justificativa para esmagar direitos fundamentais.

Nessa mesma esteira de pensamento Marcos Juruena comenta que o controle de legalidade como limite a atuação estatal não deve nem pode ser exercido somente pelo Judiciário. Apoiando-se na súmula 473 do STF¹⁰, está claro para o autor que, no exercício desse papel de controle, o Estado deve contar com um aparato especializado, daí o status constitucional da AGU e das Procuradorias dos Estados.¹¹

Acrescenta ele que um ato ilegal numa sociedade de massa ganha proporções gigantescas, e trás como conseqüência a inviabilização da atuação do Judiciário, que nunca terá condições operacionais suficientes para prestar, sozinho, uma atividade jurisdicional eficiente. Por isso, propõe o fortalecimento das funções essenciais à Justiça com ênfase na Advocacia Pública, que precisa exercer sua função eminentemente técnica sem ingerências políticas e com autonomia, o que garantirá a segurança jurídica, condição intransponível para o desenvolvimento nacional.¹²

Enfatiza Diogo de Figueiredo Moreira Neto que o Advogado Público tem autonomia e independência para se negar a agir por mero interesse arrecadatário, devendo se recusar a advogar com fins emulatórios e a recorrer apenas para protelar os feitos. Para o autor, a obediência hierárquica cinge-se a organização burocrática dos serviços,

9 TOFFOLI, op. cit., p.8.

10 S. 473. STF "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial."

11 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Júris: 2005, p.385

12 *Ibid.*, p. 386

mas não à condução formal e material dos processos administrativos e judiciais, competindo ao Advogado Público decidir sobre o processo que conduz.

Acrescenta Moreira Neto que a maioria dos conflitos que afogam o Judiciário são de fácil solução amigável, devendo lançar-se mão de órgãos parajudiciais, que utilizariam técnicas de consensualidade, mediação e arbitragem, *“afastando de vez a confusão persistente entre monopólio da jurisdição de sentido coercitivo e monopólio da justiça em que a força do consenso das partes em conflito é que conduz à fórmula de composição.”*¹³

Observe-se que da lição acima transcrita, mais uma vez, tenta desfazer um equívoco já enunciado nesse trabalho, confusão entre a Justiça e a jurisdição. Segundo o autor citado a Justiça pode ser alcançada pelo consenso, e esse consenso pode ser obtido por formas variadas e sem poder coercitivo.

3 DIREITO DE PETIÇÃO COMO FORMA DEMOCRÁTICA DE ACESSO A MÁQUINA ADMINISTRATIVA

A Constituição Federal de 1988 assegurou o direito de petição no artigo 5º, inciso XXXIV, letra *a*, o que não significa apenas um pleito, defesa de direito pessoal, requerimento administrativo, mas antes de tudo representa o mais expressivo meio de acesso aos poderes públicos no exercício de suas funções.

Segundo Alexandre de Moraes o exercício desse direito de petição está desvinculado de comprovação da existência de lesão ou mesmo do interesse de agir do peticionário, não é sucedâneo do direito de ação, pois não induz, nem mesmo quando dirigido a um Juiz, qualquer prestação de atividade jurisdicional, tendo sempre natureza de pleito administrativo.¹⁴

A feição mais relevante do direito de petição é propiciar a abertura do aparato estatal para a participação direta dos cidadãos no controle dos atos administrativos, é, portanto, manifestação da democracia participativa, ao lado do plebiscito, do referendo e da ação popular.

Frise-se que *nenhum mecanismo jurídico-formal pode gerar democracia ou substituir a participação popular como instrumento de controle*

13 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado*. Belo Horizonte: fórum, 2008.

14 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas. 2000. p. 195/196

do poder, lição de Marçal Justen Filho, que denuncia como principal culpada pela ampliação do arbítrio governamental, a omissão individual nos processos de controle do poder público. A solução prevista pelo jurista como a mais eficiente e satisfatória para a promoção dos direitos fundamentais são os instrumentos de participação popular na atividade administrativa.¹⁵

Existe um imperativo acerca da participação popular no exercício dos poderes políticos, e sobremaneira na gestão pública, o que legitimará a atividade administrativa independentemente da legitimação política de seus agentes. Contudo, somente será concretizada essa participação efetiva pela procedimentalização adequada, que garanta oportunidade de serem ouvidos todos os setores da sociedade que de alguma forma sofrerem os efeitos dessas escolhas e práticas administrativas.¹⁶

Agostín Gordillo¹⁷ chama atenção para a gestão participativa nos ordenamentos jurídicos, o que garante não apenas maior democratização, mas também uma satisfação mais efetiva das aspirações sociais, não só menciona a legitimação, mas enfatiza, ao lado dela, a eficiência como outra importante justificativa para a adoção do modelo de participação popular.

Essa posição coincide com a de Patrícia Baptista¹⁸ e com a de Marcos Augusto Perez¹⁹ segundo os quais a visão mais completa dos fatos e das questões contribuirá para melhorar a qualidade das decisões administrativas. Para eles a legitimidade e a eficiência são finalidades que se alimentam reciprocamente, havendo uma relação direta entre o aumento da legitimidade e o aumento da eficiência na atuação administrativa e vice-versa.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto o acesso a informação e a possibilidade de emitir opinião, são as únicas maneiras de atribuir ao cidadão a real legitimação para deflagrar os instrumentos de controle de legalidade, de legitimidade e de licitude, o que, está posto a disposição

15 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005

16 DAVI, Kaline Ferreira. *A dimensão Política da Administração Pública*. Porto alegre: Sergio Fabris, 2008. p. 65

17 GORDILLO, Agostín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. Tomo 1.

18 BAPTISTA, 2003, p. 133.

19 PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 134-192. p. 167-168.

pela ordem jurídica, apenas formalmente, sem nenhuma garantia de efetividade concreta desses direitos.²⁰

Enfatiza o autor que em certos diplomas constitucionais europeus a participação popular foi erigida a condição de direito fundamental de forma expressa e apresentando um forte conteúdo pedagógico, enquanto na Constituição Federal Brasileira de 1988, a participação mereceu apenas um discreto tratamento, o que põe em risco até mesmo a garantia formal do controle participativo. Para ilustrar o autor cita a Constituição espanhola que assim dispõe:

Corresponde aos poderes públicos promover as condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que se integra sejam reais e efetivas, remover os obstáculos que impeçam ou dificultem sua plenitude e facilitar a participação de todos os cidadãos na vida política econômica, cultural e social.

Em contraste cita o dispositivo da Constituição de 1988:

Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Diante da análise dos dispositivos o autor demonstra que a Constituição brasileira no tocante a participação popular direta é lacônico, insuficiente para a realidade em que nos encontramos. O caráter pedagógico da constituição espanhola se mostra muito mais consentâneo com as nossas deficiências participativas do que o lacônico parágrafo único do art. 1º da CF/88.²¹

Além dessa questão, que é meramente normativa, cumpre asseverar que não basta uma norma constitucional para que num passe de mágica a participação popular se transforme em realidade. A previsão constitucional é apenas uma norma escrita, um texto para ser transformado em realidade fática pela vontade política. Calmon de Passos ensina que nenhuma norma, como mero juízo ou enunciado, está dotada de efetividade²², o que é uma verdade inegável. Para o nosso povo brasileiro o direito de petição ainda é uma forma sofisticada e mal divulgada de acesso a uma máquina administrativa distante e ameaçadora.

20 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 46

21 *Ibid.*, p. 47

22 PASSOS, JJ Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 48

Doutrinando sobre a participação popular na Administração, Paulo Modesto identifica três formas patológicas de isolamento do cidadão em relação aos centros de decisão administrativa, são elas: *a) apatia política (falta de estímulo para ação cidadã); b) abulia política (não querer participar da ação cidadã, é dizer, recusar a participação); c) acracia política (não poder participar da ação cidadã).*²³

Diante dessa classificação indaga o autor, qual a efetividade de um enorme arsenal de ações constitucionais e instrumentos de participação formal diante dessas situações? Prossegue citando as várias causas ensejadoras dessas patologias, que serão enumeradas num sistema de lista para dar maior visibilidade ao leitor e destacar pontualmente cada um deles:

1. Falta de informação sobre os direitos e deveres dos cidadãos;
2. Falta de vias de comunicação realmente ágeis e diretas em relação ao aparato do Estado;
3. Falta de resposta às solicitações, ou resposta tardia da Administração;
4. Ceticismo quanto à manifestação do cidadão efetivamente ser levada em consideração pela administração pública;
5. Falta de reconhecimento e estima coletiva para atividades de participação cidadã;
6. Baixo grau de escolarização dos requerentes;
7. Formalismo administrativo e a ausência da prática de conversão de solicitações orais em solicitações formalizadas;
8. Falta de esclarecimento dos direitos e deveres das partes nos processos administrativos;
9. Complexidade e prolixidade excessiva das normas administrativas;
10. Graves problemas de ordem política e econômica própria de países subdesenvolvidos.

²³ MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de controle. *Jus navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2586>> Acesso em: 21 out. 2007.

Esses são os dez obstáculos que impedem a efetivação do direito de petição e de todas as outras formas existentes de acesso do cidadão à máquina administrativa. Não importa o grau de normatividade da lei que estabelece a forma de acesso, se é a Constituição ou uma simples Portaria, nada muda em relação à concretização efetiva do comando normativo, isso porque esses problemas têm uma dimensão material, há muito tornada realidade ou tradição.

Tanto assim que Paulo Modesto afirma:

O enfrentamento dessas *três situações patológicas* quanto à participação popular em geral, em especial perante a administração pública, muitas vezes não reclama novos e mirabolantes instrumentos processuais de garantismo. Na verdade, reclamam muitas vezes providências simples, perfeitamente realizáveis por decisão infraconstitucional e mesmo administrativa. A questão é mais facilmente visualizada quando consideramos os tipos de intervenção do cidadão na administração pública.

A ordem jurídica brasileira não é carente de instrumentos normativos para operacionalização da participação popular na administração pública. Mas a participação permanece escassa. Falta uma clara percepção de suas *dimensões não normativas* e a exploração mais atenta das normas existentes.²⁴

É por isso, que, mesmo cientes desses obstáculos e avisados de que no plano fático tem-se longo caminho a percorrer, mesmo assim, acredita-se possível reafirmar o caráter irrestritamente democrático do direito de petição e ir mais longe, apostando até mesmo num papel pedagógico que poderá ser desempenhado pela Administração, visando despertar esse povo dessa sonolência cidadã, aproximando-os de tal forma da Administração, que os litígios judiciais envolvendo a Administração Pública seriam reduzidos consideravelmente, principalmente aqueles de competência dos Juizados Especiais.

Essa nossa crença na possibilidade de efetivar a solução de litígios ainda no âmbito interno da Administração Pública conjuga o otimismo da vontade com o pessimismo da inteligência, afastando desse trabalho a retórica sem compromisso e a idealização sem consequência.²⁵

24 MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de controle. *Jus navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2586>>. Acesso em: 21 out. 2007, p. 8.

25 Paulo Modesto cita Norberto Bobbio para definir o otimismo da vontade e o pessimismo da inteligência, o que vale ser transcrito: “A expectativa formada a partir dessa constatação é *paradoxal*, sendo semelhante

IV – O DEVER DE AUTOTUTELA E DE RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ATÉ O PRINCÍPIO DO CONSENSO.

O dever de autotutela administrativa é tratado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como um poder, decorrência lógica da submissão da Administração à lei e da persecução do interesse público. Afirma a autora que negando à administração o controle de seus próprios atos ela se sujeitará ao controle dos outros poderes – Legislativo e Judiciário – aumentando o ônus do Estado na missão suprema da tutela do direito.²⁶

O Supremo Tribunal Federal também consagra em duas súmulas – S. 346 e S. 473 – o dever da Administração decretar a nulidade de seus próprios atos quando eivados de vício; bem como revogar os que se apresentarem importunos e inconvenientes, ressalvada a apreciação judicial posterior, em todos os casos.

Diante da previsão doutrinária e jurisprudencial

verificamos que nessa autotutela só se menciona a nulidade e revogação de atos administrativos, mas não se fala no dever de reparação dos danos causados aos particulares por ato próprio, sem a necessidade de intervenção do Judiciário. Sabemos que a responsabilidade da Administração está consagrada constitucionalmente, quanto a isso não se questiona, mas a forma de obter essa reparação é algo que também deveria pertencer à seara da autotutela administrativa, até porque assim impõe o princípio da juridicidade. Seria insuficiente e descabido que a Administração que tem por finalidade a promoção dos valores fundamentais, no momento em que causasse um dano a alguém na persecução dessa finalidade, não tivesse o dever/poder

àquela que NORBERTO BOBBIO (1988: 155) considerava ser um *dever dos intelectuais*, agentes obrigados a conjugar permanentemente o *otimismo da vontade* com o *pessimismo da inteligência*. Segundo o mestre italiano, o *pessimismo da inteligência* é perfeitamente compatível com o *otimismo da vontade*. O *pessimismo da vontade* conduz à “resignação”, que é forma mais comum de pessimismo, pois é relacionada à *esfera da ação*. Pessimista é aquele que *espera o pior*, aquele que adota postura derrotista, aquele que encara a realidade sem esperança. Em matéria de participação, a resignação é a própria negação da possibilidade de “tomar parte”, interferir, alterar as circunstâncias. Aquele que exercita o *pessimismo da inteligência*, reversamente, é essencialmente um realista, pois *teme o pior* exatamente pelo desejo de realizar ardentemente o melhor. Em matéria de participação, sem o temor quanto à ineficácia do sistema normativo conquistado, não há realismo, mas apenas retórica sem compromisso e idealização sem consequência. O contrário do pessimismo da inteligência, diz o mestre italiano, não é a esperança, mas a arrogância e a imprudência. Ante a situação brasileira, eminentemente paradoxal, porque rica no plano normativo e pobre no plano da vivência efetiva da participação, parece prudente dar ouvidos à advertência do mestre italiano. Estudar as normas estimuladoras da participação cidadã com o entusiasmo dos que desejam a sua plena realização, mas com a consciência serena de que, no plano dos fatos, há muito terreno a percorrer.” MODESTO, 2007, p. 9

26 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 600

de em âmbito interno, restaurar a situação anterior reparando os danos causados.²⁷

Observe-se que não se refere a qualquer reparação de danos, mas principalmente nos casos em que a responsabilidade da Administração for verossímil, o que ocorre na maioria das vezes quando a responsabilidade subjetiva do agente público que praticou o ato já foi comprovada em processo disciplinar ou em processo criminal.

O STF já se posicionou favoravelmente à utilização do consenso pelo Estado em decisão cuja interposição do recurso extraordinário teve como fundamento acordo firmado entre o Município e os agentes públicos acionantes, que cobravam vencimentos em atraso. Alegava o recorrente violação do princípio da legalidade e do princípio do interesse público, diante da inexistência de lei autorizadora do acordo. A corte constitucional entendeu que o acordo foi um ato digno de elogio e pleno exercício da autotutela estatal, veja-se ementa:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tendo disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público dever ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimização deste interesse. [...] Recurso extraordinário não conhecido. (STF, RE 253885/MG, Rel. Ministra Ellen Gracie Northfleet, j. 04/06/02, DPJ 21/06/02, p. 00118)

Nessa esteira, e marcando um avanço conceitual do princípio da responsabilidade, que Diogo de Figueiredo Moreira Neto apresenta o critério da *responsividade*, atrelado não a adequação da atuação pública com a lei, mas sim com o direito, ou seja, uma atuação muito mais do que legal, uma atuação legítima.²⁸

Aproximando-nos desse conceito de responsividade e trazendo-o para o tema central deste trabalho, verifica-se que é a responsividade que é buscada pela Administração quando se exige dela a assunção de uma competência que ela sempre titularizou, seja pelo dever de juridicidade, de moralidade ou de autotutela, fundamentos bastantes e suficientes

²⁷ DAVI, op. cit.

²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31.

para justificar um procedimento que garanta a solução de um conflito sem necessidade de atividade jurisdicional.

Vale destacar que os conflitos administrativos tendem a se multiplicar devido à nova feição assumida pelo Estado, que o coloca muito mais próximo da sociedade, aumentando as ocasiões de confronto; sem contar que as premissas de um Estado Democrático de Direito por si só já encorajam a propositura de ações judiciais contra o poder público, abarrotando o Judiciário de processos, na grande maioria das vezes repetitivos. Diante desse fenômeno conceberam-se institutos em que o consenso pode atuar vantajosamente na prevenção administrativa desses conflitos.²⁹

Uma das características marcantes da utilização do consenso como forma de prevenir os conflitos administrativos, bem como de composição desses mesmos conflitos, segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, consiste na *extensibilidade potencial das decisões resultantes de acordos dessa natureza a outras situações análogas*, o que lhe empresta um caráter normativo no âmbito da Administração.³⁰

Com isso, as ações repetitivas e que já têm jurisprudência consolidada sobre o tema, seriam resolvidas em âmbito interno, devolvendo ao cidadão a credibilidade no Estado/Administração e marcando a superação definitiva de uma herança absolutista indesejável que ainda vive nas organizações políticas: *a coerção e a imperatividade como forma de convergência social em detrimento do consenso*.³¹

Vale frisar que o consenso é definido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto³² como um princípio implícito dentre a plêiade de princípios do Estado Democrático de Direito, e que já encontra exemplo bem-sucedido no direito brasileiro, o que ele denomina de *acordos substitutivos*, utilizados sempre que a Administração, de ofício ou mediante provocação, perceber mais vantajosa a substituição de uma decisão judicial por um acordo, circunstância em que o interesse público será atendido de modo mais eficiente, com menos custos e de maneira mais célere. O exemplo citado pelo autor é o art. 5, §6 da Lei 7.347/85³³, que autoriza a formalização de termos de ajustamento de conduta

29 MOREIRA NETO, 2006, p. 75/76

30 Ibid., p. 76

31 Ibid., p. 62

32 Ibid., p. 76

33 Art. 5 [...] §6. “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de suas condutas às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.” MOREIRA NETO, 2006, p. 76.

pela Administração Pública direta e indireta, com o compromisso do particular de adequar seu comportamento às leis e aos princípios, sob pena de execução do acordo, que tem valor de título jurídico extrajudicial.

Outro exemplo do princípio do consenso na Administração Pública refere-se às Agências Reguladoras e suas funções de mediação nos conflitos travados entre as concessionárias do serviço público e entre essas e os consumidores. Demonstra-se nesse caso uma função absolutamente atípica da Administração, posto que, a Administração representada pela Agência Reguladora age como terceiro estranho ao objeto da controvérsia. De forma diferente, nos demais conflitos administrativos a Administração é parte envolvida, é parcial no julgamento, pois assume duas posições a de julgador e a de sujeito da relação processual.³⁴

Atualmente no âmbito da AGU temos como ilustrar a aplicação concreta do princípio do consenso na criação das Câmaras de Conciliação, o que será examinado a seguir.

5 ANALISANDO OS MODOS ALTERNATIVOS E SUAS PECULIARIDADES: CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM

Tratando de contencioso não jurisdicional, alternativo, têm-se três formas básicas dele se apresentar, a *conciliação*, a *arbitragem* e a *mediação*. Essas são três formas não jurisdicionais que embora possam apresentar os mesmos resultados mediatos, como por exemplo, desafogar o Judiciário e assegurar mais eficiência rapidez e credibilidade na função administrativa, elas não se confundem formal nem materialmente, apresentam características próprias e peculiares, sendo muitas vezes tratadas indiscriminadamente.

Segundo o professor alemão Helmut Kitschenberg entre a mediação e a conciliação existe uma diferença de grau e não de natureza. Nessas duas alternativas existe uma forte semelhança que é a intenção de reaproximar as partes e seus pontos de vista, contudo, o conciliador, ao final, só poderá constatar a ocorrência de um acordo ou de um desacordo, não mais que isso; já o mediador ele tem competência para determinar, o que, para ele é a melhor solução, é certo que, sem força de

³⁴ De acordo com a Lei 9.427/96 no art. 3 compete a ANEEL: “V – dirimir no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores.” Também dispõe a lei 9.472/97 no art. 19 que competirá a ANATEL: “XVII – compor administrativamente conflitos de interesse entre prestadoras de serviços de telecomunicações.”

sentença, como uma recomendação com característica de posição oficial do Estado.³⁵

A arbitragem segundo Carlos Alberto Carmona é meio alternativo de solução de controvérsias pela intervenção de uma ou mais pessoas (pode ser um conselho) que recebem essa competência de uma convenção privada, sem intervenção estatal, embora essa decisão assuma o mesmo papel de uma sentença judicial.³⁶

No Brasil temos a lei 9.307/96, considerada por juristas estrangeiros como uma das melhores leis de arbitragem do mundo, que estabelece a possibilidade de as partes envolvidas em um conflito de interesses, por intermédio de um compromisso arbitral, eleger pessoas não estatais para arbitrar uma solução ao litígio que se apresenta.

Não há dúvida quanto ao acolhimento no nosso ordenamento jurídico da arbitragem como solução alternativa ao contencioso judicial, contudo, polêmicas ainda existem quanto à sua aplicação no âmbito da Administração Pública.

Gustavo Justino de Oliveira comenta que em face do art. 1. da lei de arbitragem, a doutrina alude a dois tipos de arbitrabilidade: subjetiva e objetiva. Entenda-se arbitrabilidade como a capacidade de determinado conflito ser solucionado por arbitragem. Assim, diz-se que só são passíveis de solução por arbitragem conflitos que envolvam pessoas capazes para contratar(subjetiva) e questões que versem sobre direitos disponíveis(objetiva).³⁷

Em relação à arbitrabilidade subjetiva não há espaço para polêmicas. O Estado e as outras pessoas jurídicas de direito público celebram contrato, a discussão reside em relação à arbitrabilidade objetiva, uma vez que o art. 25 da Lei de Arbitragem nega expressamente a possibilidade de aplicação da arbitragem quando se tratar de direitos indisponíveis.

Não obstante ainda persistirem vozes dissonantes, em várias hipóteses o legislador brasileiro, adotando a lição de Eros Grau³⁸ que lucidamente apartou as noções de indisponibilidade e disponibilidade de direitos das noções de indisponibilidade do interesse público, prevê

35 KITSCHENBRG, Helmut. *La conciliation dans les litiges de Droit Administratif. Conférence Multilatérale*. Lisbonne, 2000. p. 83

36 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário a lei 9.307/96*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 52

37 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. "Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas". In: SUNDFELD, Carlos Ari, coord. *Parcerias Público Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 203.

38 GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 32, p. 14-20, 2000.

expressamente a possibilidade de o Estado adotar previsão contratual de cláusula arbitral. São exemplos em destaque: a Lei Federal das Parcerias Público-Privadas – Lei 11.079/2004 - que prevê, expressamente, a possibilidade de eleição do juízo arbitral como forma de solução dos conflitos nos contratos de PPP's; a Lei das concessões – Lei 8987/95 – também contempla a arbitragem; e a Lei 9.472/97 (ANATEL) e Lei 9.478/97(ANP).

Cada uma dessas alternativas representa um ganho inquestionável para a Administração Pública que é a reaproximação do cidadão e das pessoas privadas com o Estado, pondo fim a um autoritário distanciamento gerador de conflitos judiciais. Todavia, em relação à peculiaridade de cada uma delas, embora todas resultem no ganho anunciado, elas deverão ser regulamentadas para se compatibilizar com a oportunidade adequada. A Arbitragem devido à sofisticação e elevado custo de sua aplicação deverá se destinar a litígios de relevante cunho econômico, como contratos internacionais e parcerias público-privadas; já a conciliação e a mediação devem ser regulamentadas para uma aplicação em conflitos envolvendo menor expressão econômica.

6 A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: O INÍCIO E O CAMINHO PARA O CONSENSO

6.1 As Câmaras de Conciliação: um início

A Constituição Federal de 1988 no art. 131 além da competência para representar a União em juízo atribuiu competência à Advocacia-Geral da União para exercer a representação extrajudicial da União.

A Lei Complementar nº 73/1993 - Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, por seu turno, estabeleceu no art. 4º, incisos X e XI, que compete ao Advogado-Geral da União a fixação da interpretação da Constituição e outros atos normativos, que terão efeito vinculante para os demais órgãos da Administração Federal e a prevenção e solução de controvérsias entre os órgãos jurídicos da Administração Federal.

Visando efetivar esses comandos normativos da Constituição e da Lei Complementar, foi editada a Portaria AGU nº 118, de 1º de fevereiro de 2007, que regula a conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal a ser mediada pela Advocacia-Geral da União.

Sumariando o conteúdo da Portaria temos a criação de câmaras, órgãos colegiados, no âmbito da AGU, com a finalidade de dirimir, em âmbito interno, controvérsias entre órgãos e entidades federais. Essa

conciliação poderá ocorrer por acordo, transação, outros ajustes ou ainda por desistência de ação ou recurso judicial. Caso não se obtenha um consenso, caberá ao coordenador da câmara o envio de um relatório narrando ao Advogado-Geral da União os motivos impeditivos da conciliação. Por último, a portaria faculta ao AGU, submeter o relatório à Consultoria-Geral da União para emissão de parecer que, se por ele acolhido, poderá ser submetido ao Presidente da República para resolução definitiva da controvérsia.

Conforme se depreende da Portaria AGU nº 118, em última instância os conflitos entre os órgãos e entes federais será dirimido por parecer normativo, figura já conhecida e normatizada pela Lei Complementar nº 73, em seu artigo 40, parágrafo 1º.³⁹

Demonstra-se por intermédio da criação das câmaras de conciliação que a AGU já assumiu postura de mediadora nos conflitos entre órgãos e entidades federais, desafogando o Judiciário ao aplicar o princípio do consenso, que, de acordo com a portaria citada pode se revelar através da transação ou de outros tipos de ajustes.

Esse foi um importante passo no redimensionamento da Advocacia-Geral da União como carreira de Estado, que não pode simplesmente esperar ser acionada quando a controvérsia já chegou ao Judiciário. A AGU é muito mais do que uma *apagadora de incêndios*, ela é uma instituição estratégica para o Estado, o que decorre da sua *transversalidade*, pois ela atua em todos os órgãos da Administração; e também da sua *essencialidade a realização da Justiça* como fundamento da República.

6. 2 As Súmulas, os Pareceres Normativos e a Lei 9.469/97: caminhos

A Lei Complementar 73/93 estabelece nos art. 39 até o art. 44 regras para elaboração dos pareceres normativos, já referidos nesse trabalho, e para as súmulas, que terão caráter vinculante para a Administração Federal nos termos preconizados pela lei, uniformizando o tratamento jurídico em determinadas matérias e evitando as ações judiciais.

39 "Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.

§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

§ 2º O parecer aprovado, mas não publicado, obriga apenas as repartições interessadas, a partir do momento em que dele tenham ciência."

Para ilustrar podemos citar o *Enunciado nº 6, de 19 de dezembro de 2001*:

A companheira ou companheiro de militar falecido após o advento da Constituição de 1988 faz jus à pensão militar, quando o beneficiário da pensão esteja designado na declaração preenchida em vida pelo contribuinte ou quando o beneficiário comprove a união estável, não afastadas situações anteriores legalmente amparadas. (NR) (REDAÇÃO DADA PELO ATO DE 27.9.2005 D.O.U. DE 28, 29 E 30.9.2005. VER TAMBÉM A INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 2, DE 27.9.2005 D.O.U. DE 28.9.2005) *REFERÊNCIAS: Legislação:* Constituição de 1988 (art. 226); Leis nos 3.765, de 4.5.1960, e 6.880, de 9.12.1980. *Jurisprudência:* Superior Tribunal de Justiça: Acórdãos nos RESP's nos 246244-PB, 228379-RS, 182975-RN (Quinta Turma); 161979-PE, 181801-CE, 240458-RN, 31185-MG, 477590-PE e 354424-PE (Sexta Turma).

Havia uma dúvida no âmbito das Forças Armadas em relação ao direito à pensão para companheiros não declarados em vida como beneficiários dos militares. O enunciado pôs fim à controvérsia, fixou o entendimento vinculadamente para os órgãos federais e gerou efeitos em relação a ações já propostas.

Vale citar também alguns enunciados que de forma expressa determinam a não interposição de recurso por parte da Advocacia-Geral da União:

Enunciado nº 15, de 19 de abril de 2002:

Da decisão judicial que restabelecer benefício previdenciário, suspenso por possível ocorrência de fraude, sem a prévia apuração em processo administrativo, não se interporá recurso.(REDAÇÃO ORIGINAL)

JURISPRUDÊNCIA: Superior Tribunal de Justiça: RES's nºs 172.869-SP; 172.252-SP; 210.038-SP; 149.205-SP (Quinta Turma); RESP's nºs: 174.435-SP; 140.766-PE (Sexta Turma).” (REDAÇÃO ORIGINAL)

Enunciado nº 18, de 19 de junho de 2002:

Da decisão judicial que determinar a concessão de Certidão Negativa de Débito (CND), em face da inexistência de crédito tributário constituído, não se interporá recurso.” (REDAÇÃO ORIGINAL) *JURISPRUDÊNCIA:* Superior Tribunal de Justiça: EREsp's nºs 180.771/PR e 202.830/RS (Primeira Seção); AGREesp nº 303.357/

RS (Primeira Turma); AGREsp nº 255.749/RS (Segunda Turma).
(REDAÇÃO ORIGINAL)

Em todos esses casos, a AGU está exercendo seu papel de realizadora da justiça material, entendida como aquela que visa à satisfação dos direitos fundamentais, o que nem sempre coincide com decisão judicial favorável à União, razão pela qual não se mostra lesivo à indisponibilidade do interesse público a abstenção ao recurso judicial.⁴⁰

O art. 4, VI da LC 73/93 elenca como competência do Advogado-Geral da União *desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União*. Esse dispositivo foi regulamentado pela Lei 9.469/97, que assim dispõe:

Art. 1º O Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderão autorizar a realização de acordos ou transações, em juízo, para terminar o litígio, nas causas de valor até R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), a não-propositura de ações e a não-interposição de recursos, assim como requerimento de extinção das ações em curso ou de desistência dos respectivos recursos judiciais, para cobrança de créditos, atualizados, de valor igual ou inferior a R\$1.000,00 (mil reais), em que interessadas essas entidades na qualidade de autoras, rés, assistentes ou oponentes, nas condições aqui estabelecidas.

§ 1º Quando a causa envolver valores superiores ao limite fixado no caput, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Ministro de Estado ou do titular da Secretaria da Presidência da República a cuja área de competência estiver afeto o assunto, no caso da União, ou da autoridade máxima da autarquia, da fundação ou da empresa pública.

[...]

40 Sobre o tema: “Daí é que deduz-se que a Administração não está proibida de restabelecer, ela própria, uma ordem jurídica que tem o dever de nunca violar. Haja vista que o interesse público indisponível estará exposto a risco quando a Administração se furtar de exercer sua atividade de acordo com os princípios que está adstrita, se igualando a um particular na defesa de seus interesses privados.

Advirta-se que não pregamos a ausência de controle judicial, o que com certeza vulneraria a indisponibilidade do interesse público, o que defendemos é uma atitude positiva da Administração nos casos em que existe verossimilhança nas alegações do cidadão, que se socorrem do Judiciário muito mais pela barreira anti-democrática posta entre ele e o ente estatal, do que efetivamente pelo interesse de agir expressado por uma pretensão resistida.” DAVI, 2008.

Art. 4º Não havendo Súmula da Advocacia-Geral da União (arts. 4º, inciso XII, e 43, da Lei Complementar nº 73, de 1993), o Advogado-Geral da União poderá dispensar a propositura de ações ou a interposição de recursos judiciais quando a controvérsia jurídica estiver sendo iterativamente decidida pelo Supremo Tribunal Federal ou pelos Tribunais Superiores.

Diante desse arsenal normativo não há dúvida sobre a tendência da Advocacia-Geral da União em assumir um caráter proativo em relação às ações do Estado, não se resumindo tão somente a representar a União em juízo e a exercer controle prévio de legalidade dos atos administrativos, mas também avaliar as conseqüências de suas ações e a sopesar a relação custo/benefício na promoção, manutenção ou prolongamento de uma contenda judicial, que ao final, não resultará em promoção do interesse público, quer seja pela própria tese defendida, quer pela desproporção do custo da demanda em relação ao proveito final.

O que temos aqui é o nascimento de uma atividade técnica jurídica coordenada, dotada de planejamento, sem o quê nós teríamos apenas um punhado de advogados públicos federais agindo desordenadamente e sem um mínimo de organização capaz de gerar a diminuição desses conflitos.

7 A TEORIA DO INTERESSE PÚBLICO SECUNDÁRIO COMO RESPONSÁVEL POR UMA ADVOCACIA PÚBLICA DISTANCIADA DA PROMOÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Adotamos sem restrições o posicionamento de Marçal Justen Filho que nega qualquer possibilidade de intitular de *público* certas conveniências do aparato administrativo, equivalentes, em termos, a qualquer interesse titularizado por um sujeito privado. Para esse autor a dicotomia difundida por Renato Alessi admitindo um direito público secundário, é contrária a teoria do Direito Administrativo, pois esse mencionado *interesse público secundário* nada tem de público, ou sequer pode ser chamado de interesse.⁴¹

Prossegue asseverando que o Estado foi instituído para realizar e tutelar os direitos fundamentais dos cidadãos, que sozinhos e desordenadamente estariam muito mais oprimidos do que livres. Enfatiza Marçal Justen Filho⁴² que o Estado somente se justifica como instrumento

41 JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 115-136 e p. 5, 1999.

42 JUSTEN FILHO, 2005a, p. 60.

para a realização dos direitos fundamentais, entre os quais avulta a dignidade humana. Desta forma vale transcrever excerto do mesmo autor:

O Estado não possui interesses qualitativamente similares aos direitos dos particulares, pois não foi instituído para buscar satisfações similares às que norteiam a vida dos particulares. A tentativa de obter a maior vantagem possível é válida e lícita, observados os limites do direito, apenas para os sujeitos privados. Não é admissível para o Estado, que somente está legitimado para realizar o bem comum e a satisfação geral. O Estado não pode ludibriar, espoliar ou prevalecer-se da fraqueza ou da ignorância alheia. Aliás, nem um particular poderia atuar desse modo, muito menos o Estado. O interesse público não reside em obter lucro, se tal se fizer através de atividades especulativas, de duvidosa valia ética.⁴³

Desta forma, pode-se dizer que o Estado não está autorizado a se valer de deficiências na prestação da atividade jurisdicional, que é uma atividade pública; nem a se valer da má prestação de assistência judiciária gratuita aos necessitados, provocada por ele próprio Estado, que não disponibiliza Defensores Públicos suficientes; nem tampouco se aproveitar da forma de liquidação de suas dívidas – precatórios – para postergar o cumprimento de suas obrigações.

Considera-se que a Administração Pública quando se esquivava de criar um canal de comunicação com o cidadão e tentar compor os conflitos gerados ainda no âmbito administrativo, está perseguindo valores mesquinhos, imorais, incompatíveis com o interesse público, isso porque, em várias situações, a ação judicial é flagrantemente desnecessária, em razão da verossimilhança da alegação do particular, que poderia ter seu direito reconhecido voluntariamente pela Administração, diante de uma instrução probatória destituída de qualquer complexidade.

Veja-se que a lentidão do Judiciário beneficia a Administração, na maioria das vezes, empurra seu passivo para o próximo governo; a dificuldade de acesso a Justiça, que no nosso Estado ainda é uma realidade, também favorece a Administração, pois muitos dos lesados pelo poder público sequer acessarão a máquina judiciária; a insuficiência de Defensores Públicos também conta pontos para a Administração, já que a população carente não terá acesso a uma boa representação judicial; por fim, o maior trunfo de todos, a fila dos precatórios, que não é respeitada pela Administração, institucionalizando o *calote público*.

43 Ibidem, 1999, p. 5

Aproveitar-se dessas fragilidades estatais para negar direitos aos cidadãos não se confunda com interesse, quiçá com interesse público.

Promoverá o interesse público a Administração que não transfere para o Judiciário atividade que também lhe cabe, pois, mesmo não negando a inafastabilidade de o Judiciário resolver definitivamente um conflito entre Administração e o cidadão, isso não retira do Estado/Administração o dever de realizar a Justiça como fundamento da República.

Para nós, a mesma atividade procedimentalizada e regulada pela Administração na certificação da legalidade dos autos de infração lavrados por ela própria no exercício do poder de polícia ou na atividade arrecadatória, deveria existir em relação aos pleitos formulados pelos cidadãos. O exame prévio de legalidade dos atos administrativos, que gerarão certidão de dívida ativa a serem executadas judicialmente, deveria servir de paradigma para os processos administrativos que visam declarar e certificar os direitos dos particulares.

Lembremos que existem os Conselhos de Contribuintes e órgãos administrativos específicos para ouvir o cidadão/contribuinte, analisar os seus argumentos e julgar internamente as suas teses de defesa, o que pode levar a Administração a indeferir uma autuação fiscal.

Fora da competência tributária e das ações típicas do poder de polícia, a Administração não dispõe de um órgão com atribuição específica para mediar esses conflitos, nem sequer para receber os pleitos dos cidadãos, que só têm um meio para resolver suas demandas: o Judiciário.

O que existe ainda – atualmente em menor escala na Administração Pública Federal, diante da existência das súmulas e pareceres normativos – é uma advocacia pública com pouca noção acerca da sua verdadeira identidade e dos ideais que defende, o que é explicado pela vacilação doutrinária e jurisprudencial acerca do conteúdo do interesse público.

Não há interesse tutelável pelo direito, muito menos considerado público, se ele avilta os direitos fundamentais do cidadão. Uma verdadeira carreira de Estado não persegue interesses contrários a dignidade humana, sob pretexto algum.

8 A CULTURA E A DISSEMINAÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DOS MODOS ALTERNATIVOS DE CONTENCIOSO NÃO JURISDICIONAL

O fator cultural não pode ser desconsiderado quando o tema é consensualidade e aceitação de modos alternativos a um sistema posto e arraigado na consciência social. No Brasil, malgrado as críticas contundentes ao Poder Judiciário, o povo ainda acredita, na força

coercitiva de definitividade dos provimentos judiciais, o que leva ao descrédito medidas e decisões sem força executória coercitiva.

Há uma generalizada falta de interesse social em construir o consenso, em razão da ausência de aptidão para gerar soluções definitivas. Apenas acredita-se nele quando realizado em juízo e posteriormente homologado pelo Estado-Juiz para gerar efeitos de coisa julgada.

Aparentemente, pelos argumentos expendidos, pode-se admitir que não seja essa uma questão cultural, mas sim de regulamentação e dotação de competências e distribuição de poder capaz de modificar a força das decisões administrativas geradas pelo consenso, contudo, disso não se trata. A questão é verdadeiramente cultural. Os cidadãos e pessoas privadas no Brasil, em geral, não acreditam na força de suas próprias vontades, o que se origina da tradição histórica de surgimento do nosso Estado.

O Estado Brasileiro se formou primeiro como ordem jurídica para depois se formar como nação. Seguindo a mesma trajetória de formação do Estado Português que tiveram como pilares básicos o patrimonialismo, o centralismo monárquico e o estamento de feição burocrática, aqui se formavam primeiro as vilas e se organizava o aparato estatal, para depois chegar a população. Sacramentava-se assim uma inversão instituidora de um artificialismo, pois as realidades eram criadas pelas leis e pelos regulamentos. O Estado era distante, fechado e não se prestava a proteger interesses dos cidadãos, mas sim a limitar as liberdades individuais e cobrar impostos. Os governantes eram os autoritários donos do poder.⁴⁴

O referido modelo político influenciou na formação de uma sociedade dependente e subordinada ao Estado, a tal ponto, desta sociedade continuar refém a um sistema em crise – contencioso jurisdicional – mesmo ciente e vítima de todas as suas mazelas, incapaz de lançar mão, nas relações privadas, dos modos alternativos, que, já estão há muito albergados no nosso sistema jurídico.

Analisando o modelo africano e comparando com a realidade brasileira verifica-se um contexto histórico-social parecido, mas completamente inverso em relação às conseqüências. Ensina Badara Fall que na África o Juiz, figura introduzida naquele continente pelo colonizador, nunca conseguiu a notoriedade que pretendia ter entre o povo africano, que preso as suas raízes culturais utilizava-se de um procedimento costumeiro denominado “*de l’arbre à palabre*”.⁴⁵

44 FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro*. (Apud) TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da publicidade e a participação na Administração Pública*. Tese de doutorado depositada na biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2006, p. 56

45 FALL, Alioune Badara. *Réflexion sur quelques procédés non juridictionnels de règlement des litiges administratifs. La création du Droit En Afrique*. France: Université Bordeaux IV, 2006. p. 421-44.

Esse procedimento “*de l’arbre à palabre*” consistia em prática de discussão entre duas partes em conflito, sob uma árvore e perante um terceiro que conduzia a discussão, conduzida por alguém que detinha uma liderança sobre o grupo social, e continua sendo uma técnica preferida pela sociedade africana que só se socorre do Poder Judiciário como última alternativa.

O autor citado elenca as várias causas que afligem a sociedade africana e que colaboram com a manutenção de um forte contencioso não judicial: a carência de juízes; o alto custo da justiça; a lentidão na prestação jurisdicional; e, por derradeiro, a causa mais inquietante: a falta de credibilidade no Poder Judiciário diante da corrupção; do favorecimento de uma parte em detrimento da imparcialidade. O que para o autor é uma triste constatação da realidade.

Diante da realidade africana, verificamos que guardadas as devidas proporções, as críticas feitas ao nosso sistema judicial e a descrição da nossa realidade não guarda grande distanciamento, contudo, a grande diferença reside na nossa incapacidade de manter uma tradição como “*de l’arbre à palabre*”. Não achamos, ou melhor, perdemos na nossa história, um costume capaz de nos libertar do sistema convencional imposto pela colonização.

Nesse momento, perdidas as tradições, cabe buscar uma solução alternativa desenvolvida a partir desse próprio sistema, que, embora concebido para se manter estável e sem mudanças significativas, principalmente em relação ao exercício de poder, se ver diante de tamanha crise – excesso de judicialização – que nos concede a oportunidade de uma mudança de contexto.

9 CONCLUSÃO

Constata-se que existe um profundo déficit de democratização entre a relação Cidadão/Administração. A Administração concebida como aparato técnico, fruto de um ideal weberiano, quanto mais distante dos clamores sociais e da política estaria mais apta a realizar suas tarefas com eficiência e lisura.

Hoje é necessário mitigar essa noção para conceder espaço a uma tendência consentânea com a contemporaneidade: a participação popular na tomada de decisões administrativas. Assim, torna-se imperiosa a criação de canais de comunicação com a Administração nos diversos níveis, tornando-se, a realização da Justiça pela própria Administração, como uma das principais atividades a ser efetivada pelo poder público.

A Constituição Federal de 1988 ao contemplar o direito de petição como direito fundamental, garantiu a todos o livre acesso a Administração Pública, seja para defender direitos ou para denunciar ilegalidades ou abuso de poder, devendo o Estado criar meios de efetivar amplamente essa disposição constitucional que serve de fundamento para todo o nosso trabalho. Acredita-se que por intermédio do direito de petição o cidadão poderá submeter ao exame da Administração Pública qualquer pleito, que deverá ser examinado, instruído e julgado internamente pela Administração, através de um órgão específico (*parajurisdicional*) com competência para mediar essas demandas; ou para conduzir uma conciliação; ou realizar uma arbitragem.

Não se afasta a competência do Judiciário, que continua detendo o poder de dirimir em última instância todos esses conflitos, o que se assevera é o dever paralelo da Administração Pública, submetida a princípios como o da moralidade, eficiência e juridicidade, ao menos tentar compor esses conflitos ainda em âmbito interno.

Enfim, o que se verifica é a ausência de normas atribuidoras dessas competências e desses procedimentos, o que dificulta a concretização desse contencioso não jurisdicional, que precisa de definições infraconstitucionais para ser operacionalizado. A quem se dirigirá o cidadão, como formulará esse pleito e de que maneira procederá o órgão competente, são questões a serem respondidas pelo legislador.

Em relação ao órgão competente para atuar como órgão parajurisdicional, identifica-se na esfera federal, como a instituição mais apta a desempenhar tal tarefa, a Advocacia-Geral da União, que é considerada função essencial à justiça e tem como característica a transversalidade, pois atua em defesa da União independentemente do órgão ou poder que emitiu a decisão administrativa questionada, o que empresta um caráter de independência e autonomia, ao mesmo tempo em que não retira dela a pertinência à pessoa jurídica de direito público interno – União – responsável por assumir o ônus desse consenso.

Essa função de mediação, consenso e arbitragem entre Estado e cidadão marcará o fim da crise de identidade ainda presente entre os advogados públicos federais, que não terão mais qualquer resquício de dúvida acerca da exclusividade do interesse que perseguem, que é único, e constitui o verdadeiro interesse digno de ser chamado de público, pela essencialidade, indisponibilidade e transcendência que justifica a sua tutela pelo Estado e que faz da Advocacia-Geral da União uma instituição cidadã.

REFERÊNCIAS

- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: São Paulo, Recife: Renovar. 2006
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I, 8.ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006
- DABIN, Jean. *Os grandes filósofos do Direito. Teoria Geral do Direito*. Organização de Clarence Morris, São Paulo: Martins Fontes, 2002
- DAVI, Kaline Ferreira. *A dimensão Política da Administração Pública*. Porto alegre: Sergio Fabris, 2008
- _____. Solução de Litígios pela Administração Pública sem intervenção do Judiciário. *Revista da AGU*, Brasília, DF, ano VII, n. 16, p. 183, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003
- FALL. Alioune Badara. Réflexion sur quelques procédés non juridictionnels de règlement des litiges administratifs. *La création du Droit en Afrique*. France: Université Bordeaux IV, 2006.
- FAORO, Raymundo. Os donos do poder: a formação do patronato político brasileiro. (Apud) TABORDA, Maren Guimarães. *O princípio da publicidade e a participação na Administração Pública*. Tese de doutorado depositada na biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2006
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva. 2003.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1, 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

- GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. Marçal. Conceito de interesse público e a personalização do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 26, p. 115-136, 1999.
- KITSCHENBRG, Helmut. *La conciliation dans les litiges de Droit Administratif*. Conférence Multiratérale: Lisbonne, 2000.
- MODESTO, Paulo. Participação popular na administração pública: mecanismos de controle. *Jus navigandi*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2586>>. Acesso em: 21 out. 2007
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos art. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006
- _____. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- PASSOS, JJ Calmon de. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- RIBEIRO, Manoel. *A institucionalização democrática do poder*. 2. ed. Salvador: Distribuidora de Livros Salvador, 1983.
- ROCHA, Carmen Lúcia. Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesses Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesses Público*. Organização de Daniel Sarmento. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.

SILVA, Eduardo Silva da; MORAES, Henrique Choer; BARBIERI, Maurícil Lindenmeyer. *Teoria geral do processo*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Lumen Júris: 2005.

TOFFOLI, José Antonio Dias. *Revista da AGU*, Brasília, DF, ano IV, n. 12, p. 7/10, 2007.

