

## Publicações da Escola da AGU

---

# Advocacia-Geral da União 25 Anos: O Brasil com segurança jurídica

---

volume 10 - n. 03 - Brasília-DF, jul./set. 2018

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 10	n. 03	p. 1-316	jul./set. 2018
---------------------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

# Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União  
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800  
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370  
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

## ADVOGADA-GERAL DA UNIÃO

Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça

## ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO - SUBSTITUTO

Maria Aparecida Araujo de Siqueira

## DIREÇÃO GERAL DA AGU

Maria Aparecida Araujo de Siqueira	Secretária-Geral de Consultoria
Sérgio Eduardo de Freitas Tapety	Procurador-Geral da União
Fabrício da Soller	Procurador-Geral da Fazenda Nacional
Marcelo Augusto Carmo de Vasconcellos	Consultor-Geral da União
Leonardo Silva Lima Fernandes	Procurador-Geral Federal
Isadora Maria Belem Rocha Cartaxo de Arruda	Secretária-Geral de Contencioso
Altair Roberto de Lima	Corregedor-Geral da Advocacia-Geral da União
Cristiano de Oliveira Lopes Cozer	Procurador-Geral do Banco Central
Isabella Maria de Lemos	Secretária-Geral de Administração
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

## ESCOLA DA AGU

Diogo Palau Flores dos Santos	Diretor
Douglas Henrique Marin dos Santos	Coordenador Geral de Ensino
Andrea Maria Nogueira Cajueiro	Coordenadora-Geral Administrativa

## EDITOR RESPONSÁVEL

Diogo Palau Flores dos Santos

## CONSELHO EDITORIAL

Douglas Henrique Marin dos Santos  
Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho  
Rui Magalhães Piscitelli

**Diagramação/Capa:** Niuza Lima/Glúcia Pereira  
AGU Foto da capa: Wesley Mcallister/AscomAGU

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Brasília: EAGU, 2012. mensal.

A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico bimestral, a partir do ano IV, n° 14 periodicidade mensal e a partir do ano VII v. 39 periodicidade trimestral.

A partir de 2016, houve alteração no número dos exemplares. A Revista receberá numeração 1-4 em todos os volumes subsequentes.

ISSN 2236-4374

1 - Direito Público - Artigos - Brasil I. Título. II. Série.

CDD 340 . 5  
CDU 34 (05)

## SUMÁRIO

Apresentação.....	5
Os Ciclos da Administração Pública e as Iniciativas da Secretaria-Geral de Administração da AGU: a busca por alinhamento entre as instituições e o modelo de gestão pública focada no cidadão <i>The Cycles of Public Administration and the Initiatives of the General Secretary Administration of the AGU: the search for alignment between the institutions and the model of public management focused on the citizen</i> Carlos Alberto Sobral Coimbra Junior Carlos Alexandre Moura da Silva.....	9
A AGU e a Judicialização das Políticas Públicas de Preservação do Patrimônio Material Tombado <i>The AGU and the judicialization of public policies for the preservation of material heritage</i> Daniel Levy de Alvarenga.....	29
Advocacia-Geral da União 25 Anos: uma instituição essencial à segurança e à solução das relações jurídicas controvertidas de interesse público <i>Federal Attorney General (AGU) 25 years: an institution essential to the security and solution of controversial legal relations of public interest</i> Deiser Mara Rezende Cardoso .....	47
Política de Leniência e a Segurança Jurídica Conferida pela Advocacia-Geral da União <i>Lenience policy and the legal certainty conferred by attorney-general's office</i> Erik Noleta Kirk Palma Lima.....	63
A Efetivação do Princípio da Boa Administração Pública pela Atuação da Advocacia-Geral da União <i>The implementation of the principle of good public administration by the Attorney General's Office</i> Flávio Garcia Cabral.....	85
Consequência do Indeferimento do Requerimento Administrativo Superveniente nas Causas Previdenciárias, Após a Prolação da Sentença, à Luz do Novo Código de Processo Civil <i>Consequence of the rejection of the administrative requirement in the social security causes, after the prolation of the judgment, in the light of the new civil procedure code</i> Hélio Márcio Lopes Carneiro .....	101

Do Dever de Restituir o Lucro Decorrente da Lesão a Direitos Coletivos <i>The Duty to Return the Profits Arising from a Violation to Collective Rights</i> <i>João Marcelo Torres Chinelato</i> .....	117
A Massificação do Contencioso Administrativo – Um Desafio para a Advocacia-Geral da União <i>The Massification of Administrative Litigation - A challenge for the Federal Attorney's Office</i> <i>Kaline Ferreira Davi</i> .....	133
Segurança Jurídica e Eficiência no Consenso: mediação e advocacia pública colaborativa <i>Mediation and Collaborative Public Advocacy: the logic of consensus on legal security</i> <i>Letícia Botelho Gois</i> .....	149
O Papel da Advocacia-Geral da União na Área Previdenciária: a repercussão da segurança jurídica no equilíbrio financeiro da seguridade social <i>The Role of the Union's General Advocacy in the Preventionary Area: the impact of legal security on the financial balance of social security</i> <i>Maria Isabel Araujo Silva</i> <i>Gabriel Cavalcante Cortez</i> .....	169
A AGU na Construção do Estado Democrático de Direito por Meio da Promoção da Segurança Jurídica <i>The Federal Attorney General in the Construction of the Brazilian Democratic State of Law Through the Promotion of Legal Certainty</i> <i>Murilo Strätz</i> .....	189
Concurso Público e Cartórios na Constituição: análise da atuação da Advocacia-Geral da União perante o Supremo Tribunal Federal <i>Official Examination to Access Public Notary's Office on the Constitution: analysis of the attorney general's office performance before the Supreme Court</i> <i>Natália Ribeiro Machado Vilar</i> .....	207
Instituição Pública Sólida Versus Jurisprudência Líquida: segurança e desenvolvimento econômico <i>Solid Public Institution Versus Liquid Jurisprudence: legal certainty and economic development</i> <i>Ranieri Ferraz Nogueira</i> .....	223
A Constitucionalidade do Exercício da Advocacia Privada Pelos Advogados Públicos Federais <i>Renata Cedraz Ramos Felzemburg</i> .....	237

A Atuação Proativa da Advocacia-Geral da União Perante o Supremo Tribunal Federal (ADC 19 e ADI 4424) em Defesa da Segurança Jurídica e Confiança no Combate à Violência Contra a Mulher: Lei Maria da Penha

*The Proactive Action by the Federal Advocacy Beside of the Supreme Court (ADC 19 and ADI 4424) in Defense of Legal Security and Confidence in Fight Against Women's Violence: Maria da Penha Law*

Rodrigo Araújo Ribeiro.....261

A Advocacia Pública Consultiva no Combate à Corrupção nas Contratações Públicas: uma visão dos 25 anos da Advocacia Geral da União

*The Public Advisory Advocacy in the Fight Against Corruption in Public Contracting: a view of the 25 years of the General Advocacy of the Union*

Thiago Guedes Alexandre.....279

Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo e sua Contribuição Para a Desjudicialização da Política Pública

*Consensus Mechanisms in Administrative Law and its Contribution to the Misjudicialization of Public Policy*

Viviane Alfradique Martins de Figueiredo Mendes .....301



## APRESENTAÇÃO

Em 2018, ano em que a Constituição Federal completou três décadas, a Advocacia-Geral da União atingiu 25 anos de notável atuação em favor do Estado brasileiro.

Nesse interregno, o destino da nação, em boa parte, foi guiado pelas mãos de Advogados da União, Procuradores Federais, Procuradores do Banco Central e Procuradores da Fazenda Nacional.

A AGU, por exemplo, acompanhou e coordenou as grandes concessões de serviços públicos, tais como telecomunicações, energia, petróleo e infraestrutura. Promoveu, ademais, reiterados recordes de arrecadação e cobrança judiciais. Viabilizou, ainda, a manutenção de políticas públicas de interesse da sociedade em saúde, educação e segurança.

De fato, apenas em 2017, a Advocacia-Geral da União evitou perdas equivalentes a R\$1,05 trilhão de reais. Mais que isso, arrecadou R\$32,93 bilhões. Tudo isso graças ao trabalho dos cerca de 12 mil advogados públicos e servidores da instituição.

Com efeito, na AGU o conceito de segurança jurídica ganha contornos qualificados e máximos. É nela que o Estado brasileiro repousa sua confiança na correta leitura do ordenamento jurídico e na justa adequação das políticas públicas à deontologia dos comandos constitucionais principiológicos que conduzem a nação.

A grandeza da instituição só é comparável aos desafios que os próximos 25 anos reservam. Afinal, determina a Constituição que os objetivos fundamentais do país são a construção uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; e a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminações de qualquer ordem.

Muito se avançou no atendimento das ordens constitucionais, mas o caminho ainda é longo. E a Advocacia-Geral da União é protagonista no itinerário de um futuro próspero, mais justo, mais solidário e menos desigual, conforme prescreve a Carta de 1988.

A presente publicação, portanto, é uma homenagem à magnitude AGU, aos seus membros e servidores. Traz reflexões, relata experiências e conduz o pensar institucional a um patamar valioso para o aprimoramento do múnus público da advocacia pública federal.

De fato, a iniciativa de publicar uma coletânea de textos que se relacionam com o desenvolvimento da advocacia pública federal na comemoração dos 25 da Advocacia-Geral da União classifica-se quase como um “dever”, considerando a perspectiva histórico-cultural e o relevante papel na construção do pensamento jurídico nacional desempenhado pela AGU.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a coletânea aqui apresentada, além da liberdade acadêmica e científica conferida aos seus autores (diga-se, selecionados por *double blind peer review*), ressalta uma posição de perspectiva entre o membro/autor institucional e o acadêmico/pensador livre, tão desejável quanto plural e democrática.

Na mesma medida em que os artigos destacam posicionamentos, opiniões ou sugestões que buscam o aprimoramento do imenso baldrame sobre o qual se constrói nossa Advocacia-Geral da União, a instituição incrementa sua autocompreensão como função essencial à justiça e aperfeiçoa sua atuação como advocacia de Estado, apreendendo de forma ampla e segura toda a complexidade que emerge da sociedade e do Estado brasileiros que tão devotamente representa.

Uma boa leitura a todos.

Brasília, 08 de outubro de 2018

Douglas Henrique Marin dos Santos  
Coordenador Geral de Ensino

---

## OS CICLOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS INICIATIVAS DA SECRETARIA- GERAL DE ADMINISTRAÇÃO DA AGU: A BUSCA POR ALINHAMENTO ENTRE AS INSTITUIÇÕES E O MODELO DE GESTÃO PÚBLICA FOCADA NO CIDADÃO

---

*THE CYCLES OF PUBLIC ADMINISTRATION AND  
THE INITIATIVES OF THE GENERAL SECRETARY  
ADMINISTRATION OF THE AGU: THE SEARCH FOR  
ALIGNMENT BETWEEN THE INSTITUTIONS AND THE  
MODEL OF PUBLIC MANAGEMENT FOCUSED ON THE  
CITIZEN*

*Carlos Alberto Sobral Coimbra Junior*

*Bacharel em Direito, Técnico de Nível Superior do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - MPDG, onde atuou como Coordenador-Geral de Gestão Econômica de Ativos da Secretaria do Patrimônio da União e também membro de comissão técnica regional de Projeto desenvolvido em parceria com o Ministério do Meio Ambiente – MMA. Cedido para a Secretaria-Geral de Administração da Advocacia-Geral da União (SGA/AGU).*

*Carlos Alexandre Moura da Silva*

*Bacharel em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário do Distrito Federal, Especialista em Controladoria e Finanças pelo Centro Universitário do Distrito Federal. Atuou como Conselheiro do Comitê de Riscos e Controles da Assessoria de Planejamento, Programação e Controle Orçamentário da APPCO no Comando Logístico do Exército. Contador da Advocacia-Geral da União na Diretoria de Planejamento, Orçamento, Finanças e Contabilidade.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Contextualização sobre o momento atual da administração pública; 2 O Modelo Burocrático; 3 O Gerencialismo; 4 Eixos Temáticos da Nova Administração Pública; 5 As iniciativas da gestão administrativo-organizacional da AGU; 5.1 Histórico organizacional; 5.2 Iniciativas da SGA dentro dos eixos de atuação do Estado Gerencial; 5.2.1 Revisão de contratos administrativos e reposição ao erário (economicidade); 5.2.2 Portal de Custos (transparência, desburocratização e controle social); 5.2.3 Contratações compartilhadas (desburocratização e economicidade); 5.2.4 Programa AGU Instalações Eficientes e Sustentáveis (economicidade, transparência e controle social); 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Os desafios da administração pública moderna impõem aos órgãos e a seus agentes uma reflexão sobre as reformas administrativas ocorridas nas últimas décadas. Compreender quais as influências recebidas de cada ciclo administrativo, suas vantagens e desvantagens permite corrigir rumos ou validar as características positivas de cada modelo. E a Advocacia-Geral da União (AGU), que completa 25 anos, foi também influenciada por esses movimentos reformistas, particularmente pelos ciclos burocrático e gerencial. Através da correlação entre tais modelos administrativos e as iniciativas desenvolvidas pelo órgão encarregado das atividades de gestão administrativo-organizacional da AGU – a sua Secretaria-Geral de Administração, confirma-se o comprometimento da referida instituição com o desenvolvimento de uma gestão pública focada no cidadão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado. Administração. Burocrático. Gerencial. Influência. AGU. Alinhamento. Cidadão.

**ABSTRACT:** The challenges of modern public administration require the organs and their agents to reflect on the administrative reforms that have taken place in recent decades. Understanding the influences received from each administrative cycle, its advantages and disadvantages allows correcting directions or validate the positive characteristics of each model. And the Brazilian Advocacy State (AGU), that completes 25 years, was also influenced by these reform movements, particularly by the bureaucratic and managerial cycles. Through the correlation between such administrative models and the initiatives developed by the agency in charge of the activities of administrative and organizational

management of the AGU - its General Secretary of Administration, confirms the commitment of this institution with the development of public management focused on the citizen.

**KEYWORDS:** State. Administration. Bureaucratic. Managerial. Influence. AGU. Aligment. Citizen.

## INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, a democracia brasileira consolidou-se por intermédio de fatores jurídicos, políticos, econômicos e sociais. Algumas instituições têm amadurecido a compreensão do papel que representam enquanto atores do fortalecimento democrático. A Advocacia-Geral da União - AGU, certamente, encontra-se entre tais personagens.

Reconhecida como uma das instituições essenciais à justiça pela Constituição Federal de 1988, a AGU expandiu a sua atuação através da instalação de diversas unidades, espalhadas por todas as regiões do país, a bem de defender a União e as suas políticas públicas, em acompanhamento natural ao processo de capilarização do Poder Judiciário.

Para realizar essa extensão, a instituição também precisou organizar-se administrativamente, cercando-se de uma estrutura que garantisse o exercício pleno de suas atividades finalísticas.

A *Secretaria-Geral de Administração da AGU (SGA)* é justamente o centro de competência responsável pelo planejamento, coordenação e supervisão de atividades de natureza administrativo-organizacional, tais como a gestão orçamentária e financeira, de recursos humanos, de tecnologia da informação, de documentos e arquivos e que também está imbuída de concentrar as funções de apoio logístico às unidades.

Desde a publicação da Lei Orgânica da AGU<sup>1</sup>, no ano de 1993, a SGA, assim como as demais instâncias públicas de gestão administrativa, tem passado por diversas conjunturas políticas e econômicas. Não só isso, desde que foi concebida, a AGU como um todo tem vivenciado uma profunda modificação nos modelos de gestão da administração pública, sobremaneira a transição entre os ciclos burocrático e gerencial.

Essas modificações, por evidente, não foram recebidas com exclusividade pela AGU. Todas as instituições que compõem o aparelho estatal também sentiram os reflexos das reformas administrativas realizadas nas últimas décadas.

---

1 Lei Complementar N° 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Compreender, entretanto, que esses movimentos reformistas influenciaram fortemente os 25 anos de atuação da AGU nos permite fazer uma correlação: a sua gestão administrativo-organizacional tem acompanhado as principais tendências da administração pública moderna e, com efeito, o que dela espera a sociedade.

Como veremos ao fim do texto, pode-se anunciar que a AGU tem atuado como seio de práticas administrativas inovadoras, tornando-a referência não apenas em sua atividade principal, mas também um órgão de vanguarda no que tange à gestão administrativa.

Afinal, adequar a organização administrativo-institucional àquilo que a sociedade espera de um órgão público é dever que se impõe a todo e qualquer centro de representação estatal.

Quer seja na prestação de serviços diretos à sociedade ou nas atividades que dão suporte a esse mister, é cogente enxergar que as expectativas sobre o Estado-Nação vêm mudando. Adaptar-se a elas é condição indispensável às instituições que se preocupam em trazer exequibilidade ao acordo de convivência existente entre Estado e sociedade.

Em outras palavras, a administração pública de hoje deve pautar a relação entre Estado e sociedade de forma muito mais pragmática, efetiva, real. Rever a cultura comportamental das organizações públicas, tendo o cidadão como foco, exige, por consequência, a revisão dos modelos organizacionais vigentes (MATIAS-PEREIRA, 2012, p. 60).

E não há como rever esses modelos sem antes compreendê-los, estudando as características de cada um, até para avaliar quais ações governamentais merecem ser destacadas e reproduzidas.

## **1 CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE O MOMENTO ATUAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Embora o setor público no Brasil viva sob a influência de ciclos teóricos distintos, uma sentença terminativa é comum a todos eles: o amadurecimento da administração pública está intrinsecamente ligado à contínua necessidade de real aproximação entre as ações do Estado e os anseios dos administrados.

Como diriam Rousseau e outros expoentes da teoria contratualista, o pacto que originou a criação do Estado contém como pressuposto indissociável de existência a legitimidade deste perante os seus cidadãos.

Quando ele, Estado, não mais representa o que a sociedade efetivamente espera da figura de representatividade coletiva, tornando-se fim em si mesmo, paira a nuvem da desconfiança generalizada sobre as instituições públicas.

E os atores que materializam a atuação do Estado, precisamente os seus agentes e órgãos públicos, passam, então, a ter descredibilidade no contexto social. Afinal, são estes que evidenciam na prática o que a sociedade enxerga por Estado, como bem apontado nas lições sempre atuais do professor Yussef Said Cahali (1982, p. 4):

Portanto, a Administração Pública só pode realizar as atividades que lhes são próprias, através de agentes ou órgãos vivos (funcionários e servidores), de tal modo que a ação da Administração Pública, como ação do Estado, se traduz em atos de seus funcionários.

Dessa feita, para sobreviver aos dias de hoje, em que o controle social sobre os atos estatais é cada vez mais aferível pelo uso de tecnologias e pela importante e constante fiscalização exercida pelos meios de imprensa, os servidores e os órgãos públicos não podem ficar atentos unicamente às normas e aos regulamentos que embasam o exercício das suas atribuições. Devem ir além, compreender também qual modelo de administração pública estamos vivenciando e como a sua atuação pode encaixar-se neste modelo, uma vez que o construto teórico traz em si valores que norteiam a vida social.

Sobre esse ponto, Matias-Pereira destaca que não somente as instituições de governo, mas também cada agente público é instrumento essencial ao processo de modernização da Administração Pública (2012, p. 67):

É sabido que a transformação na administração pública requer mudanças estruturais, de regras e processos, e medidas efetivas para criar novos sistemas de valores. O sucesso desse novo modelo de gestão, deve-se ressaltar, passa pelo interesse de cada organização e de cada servidor de atingir esses objetivos.

Analisando os modelos de ontem e de hoje, sobretudo aqueles das três últimas décadas, percebe-se que caminhamos para um momento em que os resultados são mais preponderantes que a forma.

Entre outras razões, isto decorre da tendência de aproveitar as práticas de sucesso observadas na iniciativa privada. Ênfase em resultados, em processos mais econômicos e eficientes são máximas da lógica privada que a administração pública incorporou ao longo de suas reformas, como descreve Cavalcante (2017, p. 15):

Na busca por melhores desempenhos, as reformas gerenciais procuraram flexibilizar as regras e os procedimentos gerenciais ao

diversificarem suas iniciativas a partir de contratação de serviços externos (*contracting-out*), parcerias público-privadas (PPPs), gestão por objetivos e resultados, sistemas de qualidade, avaliação e pagamento por desempenho com critérios pretensamente mais objetivos e novas regras estatutárias para os funcionários públicos.

Não se trata, é válido frisar, de ignorar completamente os procedimentos administrativos formais, pois estes são necessários para que a própria sociedade certifique-se que a Administração Pública tem igual dever de respeitar regras.

Viver ao arbítrio de atos administrativos subjetivos, sem parâmetros ou requisitos procedimentais precedentes, em nome de aumentar a capacidade de trazer resultados, pode, inclusive, levar ao uso da pessoalidade na gestão pública, característica que cinge grande parte das ocorrências de desvio concebidas no seio da Administração.

A propósito, este foi um dos fatores que determinou a implementação do modelo weberiano de gestão pública em várias nações, também denominado de “administração pública burocrática”, o primeiro sobre a qual discorreremos, para, depois, abordar o sistema gerencial, que enfatiza a busca por resultados com foco nos cidadãos.

Através da análise sucinta dos modelos burocrático e gerencial, os que mais impactaram a recente história da administração pública no Brasil, pode-se chegar a eixos de atuação que merecem maior ênfase do setor público e, na sequência, demonstrar ações de gestão administrativo-organizacional da AGU que guardam relação com tais eixos.

A demonstração deste encadeamento comprovará a conformidade da AGU, em particular da sua Secretaria-Geral de Administração (SGA), com as novas tendências da administração pública moderna.

## 2 O MODELO BUROCRÁTICO

O alemão Maximilian Karl Emi Weber (1864-1920), ou simplesmente Max Weber, como é mais conhecido, é notoriamente lembrado como um dos fundadores da Sociologia moderna.

Dentro dos seus estudos, focou-se nas teorias que legitimam a atuação do Estado perante à sociedade. Uma dessas teorias, denominada de “dominação legal”, apresentava a ideia que a obediência dos cidadãos às normas jurídicas era sustentada por regras de controle rígidas, preestabelecidas em leis, que determinavam os procedimentos por quais o Estado e os seus agentes deveriam reger-se. A essa forma de legitimidade inscrita em ritos extremamente sistematizados, sob a égide de valores como

o racionalismo e a impessoalidade na administração pública, convencionou-se o que designamos por “burocracia”.

Com o final da Segunda Grande Guerra, o modelo burocrático de Weber difundiu-se globalmente, coexistindo com a construção dos estados de bem-estar social. Mesmo com características peculiares, a depender do país, a complexificação do aparelho estatal, fundamentada pelo anseio em procurar atender não só às demandas de cunho social, mas também aquelas relacionadas às áreas de infraestrutura e economia, fortaleceram os princípios que o modelo burocrático apregoava (CAVALCANTE, 2017, p. 10):

Esse paradigma clássico de burocracia estatal caracterizava-se pela quase exclusividade na prestação dos serviços públicos, valorização da racionalidade, impessoalidade e padronização na condução da coisa pública e, sobretudo, pelo forte apego dos burocratas aos controles procedimentais.

E esse modelo foi aplicado em boa parte das nações ocidentais, incluindo o Brasil. Aqui, o sistema burocrático auxiliou sobretudo no combate às práticas patrimonialistas, tão arraigadas à própria história do Estado brasileiro, mormente herança político-cultural que recebemos da dominação portuguesa (BRESSER PEREIRA, 2006, p. 241):

A administração burocrática clássica, baseada nos princípios da administração do Exército prussiano, foi implantada nos principais países europeus do século passado, nos Estados Unidos no começo deste século e no Brasil em 1936, com a reforma administrativa promovida por Maurício Nabuco e Luiz Simões Lopes. É a burocracia que Max Weber descreveu, baseada no princípio do mérito profissional.

Até os dias de hoje, ainda que tenhamos passado por reformas gerenciais na administração pública, consegue-se perceber a influência do modelo burocrático no desempenho das funções estatais. Sistemas de controle e de apuração de atos administrativos e a consolidação do método de seleção por provas e títulos para ingresso no serviço público são exemplos de procedimentos introduzidos, em grande medida, pela influência dos princípios que a burocracia enaltece, notadamente a impessoalidade no trato da coisa pública.

Entretanto, com o amadurecimento dos princípios que norteiam a atuação do Estado, viu-se que a ideologia burocrática não acompanhava as necessidades da sociedade contemporânea. E a ordem constitucional vigente, que consente flexibilizar até mesmo conceitos rígidos e

tradicionais como a supremacia do interesse público sobre o privado, do qual se assessorava o princípio da autoridade pública, permite aos cidadãos exigir uma administração pública que gere não apenas resultados, mas resultados com a melhor qualidade possível (MOREIRA NETO apud FACCI, 2005, p. 106):

Realmente, com o desenvolvimento dos conceitos da administração pública gerencial, que revelam grande influência do pragmatismo do direito público anglo-saxônico, passou-se a reconhecer não ser o bastante praticar-se atos que, simplesmente, estejam aptos a produzir os resultados dele esperados, o que atenderia ao conceito clássico de eficácia. Exigiu-se mais, que esses atos devam ser praticados com tais qualidades intrínsecas de excelência, que possibilitem lograr-se o melhor atendimento possível das finalidades para ele previstas em lei.

Assim, quando o interesse do Estado se concentra fortemente em construir estruturas hierárquicas rígidas ou controles que terminam custando à população mais insatisfações do que benefícios, chega a hora de romper – ou aprimorar – o modelo que está em voga.

E a frequência desta necessidade de ruptura no campo político-administrativo, inclusive, encontra embasamento até mesmo na área do desenvolvimento científico, como bem lembra Facci (2015, P.47), citando o pensamento de um dos pesquisadores mais influentes no século XX, quando falamos em Filosofia da Ciência:

Thomas Kuhn, ao publicar seu famoso estudo sobre a forma como evolui a ciência, formulou a proposição teórica segundo a qual o conhecimento não progride evolutiva e pacificamente, mas, sim, por rupturas, por grandes saltos, por profundas alterações de paradigmas, entendidos estes últimos como pré-compreensões que integram o pano-de-fundo da linguagem.

Dessa feita, fica mais fácil compreender a necessidade de modificar-se o modelo de gestão pública quando suas raízes não se coadunam mais às expectativas dos administrados. A mudança ou o rompimento não decorre por demérito do modelo anterior, e sim por uma necessidade evolutiva, teoria abrigável também no campo das ciências sociais.

Para fechar esse raciocínio, oportuno mais uma vez transcrever trecho da obra de Bresser Pereira, perspicaz em resumir as razões de declínio do modelo burocrático (2006, p. 241):

A administração pública burocrática clássica foi adotada porque era uma alternativa muito superior à administração patrimonialista do Estado. Entretanto, o pressuposto da eficiência em que se baseava não se mostrou real. No momento que o pequeno Estado liberal do século XIX cedeu definitivamente lugar ao grande Estado social e econômico do século XX, verificou-se que ela não garantia nem rapidez, nem boa qualidade, nem custo baixo para os serviços prestados ao público. Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos.

### 3 O GERENCIALISMO

No fim dos anos 1970 houve um encrudescimento de movimentos sociais iniciados na década anterior, mas que até ali não conseguiam realmente impor o ritmo reformista que as camadas sociais insurgentes esperavam. Valores pluralistas questionavam os padrões morais e políticos até então seguidos, como a marginalização dos direitos da mulher, as limitações fixadas por regimes autoritários ao pleno exercício dos direitos civis, o próprio intervencionismo do Estado e, também, o modelo de funcionamento da máquina pública.

Nesse toar, o tamanho e a capacidade de resposta do Estado frente às reais necessidades sociais passaram a ser mais fortemente criticados pela população. Um movimento de reformas administrativas com vistas a alterar o papel e o funcionamento do Estado se inicia nesse período.

Tratava-se de um momento de transição entre o Estado dirigista e aquele que buscava atuar como promotor da regulação, do qual as gestões de Margareth Tachter, na Grã-Betanha, e Ronald Reagan, nos Estados Unidos, foram precursoras (CAVALCANTE, 2017, p. 12).

Esse período implicou numa série de medidas gerenciais nos países reformistas, materializadas por leis, decisões e políticas públicas, almejando com que o Estado exercesse um papel menos interventivo, e sim proporcionador ou facilitador do desenvolvimento econômico, característica marcante da ideologia neoliberal.

Para adequar-se a esse momento, a administração pública precisava romper com as rígidas sistemáticas de controle, demasiadamente valorizadas pelo modelo burocrático. Surgia a administração pública gerencial, que tem como pressupostos *“a descentralização das decisões e funções do Estado, autonomia no que diz respeito à gestão de recursos humanos, materiais e financeiros e ênfase na qualidade e na produtividade do serviço público”* (MATIAS-PEREIRA, 2012, p. 61).

Ainda nas palavras de Matias-Pereira, o gerencialismo, portanto, tem por premissa a administração voltada para resultados, focada em atender às demandas do cidadão/usuário. Era um *“modelo mais flexível e mais próximo das práticas de gestão do setor privado”* (AGUIAR, ALBUQUERQUE e MEDEIROS, 2011, p. 111).

Segundo Cavalcante, a administração pública gerencial propagava, em linhas gerais, *“um conjunto de mudanças deliberadas de estruturas e processos nas organizações do setor público com o objetivo de obter melhores desempenhos”* (2017, p. 14). E completa, fazendo remissão a outros autores:

Trata-se de um modelo prescritivo pós-burocrático para a estruturação e o gerenciamento da máquina pública baseado nos princípios e nas diretrizes de eficiência, eficácia e competitividade e em instrumentos de gestão oriundos de organizações privadas (Christensen e Lagreid, 2007; Goldfinch e Wallis, 2009; Ongaro, 2009).

Esse movimento reformista do aparelho estatal, que muitos convencionaram chamar de “Nova Administração Pública” (em inglês *New Public Management* – NPM) contaminou também a administração pública brasileira – ainda que com certo atraso.

Na década de 1990, o governo brasileiro produziu um documento intitulado “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado” (1995), que teve como um dos idealizadores, se não o principal deles, Luiz Carlos Bresser Pereira, que naquele momento ocupava o cargo de Ministro da Administração Federal e Reforma do Estado.

Não que tenha sido somente este o documento que revela a adesão do país ao movimento gerencialista, mas ele certamente é um dos sinais significativos de que o Brasil o incorporou de fato.

E não se pode dizer, como é válido a qualquer modelo, que o gerencialismo não comporta críticas. Alguns casos apontam para o fracasso da sua implementação – ou ao menos a falta do êxito esperado.

Um ponto de crítica convergente ao “gerencialismo puro” reside na sua base de apoio, a tentativa de separação entre a política e a administração (MATIAS-PEREIRA, 2012, p. 63). Tal visão não se mostrava razoável, haja vista a inexorabilidade da influência dos acontecimentos políticos.

No Brasil, *“em termos gerais, os resultados obtidos pela reforma na dimensão administrativa (gerencial) ficaram muito aquém dos objetivos delineados no Plano Diretor”* (AGUIAR; ALBUQUERQUE; MEDEIROS, 2011, p. 111).

Mas o insucesso ocasional não retira o avanço das ideias trazidas com o movimento gerencialista. A persistente preocupação dos governos

com a questão financeira no custeio das políticas públicas é uma prova disso (MATIAS-PEREIRA, 2012, p. 63).

E aos poucos o próprio gerencialismo foi se aperfeiçoando. Governos perceberam que medidas radicais em nome da aplicação da teoria gerencial pura não surtiam efeitos. Era preciso avaliar o que o movimento gerencialista trouxe de positivo e encontrar alternativas para aquilo que ele não conseguiu trazer respostas.

Ao longo do tempo, então, o gerencialismo passou a adotar a flexibilidade da gestão, a qualidade dos serviços e a priorização das demandas do cidadão-consumidor (MATIAS-PEREIRA, 2012, p. 63).

Seja do ponto de vista político, seja no campo técnico, o gerencialismo trouxe uma nova cultura comportamental à administração pública, como reflete Cavalcante (2017, p. 15-16):

Pollitt e Bouckaert (2011a) argumentam que o NPM consiste em um fenômeno de dois níveis. No nível superior ou político, trata-se de uma teoria ou doutrina que propaga a melhoria dos serviços públicos via importação de conceitos, técnicas e princípios da iniciativa privada. Enquanto no nível inferior ou técnico, o conjunto de conceitos e práticas específicas inclui: ênfase no desempenho por meio de mensuração de indicadores de custos, processos e resultados/impactos; preferência por formas organizacionais mais enxutas e especializadas em detrimento da ideia de grandes organizações multifuncionais; introdução generalizada de mecanismos típicos de mercado como abertura à concorrência, remuneração por desempenho e o foco no tratamento de usuários de serviços como clientes.

Ressalta-se, ainda, que, embora se tenham estudos anotando a existência de modelos pós-gerencialistas (pós-NPM), nesse artigo reservamos atenção às concepções burocrática e gerencial, pois, como já mencionado anteriormente, são estes os dois modelos mais influentes observados na história recente do Estado brasileiro.

#### **4 EIXOS TEMÁTICOS DA NOVA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Entre os dois modelos de administração pública estudados, um deles irradia conceitos mais compatíveis ao contexto social de hoje: o gerencialismo.

Em que pese ainda convivermos com rotinas que evidenciam o tempo de hegemonia do modelo burocrático, o gerencialismo, sem dúvidas, ajudou a consolidar massivamente a ideia da busca por resultados dentro da administração pública.

Não que durante o ciclo burocrático não se perseguissem resultados. Ocorre que, na prática, os meios tornaram-se mais preponderantes que os fins neste modelo.

E sob a perspectiva histórica, o cenário que concebeu a construção da teoria gerencialista guarda mais semelhança com o que vivemos hoje.

Se analisarmos a conjuntura econômica dos anos 1970, notadamente os impactos trazidos com a crise do Petróleo, que afetou não somente os países desenvolvidos, como também o Brasil, veremos a similaridade de contextos.

Ainda que as causas da recessão atual sejam diferentes das que levaram à crise no fim dos anos 70, ambas geraram consequências econômicas proporcionalmente parecidas.

Mesmo apresentando alguns sinais de recuperação, a economia de hoje ainda patina nos efeitos da crise que estourou no ano de 2008, resultado, resumidamente, dos vultuosos empréstimos concedidos por instituições financeiras a quem não os poderia honrar. O Estado, então, teve de intervir injetando recursos na iniciativa privada, aumentando os gastos públicos em ordem desproporcional aos percentuais de crescimento econômico dali para frente.

O fato é que, assim como no fim da década de 1970, nos dias atuais questiona-se o tamanho do Estado, o seu descontrole fiscal e a sua capacidade de atender satisfatoriamente aos interesses da sociedade.

E, assim como no período de nascimento do movimento gerencial, a busca por resultados ao menor custo possível (economicidade), a publicização dos gastos e dos atos estatais (transparência), o fortalecimento de instrumentos de participação cidadã no governo (controle social) e a simplificação dos procedimentos de interação entre Estado e sociedade (desburocratização) fazem parte do eixo central de medidas governamentais apropriadas para revigorar as características positivas da Nova Administração Pública. Estes quatro fatores representam a “administração voltada para resultados, com foco no cidadão”, o “mantra” que resume o princípio base da teoria gerencial.

O gerencialismo, como se nota, foi um dos pressupostos teóricos que ajudaram a disseminar na cultura da administração pública a busca pelos eixos da economicidade, da transparência, do controle social e da desburocratização.

Muitos diplomas legais publicados nas últimas décadas confirmam isso, afora os preceitos e disposições previstos na própria Constituição de 1988.

A Lei Complementar nº 101, de 4 de março de 2000, a qual estabelece normas de finanças públicas voltadas à responsabilidade na gestão fiscal, é uma prova de como o gerencialismo tem influenciado na quebra de paradigmas dentro da administração pública.

A ênfase no equilíbrio das contas do governo e na responsabilização dos agentes que desrespeitam as normas de gestão fiscal, tão presentes em todo o corpo da referida lei, alinham-na com o eixo da economicidade no setor público.

A Lei nº 9.784, de 1999, que regula o processo administrativo na administração pública federal, também mostra indícios da influência do movimento gerencial em sua concepção. A objetividade e a preocupação em trazer efetividade às respostas do Executivo, que se instrumentalizam através de processos administrativos, são características do gerencialismo, presentes na norma citada, e que integram o eixo da desburocratização, o que pode ser conferido no seu art. 2º, parágrafo único, incisos III, VI e IX.

O Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, que dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, é outro marco recente que demonstra a influência da visão gerencial no setor público brasileiro.

Se o termo “governança” é uma palavra já bastante trabalhada no meio empresarial, no setor público foi a primeira vez que o Poder Executivo Federal enalteceu, oficiosamente, a importância de sua adoção pelo setor público.

Através desse ato, institui-se formalmente a necessidade de estabelecer uma política de governança na administração pública federal. Segundo ele, a governança pública consiste em um “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade.”

Além disso, o referido Decreto, cuja elaboração proveio de estudos realizados pelo Tribunal de Contas da União – TCU<sup>2</sup>, trouxe outros conceitos também relacionados ao eixo de medidas de natureza gerencial, do qual falamos anteriormente.

Acrescente-se que a transparência foi eleita no referido decreto como um dos princípios da governança pública (art. 3º, VI), bem como foi insculpida entre as suas diretrizes (art. 4º, XI).

A respeito da desburocratização e do controle social, o Decreto nº 9.203/2017 também as ressalta como diretrizes, consoante se retira do texto dos incisos II, VIII e IX do seu art. 4º.

Por fim, em consonância à tendência de valorização do espírito gerencial na cultura das organizações públicas, convém citar ato publicado no âmbito da AGU, que incorpora e dá impulso às disposições presentes no Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, outrora citado.

<sup>2</sup> Responsável também por realizar periodicamente a análise do sistema de governança corporativa de órgãos e entidades da administração pública federal.

Trata-se da Portaria AGU nº 414, de 19 de dezembro de 2017, que instituiu, além de outras providências, o Sistema de Governança Corporativa, medida que poderá alavancar o número de projetos e ações relacionados à gestão por resultados, marca da reforma gerencial, somando-se às demais iniciativas que já vêm sendo implementadas pela Secretaria-Geral de Administração (SGA) nos últimos anos.

São iniciativas que contribuem para solidificar os eixos de atuação governamental resultantes da aplicação dos princípios gerenciais na administração pública brasileira.

## **5 AS INICIATIVAS DA GESTÃO ADMINISTRATIVO-ORGANIZACIONAL DA AGU**

Antes de discorrer sobre as iniciativas da Secretaria-Geral de Administração (SGA) que demonstram a coerência deste órgão com os eixos de atuação decorrentes da incorporação do movimento gerencial ao setor público brasileiro, importante fazermos uma explanação sobre o histórico da organização.

### **5.1 HISTÓRICO ORGANIZACIONAL**

Conforme já fora dito, a Advocacia-Geral da União (AGU) foi instituída pela Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, para organizar em um único órgão a representação judicial e extrajudicial da União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo.

Sob o ponto de vista administrativo, nos primeiros anos todas as unidades da AGU funcionavam como unidade gestora (UG) e, portanto, realizavam suas próprias contratações.

Com o decurso do tempo, entretanto, foi identificada a necessidade de racionalizar serviços a cargo de unidades da AGU, em especial aquelas situadas nas mesmas capitais.

No campo de atividades finalísticas da AGU, essa visão conduziu à unificação de algumas estruturas existentes, passando os representantes judiciais da União a atuar em todas as instâncias e tribunais.

No mesmo sentido, na atividade administrativa foram criadas as Unidades Regionais de Atendimento (URAs), destinadas a prover as unidades finalísticas de estrutura e de serviços que viabilizassem a especialização de cada tipo de unidade e, consequentemente, o aumento da qualidade e da produtividade.

Estas alterações aproximaram ainda mais às áreas finalística e administrativa e cada unidade regional passou a ser apoiada por uma Superintendência de Administração - SAD.

A partir desta nova configuração, foi possível padronizar os produtos e os serviços a todas as unidades da AGU e PGF, criada pela Lei 10.480, de 2002, gerando maior economia de escala.

Nesse organograma, a SGA reúne as funções de coordenação, orientação e supervisão das atividades a cargo das Superintendências de Administração. O seu papel é essencial para padronizar os atos relacionados à gestão de contratos, de recursos humanos, de tecnologia da informação e outros assuntos vinculados às atividades administrativas da AGU.

## **5.2 INICIATIVAS DA SGA DENTRO DOS EIXOS DE ATUAÇÃO DO ESTADO GERENCIAL**

Já vimos que, entre os ciclos recentes da administração pública brasileira, destaca-se o modelo gerencial, mais condizente às expectativas da sociedade de hoje.

Nesse tópico será demonstrado o casamento entre a teoria e a prática, descrevendo-se algumas iniciativas realizadas no âmbito administrativo da AGU que revelam a vinculação destas a eixos de atuação do Estado gerencial, nomeadamente a economicidade, a transparência, o controle social e a desburocratização.

### **5.2.1 REVISÃO DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E REPOSIÇÃO AO ERÁRIO (ECONOMICIDADE)**

Em cenários de forte restrição orçamentária, é preciso que a administração pública trabalhe estratégias para continuar a prestar os seus serviços, ao menor custo possível.

Como registra Marçal Justen Filho (2010, p. 96):

Não basta honestidade e boas intenções para validação de atos administrativos. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos.

Nesse contexto, a Secretaria-Geral de Administração da AGU precisava encontrar alternativas para manter toda a rede de serviços administrativos e instalações em bom funcionamento, adotando literalmente a política do “faça mais, gaste menos”.

Para demonstrar assertividade na atividade de gestão de contratos, a SGA aprimorou o seu olhar crítico sobre as condições previstas nos instrumentos contratuais, sempre na busca de reduzir custos, sem perder – ou até aumentar – a qualidade dos serviços contratados.

A seguir demonstram-se alguns resultados colhidos no ano de 2017, que revelam a economia gerada aos cofres públicos a partir de ações desenvolvidas pela SGA:

\* Renegociação de contratos de locação de imóveis que sediam boa parte das unidades da AGU, obtendo-se a redução do gasto anual com este tipo de despesa em aproximadamente R\$ 15,5 milhões;

\* Dentro do portfólio de contratos que abrangem a área de tecnologia, conseguiu-se economizar pouco mais que R\$ 10 milhões, dos quais R\$ 5,5 milhões resultaram da renegociação do contrato da rede de comunicação de dados que interliga todas as unidades descentralizadas da AGU ao Data Center de Brasília;

\* Com a implantação de nova metodologia para redução de trechos de malote dos correios, alcançou-se a economia de R\$ 80 mil; e

\* Através de ação concentrada em restituir aos cofres públicos valores percebidos indevidamente por servidores ativos e inativos, recuperou-se o montante de R\$ 668.421,51, além de R\$ 423.001,83<sup>3</sup> a serem restituídos através de execuções fiscais;

### **5.2.2 PORTAL DE CUSTOS (TRANSPARÊNCIA, DESBUROCRATIZAÇÃO E CONTROLE SOCIAL)**

Em busca de otimizar a aplicação dos recursos públicos e proporcionar mais transparência aos gastos geridos pela AGU, a partir do exercício financeiro de 2016 a SGA implantou a ferramenta denominada “Painel de Custos”, criando-se um portal de acesso público disponível no endereço eletrônico: [http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/270332](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/270332).

Embora implantado em 2016, o seu desenvolvimento foi iniciado em 2011, em compasso à publicação de atos conjuntos editados pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN) e pelo Ministério da Fazenda (MF), que instituíram e regulamentaram o Sistema de Custos do Governo Federal<sup>4</sup>.

Acessando o painel, qualquer cidadão pode ter conhecimento dos custos de cada órgão de direção superior da AGU, assim como daqueles relacionados às unidades, efetuando consultas até mesmo por prédio, tipo de despesa, fornecedor e outras combinações. Permite aos administrados,

<sup>3</sup> Valor inscrito em Dívida Ativa.

<sup>4</sup> Portarias STN/MF nº 157/2001 e 716/2017.

portanto, uma forma mais simples e direta (desburocratização) de acompanhar os gastos do governo.

Afinal, “quanto maior a possibilidade de os cidadãos poderem discernir se os governantes estão agindo em função do interesse da coletividade e sancioná-lo apropriadamente, mais “acontable” é um governo” (MATIAS-PEREIRA, 2012, p. 78).

A referida iniciativa, portanto, traz à lume outro termo bastante utilizado pela administração pública hodierna, a expressão *accountability*, muito bem traduzida nas lições de Matias-Pereira (2012, P. 78):

O termo *accountability* pode ser aceito como o conjunto de mecanismos e procedimentos que induzem os dirigentes governamentais a prestar contas dos resultados de suas ações à sociedade, garantindo-se dessa forma maior nível de transparência e a exposição pública das políticas públicas.

### 5.2.3 CONTRATAÇÕES COMPARTILHADAS (DESBUROCRATIZAÇÃO E ECONOMICIDADE)

Baseado no elevado custo – humano, logístico e financeiro – que envolvem as licitações para aquisição de bens e serviços, a Administração deve procurar alternativas idôneas que tragam maior racionalidade e economia a seus processos de contratação.

E mais, é preciso realizar esse processo de forma mais simplificada possível, sem deixar de atender a todos os requisitos impostos pela lei de licitações.

Ciente desse aparente “problema”, porém concentrada em buscar soluções, a Superintendência de Administração de São Paulo (SAD/SP) passou a realizar parcerias com outros órgãos para a compra de bens e serviços comuns.

Para tanto, houve o engajamento tanto de servidores da área administrativa como de advogados públicos, notadamente de representantes da Consultoria Jurídica da União no Estado de São Paulo – CJU/SP.

Em 2013, então, foi criado um Grupo de Trabalho específico para tratar do assunto, cuja metodologia consistia em sondar os órgãos assessorados pela CJU/SP sobre o interesse em participar de licitações conjuntas, ranquear os objetos de contratação mais buscados pelos órgãos, dividir os órgãos em grupos e, por fim, iniciar os trabalhos para a concretização de licitações conjuntas.

A implementação desse instrumento de gestão no processo de compras públicas revela uma estratégia de simplificação das formas na cultura administrativa, ou seja, é um exemplo concreto de desburocratização.

Além disso, esse tipo de iniciativa também traz resultados expressivos em termos de economicidade, a exemplo da contratação do serviço de telefonia fixa, no qual 16 órgãos foram coparticipantes de uma licitação, gerando uma economia de R\$ 30.178.892,52, equivalente a 45% do valor estimado.

#### **5.2.4 PROGRAMA AGU INSTALAÇÕES EFICIENTES E SUSTENTÁVEIS (ECONOMICIDADE, TRANSPARÊNCIA E CONTROLE SOCIAL)**

Desde 2012 a Secretaria-Geral de Administração desenvolve o Programa AGU Instalações Eficientes e Sustentáveis (IES), com o objetivo de obter um diagnóstico das instalações e dos serviços prestados em todas as unidades e escritórios avançados administrados pela SGA.

Com base na aplicação de questionários aos representantes de cada uma das 249 unidades da AGU distribuídas por todo o país, que se distribuem por 175 instalações (prédios), a SGA consolida Relatórios Anuais de Avaliação, gerando painéis e outras informações sobre as instalações e serviços prestados.

Esses dados estão disponíveis em uma página da internet <sup>5</sup>, acessível tanto ao público interno da AGU (servidores e gestores) quanto a pessoas da sociedade.

Do ponto de vista interno, o IES é um instrumento de gestão estratégica que, com base no levantamento da situação real e atualizada das instalações, bens e serviços voltados ao funcionamento de repartições públicas, pode auxiliar nos trabalhos de elaboração da proposta orçamentária anual da AGU.

Isto o identifica como uma iniciativa capaz de gerar economicidade aos cofres públicos, à medida que permite pautar a decisão dos gastos relacionados à gestão das unidades (locação de imóveis, aquisição de bens e serviços, manutenção das instalações etc) em evidências concretas – dados que apontam para as suas necessidades reais de infraestrutura.

Sob o aspecto externo, o referido Programa atua em prol dos eixos da transparência e do controle social, pois garante à sociedade a possibilidade de visualizar as necessidades dos órgãos públicos e casá-las com o seu orçamento, verificando se há ou não realmente compatibilidade entre elas. É o perfeito exemplo de controle dos cidadãos sob os atos do governo, iniciativa que aproxima administrado e Administração, uma premissa do Estado Gerencial.

Um dos benefícios observados desde a implantação do IES foi a redução do número de instalações classificadas com grau péssimo e,

<sup>5</sup> Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/216301](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/216301)>

simultaneamente, o aumento daquelas avaliadas com grau ótimo, em percentuais de variação de 80% e 115%, respectivamente, conforme se demonstra no quadro a seguir:

TIPO	2013	2014	2015	2016	2017	VARIAÇÃO 2013/2017 (%)
Quant. de instalações (prédios) classificadas com grau <b>PÉSSIMO</b> nos Relatórios do IES	10	9	6	6	2	-80%
Quant. de instalações (prédios) classificadas com grau <b>ÓTIMO</b> nos Relatórios do IES	19	22	38	35	41	+115%

## 6 CONCLUSÃO

A gestão pública contemporânea deve atender aos princípios e diretrizes tradicionais que revelam a função do Estado, mas tudo isso não tem sentido se os órgãos públicos não conseguirem atingir um objetivo comum: oferecer, de fato, melhor qualidade de serviços à sociedade. Esse constitui um dos traços mais significativos das reformas administrativas que o Estado brasileiro tem atravessado nas últimas décadas.

Atenta a esse novo contexto administrativo, ao longo dos seus 25 anos a Advocacia-Geral da União tem buscado implementar iniciativas que garantam resultados mais efetivos a seus deveres institucionais, seja no campo finalístico, seja em sua seara administrativo-organizacional.

Compreender os ciclos da administração pública, a influência que eles exercem sobre os governos e quais modelos encontram-se mais alinhados às expectativas sociais é mais do que um simples estudo doutrinário. É preciso fazer isso para compreender de onde partimos enquanto setor público, quais as desvantagens de cada modelo e também as qualidades que os aproximam dos anseios sociais mais atuais.

Por seu turno, a Secretaria-Geral de Administração da AGU – SGA tem se mostrado um ator fundamental no processo de profissionalização da gestão administrativo-organizacional deste importante órgão jurídico.

As iniciativas que aqui foram abordadas constituem exemplos concretos dessa profissionalização. Outras tão quão importantes foram ou continuarão a ser desenvolvidas em prol do atingimento do fim principal do Estado contemporâneo: servir à coletividade através de uma atuação mais precisa, próxima e fidedigna às expectativas reais da sociedade de seu tempo.

**REFERÊNCIAS**

AGUIAR, Ubiratan Diniz de; ALBUQUERQUE, Márcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. *A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado - MARE. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília: Governo Federal, 1995.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1982. “Prêmio “Nelson Ribeiro Alves” da Associação de Magistrados Brasileiros”.

CAVALCANTE, Pedro. *Gestão Pública Contemporânea: do movimento gerencialista ao Pós-NPM*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2017.

FACCI, Lucio Picanço. *Administração pública e segurança Jurídica: a tutela da confiança nas relações jurídico-administrativas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2010.

MATIAS-PEREIRA, José. *Manual de Gestão Pública Contemporânea*. 4. ed. São Paulo, Atlas, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter Kevin. *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social – Princípios do Direito Político*. São Paulo: Edipro, 2011.

---

# A AGU E A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO MATERIAL TOMBADO

*THE AGU AND THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES  
FOR THE PRESERVATION OF MATERIAL HERITAGE*

---

*Daniel Levy de Alvarenga*

*Advogado da União na Procuradoria Regional da União - 2ª Região, Coordenação de Patrimônio e Meio Ambiente. Doutorando em Ciências Jurídicas Políticas pela Universidade Autônoma de Lisboa (UAL). Historiador (PUC-Rio). Mestre em História pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), linha de pesquisa "Patrimônio, Ensino de História e Historiografia".*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Museu Casa de Benjamin Constant (RJ); 2 Chafariz do Lagarto (RJ); 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** No Brasil, as políticas públicas de patrimônio acabam encontrando um limitador relevante e às vezes intransponível: a falta ou o contingenciamento de verbas que impossibilitam a realização de ações voltadas para a efetiva preservação e conservação de bens materiais tombados. Esta incapacidade orçamentária imobiliza o Estado dificultando que os seus órgãos públicos destinados especificamente para a preservação do patrimônio cultural cumpram com o seu papel, abrindo espaço, assim, para que outros agentes, públicos ou privados, intervenham nas políticas de preservação através do Poder Judiciário. Este artigo propõe uma reflexão, através da análise de dois casos concretos, a respeito da judicialização das políticas públicas relacionadas à preservação do patrimônio material tombado, considerando as limitações orçamentárias dos órgãos administrativos encarregados de executar estas políticas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Patrimônio Material Tombado. Políticas Públicas. Preservação. Advocacia-Geral da União. Judicialização. Contingenciamento Orçamentário.

**ABSTRACT:** In Brazil, the heritage public policies find a relevant limiter: the contingency of funds that make it impossible to carry out actions aimed at the effective preservation and conservation of material public heritage. This budgetary incapacitation immobilizes the State, making it difficult for its public institutions that are specifically dedicated to the preservation of cultural heritage to fulfill their role, thus opening space for other public or private actors to intervene in preservation policies through the Judiciary. This article proposes a reflection, through the analysis of two concrete cases, regarding the judicialization of the public policies related to the preservation of the material public heritage, considering the budgetary limitations of the administrative organs in charge of executing these policies.

**KEYWORDS:** Material Public Heritage. Public Policies. Preservation. Advocacia-Geral da União (AGU). Judicialization. Budget Contingency.

## INTRODUÇÃO

A Constituição brasileira de 1988, através do artigo 216, apresenta disposição específica sobre patrimônio cultural, estabelecendo em seu parágrafo 1º que cabe ao Poder Público, com a colaboração da comunidade, promover, proteger, acautelar e preservar o patrimônio cultural brasileiro, seja por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento ou desapropriação. A Carta Magna também prevê, no seu artigo 23, inciso III, que cabe aos entes federativos “proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos”. No entanto, para dar efetividade aos comandos constitucionais torna-se imprescindível a elaboração de políticas públicas que garantam esta proteção e preservação, principalmente quando este patrimônio cultural, móvel ou imóvel, for de propriedade do próprio Estado.

Porém, na prática brasileira, as políticas públicas de patrimônio acabam encontrando um limitador relevante e às vezes intransponível: a falta ou o contingenciamento de verbas que impossibilitam a realização de ações voltadas para a efetiva preservação e conservação de bens materiais tombados. Esta incapacidade orçamentária imobiliza o Estado dificultando que os seus órgãos públicos destinados especificamente para a preservação do patrimônio cultural cumpram com o seu papel, abrindo espaço, assim, para que outros agentes, públicos ou privados, intervenham nas políticas de preservação através do Poder Judiciário.

Ocorre que esta ampliação da participação do Poder Judiciário nas políticas públicas de patrimônio é potencialmente causadora de desequilíbrio na esfera administrativa principalmente no que tange à discricionariedade da administração pública nas escolhas daquilo que deverá ou não ser objeto de sua intervenção. Como ensina Luís Roberto Barroso (2012, p. 24) a “judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade”. E esta transferência do núcleo decisório da Administração para o Judiciário no que tange às políticas públicas de preservação do patrimônio material tombado importa em diversas consequências.

Este artigo propõe uma reflexão a respeito da judicialização das políticas públicas relacionadas com a preservação do patrimônio material tombado, considerando as limitações orçamentárias dos órgãos administrativos encarregados de executar estas políticas. Segundo Thiago Serpa Erthal (2017, p. 232) “nas duas últimas décadas, o que se vem assistindo é uma crescente atuação do Poder Judiciário

nessa política pública que até então se formava e executava basicamente no âmbito administrativo”.

Atualmente, mais de 1.200 bens materiais no País são tombados pelo IPHAN - Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, que possui como uma de suas atribuições precípuas a preservação destes bens, impedindo que venham a ser destruídos ou descaracterizados. Especificamente no Estado do Rio de Janeiro, o patrimônio tombado pelo IPHAN soma sete cidades históricas e mais de 200 monumentos em 18 municípios, além de 14 conjuntos arquitetônicos e paisagísticos<sup>1</sup>. Ao mesmo tempo, na Justiça Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, existem 100 ações civis públicas e seis ações populares em trâmite versando direta ou indiretamente sobre a atividade finalística do IPHAN (ERTHAL, 2017, p. 232).

Considerando este alto grau de judicialização, optamos por realizar a análise do tema proposto através da apresentação de dois casos concretos, ou seja, duas ações civis públicas ajuizadas respectivamente em 2001 e 2012 na cidade do Rio de Janeiro pelo Ministério Público Federal em face da União e de suas autarquias voltadas ao patrimônio cultural brasileiro, o IPHAN e o IBRAM - Instituto Brasileiro de Museus. Ambos os processos judiciais envolvem bens materiais tombados de propriedade federal e estão disponíveis para consulta no endereço eletrônico da Justiça Federal Seção do Estado do Rio de Janeiro<sup>2</sup>.

O tombamento é a forma de intervenção do Estado na propriedade privada, que tem por objetivo a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, considerado pelo Decreto-lei nº 25/37 como o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico. O bem submetido ao tombamento adquire um regime jurídico especial: ao proprietário, na condição de administrador do bem, incumbe o ônus da conservação da coisa tombada não podendo destruí-la ou repará-la sem autorização do IPHAN. E ao Estado, quando o proprietário não possui os meios para efetivar a conservação ou restauração do bem, cabe assumir esse encargo, tal como previsto no artigo 19 do já mencionado Decreto-lei nº 25/37. Esta obrigatoriedade de preservação do bem tombado se torna ainda mais evidente quando este é de propriedade do próprio Poder Público. Neste caso, diante da inércia estatal em preservá-lo, assume relevância os mecanismos judiciais disponíveis para a tutela deste patrimônio, especificamente a ação popular (artigo 5º, LXXIII da

1 Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/337>>. Acesso em: 18 maio 2018.

2 Disponível em: <<https://www.jftrj.jus.br/consultas-e-servicos/consulta-processual>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

Constituição e Lei nº 4.717/65) e a ação civil pública (artigo 129, III da Constituição e Lei nº 7.347/85).

A ação civil pública é disciplinada pela Lei nº 7.347/85 e tem por objeto, dentre outros, a responsabilização pelos danos morais e patrimoniais causados a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A lei prevê diversos agentes legitimados para propor a ação. Porém, sem sombra de dúvidas, considerando a sua função constitucional prevista no artigo 129, inciso III, é o Ministério Público o principal usuário deste instrumento processual. Por outro lado, a Advocacia-Geral da União (AGU) é a instituição que representa judicialmente a União e suas autarquias e fundações e que também possuem legitimidade para propor a ação civil pública. Por exemplo, desde o ano de 2000, o IPHAN propôs 44 ações no Rio de Janeiro com o objetivo de atribuir coercitividade às suas decisões administrativas (ERTHAL, 2017, p. 233) Porém, nos casos que serão apresentados a seguir, o ente federativo e seus órgãos participam das ações como réus.

#### 1 - MUSEU CASA DE BENJAMIN CONSTANT (RJ)



Museu Casa de Benjamin Constant. Foto: Valter Gaudio.

O Museu Casa de Benjamin Constant está localizado em uma área de 10,5 mil metros quadrados no bairro de Santa Teresa, no Rio de Janeiro.

O imóvel foi a residência de Benjamin Constant, figura de destaque na fundação da República brasileira e incorporado ao patrimônio público federal em 1891, logo após o seu falecimento. O Museu foi criado em 1982 com a missão de reconstituir o ambiente familiar e o contexto sociocultural em que viveu Benjamin Constant, por meio da reconstituição de ambientes, hábitos e costumes da época, que corresponde à transição do século XIX para o século XX.

Atualmente o Museu possui uma exposição permanente de objetos, obras de arte e mobiliário que recriam o modo de vida do final do Século XIX e início do Século XX, além de um acervo fotográfico composto por retratos da família de Benjamin Constant, de seus descendentes e amigos. O espaço também abriga uma biblioteca que reúne as coleções particulares de Benjamin Constant e do General Pery Constant Bevilaqua, seu neto. Trata-se de imóvel público federal tombado em 02 de abril de 1958 no Livro Histórico, Volume I, por meio do processo nº 578-T-58, inscrição nº 322-A, Folha nº 53, destinado ao IBRAM, que sucedeu o IPHAN nos direitos, deveres e obrigações relacionados aos museus federais.

A partir do ano de 1996, o Ministério Público Federal (MPF), com base em laudo técnico que constatou a necessidade de inúmeras intervenções no imóvel tanto estruturais<sup>3</sup> quanto de restauração, passou a enviar diversas notificações ao IPHAN, então responsável pelo bem, para que realizasse as obras necessárias para preservação e restauração do Museu. Nas suas respostas, o IPHAN esclareceu que já tinha providenciado e aprovado os projetos básicos para as reformas e que os problemas constatados no laudo seriam sanados de acordo com a liberação dos recursos que já haviam sido solicitados. Porém, devido ao contingenciamento destes recursos previstos no orçamento para serem destinados ao órgão, não era possível a execução das obras naquele momento.

Diante de tal situação, em 2001, o MPF ajuizou a ação civil pública nº 0008271-92.2001.4.02.51.01 contra a União federal e o IPHAN com o objetivo de condená-los na obrigação de fazer consistente na execução de todas as obras necessárias para a completa restauração e manutenção do imóvel do Museu Casa de Benjamin Constant, no prazo de 12 meses. Com a assunção do imóvel pelo IBRAM, esta autarquia integrou posteriormente a ação, também na qualidade de ré. Para o MPF, a União e seus órgãos não poderiam deixar de promover as obras necessárias à manutenção e preservação do imóvel do Museu uma vez que este, além de público, era

3 O laudo constatou o seguinte: 1) proliferação de vetores biológicos/químicos; 2) manutenção inadequada/ ausente do terreno; 3) instalações elétricas defasadas carecendo de reforma total; 4) instalações hidráulicas deficientes; 5) número insuficiente de extintores de incêndio; 6) esquadrias e os forros infestados por térmitas; 7) revestimentos em péssimo estado.

tombado pelo próprio IPHAN no Livro Histórico tratando-se, portanto, de um patrimônio histórico nacional. Sob o ponto de vista do MPF, o Poder Público não poderia escusar-se em promover as obras necessárias para sua preservação alegando ausência de recursos.

A defesa da União e do IPHAN, em linhas gerais, foi no sentido de que não seria cabível a interferência do Poder Judiciário na alocação recursos públicos para uma finalidade específica, em detrimento de todas as outras. Caso contrário, estaria ferindo a separação de poderes prevista constitucionalmente e invadindo as atribuições do Poder Executivo. Ou seja, não caberia ao Poder Judiciário determinar a inclusão de recursos orçamentários para uma determinada atividade, em detrimento de todas as outras que também decorreriam de obrigações constitucionais e legais.

Além disso, também se argumentou com aquilo que no vocabulário jurídico se denomina “reserva do possível” e que atua como um limite à plena realização dos direitos fundamentais, sobretudo os de caráter prestacional. Dentre os aspectos a serem considerados quando se fala em “reserva do possível” está a razoabilidade e a proporcionalidade da prestação que se pretende obter do Judiciário. Assim, diante da impossibilidade fática de cumprimento de direitos em decorrência de recursos financeiros insuficientes, muito embora a sua proteção constitucional, o Judiciário não poderia ordenar a sua realização.

Outra questão ventilada como matéria de defesa foi no sentido de que a imposição pelo Poder Judiciário de obrigação de fazer à Administração Pública só seria possível em hipóteses excepcionais, que colocassem em risco, de maneira grave e iminente, o postulado da dignidade da pessoa humana. Um exemplo seria a obrigação de fazer consistente na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, inciso XLIX, da Constituição, o que não se enquadrava na pretensão do MPF no caso concreto, pois o que estava em jogo não era a violação à integridade física e moral das pessoas, mas a reforma de um imóvel tombado.

A sentença proferida pela Juíza Bianca Stamato Fernandes, da 29ª Vara Federal do Rio de Janeiro, acolheu os argumentos do MPF, condenando o IPHAN (que foi sucedido pelo IBRAM) a elaborar o projeto de restauração e executar as obras no imóvel, às expensas da União. A sentença foi confirmada pelo Tribunal Regional Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, que negaram provimento aos recursos interpostos. Em 2014, o MPF iniciou a execução da sentença para que fosse apresentado o projeto de restauração integral do imóvel e iniciadas as obras necessárias, no prazo de 12 meses, sob pena de multa que deveria ser aplicada pessoalmente ao Superintendente

do IPHAN no Rio de Janeiro, ao Representante Regional do IBRAM no Rio de Janeiro e à Diretora do Museu Casa de Benjamin Constant.

Em agosto de 2015, o IBRAM editou a Portaria nº 332 criando um Grupo de Trabalho para tratar de diversos assuntos, dentre eles, a elaboração de um planejamento das obras a serem executadas nos anos seguintes. Neste planejamento, o Grupo de Trabalho estabeleceu os projetos de obras e restaurações que deveriam ser priorizados, nesta ordem: 1) Museu Regional de Caeté – Caeté (MG); 2) Museu Casa de Benjamin Constant - Rio de Janeiro (RJ); 3) Museu Casa da Hera - Vassouras (RJ); 4) Museu de Arqueologia / Socioambiental de Itaipu – Niterói (RJ); 5) Museu Solar Monjardim – Vitória (ES); 6) Museu Palácio do Rio Negro – Petrópolis (RJ); 7) Museu Casa Histórica de Alcântara – Alcântara (MA); 8) Museu Villa-Lobos - Rio de Janeiro (RJ); 9) Museu do Ouro – Casa de Borba Gato – Sabará (MG); 10) Museu Regional de São João del-Rei (MG); 11) Museu Forte Defensor Perpétuo – Paraty (RJ); 12) Museu de Arte Religiosa e Tradicional – Cabo Frio (RJ); 13) Museu de Arte Sacra de Paraty – Paraty (RJ); 14) Museu da Inconfidência - Ouro Preto (MG).

Percebe-se que o Museu Casa de Benjamin Constant consta como o segundo na lista de prioridades do IBRAM, sendo que a sua reforma e restauração deverá consumir cerca de R\$ 2.800.000,00. Apesar de parte deste valor estar contingenciado, as obras no Museu começaram em janeiro de 2017. A intervenção inclui recuperação de coberturas das edificações que compõem o conjunto arquitetônico da antiga chácara, revisão de esquadrias e de pisos, além de nivelamento de seu pátio central. A previsão era de que o restauro fosse concluído no prazo de um ano.

O caso concreto do Museu Casa de Benjamin Constant, que expusemos de forma sucinta, fornece alguns elementos para reflexão a respeito da judicialização das políticas públicas de preservação do patrimônio material tombado.

O primeiro aspecto que salta aos olhos é o tempo transcorrido entre a notificação inicial do MPF ao IPHAN e a realização das obras de conservação e restauro do imóvel. Foram necessários 22 anos para que o Museu fosse reformado. De acordo com os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o tempo médio de tramitação de um processo na Justiça Federal é de 13 anos e 3 meses (CONSELHO, 2016, p. 243). Se desconsiderarmos o tempo em que o assunto tramitou no MPF até a propositura da ação civil pública (5 anos), o processo nº. 0008271-92.2001.4.02.51.01 demorou 17 anos para chegar na fase de execução que se encontra atualmente. Diante deste quadro temporal, é de se questionar a respeito da efetividade da judicialização das questões que envolvem a preservação do patrimônio material tombado.

O segundo ponto a ser destacado é o fato de que durante estes 22 anos foram implementadas importantes políticas públicas relacionadas aos museus federais. O Instituto Brasileiro de Museus - IBRAM foi criado em janeiro de 2009, através da Lei nº 11.906. Como já expusemos, a nova autarquia vinculada ao Ministério da Cultura sucedeu o IPHAN nos direitos, deveres e obrigações relacionados aos museus federais. O IBRAM é responsável pela Política Nacional de Museus (PNM) e pela melhoria dos serviços do setor – aumento de visitação e arrecadação dos museus, fomento de políticas de aquisição e preservação de acervos e criação de ações integradas entre os museus brasileiros. Também é responsável pela administração direta de 30 museus. Segundo a Carta de Serviços ao Cidadão disponibilizada no endereço eletrônico da instituição, em 2010 foi elaborado o Plano Nacional Setorial de Museus – PNSM, um conjunto de propostas constituídas de diretrizes, estratégias, ações e metas, resultante de uma ampla discussão no âmbito do setor museal. O PNSM é considerado pelo IBRAM como um marco de regulação de longo prazo para organizar, estruturar e orientar as políticas públicas voltadas ao setor museal no país para o período 2010-2020. E o aperfeiçoamento deste setor passa necessariamente pela preservação dos prédios que abrigam o patrimônio musealizado no Brasil que, na sua grande maioria, são eles próprios bens tombados de valor histórico, como é o caso do Museu Casa de Benjamin Constant.

Diante destes aspectos, quais sejam, a demora da prestação jurisdicional e a efetiva criação e implementação de uma política pública voltada para o setor museológico federal, é possível levantar dúvidas a respeito dos fatores determinantes para a reforma e restauração do Museu Casa de Benjamin Constant. Porém, é plausível o argumento de que, se não houvesse a ação civil pública proposta pelo MPF, o Museu não estaria em segundo lugar na lista do Grupo de Trabalho do IBRAM que estabeleceu os projetos de obras e restaurações que deveriam ser priorizados. Neste aspecto, se considerarmos o fato de que a existência de uma ação judicial influenciou o administrador público na escolha de suas prioridades, impõe-se questionar se não haveria uma interferência indevida na discricionariedade inerente ao executor das políticas públicas de patrimônio.

No próximo item, apresentaremos um outro caso concreto que também envolve a política de preservação do patrimônio material tombado e o mencionado aspecto da discricionariedade do administrador público diante da insuficiência de recursos.

## 2- CHAFARIZ DO LAGARTO (RJ)



Chafariz em 2013. Marcos Tristão/Agência O Globo, 16 abr. 2013.

Uma obra singela, quase esquecida no encontro das ruas Frei Caneca e Salvador de Sá, próximo ao Sambódromo, no Rio de Janeiro, o Chafariz do Lagarto foi construído com o objetivo de canalizar as águas do Rio Comprido e abastecer o bairro do Catumbi no período colonial. Projetado pelo Mestre Valentim e considerada como a sua mais simples e menor obra civil, “o Chafariz é composto de um tanque limitado por duas pilastras encimadas por um frontão curvo e simples no qual um lagarto jorrava água pela mandíbula” (MATOS, 2005, p. 22) No centro da obra está uma inscrição em latim “Ao sedento povo, o Senado deu água em abundância, no ano de 1786”. Atrás do chafariz, na mesma estrutura, existe uma extensão que funcionava como uma área de manejo da fonte quando ela era utilizada para abastecer de água o bairro. Atualmente esta extensão encontra-se ocupada por senhora (Josefa Rosa) que a utiliza como moradia. Em 1968, uma matéria publicada no jornal O Globo, intitulada “Em ruínas obra de Mestre Valentim” (O GLOBO, 1968, p. 16), denunciava o estado de abandono que se encontrava naquela ocasião o Chafariz do Lagarto. Segundo a reportagem, o lugar era utilizado como depósito de lixo e como sanitário e dormitório de moradores de rua. Em 2010, 42 anos depois, uma outra matéria foi veiculada no mesmo Jornal com o título “Chafariz do Lagarto, projetado por Mestre Valentim, está abandonado na Cidade Nova”

(O GLOBO, 2010, p. 22), e denunciava que a sujeira tinha tomado conta do local, usado como banheiro público e lixeira. O lagarto de ferro, que não era mais o original de bronze feito pelo próprio por mestre Valentim, furtado em 1975, estava sem uma parte do rabo. Quando a reportagem esteve no local, alguém tinha deixado um cigarro na boca da escultura, por onde a água para a população do Catumbi jorrava no século XVIII. O Chafariz, que continua em péssimo estado de conservação, foi registrado no IPHAN em 1938 no Livro de Tombo Histórico, Volume I, processo nº 101-T, inscrição nº 29, Folha 06 e no Livro Tombo das Belas Artes, Processo nº 101-T, inscrição nº 60, Folha nº 11.

O Ministério Público Federal (MPF) durante longos 15 anos notificou União, proprietária do bem, e o IPHAN, autarquia federal encarregada de fiscalizar, conservar e restaurar o patrimônio cultural, para que tomassem providências visando a sua conservação. Porém, sob alegação de práticas protelatórias, o MPF propôs em 2012 a ação civil pública nº 0006111-11.2012.4.02.5101 com o objetivo de obriga-los a realizar as obras restauradoras do Chafariz do Lagarto, dentro de um prazo a ser estipulado pelo próprio Poder Judiciário.

O IPHAN, através de sua Procuradoria, uma das mais prestigiosas no âmbito da Advocacia-Geral da União, apresentou defesa argumentando que o artigo 19, parágrafo 3º do Decreto-Lei 25/37 faculta à autarquia, na hipótese de urgência, a realização de obras de conservação ou reparação em qualquer bem tombado. Ou seja, trata-se de uma faculdade a ser exercitada pela autarquia federal nos casos em que considerar necessário. Além disso, também caberia exclusivamente ao IPHAN proceder à valoração dos bens tombados que possuem maior significado para o patrimônio cultural brasileiro de forma a determinar a ordem prioritária de eventual realização de obras. Assim, a execução de quaisquer obras de conservação em imóveis com recursos públicos necessitaria de prévia análise da conveniência e oportunidade da sua realização, juízo este de competência privativa da autarquia federal.

Tal como no caso do Museu Casa de Benjamin Constant foi utilizado o argumento da “reserva do possível”, uma vez que as limitações orçamentárias impediriam a realização de todos os atos necessários a uma completa proteção do vasto patrimônio histórico e artístico nacional. E, diante desta limitação, caberia à administração pública, no exercício de seu poder discricionário, verificar no caso concreto a necessidade ou não de providências, estabelecendo as prioridades na execução da política de proteção ao patrimônio histórico brasileiro no seu conjunto, em consonância com os recursos financeiros disponíveis e em estrita obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Apesar do Chafariz

do Lagarto ser um bem tombado pelo próprio IPHAN, infelizmente, ele não estaria dentre as prioridades máximas estabelecidas pelo órgão, diante das limitações orçamentárias.

A título de exemplo, e para embasar o argumento da necessidade de priorização das suas ações, foi esclarecido que o IPHAN conta com 21 superintendências regionais 6 representações estaduais, 27 escritórios técnicos e 2 Centros Culturais, tendo sob sua proteção 40 bens imateriais registrados, 1.262 bens materiais tombados, oito terreiros de matrizes africanas, 24 mil sítios arqueológicos cadastrados, mais de um milhão de objetos arrolados (incluindo o acervo museológico) e cerca de 250 mil volumes bibliográficos, documentação arquivística e registros fotográficos, cinematográficos em vídeo, operando com um corpo funcional de 2.537 pessoas.

A União federal, como proprietária do imóvel tombado e considerando que a extensão anexa ao Chafariz foi ocupada por uma pessoa que atualmente está morando no local, propôs uma ação de reintegração de posse em face dos ocupantes. Quanto ao pedido específico do MPF para que realizasse as obras restauradoras do Chafariz, argumentou-se que caberia exclusivamente ao IPHAN, de acordo com o Decreto-lei nº 25/37, exercer a atividade específica de preservação dos bens históricos, utilizando os seus recursos orçamentários de acordo com os seus critérios de prioridades.

Segundo o CNJ, o tempo médio para um Juiz federal proferir uma sentença é de 1 ano e 8 meses. Porém, apesar da ação civil pública ter sido proposta pelo MPF em 2012, esta sentença ainda está longe de acontecer, pois o processo sequer entrou na sua fase de produção de provas. Além disso, qualquer obra de restauro dependerá da saída ou realocação da pessoa que ocupa o local, assunto objeto de uma outra ação judicial. Percebe-se, portanto, que não há perspectivas concretas de tempo para a reforma e restauração deste bem tombado de propriedade pública e de valor histórico e artístico.

As questões que se colocam neste caso do Chafariz do Lagarto são similares àquelas que apresentamos quanto ao Museu Casa de Benjamin Constant, pois torna-se duvidosa e sem efetividade temporal a prática de levar ao judiciário as políticas de preservação do patrimônio material tombado.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A noção de referencia cultural, exposta por Maria Cecília Londres Fonseca, pressupõem sujeitos para os quais essas referências façam sentido, ou seja, referências para quem? Segundo a autora:

Essa perspectiva veio deslocar o foco dos bens - que em geral se impõem por sua monumentalidade, por sua riqueza, por seu peso material e simbólico - para a dinâmica de atribuição de sentidos e valores. Ou seja, para o fato de que os bens culturais não valem por si mesmos, não têm um valor intrínseco. O valor lhes é sempre atribuído por sujeitos particulares e em função de determinados critérios e interesses historicamente condicionados. Levada às últimas consequências, essa perspectiva afirma a relatividade de qualquer processo de atribuição de valor - seja valor histórico, artístico, nacional etc. - a bens, e põe em questão os critérios até então adotados para a constituição de patrimônios culturais, legitimados por disciplinas como a história, a história da arte, a arqueologia, a etnografia, etc. Relativizando o critério do saber, chamava-se atenção para o papel do poder (FONSECA, 2000, p. 112).

Todo patrimônio material possui uma dimensão imaterial que é o reflexo da atribuição de valor que as pessoas conferem a um determinado bem cultural. Assim, a noção de patrimônio é ambígua e transita entre o material e o imaterial, reunindo em si estas duas dimensões. Esta subjetividade ou imaterialidade do patrimônio se relaciona com a questão da ressonância, ou seja, com o grau de reconhecimento de um determinado patrimônio cultural junto aos diversos setores da população. Conforme os ensinamentos de José Reginaldo Gonçalves (2007, p. 19):

[...] um patrimônio não depende apenas da vontade e decisão políticas de uma agência de Estado. Nem depende exclusivamente de uma atividade consciente e deliberada de indivíduos ou grupos. Os objetos que compõem um patrimônio precisam encontrar 'ressonância' junto a seu público.

Para o historiador Stephen Greenblatt (apud GONÇALVES, 2007, p. 19):

Por ressonância eu quero me referir ao poder de um objeto exposto atingir um universo mais amplo, para além de suas fronteiras formais, o poder de evocar no expectador as forças culturais complexas e dinâmicas das quais ele emergiu e das quais ele é, para o expectador, o representante.

O caso concreto do Chafariz do Lagarto serve como um bom exemplo prático para o dimensionamento destas noções de referencia cultural e de

ressonância, pois a pessoa que atualmente ocupa o local não o considera como uma referência cultural e sim como uma possibilidade de obter uma moradia que, mesmo não sendo adequada, acaba oferecendo algum tipo de abrigo para os seus habitantes. Ainda citando Maria Cecília Londres Fonseca (2000, p. 14):

[...] o conhecer é o primeiro passo para proteger essas referências - pois é preciso, antes de mais nada, identificá-las, enunciá-las. Entretanto, como a dimensão simbólica do espaço costuma ser mais vivida que conhecida, e também porque sua consideração pode limitar a realização de interesses outros [...], essa dimensão raramente é levada em conta no planejamento urbano.

Além disso, estas noções de referência cultural e de ressonância estão, de certa forma, relacionadas com a valoração que a administração pública realiza quando executa as políticas relacionadas ao patrimônio cultural, ou seja, na escolha daquilo deve ou não ser objeto de sua atuação. Assim, neste processo de escolha, irremediavelmente se realiza uma valoração dos bens tombados que, naquele momento, possuem maior significado para o patrimônio cultural brasileiro de forma a determinar a ordem prioritária na realização de obras de preservação e de restauração. No caso do Museu Casa de Benjamin Constant, foi uma ação judicial proposta pelo MPF que influenciou neste processo de priorização.

Ao navegar pelo endereço eletrônico da Justiça Federal do Rio de Janeiro, encontramos a seguinte pergunta na seção *Dúvidas e Contato*: “Quanto tempo leva um processo?”. A resposta vem logo em seguida:

Não é possível prever prazos até a sentença final, pois são necessários procedimentos específicos. O tempo de tramitação varia de acordo com a complexidade dos procedimentos e com a quantidade de processos na vara ou juizado (JUSTIÇA FEDERAL, *online*)

Porém, o CNJ divulgou em 2016 o relatório do ano-base de 2015 contendo o tempo médio de tramitação processual nas diversas vertentes do Poder Judiciário. Por exemplo, na Justiça do Trabalho o tempo médio de um processo é de 6 anos e 9 meses; na Justiça Comum Estadual o tempo médio é de 13 anos e 11 meses; na Justiça Federal o tempo médio é de 13 anos e 3 meses. Estes dados não levam em consideração o tempo médio do processo no caso dele alcançar as instâncias dos Tribunais Superiores, tais como o Superior Tribunal

de Justiça – STJ, onde o tempo médio é de 1 ano e 6 meses ou o Tribunal Superior do Trabalho – TST, onde o tempo médio é de 8 meses (CONSELHO, 2016, p. 70, 126, 192 e 243) O relatório do CNJ também informa quantos processos novos foram ajuizados no ano de 2015. A Justiça dos Estados recebeu 18.911.657 processos, a Justiça Federal teve 3.662.876 novos casos enquanto que na Justiça do Trabalho foram interpostas 4.058.477 novas ações trabalhistas (CONSELHO, 2016b, p. 11)

Ora, considerando estes números expressivos, torna-se difícil encarar a judicialização como um mecanismo viável para dar efetividade às políticas públicas de preservação do patrimônio material tombado. Os casos concretos apresentados são bons exemplos neste sentido. A ação civil pública relacionada ao Museu Casa de Benjamin Constant está em curso há 17 anos, chegando agora na fase de execução, enquanto a ação civil pública do Chafariz do Lagarto iniciou a sua saga judiciária somente em 2012, sem qualquer perspectiva de solução.

Frise-se, ainda, que no período de 2000 a 2017, o IPHAN foi réu em 50 ações civis públicas no Rio de Janeiro. Nos termos do levantamento realizado em 27/06/2017 pelo Departamento de Planejamento e Administração do IPHAN e apresentado por Thiago Serpa Erthal (2017, p. 234), atualmente existe um passivo nacional de R\$ 39.147.869,81 decorrente de condenações judiciais ou liminares válidas e eficazes a serem cumpridas pela autarquia federal. E o Rio de Janeiro é o Estado da federação com o maior passivo decorrente destas ações judiciais: R\$ 32.426.891,55. A partir destes dados, e segundo os ensinamentos de Erthal (2017, p. 236):

[...] é possível apontar uma aparente atuação excessiva do Poder Judiciário, pontual no Rio de Janeiro, cabendo aos juízes um exercício de autocontenção para – no mínimo – buscar obter dados que lhes permitam tomar uma decisão madura [...]. Não há como negar que, com esse grau de comprometimento do orçamento, o gestor público se vê privado de decidir onde aplicar a verba de que dispõe. Nessa esteira, vale lembrar que o sistema de gestão eleito pela Constituição é de compartilhamento de responsabilidade entre as três esferas da federação com a comunidade (art. 216, § 1º).

No Brasil, por motivos relacionados aos gastos públicos irracionais, à gestão ineficiente de recursos e à falta de planejamento, as políticas públicas de diversas áreas tais como a saúde, a educação, a segurança, o meio ambiente e a cultura sofrem em decorrência do

contingenciamento ou da ausência de recursos orçamentários. Esta realidade perversa leva, inexoravelmente, a um afinilamento destes recursos e ao estabelecimento de algumas prioridades na sua distribuição. Quando as verbas chegam ao setor da cultura, há um novo processo de prioridades no sentido de determinar para quais áreas estes recursos serão encaminhados. No final desta linha está o executor da política pública de preservação do patrimônio cultural que deve fazer mais uma “escolha de Sofia”, estabelecendo alguns critérios para determinar quais os bens que deverão ou não ser agraciados com as mínimas verbas recebidas. Diante deste cenário desolador está o Ministério Público, que tem como função constitucional zelar pela proteção do patrimônio público e pelo interesses difusos e coletivos. Porém, para cumprir esta missão, o Ministério Público deve considerar que a judicialização é a última hipótese possível para a solução dos problemas relacionados à preservação do patrimônio público material e que é o administrador público o principal agente definidor das prioridades em decorrência das limitações orçamentárias<sup>4</sup>.

A exposição que fizemos através dos dois casos concretos, similares a tantos outros espalhados pelo Brasil, releva não somente os dilemas dos administradores públicos envolvidos na execução das políticas públicas voltadas ao patrimônio cultural brasileiro, como também o esforço argumentativo dos órgãos de representação judicial da Advocacia-Geral da União no sentido de auxiliar as instituições competentes no exercício das suas atribuições finalísticas.

É certo que o fenômeno da judicialização é fruto da ineficácia na execução de políticas públicas nas diversas áreas de atuação estatal, o que resulta numa busca constante ao Judiciário para a efetivação de direitos constitucionalmente previstos e assegurados. Porém, em virtude da escassez dos recursos públicos destinados a oferecer o que é de direito positivado dos cidadãos, surge a necessidade do Estado, através de seus órgãos, fazer algumas escolhas na gestão pública orçamentária.

Quando destacamos a necessidade de se respeitar a discricionariedade administrativa do gestor público, isto não significa uma carta branca para a tomada de decisão a respeito de quais bens móveis ou imóveis tombados e pertencentes ao patrimônio público

---

4 O STJ já decidiu que, com base no princípio da discricionariedade, “[...] a Municipalidade tem liberdade para, com a finalidade de assegurar o interesse público, escolher onde devem ser aplicadas as verbas orçamentárias e em quais obras deve investir. Não cabe, assim, ao Poder Judiciário interferir nas prioridades orçamentárias do Município e determinar a construção de obra especificada [...]” (RESP 199900262166, FRANCIULLI NETTO, STJ - SEGUNDA TURMA, DJ DATA:22/03/2004 PG:00263 RSTJ VOL.:00183 PG:00169 ..DTPB:.)

deverão ser objeto de reforma ou restauro. A escolha ou priorização não deve ser baseada em critérios vagos ou de cunho pessoal. Pelo contrário, deve ser justificada e precedida de laudos técnicos que indiquem a relevância histórica ou artística dos bens e as intervenções necessárias à sua restauração ou preservação, tudo através de projetos que contenham o planejamento e cronograma destas intervenções, sempre respeitando os ditames da Lei 8.666/93, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. (*Syn*)Thesis, Rio de Janeiro, 5, p. 23-32, 2012.

BRASIL. Justiça Federal. *Ação civil pública nº 0006111-11.2012.4.02.5101 – 23ª Vara Federal do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/consultas-e-servicos/consulta-processual>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

BRASIL. Justiça Federal. *Ação civil pública nº 0008271-92.2001.4.02.51.01 – 29ª Vara Federal do Rio de Janeiro*. Disponível em: <<https://www.jfrj.jus.br/consultas-e-servicos/consulta-processual>>. Acesso em: 13 ago. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 1-47.

CHAFARIZ do Lagarto, projetado por Mestre Valentim, está abandonado na Cidade Nova. *O Globo on-line*, Rio de Janeiro, 20 set. 2010. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/chafariz-do-lagarto-projetado-por-mestre-valentim-esta-abandonado-na-cidade-nova-2949622>>. Acesso em: 23 ago. 2017.

CONSELHO Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016 - Infográficos: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

CONSELHO Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

EM RUINAS, obra de Mestre Valentim. *O Globo*, Rio de Janeiro, 1 out. 1968. p. 16.

ERTHAL Thiago Serpa. A Judicialização da Política Patrimonial no Estado o Rio De Janeiro. *Publicações da Escola da AGU: Direitos Culturais, a Questão Patrimonial e a AGU*, v. 7, n. 03, p. 221-239, 2017.

ESTEVES, João Luiz M. Cidadania e judicialização dos conflitos sociais. *Revista Jurídica da UniFil*, Londrina, v. 1, n. 2004. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5433/1980-511X.2006v1n2p41>>. Acesso em: 30 ago. 2017.

FONSECA, Maria Cecília Londres. Referências Culturais: base para novas políticas de patrimônio. In: IPHAN. *Inventário Nacional de Referências Culturais: manual de aplicação*. Brasília: IPHAN, p. 11-21, 2000. Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br/portal/baixaFcdAnexo.do?id=3415>>. Acesso em: 1 out. 2017.

GONÇALVES, José Reginaldo S. Ressonância, Materialidade e Subjetividade: as culturas como patrimônios. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, a. 11, n. 23, p. 15-36, jan/jun 2000.

IBRAM. *MCBC adquire retrato histórico de Benjamin Constant*. Disponível em: <<http://www.museus.gov.br/mcbc-adquire-retrato-historico-de-benjamin-constant/?override=1>>. Acesso em: 21 ago. 2017.

*JUSTIÇA FEDERAL*. Disponível em: <<http://www.jfrj.gov.br/duvida/quanto-tempo-leva-um-processo>> Acesso em: 21 ago. 2017.

MATOS, Mauro. *Catumbi, um bairro do tempo do Império*. Rio de Janeiro: [s.n.], 2005.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV*, v. 4, p. 389-406, 2009.

---

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO  
25 ANOS: UMA INSTITUIÇÃO  
ESSENCIAL À SEGURANÇA E À  
SOLUÇÃO DAS RELAÇÕES JURÍDICAS  
CONTROVERTIDAS DE INTERESSE  
PÚBLICO

---

*FEDERAL ATTORNEY GENERAL (AGU) 25 YEARS: AN  
INSTITUTION ESSENTIAL TO THE SECURITY AND  
SOLUTION OF CONTROVERSIAL LEGAL RELATIONS OF  
PUBLIC INTEREST*

*Deiser Mara Rezende Cardoso*

*Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense.*

*Especialista em Advocacia Pública pelo Instituto para o Desenvolvimento  
Democrático, em Direito Ambiental pela Universidade do Sul de Santa Catarina  
e em Direito Processual pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Procuradora  
Federal lotada na Procuradoria Seccional Federal em Juiz de Fora*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A conflituosidade das demandas de direito público; 2 O caminho de incentivo à consensualidade na dinâmica de solução dos conflitos; 3 O despertar da instituição para a atuação consensual e cooperativa; 4 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** A Advocacia Geral da União nos seus 25 anos de existência tem demonstrado a sua essencialidade para a Administração Pública e para a distribuição da justiça. Em especial, no que toca à faceta de instituição essencial à justiça chama a atenção as profundas transformações porque passaram a instituição no tradicional paradigma defensivo de sempre apresentar resistência às pretensões individuais. O artigo busca trazer uma análise empírica e não exaustiva acerca da evolução deste paradigma defensivo, das políticas estatais de incentivo à consensualidade e da inserção dos diversos órgãos da Advocacia Geral da União neste contexto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Demandas Interesse Público. Consensualidade. Redução de Conflitos. Segurança Jurídica.

**ABSTRACT:** The Attorney General's Office in its 25 years of existence has demonstrated its essentiality for the Public Administration and for the distribution of justice. In particular, regarding the facet of institution essential to justice draws attention to the profound changes because they have passed the institution in the traditional defensive paradigm of always resisting individual pretensions. The article seeks to provide an empirical and non - exhaustive analysis of the evolution of this defensive paradigm, of the State's policies to encourage consensuality and of the insertion of the various bodies of the Federal Attorney General's Office in this context.

**KEYWORDS:** Public Interest Demands. Consensuality. Conflict Reduction. Legal Certainty.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 instaurou no âmbito federal um novo modelo para a representação, consultoria e assessoramento das pessoas jurídicas de direito público e do Executivo no âmbito federal. Consagrada no *caput* do artigo 131 da Constituição Federal, a Advocacia Geral da União marca a evolução do Estado brasileiro e a otimização da tutela dos interesses públicos<sup>1</sup>.

Desde o momento em que se tornou realidade com a lei complementar 73 de 1993, a instituição sofreu grandes transformações. Nos anos iniciais da instituição a atividade finalística era realizada essencialmente por ocupantes de cargos em comissão e o apoio administrativo era constituído por poucos servidores cedidos de outros órgãos públicos. Nada obstante, passados vinte e cinco anos, a estrutura institucional tem capilaridade em praticamente todo o território nacional nas suas 249 unidades, alguns cargos próprios de apoio administrativo e é formada por cerca de 12.000 membros entre advogados e procuradores, titulares em sua maioria de cargos providos por concursos públicos<sup>2</sup>.

Para além da expansão administrativa, nos últimos anos, o que marcou a Advocacia Geral da União foram as diversas iniciativas de racionalização da organização para o melhor desempenho das funções constitucionais. À guisa de exemplificação, têm-se a reestruturação de cargos (v.g unificação das carreiras de Advogado da União e Assistente Jurídico e a reunião dos cargos de procuradores autárquicos no de Procurador Federal) e a criação de coordenações temáticas, de alguns cargos técnicos de apoio (v.g contadores, economistas) e de sistemas de mensuração de produtividade como o Sistema de Controle das Ações da União (SICAU), o Sistema AGU de Inteligência Jurídica (SAPIENS), etc.

O resultado das transformações organizacionais e a função essencial à justiça desempenhada diariamente pelos membros da instituição tornaram a Advocacia Geral da União uma das principais instituições jurídicas do Brasil. Em especial, no presente artigo se tomará em destaque alguns aspectos da representação judicial e a repercussão que a atuação institucional

1 No estudo comparado sobre a advocacia de estado na América do Sul Vieira e Faro (2014, p-33) observam que a separação em órgãos distintos das funções de representação jurídica do Estado e da coletividade é um “sinal de evolução em termos de Advocacia Pública, de proteção ao Estado Democrático de Direito”.

2 A pesquisa realizada por Valente (2009) revela com detalhes as dificuldades e transformações da instituição nos seus anos iniciais. Outrossim, o estudo registra que o marco para o desenvolvimento institucional foi uma reforma operada no 2000, a qual trouxe para a instituição o primeiro planejamento estratégico e a metodologia gerencial.

3 A publicação tomada como referência foi a última publicada do “Panorama AGU – ano referência 2017”. Este Panorama registra os principais números e ações da instituição em sua totalidade – englobando os órgãos de direção superior, de execução e vinculados.

tem tido sobre a segurança jurídica das relações jurídicas envolvendo o poder público.

## 1 A CONFLITUOSIDADE DAS DEMANDAS DE DIREITO PÚBLICO

A última pesquisa consolidada da Justiça em números<sup>4</sup>, referente ano base de 2016, revela um acervo de 79,7 milhões de processos pendentes de julgamento. O relatório traz a conclusão de que no ano de referência o juiz brasileiro julgou bem mais processos que nos anos anteriores, um aumento de 11, 4%. No entanto, o aumento de produtividade não impactou na taxa de congestionamento do sistema, vez que se manteve sem alteração o percentual de 70% dos processos não julgados. O elevado número de processos pendentes é motivo de grande preocupação. Afinal, a demora processual torna imprevisível a solução do conflito e causa grande insegurança jurídica<sup>5</sup>.

Várias relações comerciais e investimentos deixam de ser realizados no Brasil e, ainda, nem é possível quantificar o custo social envolvido (VALIATI, 2016, p- 140). O índice de confiança da Justiça no Brasil (ICJBrasil), criado em 2008 retrata bem este cenário negativo. O último índice consolidado referente<sup>4</sup> à<sup>5</sup> coleta de dados compreendida entre maio e junho de 2016 foi estimado em 4,9 pontos, sendo que da amostragem representam 3,4 pontos (subíndice de percepção) os cidadãos que acreditam que o Judiciário cumpre sua função de forma satisfatória e 8,6 pontos (subíndice de comportamento) os que procuram a instituição como instância para a solução dos conflitos cotidianos. O ICJBrasil dá conta de que a Justiça brasileira é crescentemente acionada, mas, apesar disso, tem sua credibilidade abalada pela incapacidade de prestar uma tutela jurisdicional razoavelmente célere e efetiva aos mais variados conflitos.

Algumas explicações para a persistência da morosidade processual estão relacionadas à democratização do acesso à justiça e à “preferência social em resolver os conflitos mediante a atuação de um terceiro (Estado), titular do poder coercitivo e da violência legal” (LUCENA FILHO, 2012 p-55), à crescente complexidade social e à crise de eficiência do poder

4 A pesquisa é organizada pelo departamento de pesquisas judiciárias do Conselho Nacional de Justiça desde 2004 e tem o objetivo de auxiliar na gestão judiciária com os detalhamentos da litigiosidade e dos indicadores judiciais. Todos os relatórios publicados até o ano de 2017 podem ser acessados por consulta ao sítio eletrônico no endereço. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros>>.

5 A demora processual não é o único fenômeno causador da insegurança jurídica. Valiati 2016 observa que a insegurança também está presente na produção normativa exagerada por parte do Legislativo, na não adoção de comportamentos padrão pelo Executivo e no ativismo judicial. Em sentido parcialmente semelhante, Delgado (2007) identifica grande fator de insegurança jurídica na não uniformidade das decisões judiciais.

estatal. No entanto, o que mais chama a atenção acerca do excesso de litigiosidade é o predomínio de determinados atores nos processos judiciais.

Estudos como os empreendidos por Sadek (2004) e Lucena Filho (2012) e os patrocinados pelo Conselho Nacional de Justiça revelam que a maior parte das ações judiciais são protagonizadas por um número reduzido de partes. Os litigantes que dominam os polos das ações judiciais são em sua maioria atores institucionais como a Administração Pública, as instituições financeiras, as concessionárias e permissionárias de serviços públicos.

Em especial, chama à atenção a representativa participação do poder público nas ações judiciais. A pesquisa “100 maiores litigantes no Brasil”, realizada pelo departamento de pesquisas judiciárias do Conselho Nacional de Justiça (2011 e 2012) confirma a litigiosidade das questões de direito público ao encontrar o poder público de todas as esferas da federação em 51,5% (cinquenta e um por cento) dos processos dos 100 maiores litigantes. O grande volume de demandas envolvendo o poder público também é registrado no estudo sobre “O uso da justiça e o litígio no Brasil”, promovido pela Associação dos Magistrados Brasileiros.<sup>6</sup>

O diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais, realizado pela Fundação Getúlio Vargas em 2010 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010, p-9) revela que o Estado é o principal responsável pela criação e pela perpetuação das situações litigiosas. Há um volume considerável de ações referentes a direitos que não são realizados pela Administração e, ainda, muitas ações que questionam decisões administrativas avessas às diretrizes constitucionais. Existem as zonas de insegurança jurídica, carentes de regulamentação, deixadas pela ação do poder público e uma grande demanda por atuação e por prestação estatal envolvendo os direitos fundamentais. Ainda, no que toca à perpetuação da litigiosidade têm-se a resistência judicial obrigatória, por dever de ofício dos órgãos jurídicos e a restrita adesão à solução consensual dos conflitos, ligada a natureza jurídica do interesse público envolvido e a repercussão social das demandas.

É importante registrar que os órgãos de representação jurídica não são os responsáveis pela ineficiência judicial na solução dos conflitos envolvendo o poder público. As causas para litigância em face do poder público<sup>8</sup> são multiplexas e não se resumem apenas as características da representação em juízo. Existem muitos limites à atuação dos advogados públicos relacionados ao direito administrativo e ao dever de ofício destes representantes. A liberdade técnica, própria de todos os advogados, assume

6 Como acentuado por Sadek (2008, p-277) “[n]o emaranhado formado pelo desconhecimento, o Judiciário acaba sendo visto como o maior responsável pela crise na Justiça. É culpabilizado tanto pelo que faz como pelo que deixa de fazer e, principalmente, pelo que não lhe cabe fazer”.

características próprias reguladas pelo direito em disputa e por diversas normas institucionais. Não há uma liberdade geral para realizar acordos, reconhecer direitos e se resignar em face de provimentos jurisdicionais desfavoráveis.

Apesar das particularidades do regime jurídico da advocacia pública, o advogado público é um importante agente do sistema de solução dos conflitos que pode auxiliar na superação da inoperância judicial. A seguir, propõe-se<sup>7</sup> uma análise acerca das políticas estatais de incentivo à consensualidade e da inserção dos órgãos da Advocacia Geral da União neste contexto.

## **2 O CAMINHO DE INCENTIVO À CONSENSUALIDADE NA DINÂMICA DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS**

O caminho de incentivo à consensualidade na solução dos conflitos passou a ser perseguido prioritariamente pelo Estado tão logo as reformas estruturais do Judiciário e do sistema processual não se mostraram suficientes para combater a demora do processo. Pelo Judiciário, por exemplo, o Conselho Nacional de Justiça lançou um movimento pela conciliação com os projetos do “conciliar é legal”, do “dia nacional da conciliação”, da “semana nacional da conciliação”, dentre outros que culminaram com a instituição da “política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses”.

A “política judiciária” estabelecida na resolução 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça promoveu uma verdadeira guinada do modelo de solução dos conflitos com o reconhecimento de que os métodos autocompositivos tem importância equivalente ao do adjudicatório com a sentença. A partir desta política, mas do que reconhecer o acesso à justiça nestes termos, o Judiciário partiu para a sua difusão com a formação e a criação do cadastro de mediadores e de conciliadores, o sistema nacional de estatísticas, o monitoramento da política permanente de conciliação, a criação dos centros pelos Tribunais e, mais recentemente, com o sistema de mediação digital.

---

<sup>7</sup> Como observado por Clementino (2016) os conflitos de interesse público tem em sua maioria a natureza estrutural porque se referem às políticas públicas e atingem um elevado número de interessados. Apesar disso, como observado pelo autor, na ausência de um direito processual específico, aplica-se a racionalidade jurídica própria das demandas individuais. O tratamento das pretensões de direito público “sob um procedimento particularizado tende à repetição infinita”. (CLEMENTINO, 2016, p- 41- 42). O novo Código de Processo Civil (lei 13.105/2015) com o incidente de resolução de demandas repetitivas e o sistema de precedentes pode trazer uma perspectiva diferente para o tratamento atomizado das demandas envolvendo o poder público. No entanto, não há como prever se serão suficientes e adequados para a solução dos conflitos envolvendo o interesse público.

Em mais um passo nesse sentido, com o novo código de processo civil (lei 13.105 de 2015), o Legislativo estabeleceu para o Estado o dever de promover a solução consensual dos conflitos. A tentativa de conciliação foi estabelecida como etapa prévia e, em regra, obrigatória e precedente à apresentação da defesa (art. 334 e 695). Passou-se a admitir acordos extrajudiciais de qualquer natureza (art. 515 III e art. 725, VIII), acordos judiciais com matérias extraprocessuais (art. 515, § 2º) e acordos acerca de questões processuais (art. 190). Ainda, foi prevista a criação de câmaras de solução de conflitos envolvendo as pessoas jurídicas de direito público (art. 174).

Fazendo coro à valorização da autogestão dos conflitos, ainda, foi promulgada a lei de mediação de n.º 13.140 de 2015. Este diploma legislativo reforçou o estatuto mínimo de profissionalização e responsabilização dos mediadores, já traçado na resolução do Conselho Nacional de Justiça e no código processual e, para além destas normas, evoluiu na disciplina das câmaras de resolução de conflitos administrativas e previu outros instrumentos de mediação e de transação envolvendo o poder público (art. 32, § 5º e art. 35).

O Executivo também se lançou às políticas de incentivo à autocomposição. Destaca-se, nesse sentido, a instituição da Escola Nacional de Mediação e Conciliação (ENAM) pela portaria de n. 1920 de 2012 e da Estratégia Nacional de não Judicialização (ENAJUD) pela portaria interinstitucional de n. 1186 de 2014.

Segundo o relatório de gestão do ano de 2015, a ENAM promoveu a capacitação de aproximadamente 11.500 agentes em cursos de mediação à distância e ações educacionais para mais de 400 profissionais ligados às instituições parceiras, como Ministério Público e Defensoria Pública. A ENAJUD, a sua vez, tem promovido à política de cooperação e de consensualidade entre os setores público e privado. No relatório de ações de 2014 e de 2015 encontram-se iniciativas para a redução da litigância envolvendo o INSS, a Caixa Econômica Federal e a cobrança de dívida pública ativa. Já, no setor privado encontra-se o acerto para a melhoria dos canais de atendimento ao consumidor e o incentivo à auto composição.

Pelo que se observa a institucionalização dos meios consensuais tem atuado no processo de afirmação de cidadania, revolucionado o acesso à justiça e a solução dos conflitos privados e públicos. Embora a difusão destes meios tenha se tornado uma realidade mais pelo agravamento da crise numérica dos processos do que pela evolução gradual e emancipatória da sociedade brasileira não se pode negar a contribuição para a cultura do diálogo e da cooperação entre as partes, com o enriquecimento dos processos democráticos e de afirmação cidadã.

O recurso aos meios autocompositivos não traduz a substituição ou a exceção do princípio da inafastabilidade da jurisdição. O acesso ao Judiciário

permanece como uma via disponível para o amparo dos jurisdicionais. O que se observa, na verdade, é a difusão de outros caminhos a partir dos quais os cidadãos também podem alcançar a solução de seus conflitos.

### **3 O DESPERTAR DA INSTITUIÇÃO PARA A ATUAÇÃO CONSENSUAL E COOPERATIVA**

A Advocacia Geral da União, enquanto instituição e função essencial à justiça, também se inseriu na política de Estado pela busca de solução dos conflitos por meios consensuais, auto compositivos. A reflexão sobre a história institucional revela que a cultura de beligerância e de defesa do ato do poder público, independente do crivo da juridicidade, esteve presente no dia-a-dia dos advogados públicos federais.

Nada obstante, com a evolução do direito administrativo e processual, assim com as políticas de Estado de incentivo à consensualidade, assistiu-se à revolução da prática institucional com a profusão de normas para autorização de acordos, de não interposição e de desistência de recursos e, até, de não apresentação de contestação.

No âmbito da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, por exemplo, a partir da integração da procuradoria à Advocacia Geral da União, com a lei complementar 73/93, passou a ser possível a não resistência do órgão em relação às demandas com matérias sumuladas pelo Advogado Geral da União. Ao seu tempo, o decreto 1601 de 1995 passou a admitir a não interposição de recursos nas hipóteses aventadas em parecer do Procurador Geral da Fazenda Nacional aprovado pelo Ministro da Fazenda. No entanto, a postura institucional de conformidade com decisões judiciais demorou a se tornar realidade porque os primeiros pareceres foram os de n.º 447/96 e 917/97 e a primeira súmula de natureza tributária somente foi editada em abril de 2002.

Este cenário sofreu efetivamente mudanças com a lei 10.522/2004 que passou a admitir a resignação recursal nas demandas relacionadas às matérias elencadas nos artigos 18 e 19, incisos I e II, da Lei n. 10.522/2004. Nesta época, importante dizer, a lei ordinária autorizou o conformismo em face de decisão consentânea com jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça tratada em ato declaratório do Procurador- Geral da Fazenda Nacional.

A reforma para a valorização dos precedentes judiciais especialmente das instâncias extraordinárias fez surgir a necessidade de acompanhamento específico das demandas envolvendo a fazenda pública. A atuação da Coordenação Geral de Representação Judicial (CRJ), nesse sentido, permitiu uma melhor identificação das teses com possibilidade de êxito judicial e

impulsionou a edição dos atos declaratórios do Procurador Geral da Fazenda Nacional para a não resistência de decisões judiciais com entendimento jurisdicional consolidado.

Em continuidade à mudança na atuação defensiva, a procuradoria editou a portaria 294/2010 com respaldo no parecer do mesmo órgão n. 492/2010<sup>9</sup>. Esta portaria, do ponto de vista institucional, representa um grande marco do aprimoramento da defesa fazendária. O procurador da fazenda nacional passou a poder não contestar, não recorrer das demandas e das decisões consentâneas com o julgamento dos recursos excepcionais repetitivos (instituída pela lei 11.672/2008), bem como não interpor os recursos excepcionais nas hipóteses de jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) - listadas pela coordenação geral de representação processual e pela coordenação de atuação judicial.

Ainda, dando seguimento ao aprimoramento institucional, a procuradoria pela portaria 1267 de 2010 criou o sistema e a divisão nacional de acompanhamento especial judicial e estratégia para monitorar as causas mais relevantes e garantir a uniformidade e a execução ótima da defesa da fazenda em todo o território brasileiro. No ano de 2012, ainda, o Ministério da Fazenda pela portaria de n.º 75 de 22 de março de 2012 autorizou a Procuradoria da<sup>8</sup> Fazenda Nacional, com base no estudo formalizado no comunicado 127<sup>10</sup> do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a se abster de ajuizar execuções fiscais com valor inferior a R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Recentemente, após a promulgação do Código de Processo Civil, a procuradoria demonstrou mais um estágio evolutivo da atuação. Através da portaria 502 de 2016 estabeleceu a possibilidade de não resistência nas demandas na qual o proveito econômico pretendido seja inferior aos custos do processo. E, ainda, firmou que as listas com temas passíveis de conformismo ao invés de exaustivas, como previstas na portaria anterior, seriam apenas exemplificativas e que o procurador fazendário poderia se conformar com temas não previstos, inicialmente, nas listas. A portaria em

---

8 Acerca dos benefícios obtidos a partir da adoção da nova postura defensiva sugerida pela portaria 294/2010, é conveniente relembrar o trecho do parecer Procuradoria Geral da Fazenda Nacional/Coordenação Geral de Representação Judicial n. 492/2010 no seu item 60: "De fato, a adoção conjugada dessas duas posturas fará com que cheguem ao seu grau máximo aqueles benefícios antes expostos, a saber, (I) a otimização na utilização dos recursos da instituição, (II) o aumento da credibilidade da instituição junto ao Poder Judiciário, imediatamente, e junto à sociedade, mediatamente, (III) o estímulo ao pensamento crítico dos Procuradores que integram os quadros da PGF, (IV) a minoração da condenação em honorários advocatícios, (V) mais efetividade ao novo instituto previsto nos arts. 543-B e 543-C do CPC, (VI) alinhamento da PGFN aos novos rumos tomados pela ordem jurídica brasileira e, enfim, (VII) desoneração da sociedade em relação aos custos envolvidos quando o Estado está em juízo; (VIII) respeito ao cidadão brasileiro. (PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL, 2010, p. 19)"

testilha reconheceu o papel do procurador na definição da praxe defensiva como copartícipe da decisão de não litigar e de prevenir conflitos.

No âmbito da Procuradoria Geral da União as normas para viabilizar a consensualidade nos processos judiciais somente ganharam fôlego a partir da ordem de serviço de n.º 26, de 22 de julho de 2008. Este ato normativo previu a conciliação por parte dos chefes regionais e nos Estados e, mesmo assim, apenas nos parcelamentos de valor até R\$ 40.000,00. A possibilidade de conciliação foi ampliada pela ordem de serviço de n.º 13, 2009. A ordem de serviço previu a realização dos acordos por todos os órgãos de execução e, ainda, estabeleceu uma abrangência mais ampla para as conciliações no tocante ao teto limite e à matéria – passando a compreender ações de discussão de créditos e de débitos da União.

Apesar da ampliação das hipóteses de composição, como salientado por Lima (2014), o número de conciliações na prática não sofreu aumento considerável em vista da ausência de requisitos mais claros para celebração dos pactos e do receio de represálias disciplinares face a existência de controle por parte da Corregedoria-Geral (artigo 10 da ordem de serviço n. 13/2009). Segundo Kuhn (2013, p- 25), as mudanças representativas neste cenário vieram a ocorrer efetivamente com a ordem de serviço de n.º 18, 2011 e de n.º 2, 2012. Estas ordens de serviços representaram o estabelecimento de critérios mais claros para a composição, a desoneração da do envio dos termos de acordo para a Corregedoria e, especialmente, o último ato normativo, criou o projeto das centrais de conciliação.

As centrais foram criadas com o propósito de prevenir e de promover a solução conflitos no âmbito da União. As centrais se mostraram um importante instrumento para o combate à excessiva litigiosidade e também tem sido responsáveis pela renovação da praxe defensiva nas demandas envolvendo a União. Em 2015, esta iniciativa recebeu a premiação especial no Innovare pela inovação no sistema de solução de conflitos.

Ainda, como destaque da incorporação da política de consensualidade no âmbito da instituição, têm-se vinculada a Consultoria Geral da União, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF). Criada em 27 de setembro de 2007 e instituída pelo Ato Regimental n.º 05/2007 inicialmente tinha o propósito de promover a solução de controvérsias no âmbito da

---

9 Este revelou que o custo unitário médio de um processo seria de R\$ 5.606,67 (cinco mil seiscentos e seis reais e sessenta e sete centavos), o tempo médio de tramitação seria de 9 anos, 9 meses e 16 dias e que o êxito na recuperação judicial do crédito seria de apenas 25,8% (vinte e cinco e oito pontos percentuais)

Administração Pública Federal direta e indireta. Mas, com o tempo e o sucesso na resolutividade dos conflitos, as atribuições foram ampliadas para também abranger os conflitos entre a Administração Federal e as pessoas jurídicas da Administração Estadual, do Distrito Federal e dos municípios. A Câmara têm se notabilizado perante a administração da justiça e a organização administrativa. Em 2008, por exemplo, recebeu menção honrosa no prêmio *Innovare* pela prática da conciliação e pela resolução de controvérsias no âmbito federal.

Com a edição da lei 13.140/2015 (mediação entre particulares e autocomposição no âmbito da Administração Pública) a esperança é que a Câmara assuma a solução de conflitos em face de particulares, inclusive, os contratados e os que são parte de qualquer relação supervisionada ou regulada pelo poder público. Ainda, com o novo Código de Processo Civil, a partir da obrigatoriedade da instalação das câmaras de mediação e de conciliação, artigo 174, a expectativa é que as atividades de mediação e de conciliação no âmbito federal sirvam de modelo para as demais esferas da federação e se observe no âmbito federal a descentralização destas atividades pelos órgãos de execução da instituição, com o alcance de um maior número de solução de controvérsias.

Em sentido semelhante ao que se verificou nos órgãos de direção e de execução da instituição, encontra-se também no âmbito da Procuradoria Geral Federal, órgão vinculado, profícuas experiências relacionadas à redução da conflitualidade judicial e à difusão da consensualidade. Desde a sua criação em 10.480/2002 a procuradoria tem investido em projetos para a prevenção dos conflitos e para permitir a realização das conciliações judiciais. Nesse sentido, identifica-se no âmbito extrajudicial os projetos de redução de demandas (portaria interministerial AGU/MPS 08/2008) e de conciliação prévia nas execuções fiscais (portaria da PGF de n.º 595/2013) e o projeto de conciliação administrativa em âmbito recursal em parceria com a Defensoria Pública da União (resolução conjunta n.º 01 INSS/CRPS).

Na seara judicial, a disseminação de práticas conciliatória e cooperativas tem rendido uma economia nos custos do processo e da litigância. Os números significativos nesse sentido do órgão começaram a ser registrados a partir da lei 10.259/01, instituidora dos juizados especiais federais. A presidência da República para regulamentar a atuação perante os juizados editou o decreto 4.250/02 o qual, por sua vez, deu ensejo a edição da portaria 505/2002 pelo Advogado Geral da União. Tal portaria previu expressamente a possibilidade de os procuradores ou de os advogados oficiantes nesta jurisdição especial realizarem acordo, sem a intervenção prévia ou a posterior da

direção superior. A autorização, no entanto, se aplicaria às hipóteses de inexistência de controvérsia jurídica e de reconhecimento de erro administrativo por autoridade competente, respeitado o teto de 60 salários mínimos, incluindo-se neste patamar a soma das 12 parcelas vincendas (se existente).

A regulamentação da conciliação nos Juizados Especiais permaneceu inalterada e regida pela portaria 505 de 2002 até a substituição pela portaria 109 de 2007 do Advogado Geral da União. A novel portaria, ainda vigente, disciplina a temática. A possibilidade de delegação desta atribuição e o tratamento mais detido da matéria referente à generalidade das ações somente veio a ocorrer com a alteração da lei 9.469/1997, inicialmente, pela medida provisória 449/2008, convertida, posteriormente, na lei 11.941/2009.

Com a novel previsão legislativa, o Advogado Geral da União editou as portarias 990 e 1156 de 2009 regulamentando a subdelegação da atribuição de autorizar a conciliação aos chefes dos diversos órgãos e carreiras da instituição. O Procurador Geral Federal, a sua vez, editou a portaria 915/2009 referendando a possibilidade de realização de acordos por parte dos procuradores federais estendendo, inclusive, esta possibilidade para as ações em tramitação no rito ordinário.

Além das hipóteses de acordo nas situações previstas na portaria da Advocacia Geral de n.º 109 de 2007 e da procuradoria de n.º 915/2009, a procuradoria regulamentou especificamente a possibilidade de conciliação nas ações de cobrança em vista dos custos do processo em detrimento do proveito econômico (portaria 377 de 2011), nas ações regressivas acidentárias (portaria 06 de 2011) e nas ações de benefício por incapacidade (portaria 258 de 2016). Os acordos, ainda, podem ser realizados em todas as situações previstas na legislação especial afeta a cada área de atuação das autarquias e das fundações públicas federais, sendo que a análise da ausência de controvérsia jurídica atinente às questões específicas deve ser realizada pela consultoria jurídica vinculada às entidades descentralizadas (art. 3º, II, e §1º, da Portaria da Advocacia Geral 109/2007 c/c art. 2º, caput e §2º, da Portaria da Procuradoria Geral Federal nº 915/2009).

No âmbito do Judiciário a consolidação do número de conciliações passou a ser uma realidade a partir da instituição da política nacional de tratamento adequado dos conflitos, já mencionada no presente artigo. Observando a diretriz desta política no tocante às estatísticas, o relatório da justiça em número do Conselho Nacional de Justiça publicado em 2016, referente ao ano base 2015, trouxe pela primeira vez o índice de conciliação – um indicador que revela o percentual de sentenças homologatórias comparado ao de sentenças terminativas e de mérito.

O índice de conciliação em relação à Justiça Federal, ramo de atuação da Advocacia Geral da União registra o percentual de 3,4% nas varas ordinárias (sendo 3,3% na fase de conhecimento e 1% em grau recursal) e de 5,6% nos Juizados. O índice é relativamente baixo quando comparado ao das demais justiças, v.g estadual e do trabalho. Apesar do baixo índice de conciliação na Justiça Federal, não se pode negar que os procuradores públicos tem sido importantes agentes nas conciliações obtidas perante o Judiciário, especialmente, nas demandas previdenciárias.

O impacto desta atuação tem sido sentido no sistema de justiça. À guisa de exemplificação têm-se a premiação da equipe de trabalho remota de benefícios por incapacidade ligada a Procuradoria Regional Federal da 4<sup>a</sup>. Região no início de 2017 no “Conciliar é Legal” do Conselho Nacional de Justiça na categoria Justiça Federal.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A breve análise proposta no artigo revelou que a Advocacia Geral da União nos seus 25 anos tomou lugar como uma das principais instituições do sistema de solução de conflitos envolvendo o interesse público. Nos seus anos de existência, a instituição evoluiu administrativamente e ganhou racionalidade na prestação dos serviços essenciais à Administração e à justiça.

No que toca à dimensão essencial à justiça, que foi analisada pelo prisma da representação judicial, evidenciou-se que a instituição assimilou a cultura de consensualidade e tem sido responsável por assegurar a prevenção de conflitos e reduzir a litigiosidade no âmbito das demandas envolvendo as pessoas jurídicas de direito público da Administração Direta e Indireta.

Através de um recorte da atuação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, da Procuradoria Geral de União, da Consultoria Geral da União e da Procuradoria Geral Federal demonstrou-se a consolidação de uma pauta de atuação cooperativa e consensual envolvendo o poder público federal.

Todo o analisado deixou claro o quanto a adesão à política consensual tem transformado o tradicional paradigma defensivo da instituição e o quanto a instituição e os seus órgãos de execução têm assumido importância na distribuição da justiça e no combate à demora processual. Nestes 25 anos porque não dizer: A Advocacia Geral da União tem se portado como uma instituição essencial à segurança e à solução das relações jurídicas controvertidas de interesse público.

## REFERÊNCIAS

ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO. *Panorama 2017*. Disponível em: <[https://agudf.sharepoint.com/sites/RedeAGU/SitePages/Atua%C3%A7%C3%A3o-da-AGU-evitou-sa%C3%ADda-de-R\\$-1,05-trilh%C3%A3o-dos-cofres-p%C3%BAblicos-em-2017.aspx?web=1](https://agudf.sharepoint.com/sites/RedeAGU/SitePages/Atua%C3%A7%C3%A3o-da-AGU-evitou-sa%C3%ADda-de-R$-1,05-trilh%C3%A3o-dos-cofres-p%C3%BAblicos-em-2017.aspx?web=1)>. Acesso em: 20 mar. 2017.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. *O uso da justiça e o litígio no Brasil*, 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/uso-justica-litigio-brasil-pesquisa-amb.pdf>>. Acesso em: 3 nov. 2015.

CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda. As demandas repetitivas de direito público e o princípio da procedimentalização da isonomia. In: MORAES, Vânia Cardoso André (coord.). *As demandas repetitivas e os grandes litigantes*: possíveis caminhos para a efetividade do sistema de justiça brasileiro. Brasília: Enfam, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em: 9 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Diagnóstico sobre as causas de aumento das demandas judiciais cíveis, mapeamento das demandas repetitivas e propositura de soluções pré-processuais, processuais e gerenciais à morosidade da Justiça. *Fundação Getúlio Vargas*. 2010a. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/%20relat\\_pesquisa\\_fgv\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/%20relat_pesquisa_fgv_edital1_2009.pdf)>. Acesso em: 1 jul. 2016.

\_\_\_\_\_. Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial (em matéria fiscal) a partir da identificação de contenciosos cuja solução deveria ser tentada previamente na esfera administrativa. *Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. 2010b. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat\\_pesquisa\\_ufrgs\\_edital1\\_2009.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_ufrgs_edital1_2009.pdf)>. Acesso em: 15 out. 2016.

\_\_\_\_\_. *100 maiores litigantes*. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: [http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa\\_100\\_maiores\\_litigantes.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf)> Acesso em: 1 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. *Justiça em Números*. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Brasília: CNJ, v 1, p. 404, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/pj-justica-em-numeros>>: Acesso em: 10 jan. 2016

CUNHA, Luciana Gross. et al. *Índice de Confiança na Justiça*. Relatório ICJBrasil - 1 semestre 2017. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>> . Acesso em: 22 dez. 2016.

DELGADO, José Augusto. *A imprevisibilidade das decisões judiciais e seus reflexos na segurança jurídica*. 2007. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/74120>>. Acesso em: 22 fev. 2018.

Instituto De Pesquisa Econômica Aplicada. *Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN)*, 2012. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120103\\_comunicadoipea127.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/120103_comunicadoipea127.pdf)> . Acesso em: 1 mar. 2018.

KUHN, Paulo Henrique. Gerenciamento das demandas repetitivas pela Administração Pública: dificuldades encontradas e possíveis soluções a serem adotadas na perspectiva da Procuradoria Geral da União. In: *Seminário demandas repetitivas na Justiça Federal: possíveis soluções e processuais e gerenciais*, 28 fev. e 1 mar. 2013. Centro de Estudos Judiciários, Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2013. (Série cadernos do CEJ, 29).

LIMA, Carlos Eduardo Dantas de Oliveira. Evolução da conciliação na Procuradoria-Geral da União. In: *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 19, n. 3929, 4 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27177>>. Acesso em: 6 fev. 2018.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A constitucionalização da solução pacífica dos conflitos na ordem jurídica de 1988*. 2012a. 157 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2012.

SADEK, Maria Tereza Aina. *Judiciário: mudanças e reformas*. Estud. av. [online]. 2004, v. 18, n. 51, p. 79-101. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142004000200005&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200005&lng=pt&nrm=iso)> Acesso em: 2 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Acesso à Justiça: visão da sociedade. In: *Revista Justitia*, São Paulo, v. 65, n. 198, p. 271-279, jun. 2008.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. História e evolução Advocacia-Geral da União In: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (coords.). *Advocacia de Estado: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antônio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIEIRA, Pedro Gallo; FARO, Julio Pinheiro. Um inventário sobre a Advocacia de Estado no Direito Comparado Sul-Americano In: PEDRA, Adriano Sant'Ana (coord.). *Advocacia pública de estado: estudos comparativos nas democracias euro-americanas*. Curitiba: Juruá, 2014.

VALIATI, Thiago Priess. *O princípio constitucional da segurança jurídica nos setores de infraestrutura: a segurança como dever dos Poderes Público e como direito dos agentes econômicos*. 2016. 234f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Faculdade de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

---

# POLÍTICA DE LENIÊNCIA E A SEGURANÇA JURÍDICA CONFERIDA PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

*LENIENCE POLICY AND THE LEGAL CERTAINTY  
CONFERRED BY ATTORNEY-GENERAL'S OFFICE*

---

*Erik Noleta Kirk Palma Lima*

*Mestre pela Universidade de Brasília em Direito, Estado e Constituição. Especialista em direito público pelas Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central. Especialista em Direito e Contemporaneidade pela Escola da Magistratura do Distrito Federal - ESMA/DF. Advogado da União em atividade na Coordenação de Improbidade na Procuradoria-Regional da União da 1ª Região.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Sistemática dos acordos de leniência; 2 Distanciamento entre a previsão legal e a prática de alguns acordos de leniência no âmbito federal; 3 A questão da segurança jurídica nos acordos de leniência realizados fora dos contornos da Lei Anticorrupção; 4 A atuação da AGU nos acordos de leniência; 5 A atuação isolada e alternativas/possibilidades de adaptação do modelo de leniência no combate à corrupção; 6 Considerações Finais; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo procede a análise sobre a política de leniência e a forma como a atuação da Advocacia-Geral da União tem o condão de garantir segurança jurídica aos acordos de leniência. No Brasil o acordo de leniência ainda é um assunto controvertido. Com a sucessão de algumas leis, a legitimidade ativa realizar a pactuação passou a ser objeto de disputa judicial. Diante de tal cenário, o presente estudo tece considerações sobre a idealização legal do mecanismo de leniência, o contexto em que se insere a ferramenta, os riscos atuais à segurança jurídica, a atuação da Advocacia-Geral da União visando restaurar a normalidade legal e as possibilidades de desenvolvimento futuro. O acordo de leniência é uma poderosa peça no sistema anticorrupção, razão pela qual somente com a atuação conjunta dos atores envolvidos será possível aproveitar toda a sua capacidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo. Lei Anticorrupção. Acordo de Leniência. Segurança Jurídica. Advocacia-Geral da União.

**ABSTRACT:** This essay analyzes the leniency policy and the way Attorney-General's Office can guarantee legal certainty to leniency agreement. In Brazil the leniency agreement is still a controversial question. After the succession of acts, the active legitimacy to settle the agreement become object of judicial dispute. Due to this scenario, the present study talk about how leniency mechanism is predicted in the Anticorruption act, the context in which this leniency tool is inserted, current risks to legal certainty, how Attorney-General's Office is acting to restore legal normality and the possibilities of development. The leniency agreement is a powerful part of the anticorruption system, which is why the only way that is possible to take advantage of all its capacity is all the legitimate authorities acting together.

**KEYWORDS:** Administrative Law. Anticorruption Act. Leniency Agreement. Legal Certainty. Attorney-General's Office.

## INTRODUÇÃO

Como espécie de ato jurídico convencional, o acordo de leniência tem gerado diversas dúvidas e questionamentos sobre seus limites. O próprio grau de sensibilidade das questões que permeiam o referido acordo, aliado as repercussões em diversas searas e órgãos, tem ocasionado incertezas jurídicas que merecem maiores reflexões e desenvolvimento. É justamente diante desse ambiente de dúvidas que a presente pesquisa se propõe a debater o estado atual de utilização do mecanismo de leniência, bem como o papel exercido pela Advocacia-Geral da União (AGU).

O primeiro tópico do presente trabalho está direcionado a apresentação do instrumento acordo de leniência. Considerando se tratar de uma novidade recente no ordenamento jurídico pátrio, dado os contornos assumidos após a Lei nº 12.846/13, o estudo principia por explicitar brevemente os contornos do negocio jurídico de leniência.

Na sequencia, o tópico seguinte é voltado para a caracterização atual que o acordo de leniência assumiu. Mesmo diante da expressa previsão legal, a regulamentação levada a efeito por parte do Ministério Público Federal (MPF) alterou os contornos do que foi inicialmente objetivado pela *mens legis*. Desta feita, as pesquisas se debruçaram sobre a formatação recebida pelo instituto na praxe ministerial

Por sua vez, o terceiro tópico aborda a insegurança jurídica causada pelos acordos de leniência celebrados pelo MPF no âmbito da alcunhada operação lava jato. Não obstante o que consta expressamente na lei, existe hoje uma discussão que envolve o Poder Judiciário, o MPF, a AGU e o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU). A questão retratada diz respeito a legitimidade ativa para celebrar acordos de leniência, bem como o destino que vão receber os acordos realizados pelo MPF.

No quarto item do presente artigo se desenvolve a análise da atuação da AGU nos acordos de leniência. As várias repercussões judiciais que o instrumento de leniência pode gerar, e que redundaria em insegurança para as instituições colaboradoras, é considerado o grande mote de atuação do órgão de representação judicial do Poder Executivo federal. Ademais, há que se ressaltar que o sucesso e efetividade de medidas que venham a ser utilizadas no âmbito das tratativas são de atuação da AGU, razão pela qual referido órgão garante a segurança jurídica do pacto para ambos os lados.

O derradeiro item propicia uma análise sobre as alternativas viáveis para atuação conjunta dos diversos órgãos federais. Sem desconsiderar as atribuições legalmente conferidas a cada órgão e ente político, é possível

observar uma movimentação da AGU no sentido de buscar reforçar a segurança jurídica dos acordos de leniência conclamando os demais órgãos a atuarem, de alguma forma, conjuntamente. Paralelamente, será abordado a existência de propostas legislativas que buscam alterar a atual sistemática.

Em todo caso, seja(m) qual(is) for(em) o(s) modelo(s) adotado(s) para o acordo de leniência, é imprescindível que a solução perpassa pelo diálogo próximo entre os órgãos e entes envolvidos. A perspectiva do trabalho isolado não abarca a necessária segurança jurídica requerida para a política de leniência. Outrossim, e não obstante a necessidade de comunicação entre os atores envolvidos nos acordos de leniência, não se pode perder de vista o respeito com o espaço de atuação de cada órgão e ente. Todavia, não obstante o diálogo seja salutar, não se está defendendo a superposição de um órgão sobre a atribuição de outro. É importante encontrar um nível de convivência harmônica e cooperativista na busca pelo bem comum.

## 1 SISTEMÁTICA DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA

O acordo de leniência é uma política de Estado desempenhado por diversos órgãos e entes políticos. A introdução de tal ferramenta no microsistema de anticorrupção nacional busca otimizar a efetividade e eficiência no objetivo estatal de identificar e reprimir ilícitos e condutas lesivas ao erário (FIDALGO; CANETTI, 2015, p. 254-255). No cerne, há uma espécie de barganha limitada entre a instituição *insider*, que visa garantir benefícios exculpantes, e o Estado, interessado em obter informação relevante sobre infrações que possivelmente não seriam detectadas ou comprovadas adequadamente sem a participação do agente colaborador.

O antecedente mais remoto da política de leniência no Brasil ocorreu com a edição da Medida Provisória nº 2.055-4/2000, posteriormente convertida na Lei nº 10.149/2000, responsável por incluir os artigos 35-B e 35-C na Lei nº 8.884/94 (Lei de Defesa à Concorrência). Em resumo, os acordos deveriam ser celebrados entre a União, pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, e pessoa(s) física(s) ou jurídica(s) autora(s) de infração à ordem econômica, independentemente de aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Hoje a referida legislação foi revogada pela Lei nº 12.529/2011 (Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC), que conta com previsão de celebração de acordo de leniência nos artigos

86 e 87. Atualmente, os atos que envolvam infração à ordem econômica o acordo de leniência é firmado pelo CADE, por intermédio da Superintendência-Geral. O acordo pode ser estabelecido com pessoas físicas ou jurídicas, com a possibilidade de extinção da ação punitiva por parte da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável.

O acordo de leniência realizado no âmbito do CADE (seara administrativa) tem influência sobre o processo criminal<sup>1</sup>. A celebração do referido acordo tem o condão de suspender persecução penal em trâmite, impede o início do processo penal e, além disso, enseja a extinção da punibilidade quando cumprido o acordo<sup>2</sup>.

Por outro lado, com espectro maior de aplicação, foi editada a Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção), regulamentada pelo Decreto 8.420/2015, bem como a Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278/2016. Diferente da legislação anteriormente mencionada, a Lei Anticorrupção aplica-se somente a pessoas jurídicas e entes congêneres<sup>3</sup> pela prática de atos lesivos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Sendo assim, é possível afirmar, desde já, que as previsões de acordo de leniência contidas na Lei Anticorrupção não têm aplicação em favor de pessoa física.

Outrossim, é possível perceber que o acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção não abrange o âmbito penal. Aliás, sequer no âmbito cível há o perdão de todas as condutas. As sanções aplicadas com base na mencionada lei não afetam os processos de responsabilização e aplicação de penalidades por:

I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992; e

1 Desde o revogado art. 35-C da Lei nº 8.884/94: “Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia”.

2 Nos termos do art. 87, parágrafo único, da Lei nº 12.529/2011. “Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo”.

3 Conforme previsão do Parágrafo único, do Art. 1º, também estão sob a égide da Lei Anticorrupção as “sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente”.

II - atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011<sup>4</sup>.

Antes de se cogitar de qualquer tipo de acordo entre entes públicos e a instituição infratora é imperativo apurar dois pontos: 1 - a efetiva ocorrência de atos previstos na lei Anticorrupção; 2 - a amplitude dos efeitos irradiados por tais atos. Com vistas a realizar um trabalho minucioso, as investigações sobre atos lesivos devem, preferencialmente, ocorrer no bojo de um processo administrativo de responsabilização (PAR)<sup>5</sup>. Referido processo tem por objetivo não só apurar a ocorrência de ilícitos, mas também garantir o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, à instituição investigada.

Não há qualquer tipo de exclusividade na instauração e condução de um PAR, de modo que cabe à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário referido desiderato. Desta feita, no que tange a atos praticados contra o Poder Executivo federal ou administração pública estrangeira, a competência para instauração e condução do PAR foi concentrada no Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU).

A CGU conta com um papel muito importante no âmbito do PAR. Segundo leciona Di Pietro (2017, p. 1040) “a CGU atua como órgão controlador, hierarquicamente superior àqueles que promovem a instauração do processo administrativo”.

Considerando que os acordos de leniência podem ser celebrados no bojo de um PAR, a Lei Anticorrupção dotou as mesmas autoridades com competência para celebração de acordos de leniência. Conforme pode se observar, o acordo não conta com a necessária participação do Poder Judiciário quando realizado pelos Poderes Executivo e Legislativo.

Caso o PAR seja pela conclusão do reconhecimento pela prática do ilícito, a decorrência lógica é que a instituição infratora deverá reparar o dano causado e receber demais penalidades. Todavia, antes de chegar a tal ponto, é possível que seja entabulado um acordo de leniência no bojo do PAR com redução em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável, a depender dos resultados alcançados.

Dentre os consectários necessários, o acordo de leniência deve resultar na identificação dos demais envolvidos na infração e,

<sup>4</sup> Nos termos do art. 30, incisos I e II, da Lei Anticorrupção.

<sup>5</sup> Cf. artigos 8º a 15 da Lei Anticorrupção.

quando couber, a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração. Ademais, para fazer jus ao acordo, a entidade deve ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito, cessar o envolvimento na infração investigada, admitir a participação no ilícito e cooperar com as investigações. Todavia, no que diz respeito ao último requisito, caso a proposta de acordo de leniência seja rejeitada não importará no reconhecimento do ilícito perante as searas competentes.

Vale salientar ainda que não há parâmetros estanques para os termos estabelecidos em um acordo de leniência. O art. 16, §4º, da Lei Anticorrupção prevê expressamente que o “acordo de leniência estipulará as condições necessárias para assegurar a efetividade da colaboração e o resultado útil do processo”. Desde que não afete os objetivos estabelecidos na legislação, algumas cláusulas são definidas por mútuo consentimento das partes, de modo a prever uma série de obrigações como, por exemplo, multa, ressarcimento, estabelecimento de programa de *compliance* e etc.

Dentre as possibilidades previstas na Lei Anticorrupção, no âmbito cível, pode ocorrer o perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente, obtidos da infração, suspensão ou interdição parcial de suas atividades, dissolução compulsória da pessoa jurídica e proibição de contratar com o poder público por prazo determinado. Todas as penalidades são aplicáveis, isoladas ou cumulativamente, e sem prejuízo do ressarcimento integral do dano causado, nos termos do art. 16, § 3º, da Lei Anticorrupção.

De toda forma, um acordo de leniência pode ser vantajoso para a instituição infratora ante as variadas e pesadas penalidades previstas. Dentre as sanções que podem ser mitigadas, a entidade envolvida em ilícito pode receber redução da multa – que tem valor variável entre 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício da entidade –, além de dispensa da publicação extraordinária da decisão condenatória e, principalmente, manter relação com órgãos ou entidades públicas e instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público.

## **2 DISTANCIAMENTO ENTRE A PREVISÃO LEGAL E A PRÁTICA DE ALGUNS ACORDOS DE LENIÊNCIA NO ÂMBITO FEDERAL**

Ainda que a Lei Anticorrupção enuncie de maneira clara e objetiva as nuances que compõe o acordo de leniência, conforme tópico anterior, a prática tem mostrado outra realidade. Dentre as “alterações fáticas”

realizadas no texto legal, uma das mais simbólicas diz respeito a legitimidade ativa para entabular acordos de leniência no âmbito federal. Nos últimos anos é possível perceber que o MPF tomou para si o protagonismo de encetar os acordos de leniência em âmbito federal, o que não conta com amparo legal.

Desde a deflagração da alcunhada operação lava jato – meados de 2014 –, o MPF desenvolveu uma ampla atuação em diversas searas. No âmbito cível, *per se*, o MPF decidiu entabular acordos de leniência com algumas entidades envolvidas na referida operação.

Importante observar que, mesmo com as alterações promovidas pela Medida Provisória nº 703/2015 (Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência), nunca houve autorização legal para que o MPF celebrasse autônoma e isoladamente acordos de leniência.

Em verdade, conforme constava da redação do art. 16, modificado pela mencionada Medida Provisória, a atuação do Ministério Público deveria ocorrer somente em conjunto com o ente lesado:

Art. 16. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão, no âmbito de suas competências, por meio de seus órgãos de controle interno, de forma *isolada ou em conjunto com o Ministério Público* ou com a Advocacia Pública, celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados e previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo, de forma que dessa colaboração resulte: (grifo nosso)

Desde o término de vigência da mencionada Medida Provisória (29/05/2016) a redação do art. 16 voltou a ser:

Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte:

Um dos elementos responsáveis por garantir segurança jurídica é a legitimidade ativa para a realização dos acordos de leniência. Nos termos da Lei Anticorrupção, conforme redação atual, o MPF não goza de tal legitimidade. Sendo assim, as entidades que celebram acordos com o *Parquet* estão sujeitas a atuação dos demais entes e órgãos previstos na legislação (entre eles AGU, CGU, CADE e TCU).

Em que pese o contexto de legitimidade, o MPF decidiu expedir regulamentação própria sobre o assunto. Por intermédio da Orientação nº 07/2017, editada em 24 de agosto de 2017, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do MPF parametrizou em 18 itens as negociações, tratativas e formalização do acordo de leniência realizado por membro do MPF.

Vários aspectos da legislação sobre os acordos de leniência foram modificados para a realidade do MPF. Segundo versa os itens que consta da Orientação nº 07/2017, diferente da previsão da Lei Anticorrupção - que determina a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública a realização do acordo de leniência -, qualquer membro do MPF, ainda que isoladamente, pode pactuar um acordo de leniência, desde que submeta previamente a apreciação da 5ª CCR.

Outro ponto interessante da regulamentação propalada pelo MPF diz respeito a aparente vinculação na atuação das pessoas naturais e pessoas jurídicas, com prevalência da primeira. Conforme deflui do item 2, da Orientação nº 07/2017:

Na hipótese de haver interesse de pessoas naturais na celebração de acordo de colaboração premiada, o início das negociações do acordo de leniência deve se dar concomitante ou posteriormente à negociação do acordo de colaboração premiada, no âmbito criminal.

É possível notar que a vocação criminal do MPF está prevalecendo na escolha de precedência entre os dois tipos de acordo. Ainda que não haja posição indene de críticas, é imperativo perquirir se a apuração criminal deveria gozar de maior importância/urgência do que a apuração cível, ou se ambas seriam de igual peso/valor. Considerando os objetivos e atuação da instituição MPF, sobressai que a opção pelo acordo de colaboração premiada faz sentido, mas cabe salientar que não há qualquer previsão legal que ampare referida escolha.

Referida posição resta bem clara diante da leitura do Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ª CCR (2017, p. 63), conforme reverbera o seguinte trecho:

Resta claro que o Ministério Público, que atua qualificadamente em matéria criminal, por ser o titular exclusivo da persecução penal pública e dispor dos correlatos poderes requisitórios, deve ter atribuição negocial para acordos coligados ou conexos, que justificam a participação da pessoa jurídica nas tratativas e execução do acordado, através, portanto, de leniência, fundamentando a segurança jurídica e a base negocial.

Não se deve perder de vista que há diversas e importantes diferenças entre os institutos. O acordo de leniência, além de se restringir as pessoas jurídicas, está lastreado em responsabilidade objetiva, nos termos do art. 2º, da Lei Anticorrupção. Por outro lado, a colaboração premiada, ligada a pessoas físicas no âmbito criminal, ocorre em um ambiente de responsabilização subjetiva. O fato do MPF atuar com propriedade na colaboração premiada não implica necessariamente em uma ótima atuação nos acordos de leniência, em que pese existir essa possibilidade.

Outra questão que enseja dúvida na orientação da 5ª CCR diz respeito ao item 5. Versa tal dispositivo sobre a necessidade de que as negociações para a viabilização de um acordo de leniência sejam realizadas por mais de um membro do MPF, com a observação de que seja, na medida da possível, abarcada as áreas de atuação criminal e de improbidade administrativa. Em leitura conjunta com o item 1, que expressamente prevê a formalização de acordo de leniência por membro do MPF (no singular), resta concluir que a negociação deve ser realizada com mais de um membro, mas a conclusão pode ser levada a efeito por apenas um - dada as questões de independência funcional da carreira.

Nos termos da previsão do PAR, criado pela Lei Anticorrupção, o MPF criou um procedimento correlato no item 6 da Orientação nº 07/2017, chamado de Procedimento Administrativo do Acordo de Leniência. Diferente da regulamentação do PAR, o procedimento administrativo do MPF prevê apenas o registro das reuniões realizadas entre os interessados, com as informações sobre data, lugar, participantes e breve sumário dos assuntos tratados. Não houve qualquer tipo de regulamentação sobre prazos, recursos ou outros desdobramentos.

Na sequência, o item 7 da Orientação nº 07/2017 enuncia as cláusulas mínimas que devem constar do acordo de leniência. Questão interessante presente nas cláusulas que devem constar do acordo encetado pelo MPF é a previsão legal citada. Em que pese não constar como órgão previsto na legislação, o item 7.1 menciona os artigos 16 a 21 da Lei nº 12.846/2013, como base jurídica para os membros do MPF celebrarem acordos de leniência.

Por fim, após assinado o acordo de leniência, o membro do MPF deve submeter o Procedimento Administrativo do Acordo de Leniência para homologação da 5ª CCR. Somente com a homologação é que o acordo passa a produzir seus efeitos, de modo que a fiscalização do cumprimento fica a cargo do membro do MPF.

Com as anteriormente expostas nuances que o MPF regulamentou e está atuando em atribuição que foi conferida pela Lei Anticorrupção somente à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

### **3 A QUESTÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA REALIZADOS FORA DOS CONTORNOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO**

No dia 1º de dezembro de 2016, a força-tarefa da operação lava jato no MPF firmou acordo de leniência com a empresa Odebrecht S.A. Em tal acordo a referida empresa se obrigou a pagar o equivalente a R\$ 3.828.000.000,00, que, segundo estimativas, após a aplicação de variação da Selic, resulta, ao final, no valor estimado de R\$ 8.512.000.000,00<sup>6</sup>.

Muito embora o valor apontado no referido acordo de leniência possa ser considerado elevado, antes do MPF celebrar acordo com a empresa Odebrecht o Tribunal de Contas da União (TCU) já apontava outros valores. Conforme consta de notícia veiculada no sítio do TCU<sup>7</sup>, no período entre 2002 e 2015, apenas o conjunto de contratos com indícios e provas de condutas irregulares na Diretoria de Abastecimento da Petrobras, o valor do dano encontrado foi da ordem de R\$ 5,7 bilhões a valores históricos e de R\$ 8,9 bilhões ao se aplicar um reajuste inflacionário pelo IPCA.

O TCU, no entanto, estimou que o prejuízo poderia chegar a R\$ 29 bilhões, caso o escopo dos estudos seja ampliado para além da Diretoria de Abastecimento da Petrobras, na hipótese de o cenário verificado na amostra dos 136 contratos se reproduzir, com o mesmo comportamento estatístico, nos contratos assinados pelas demais diretorias.

Em vista de tais informações, a AGU ingressou em 30/05/2016 com quatro ações de improbidade administrativa com pedido de indisponibilidade contra a empresa Odebrecht e 19 envolvidos em irregularidades investigadas pela operação lava jato. Dentre os pleitos, um dos principais objetivos consiste na condenação dos envolvidos em ressarcir os cofres públicos e a pagar multa, no valor total de

6 Dados que constam de notícia publicada no sítio do MPF. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-firma-acordos-de-leniencia-com-odebrecht-e-braskem>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

7 Disponível em: <<http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-estima-dano-decorrente-de-cartel-em-licitacoes-da-petrobras-1.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

R\$ 23 bilhões<sup>8</sup>. Segundo o que consta das ações, os valores cobrados correspondem ao sobrepreço médio de 17% identificado nos contratos fraudados, conforme apontado pelo TCU<sup>9</sup>.

Ocorre que, não obstante ter sido concedido em um primeiro momento, após o MPF noticiar que havia realizado acordo de leniência com a empresa Odebrecht, o juízo da 1ª Vara Federal de Curitiba revogou a decisão sobre indisponibilidade de patrimônio da referida empresa no bojo dos autos nº 5025956-71.2016.404.7000.

A partir de então se inicia a discussão sobre segurança jurídica nos acordos de leniência. Em recurso contra a decisão que revogou a indisponibilidade de bens da empresa Odebrecht, a AGU argumentou que o acordo não afasta o interesse no ressarcimento integral do dano, considerando o valor a menor pactuado pelo MPF. Segundo está consignado no recurso dirigido ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), a CGU, e não o MPF, é o órgão competente para a celebração de acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, de modo que o acordo firmado entre a empresa e o MPF não vincula a União, o CADE ou a Petrobras.

Em sede liminar, o Desembargador Federal Fernando Quadros da Silva acolheu os argumentos da AGU e deferiu o pedido de concessão de efeito suspensivo ao agravo de instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000, para manter a indisponibilidade de bens das empresas Odebrecht. Conforme consta de trecho da decisão, “carece de amparo legal a eficácia do Acordo de Leniência firmado entre o Ministério Público Federal com a empresa Odebrecht, no âmbito da presente ação de improbidade administrativa”.

Por ocasião do julgamento colegiado do agravo de instrumento a 3ª Turma do TRF-4 manteve a decisão monocrática anteriormente concedida. Na ementa constou o seguinte:

Direito Administrativo. Agravo De Instrumento. Ação De Improbidade Administrativa. Lei De Improbidade Administrativa. Lei Anticorrupção. Microsistema. Acordo De Leniência. Vício De Competência. Indisponibilidade De Bens. Determinada.

[...]

8 Apenas para se ter uma ideia, no conjunto total de seis de ações manuseadas pela AGU ao longo de 2015/2017, são cobrados mais de R\$ 40 bilhões. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/540800](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/540800)>. Acesso em: 16 mar. 2018.

9 Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/411785](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/411785)>. Acesso em: 16 mar. 2018.

10. A autoridade competente para firmar o acordo de leniência, no âmbito do Poder Executivo Federal é a Controladoria Geral da União (CGU).

11. Não há impedimentos para que haja a participação de outros órgãos da administração pública federal no acordo de leniência como a Advocacia Geral da União, o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União, havendo, portanto, a necessidade de uma atuação harmônica e cooperativa desses referidos entes públicos.

12. O acordo de leniência firmado pelo Grupo Odebrecht no âmbito administrativo necessita ser re-ratificado pelo ente competente, com participação dos demais entes, levando-se em conta o ressarcimento ao erário e a multa, sob pena de não ensejar efeitos jurídicos válidos.

13. Enquanto não houver a re-ratificação do acordo de leniência, a empresa deverá permanecer na ação de improbidade, persistindo o interesse no bloqueio dos bens, não porque o MP não pode transacionar sobre as penas, mas porque o referido acordo possui vícios que precisam ser sanados para que resulte íntegra sua validade, gerando os efeitos previstos naquele ato negocial.

14. Provido o agravo de instrumento para determinar a indisponibilidade de bens das empresas pertencentes ao Grupo Odebrecht.

A relatora do recurso, desembargadora federal Vânia Hack de Almeida, defendeu que a celebração de acordo de leniência sem a participação das autoridades indicadas pela Lei Anticorrupção enseja vício. De fato, a Magistrada afirma em seu voto que o acordo de leniência entre o MPF e a empresa Odebrech é dotado de nulidade absoluta, haja vista a ausência da CGU nas tratativas. Conforme consta do voto:

Contata-se, dessa maneira, vício no acordo de leniência sob exame, o que, entretanto, não leva à nulidade do ato negocial, pela possibilidade de ratificação pela CGU, ou re-ratificação, com participação dos demais entes, levando-se em conta o aspecto a seguir examinado, qual seja o ressarcimento ao erário e a multa.

Afasta-se a nulidade absoluta do negócio jurídico também em respeito ao princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança, conforme acima mencionado. O acordo de leniência firmado não pode ser uma armadilha para a empresa que recebe o lenitivo.

Sendo assim, e nos termos do citado precedente, resta claro que os acordos de leniência realizados pelo MPF somente são válidos com a participação das autoridades enunciadas na Lei Anticorrupção. Na presente hipótese do acordo de leniência entre MPF e a empresa Odebrecht, a segurança jurídica somente será preservada com a ratificação pela CGU.

#### 4 A ATUAÇÃO DA AGU NOS ACORDOS DE LENIÊNCIA

Diante da discussão sobre segurança jurídica nos acordos celebrados pelo MPF com base na Lei Anticorrupção, é imperativo ressaltar o papel exercido pela AGU ao buscar atuação conjunta com a CGU nos acordos de leniência. Por intermédio da Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278/2016, art. 3º, §2º, ficou estabelecido formalmente que a AGU participará das tratativas sobre a proposta de acordo de leniência:

Art. 3º A proposta de acordo de leniência apresentada nos termos do art. 31 do Decreto nº 8.420, de 2015, será dirigida à Secretaria-Executiva do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU.

[...]

§2º O Secretário-Executivo do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União - CGU, após recebida a proposta de acordo de leniência, comunicará à Advocacia-Geral da União, que indicará um ou mais advogados públicos para comporem a comissão de negociação de eventual acordo de leniência, a ser designada nos termos do inciso I do art. 4º desta Portaria.

A partir da referida Portaria Interministerial, todas as negociações da CGU para a viabilização de acordo de leniência contam com o acompanhamento de um ou mais membros da AGU. O objetivo principal da participação da AGU é “avaliar a vantagem e procedência da proposta da empresa em face da possibilidade de propositura de eventuais ações judiciais”, além das questões jurídicas que possam ocorrer durante as tratativas, nos termos do art. 5º, §§ 4º e 5º, da citada Portaria.

O acordo de leniência somente é celebrado caso conte com a aceitação de todas as partes, quais sejam, as autoridades máximas

da CGU e AGU<sup>10</sup>, além do representante da entidade infratora. Considerando os papéis de cada um dos órgãos envolvidos, a CGU avalia os aspectos materiais do acordo de leniência, relativos a reparação do dano, repressão do ilícito, esclarecimento dos fatos dentre outros. De outra banda, a AGU tem por atribuição os aspectos formais do acordo, na medida em que analisa questões jurídicas e a viabilidade/necessidade de medidas judiciais para garantir os fins propostos pela negociação realizada pela CGU.

É o que sobressai da atribuição garantida a AGU no art. 19, caput e §4º da Lei Anticorrupção:

Art. 19. Em razão da prática de atos previstos no art. 5o desta Lei, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras:

[...]

§ 4º O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7o, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé.

Ademais, e nos termos do art. 131 da Constituição Federal de 1988, a AGU é a instituição que representa a União, judicial e extrajudicialmente. A participação do órgão de atuação judicial da União durante as tratativas sobre o acordo de leniência tem o condão de, além de robustecer a segurança jurídica do pacto, viabilizar a adoção de medidas judiciais céleres e com qualidade.

Com tais escopos, a sinergia encontrada entre CGU e AGU gerou o primeiro acordo de leniência no âmbito da operação lava jato. O acordo celebrado foi com a empresa UTC Engenharia e prevê o pagamento, entre multa e reparação, no montante de R\$ 574 milhões que, corrigido

<sup>10</sup> Nesse sentido é o que consta do art. 7º, parágrafo único, da Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278/2016.

pela taxa Selic, pode chegar ao valor de R\$ 3,1 bilhões ao final do prazo de pagamento<sup>11</sup>.

Por outro lado, não se deve olvidar que AGU e CGU também realizam acordos de leniência em hipóteses que não envolvem a operação lava jato<sup>12</sup>. Após confirmar, por meio de auditoria independente, irregularidades em contratos administrativos com a Marinha do Brasil, a empresa austríaca Bilfinger Maschinenbau GmbH & Co KG procurou a CGU para iniciar tratativas visando entabular um acordo de leniência. Ao final das negociações com a CGU e AGU, a empresa se comprometeu a ressarcir aos cofres públicos na quantia de R\$ 9,8 milhões, montante que abarca pagamentos de multa e reparação do dano.

## **5 A ATUAÇÃO ISOLADA E ALTERNATIVAS/POSSIBILIDADES DE ADAPTAÇÃO DO MODELO DE LENIÊNCIA NO COMBATE À CORRUPÇÃO**

Ponto nevrálgico, atualmente, para o bom funcionamento do instituto negocial da leniência está relacionado aos riscos gerados pela falta de compatibilização das diversas instâncias punitivas. Em que pese a mencionada atuação conjunto entre AGU e CGU, é possível visualizar a ausência de efetiva cooperação interinstitucional com outras instâncias do poder público. Além dos referidos órgãos, é importante contar com a atuação do TCU e do MPF.

O TCU é o órgão que tem por missão a fiscalização do gasto de recursos públicos federais. Nesse sentido, a expertise em identificar irregularidades e quantificar eventuais prejuízos causados deve ser considerando para a inserção do referido órgão em algum momento do procedimento de celebração de um acordo de leniência.

A seu turno, o MPF também conta importante papel no combate a corrupção. Além da profícua sapiência adquirida na investigação de ilícitos penais, o MPF conta com expertise oriunda da experiência na celebração de colaboração premiada. Contudo, os referidos atributos não podem ser vistos como uma necessária atuação proeminente em relação aos demais atores.

Questão intrincada é a aparente atual ausência de sintonia do MPF com a prática efetiva da política de leniência prevista na legislação. Tal posicionamento se justifica em virtude de algumas recentes posições adotadas pelo MPF quando o assunto se refere a acordos de leniência.

11 Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/07/cgu-e-agu-assinam-acordo-de-leniencia-com-o-utc-engenharia>>. Acesso em: 17 mar. 2018.

12 Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/588202](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/588202)>. Acesso em: 17 mar. 2018.

Entre outras ações, há duas atitudes ministeriais que mais chamam a atenção para gerar interferência na possível ressonância entre os órgãos que combatem a corrupção: 1 - a decisão do TRF-4 sobre o acordo de leniência do MPF com a empresa Odebrech; 2 - o Estudo Técnico nº 01/2017 - 5ª CCR.

Após o julgamento pela 3ª Turma do TRF-4 do agravo de instrumento nº 5023972-66.2017.4.04.0000, referido no tópico 3, no dia 23 de agosto de 2017, o MPF publicou notícia no sentido de que “discorda de decisão sobre acordo de leniência”<sup>13</sup>. A notícia publicada dá conta de que os membros do MPF que atuam na operação lava jato, bem como o Grupo de Trabalho da 5ª CCR, discordam da decisão que confirma o MPF não ter legitimidade autônoma para celebrar acordos de leniência. De fato, em consulta aos autos no site do TRF-4 é possível constatar que houve recurso de embargos de declaração por parte do MPF.

Outrossim, o Estudo Técnico nº 01/2017 - 5ª CCR (2017, p. 63/64 e 67) também apresenta posição institucional que, a princípio, aparenta desconsiderar o papel dos demais órgãos envolvidos:

Sem a intervenção ministerial nas negociações de acordos de leniência, eventuais condutas delituosas cometidas pelos responsáveis da empresas envolvidas podem não vir a ser detectadas adequadamente ou sequer se tornar conhecidas pelo Estado, afetando o exercício de seu poder-dever de persecução criminal, dada a possibilidade de que não sejam inteiramente reveladas pela firma colaboradora, em omissão dolosa ou não, nem corretamente detectadas pelo poder público lesado, que não detém instrumentos técnicos nem experiência e autonomia ínsitas à apuração de tais ilícitos.

[...]

Logo, ao Ministério Público ostenta a capacidade funcional mais apurada para avaliar a utilidade e conveniência dos fatos e provas revelados pelo interessado em cooperar, ainda que se trate de pessoa jurídica, não sendo concebível que o Estado - considerado como unidade, apesar de sua fragmentação orgânica e funcional -, possa relacionar-se com infrator em flagrante desvantagem, eis que de modo marcadamente parcial e limitado, já que a Administração Pública, no uso de suas faculdades sancionadoras,

13 Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/mpf-discorda-de-decisao-sobre-acordo-de-leniencia>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

alcança apenas os ilícitos de cunho administrativo e, quando o caso, civil-administrativo, não estando apta a valorar a relevância penal de informações, seu ineditismo, suas implicações ou sua utilidade provável em investigação ou processo criminal que esteja até, eventualmente, em curso e sob sigilo.

Não se dúvida que, ao ser generalista, o referido estudo tenha alguma razão nas ponderações realizadas. Todavia, e em nível específico e técnico, a Administração Pública também conta com órgãos que foram criados exatamente com a finalidade de não contar com atuação/visão parcial e limitada. Nesse sentido que a própria lei dotou a CGU, que tem por um dos principais objetivos apurar e combater irregularidades, como ponto focal estatal para tratar da política de leniência.

Além disso, e ainda concordando com a questão de que o MPF pode gozar de melhores condições de avaliar possível relevância penal de informações colhidas em sede de apuração, a Lei Anticorrupção trouxe previsão expressa no art. 15, que abarca tal preocupação:

Art. 15. A comissão designada para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica, após a conclusão do procedimento administrativo, dará conhecimento ao Ministério Público de sua existência, para apuração de eventuais delitos.

Em sendo assim, não se justifica a atuação individual de qualquer um dos atores envolvidos no combate aos ilícitos. Se por um lado o MPF está preocupado em combater a corrupção e permitir a melhor instrução no âmbito criminal, por outro lado a CADE, CGU, AGU e TCU igualmente estão interessados em combater a corrupção e manter o foco no âmbito cível e administrativo, com a reparação dos danos cometidos na seara federal. Resta agora encontrar a ressonância adequada entre os órgãos envolvidos.

Ao que tudo indica, e em oposição a ideia anteriormente exposta, o MPF, em tese, aparenta estar aberto a cooperação interinstitucional no âmbito da política de leniência com os demais órgãos de combate à corrupção (ESTUDO[...], 2017, p. 63):

Importa registrar, neste passo, que o modelo racional e ideal para que sejam atingidos os propósitos constitucionais da inserção do instituto premial no microssistema anticorrupção, é, sem maior dúvida, o estabelecimento de uma relação de cooperação interinstitucional

entre Ministério Público - único titular das ações penais públicas que envolvem crimes correlatos às práticas lesivas à Administração Pública indicadas na LAC, nos termos do artigo 129 da Constituição -, e os demais órgãos de controle e fiscalização da Administração Pública.

Com tal escopo, a alternativa imediata encontrada foi a proposta feita pela AGU ao MPF de padronização nos acordos de leniência para evitar divergências com os demais órgãos de controle (CGU e TCU). Alcinchado por “acordos-espelho”, a padronização visa que as empresas envolvidas nos acordos se assumam a responsabilidade de ressarcir o erário integralmente pelos danos causados, caso sejam acionadas, bem como prevê uma nova metodologia para o cálculo do dano (WIZIACK, 2018).

A aproximação entre AGU e MPF, ao menos no que tange aos aspectos formais dos acordos de leniência, indica um salutar intercâmbio de experiências de órgãos que atuam do mesmo lado. Com o igual crescimento dos casos de corrupção, é necessária a adoção de novas práticas (CARVALHO, 2015, p. 37-40). A adoção do acordo-espelho pelo MPF pode arrefecer a discussão relacionada a segurança jurídica sobre os acordos que celebra de maneira individual com as entidades infratoras. Assim, o combate à corrupção seria mais efetivo e homogêneo, considerando a consensualidade entre os órgãos atuantes.

Outra possibilidade que vem sendo construída para o aperfeiçoamento da política de leniência está ocorrendo no âmbito do Poder Legislativo. No ano de 2015, o senador Ricardo Ferraço foi autor do Projeto de Lei (PL) nº 3636, que, dentre outras coisas, altera a Lei nº 12.846/2013, para permitir que o Ministério Público e a Advocacia Pública celebrem acordo de leniência, de forma isolada ou em conjunto. Todavia, enquanto tramita o referido PL, o consenso entre os órgãos ainda será a melhor composição.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo tentou demonstrar que o combate à corrupção deve redundar na atuação concertada de todos os órgãos que contam com função precípua de garantir a probidade nas relações dos particulares com o Estado. Nesse sentido, não só a CGU e a AGU devem atuar em conjunto, mas CADE, MPF e TCU também devem desenvolver mecanismos conjuntos. O isolamento de qualquer um dos citados

atores apenas tem a capacidade de gerar interferências desnecessárias no processo de combate uniforme às irregularidades.

Atualmente é possível observar a movimentação da AGU no sentido de buscar diálogo com os demais órgãos, a exemplo da Portaria Interinstitucional com a CGU e proposta de acordo de leniência padronizado com o MPF. Enquanto isso, e com base na discussão judicial perante o TRF-4 e o estudo técnico da 5ª CCR, o MPF adota uma posição mais combativa ao invés de propositiva.

A própria dimensão dos acontecimentos denota a necessidade de se encetar uma coalização de autoridades para o adequado tratamento da corrupção. O que se observa é o evidente descompasso entre as diversas visões sobre o microsistema de leniência. O que se observa atualmente é a transversalidade na configuração sobre o acordo de leniência: entidades privadas de um lado e Administração Pública, por seus diversos órgãos, de outro. Nessa linha de raciocínio, a fragmentação do poder público não pode implicar em barreiras ao desenvolvimento do instituto.

Como instrumento multifacetado, com consequência sancionadora em diversas áreas, o acordo de leniência deve ser considerado em seu aspecto macro. O Brasil deve tratar a “corrupção de forma consorciada, com base na premissa de que ela compromete interesses comuns a todos os povos” (DINO NETO, 2015, p. 11). A resolução de problemas merece uma resposta pensada em conjunto, de modo que, conforme o mantra britânico, encontre-se um parâmetro que seja justo, razoável e proporcional entre a irregularidade, a repressão e a prevenção.

É de clarividência solar que o engajamento dos órgãos de combate à corrupção, na construção de propostas, possibilita melhores ganhos para a civilização. Não é saudável, ou produtivo, que os diversos órgãos de controle iniciem um embate para exercer determinada atribuição. Nesse sentido, cabe a opção legislativa ser respeitada com vistas a garantia da segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Orientação nº 07/2017 - ACORDOS DE LENIÊNCIA*. Disponível em: <[http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ORIENTAO7\\_2017.pdf](http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ORIENTAO7_2017.pdf)>. Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Estudo Técnico nº 01/2017 – 5ªCCR*. Disponível em:

<<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/coordenacao/grupos-de-trabalho/comissao-leniencia-colaboracao-premiada/docs/Estudo%20Tecnico%2001-2017.pdf>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei Federal nº 8.884, de 11 de junho de 1994*. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm)>. Acesso em: 21 jan. 2018.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. *Lei Federal nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm)>. Acesso em: 21 jan. 2018.

CARVALHO, Paulo Roberto Galvão de. Legislação Anticorrupção no Mundo: análise comparativa entre a Lei Anticorrupção Brasileira, o Foreign Corrupt-Practices Act Norte-Americano e o Bribery Act do Reino Unido. In: MUNHOS SOUZA, Jorge; PINHEIRO DE QUEIROZ, Ronaldo (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: JusPODIVM, 2015. p. 35-62.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DINO NETO, Nicolao. Prefácio. In: SOUZA, Jorge Munhos; PINHEIRO DE QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na lei de combate à corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.). *Lei Anticorrupção*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

WIZIACK, Julio. *AGU quer “força-tarefa” para pacificar acordos de leniência*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/02/agu-quer-forca-tarefa-para-pacificar-acordos-de-leniencia.shtml>>. Acesso em: 21 mar. 2018.



---

# A EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

*THE IMPLEMENTATION OF THE PRINCIPLE OF GOOD PUBLIC  
ADMINISTRATION BY THE ATTORNEY GENERAL'S OFFICE*

---

*Flávio Garcia Cabral*

*Doutor em direito administrativo pela PUC-SP*

*Mestre em direito constitucional e teoria do estado pela PUC-RJ*

*Procurador da Fazenda Nacional, atualmente procurador-chefe da PFN/MS*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O princípio da boa administração pública; 2 O desempenho da função pública e a indisponibilidade do interesse público; 3 Advocacia de Estado, proteção das políticas públicas e segurança jurídica; 4 A relevância pragmática da Advocacia-Geral da União; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente ensaio busca abordar o papel desempenhado pelas carreiras da Advocacia-Geral da União como instrumento para a efetivação do princípio da boa administração pública no Brasil. Verifica-se que tanto este princípio, como as atribuições da AGU, ainda são questões pouco conhecidas pela sociedade e pelos seus juristas, merecendo uma abordagem de destaque nos estudos acadêmicos. Deste modo, pretende-se primeiro apresentar qual o conteúdo jurídico do princípio da boa administração, seguido da verificação da relevância e limites do exercício de funções públicas, em especial o exercício advocacia pública. Por derradeiro, apresenta-se a importância da atuação dos advogados públicos ao exercer advocacia de Estado e formular/defender políticas públicas e manter a segurança jurídica, com a apresentação de casos concretos de atuação da AGU que evidenciem o seu mister e concretização da boa administração pública.

**PALAVRAS-CHAVE:** Boa Administração. Advocacia Pública. AGU. Função Pública. Interesse Público.

**ABSTRACT:** The present essay seeks to address the role played by the careers of the Attorney General's Office as a tool for the implementation of the principle of good public administration in Brazil. It can be seen that both this principle and the attributions of the AGU are still issues little known by society and its jurists, deserving a prominent approach in academic studies. In this way, it is intended first to present which is the legal content of the principle of good administration, followed by the verification of the relevance and limits of the exercise of public functions, especially by public prosecutors. Lastly, it will be shown the importance of public prosecutors in exercising State advocacy and formulating / defending public policies and maintaining legal certainty, with the presentation of concrete cases of AGU's actions that demonstrate its commitment to the achievement of good public administration.

**KEYWORDS:** Good Administration. Public Advocacy. AGU. Public Function. Public Interest.

## INTRODUÇÃO

A concretização de um Estado Democrático de Direito, de viés republicano, depende essencialmente das funções e da robustez das instituições políticas e jurídicas que o conformam. Para que um Estado receba aquelas adjetivações (democrático e de Direito), não basta a sua mera invocação retórica ou a sua menção em algum dispositivo normativo. É imprescindível um conjunto institucional forte e capaz de respaldá-lo.

Dentre as diversas entidades que compõem essa rede institucional, uma que merece destaque, em especial na realidade brasileira, seja pela sua atuação, seja pela sua instalação relativamente recente, ou ainda pelo fato de ser pouco conhecida pela sociedade, é a Advocacia-Geral da União, no exercício da advocacia pública.

Esta instituição, que completa 25 anos de existência, tendo seu nascedouro e crescimento, enquanto órgão especializado em realizar a representação judicial e o assessoramento jurídico da União e de suas autarquias e fundações, pouco tempo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (em 10 de fevereiro de 1993 era sancionada a Lei Complementar nº 73 instituindo a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União), assume destacada função na ordem constitucional vigente, uma vez que o exercício da advocacia pública configura função essencial à Justiça.

Sem embargo da relevância institucional da AGU, deve-se ter claro que toda e qualquer instituição estatal tem por fim último o atendimento e garantia do bem-estar dos administrados.

Com base em uma Constituição como a brasileira de 1988, que privilegia os direitos fundamentais, a atuação do Estado necessita estar em constante sintonia com esses direitos, de modo a agir visando ao indissociável interesse público, sem se descurar dos direitos fundamentais dos administrados.

É nesse ponto que emerge um direito ainda recente em diversos Estados, inclusive no brasileiro, que é o chamado direito (princípio) da boa administração, que demanda uma atuação da Administração capaz de respeitar e concretizar os direitos do cidadão.

A conexão entre as temáticas acima é evidente (tão patente quanto à problemática do seu desconhecimento pela sociedade e inclusive de seus juristas): uma Administração Pública que pretenda respeitar direitos fundamentais, em atenção ao princípio da boa administração, necessitará invariavelmente de um órgão de advocacia pública com bases sólidas e que seja capaz de cumprir suas funções.

Desta maneira, neste breve ensaio, pretende-se investigar se a AGU figura como instituição hábil a efetivar o princípio da boa administração

pública (verificando-se qual seu conteúdo jurídico) na vigência da Constituição Federal de 1988.

## 1 O PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A monografia mais celebrada sobre o princípio da boa administração pertence ao italiano Guido Falzone (1953, p. 65), o qual depõe que a boa administração no exercício da função administrativa constitui um meio para o alcance de um fim a ele inerente. Para o autor, a boa administração decorre do próprio exercício de uma função, mas que encontra também abrigo na ordem jurídica constitucional italiana, mais precisamente no artigo 97, que demanda que a organização administrativa assegure o bom andamento e imparcialidade da Administração (FALZONE, 1953, p. 118).

Sobre aludido princípio, com forte construção europeia e que extrapola os limites privativos do ordenamento jurídico italiano<sup>1</sup>, pode-se entendê-lo igualmente como “um permanente lembrete às Administrações Públicas de que sua atuação há de se realizar com observância de determinados cânones ou padrões que tem como elemento medular a posição central dos cidadãos” (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2012, p. 169). Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (2012, 169-170), mesmo autor da anterior passagem, acrescenta 24 (vinte e quatro) princípios que seriam corolários do princípio da boa administração, dentre eles os da eficácia, da transparência, da celeridade, da imparcialidade e da independência.

De sorte equivalente, mas agora construindo o princípio da boa administração na ordem jurídica brasileira, Juarez Freitas (2014, p. 21) define o referido como sendo aquele direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, “proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade

<sup>1</sup> De fato, Vanice Regina Lírio do Valle (2011, p. 60-75) nos dá conta acerca do papel desempenhado pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia, que, em 07 de dezembro de 2000, explicitaram o artigo 41 na Carta de Nice (Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), tratando expressamente sobre o princípio da boa administração na União Europeia, bem como a relevante participação do Provedor de Justiça (Ombudsman) e do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias para a tutela do direito à boa administração em âmbito europeu. Segundo dispõe o aludido artigo, o conteúdo de uma boa administração se expressa pelos seguintes direitos: “1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente, o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial, a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua”.

e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”.

Embora não haja, de maneira expressa e textual, a menção à boa administração no texto constitucional brasileiro, sua conformação jurídica é composta por princípios voltados à Administração Pública, como os do *caput* do artigo 37 e outros de igual posição constitucional, como a responsabilidade estatal (artigo 37, §6º), a participação popular (artigo 37, §3º) ou ainda uma atuação sustentável (artigo 225, §1º) (REICHEL, 2017, p. 53).

O destaque que possui a figura jurídica da boa administração é justamente lidar com diversos princípios que individualmente têm sua autonomia e conteúdos próprios, porém de forma conjunta e coordenada, no sentido que não basta a Administração atender a um ou outro, isoladamente.

Essa série de princípios que estruturam a boa administração pública têm, em primeira e última medida, o escopo de atender aos administrados. Trata-se de um princípio-síntese que tem no cidadão o seu centro de atuação.

Esse caráter de princípio aglutinador, reunindo inúmeros princípios aplicáveis à Administração Pública, é a forma pela qual a boa administração é encarada na maior parte das ordens constitucionais que não possuem uma determinação textual clara e expressa. Beatriz Tomás Mallén (2004, p. 100-103) apresenta que a referência ao direito à boa administração ocorre, como regra geral, pelo conjunto dos princípios e subdireitos constitucionais relativos à Administração Pública, disseminados ao largo dos respectivos textos constitucionais, ainda que de maneira assistemática. É como ocorre, por exemplo, na Constituição Espanhola, Sueca, Austríaca e Belga.

Com foco no aspecto dos administrados, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (2012, p. 190-191) expõe que uma boa administração coloca como centro do sistema a pessoa e os seus direitos fundamentais, é dizer, as políticas devem possuir compromisso com as condições de vida dos cidadãos e não com as possíveis ascensões em uma carreira político-partidária ou outros benefícios pessoais e egoístas (*e.g.* promoção pessoal ou angariamento de clientes) e, quando as pessoas se tornam a referência da organização administrativa, há sustentação para a vida democrática, o que consequentemente faz desaparecer bipolarizações simplistas, visto que o fundamental são as pessoas e não ideologias como as de esquerda e direita.

É necessário entender que ter como elemento medular a posição central dos cidadãos ajuda a eliminar os vícios de uma má administração que, por muitas vezes, acaba deixando de realizar as ações com observância aos cânones necessários, justamente por terem deslocado, equivocadamente, o elemento central para a promoção do administrador e não do administrado (REICHEL, 2017, p. 51).

Mais do que um mero princípio ou direito, a boa administração pública, na ordem jurídica brasileira, sobreleva-se por possuir verdadeiro *status* de direito fundamental.

Conforme narra Dafne Reichel (2017, p. 53), tanto na perspectiva formal dos direitos fundamentais (aqueles inseridos no texto constitucional), como na perspectiva material (direitos cujo núcleo se refere à proteção da pessoa humana), a boa administração é merecedora da qualificação de direito fundamental.

Explica a jurista supracitada (REICHEL, 2017, p. 53) que, tendo em vista o fato da boa administração ser um princípio que congrega de maneira coordenada diversos outros princípios expressos formalmente na Constituição, do ponto de vista formal outra não pode ser a conclusão senão a de que seu conteúdo jurídico também faz parte da Lei Maior. De igual maneira, sob a ótica material, tendo a boa administração a finalidade essencial do atendimento da sociedade civil e da pessoa humana, sendo o administrado o foco da atuação da Administração Pública, também se apura a fundamentalidade material daquele princípio.

Tão importante princípio, dotado de fundamentalidade constitucional, mas ainda pouco explorado e conhecido, para ser concretizado necessita de agentes públicos aptos a desempenharem adequadamente o exercício da função pública. Uma boa administração pública demanda o exercício constitucionalmente adequado da função pública.

## **2 O DESEMPENHO DA FUNÇÃO PÚBLICA E A INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO**

Todo e qualquer agente público, independente da forma de provimento, dos requisitos para ingresso no cargo, da espécie de remuneração, da relevância das atribuições exercidas ou qualquer outro elemento característico, ao desempenharem suas atribuições públicas, exercem uma função.

Deve-se compreender e ter como norte que se verifica a existência de uma função quando alguém está investido no dever de satisfazer determinadas finalidades em prol dos interesses de outrem, ou seja, os representantes no exercício de uma função que lhes foi conferida pelos representados estão adstritos àqueles interesses (BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 72), sendo certo que há, em igual medida, o direito dos representados em exigirem o seu irrepreensível cumprimento.

Os representados, acima mencionados, ademais da relação direta existente com os ocupantes de cargos eletivos, também se referem, em um sentido amplo, a todo e qualquer cidadão em Estados Democráticos de Direito, relacionados a todo e qualquer agente público.

É, portanto, na concepção de que em um Estado os que mandam também obedecem, estando sujeitos ao império das leis (República), e que nesse Estado os agentes públicos representam a coletividade, no sentido de exercerem uma função em nome alheio (representação), que se pode desenvolver minimamente um ideal de controle estatal (CABRAL, 2015, p. 166).

No exercício de uma função pública, os agentes estatais atuam conforme as determinações do sistema jurídico que os informa. Não há lugar para decisões pautadas em opiniões estritamente pessoais e subjetivismos. As condutas públicas são limitadas pelo Direito.

Essa ideia representa igualmente um dos pilares fundantes de todo o Direito Público: a indisponibilidade do interesse público.

Nessa toada, Celso Antônio Bandeira de Mello (1967, p. 14) expõe que sendo o interesse público “interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público”, não se encontrariam à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*.

Vale dizer, mais uma vez, que a Administração Pública não é a titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção, “daí a indisponibilidade do interesse público” (DI PIETRO, 1991, p. 163), ou seja, os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas “gerir, conservar e por eles velar em prol da coletividade” (CARVALHO FILHO, 2010, p. 36), esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.

Todo agente público exerce atividades com algum grau de relevância, aliada a suas limitações, decorrentes do exercício de uma função pública. No entanto, quando se está a tratar de determinadas categorias de servidores, há um aspecto diferenciador que acarreta maiores responsabilidades e limites, em especial quando se apura o mister em concretizar a boa administração pública.

Cite-se, como exemplo, os agentes públicos que desempenham funções consideradas pelo texto constitucional como essenciais à Justiça. É o caso, para o foco deste ensaio, dos advogados públicos, uma vez que, segundo os artigos 131 e 132 da Constituição, a advocacia pública assume papel de destaque para a justiça brasileira.

Sobre a fundamentalidade da advocacia e mais precisamente da advocacia pública, cabível transcrever as lições de José Afonso da Silva (2002, p. 281) acerca do tema:

A advocacia é uma profissão, mas não é apenas uma profissão, é também um munus e “uma árdua fátiga posta a serviço da justiça», como disse Couture. É, especialmente, um dos elementos da administração democrática da Justiça. É a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário. Pois bem, a Advocacia Pública é tudo isso e mais alguma coisa, porque, na medida mesma que se ampliam as atividades estatais, mais ela se torna um elemento essencial ao funcionamento do Estado Democrático de Direito.

É, pois, a advocacia pública responsável pela cura e representação de interesse de terceiros, ampliando com mais vigor, em relação a suas atribuições, o conteúdo e importância do exercício da função pública.

### **3 ADVOCACIA DE ESTADO, PROTEÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SEGURANÇA JURÍDICA**

Debate de longa data envolvendo o papel dos advogados públicos, em particular os membros da AGU, diz respeito a saber se seus procuradores exerceriam uma advocacia considerada de Estado ou de governo.

Em realidade, em que pesem os argumentos contrários e a relevância do diálogo acadêmico, temos que se trata de uma questão um tanto evidente: advogados públicos, enquanto agentes públicos, desempenham uma função, estando afetados pelo interesse público e pela juridicidade<sup>2</sup>, não lhes cabendo tutelar interesses egoísticos e exclusivamente privados.

Destarte, qualquer interesse rotulado como de governo que seja violador da ordem jurídica, contrário ao interesse público, desrespeitoso com os princípios jurídicos, por exemplo, não encontrará espaço para a defesa por meios dos advogados públicos.

Com essa intelecção, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 22) sustenta que os Estados “não se confundem com seus Governos e, muito menos, com seus governantes e, por consequência, Advogados de Estado não podem ser tidos como advogados de governos ou, com mais razão, como advogados de governantes”.

2 Um dos primeiros nomes no Direito Administrativo a aventar o chamado “princípio da juridicidade da administração” foi Adolf Merkel (2004, p. 204-208), que o compreendia de maneira mais ampla e diferente do que se entende por legalidade, indicando que toda ação administrativa concreta deve ser analisada desde o ponto de vista de sua relação com todo o ordenamento jurídico. Sobre a juridicidade administrativa, Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 82-84) ainda discorre que a Administração Pública é o próprio Direito, tornada em movimento realizador de seus efeitos de modo a interferir na realidade social sobre a qual incide. Portanto, ela não é apenas “a lei formalmente perfeita e posta à observância, mas todo o sistema de Direito vigente em determinado Estado [...]”.

O mesmo autor (2005, p. 22) prossegue esclarecendo que a advocacia de Estado, da mesma forma que os demais ramos constitucionais das funções essenciais à Justiça, tem por finalidade servir à sociedade<sup>3</sup>, pois zela, no desempenho de seus respectivos cometimentos fundamentais, é dizer, a representação judicial e a consultoria, “por suas mais importantes instituições – Estado e Direito – em todas e em cada uma das múltiplas relações da Administração”.

Evidente que há um limite tênue entre o que se tem por advocacia de governo e de Estado. Não podem os advogados públicos se esquecer que o cumprimento dos fins constitucionais ocorre por meio da formulação e efetivação de políticas públicas, tidas muitas vezes como atos de governo. Assim, em grande parte das vezes, fazer uma advocacia “de governo” representa uma verdadeira advocacia “de Estado”, não havendo como fazer essa cisão.

Logo, defender certas políticas públicas, escolhas políticas discricionárias, faz parte, salvo situações anômalas, de uma defesa do Estado. O que se quer dizer é que, ao se fazer uma advocacia de Estado, pautando-se segundo as diretrizes constitucionais e por todo o Direito (uma ideia maior de juridicidade), os advogados públicos auxiliam na adequada tomada de decisões de governo.

Nota-se que o papel da advocacia pública repousa tanto na defesa de políticas públicas previamente formuladas pelos representantes políticos e gestores dos órgãos da Administração, como também na sua formulação.

Atuando como órgãos de assessoramento, é por meio de suas análises técnicas que aos gestores públicos é permitida a elaboração de políticas públicas alinhadas ao texto constitucional e capazes de cumprir, de forma ótima, a série de direitos resguardados pelas normas constitucionais.

Somente com políticas públicas bem elaboradas, sintonizadas com os mandamentos constitucionais, é possível assegurar uma mínima certeza dos rumos que serão tomados pelo Estado e resguardados os direitos individuais dos cidadãos. Trata-se de assegurar o que se chama de segurança jurídica.

Segurança jurídica, termo considerado polissêmico, representa, independente da concepção adotada, a garantia de que, mesmo que a vida seja essencialmente mutável, “será sempre necessário – no que diz com a ordem jurídica ou com os direitos individuais – que tanto quanto possível, uma parte do hoje seja igual ao ontem ou uma fração do amanhã seja igual

---

3 No mesmo sentido, José Afonso da Silva (2002, p. 289) pontua que o papel dos advogados públicos agora é também de defesa dos direitos fundamentais. Safram, portanto, “da mera condição de servidores públicos burocráticos, preocupados apenas com o exercício formal da atividade administrativa de defesa dos interesses patrimoniais da Fazenda Pública para se tornarem peças relevantes da plena configuração desse tipo de Estado [Democrático de Direito]”.

ao hoje”, de tal maneira que a cadeia do tempo se constitua sempre com esse *quid* de permanência do velho no novo (COUTO E SILVA, 2017).

Talvez uma das mais preciosas atribuições dos advogados públicos, ainda que indiretamente, seja o resguardo dessa estabilidade mínima da ordem jurídica, permitindo uma previsibilidade do porvir, aqui rotulada de segurança jurídica. Essa segurança somente pode ser mantida quando se apuram, de um lado, a existência de tomada de decisões e escolhas políticas bem fundamentadas juridicamente (havendo, portanto, uma limitação à discricionariedade ampla dos gestores), que somente ocorrem quando há o devido assessoramento jurídico por procuradores estatais<sup>4</sup>; e, de outro, a defesa das decisões tomadas, bem como da manutenção da juridicidade nos atos públicos, que somente se dá com uma bem estruturada representação judicial feita pelos advogados públicos.

#### 4 A RELEVÂNCIA PRAGMÁTICA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Os advogados públicos federais, englobando aqui as quatro carreiras da AGU (Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e Procuradores do Banco Central), têm constantemente ocupado um lugar ímpar na tutela do patrimônio público e da probidade administrativa.

São condutas e comportamentos cotidianos das carreiras da AGU, muitas vezes sem a devida publicidade e/ou atenção da sociedade em geral, que evidenciam o respeito e proteção da coisa pública.

O papel da Advocacia-Geral da União nesses 25 anos de atuação, apesar de déficits estruturais<sup>5</sup>, tem se mostrado de destaque no cumprimento de suas funções, concretizando (ou viabilizando a concretização) em diversos casos o princípio da boa administração pública.

Sem pretender esgotar a vasta atuação da advocacia pública federal ao longo de todos esses anos, é possível trazer à tona alguns casos mais recentes que demonstram o papel exercido por cada uma de suas carreiras.

---

4 Deve-se sublinhar que ainda há, infelizmente, uma resistência de certos gestores em seguir as opiniões jurídicas dos advogados públicos. Como narra Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 30), para que se supere esse menosprezo muito vezes existente em relação ao papel da advocacia pública, em particular no que tange a atividade consultiva, “faz-me mister superar não apenas a desinformação, como, infelizmente, a ignorância, o descaso e até o preconceito que ainda cercam a instituição da Advocacia de Estado, o que pode ser inconfessadamente alimentado pelos que recebem uma atuação mais efetiva dos instrumentos democráticos de controle da Administração”.

5 Sem embargo da relevância institucional da AGU, tem-se que ainda falta uma devida estruturação, que passe desde uma estrutura física compatível, com materiais como computadores, impressoras e scanners minimamente adequados, até a existência de uma carreira de apoio condizente com as funções desempenhadas pelas carreiras da AGU. Somente com o reconhecimento e suprimento dessas necessidades mínimas, os advogados públicos federais poderão exercer seus misteres constitucionais de maneira otimizada.

Inicie-se mencionando, como exemplo, a defesa de políticas públicas efetuadas pela Advocacia-Geral da União como um todo, mas em particular pelos Advogados da União e Procuradores Federais. Conforme notícias vinculadas no sítio eletrônico da AGU, houve recentemente a defesa da União perante o Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido que o Sistema Único de Saúde (SUS) seja ressarcido pelos gastos que efetuou com o atendimento de clientes de planos de saúde, bem como obteve, ainda na Suprema Corte, o banimento de aditivos de sabor aos cigarros.<sup>6</sup>

Foram ajuizadas, igualmente, aproximadamente cinco mil ações a fim de cobrar pessoas jurídicas negligentes no que se refere à segurança do trabalho, visando a ressarcir R\$ 1,9 bilhão ao INSS, decorrente do valor pago pela autarquia a título de auxílio-doença ou pensão por morte de vítimas de acidentes de trabalho. Nessa linha de defesa de políticas públicas, cite-se a comprovação pela AGU da constitucionalidade “da reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos federais para negros – mecanismo de inclusão de grupo historicamente excluído do serviço público e tem como objetivo reduzir a desigualdade entre candidatos”.<sup>7</sup>

O combate à corrupção, como defesa da probidade, em total sintonia com a boa-administração, tem feito parte de atuações de destaque na AGU. Sem a intenção de preterir diversas outras ações, aponta-se as medidas da Procuradoria da União em Goiás, que, de dezembro de 2016 a novembro de 2017, por meio de sua Coordenação de Patrimônio e Probidade, ajuizou 233 novas ações judiciais nas quais o valor pleiteado totalizou R\$ 45.781.007,31 (quarenta e cinco milhões, setecentos e oitenta e um mil, sete reais e trinta e um centavos). Nesse período, fruto da atuação dessa Procuradoria, foram bloqueados judicialmente R\$ 3.332.067,51 (três milhões, trezentos e trinta e dois mil, sessenta e sete reais e cinquenta e um centavos), bem como penhorados R\$ 3.405.333,70 (três milhões, quatrocentos e cinco mil, trezentos e trinta e três reais e setenta centavos). Realizou-se também 11 acordos para recebimento de créditos envolvendo a cifra de R\$ 256.277,02 (duzentos e cinquenta e seis mil, duzentos e setenta e sete reais e dois centavos).<sup>8</sup>

Em relação à Procuradoria da Fazenda Nacional, destaca-se que o órgão é responsável pela gestão da Dívida Ativa da União e do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS no valor de

6 Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/651815](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/651815)>.

7 Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/651815](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/651815)>.

8 Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/637813](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/637813)>.

aproximadamente R\$ 2 trilhões. Nessa atuação, ganha notório destaque a recuperação recorde em favor da União e do FGTS no ano de 2017, alcançando o montante de R\$ 26, 1 bilhões.

Nessa trilha, mencionando outro papel de relevo da PGFN, tem-se os desdobramentos da conhecida operação policial Lava-Jato (conhecida, independente de seus erros e acertos, por desvelar esquemas de corrupção, lavagem de dinheiro, dentre outros crimes, cometidos por empresários e políticos do alto escalão do governo). Criou-se uma Força-Tarefa do órgão para essa operação, composta de 70 (setenta) Procuradores da Fazenda Nacional, que atuam em colaboração direta com a Receita Federal do Brasil, já tendo sido realizado o lançamento de mais de R\$ 8,2 bilhões em relação a 247 devedores.<sup>9</sup>

No que tange aos Procuradores do Banco Central, pode-se elencar, de modo ilustrativo, que no ano de 2015 a Procuradoria-Geral do Banco Central evitou gastos de R\$ 33,7 bilhões para os cofres públicos com a obtenção de decisões judiciais favoráveis, ademais de arrecadar R\$ 4 bilhões com execuções fiscais e cobranças administrativas de créditos do Banco Central.<sup>10</sup>

Esses meros exemplos, que constituem uma gota em um mar de inúmeras outras ações em prol do interesse público, representam que a atuação prática dos advogados públicos federais tem sido capaz de preservar e tutelar o interesse da coletividade.

Observa-se que a recuperação de créditos para os cofres públicos e a defesa de políticas públicas têm por fim assegurar direitos aos cidadãos: no primeiro caso, tendo em vista que todos os direitos têm custos<sup>11</sup>; no segundo, pelo fato que, em regra, são os administrados os receptores diretos das políticas públicas.

Na busca desses objetivos em prol do cidadão (âmago da boa administração), o advogado público deve estar ciente que, no exercício de uma função pública, ademais da existência um dever geral de repudiar qualquer desvio ético de conduta postulatória, há um dever

9 Disponível em: "PGFN em números": <[www.pgfn.gov.br](http://www.pgfn.gov.br)>.

10 Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/383377](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/383377)>.

11 Stephen Holmes e Cass R. Sunstein (2015, p. 143) compartilham a visão que tanto os direitos de liberdade como os "direitos ao bem-estar" são custosos de alguma maneira. Sobre o ponto, exemplificam dizendo que "Nuestra libertad de toda interferencia gubernamental depende del presupuesto tanto como nuestro derecho a la asistencia pública. Ambas libertades deben ser interpretadas. Ambas son impuestas por funcionarios públicos que, apoyados por dineros públicos, tienen un margen discrecional bastante amplio para interpretarlas y protegerlas". E voltam a pontuar que "si los derechos de primera generación se toman en serio y resultan demasiado costoso, los países verdaderamente pobres tampoco pueden permitírselos [...] No pueden asegurar que ele derecho a un processo judicial justo sea siempre respetado en la práctica, como no siempre se respeta en los barrios pobres de Estados Unidos a pesar de la riqueza sin precedentes históricos de este país".

específico de corresponder à confiança legítima (dimensão subjetiva da segurança jurídica) do administrado (MOREIRA NETO, 2005, p. 49).

Há (deveria haver) um sentimento de segurança tanto do gestor público ao atuar pautado pelas orientações consultivas da AGU, como do cidadão, ao saber que a defesa das normas constitucionais e das políticas públicas nelas pautadas é feita por um corpo técnico de agentes públicos que primam pela manutenção do Estado Democrático de Direito, visando à boa administração pública.

## 5 CONCLUSÃO

A AGU completa 25 anos bem vividos. Seja normativamente, com um rol relevantíssimo de atribuições asseguradas pela Constituição e pelas leis infraconstitucionais, seja pragmaticamente, com uma atuação efetiva e que cada vez mais busca a defesa da probidade administrativa em benefício dos cidadãos.

Ao exercer uma função pública, isto é, atuar em nome de outrem, os advogados públicos federais (Advogados da União, Procuradores Federais, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central) se desvestem de suas idiossincrasias, atuando nos limites impostos pelo Direito.

É nessa conduta pautada pela juridicidade que se vislumbra uma atuação institucional da AGU que almeja concretizar uma série de princípios e resguardar a probidade, configurando a estruturação jurídica da boa administração pública.

Por meio da cobrança, administrativa e judicial, de créditos públicos, ajuizamentos de ações de improbidade e ações de ressarcimento, defesa de políticas públicas, assessoramento dos órgãos da Administração Pública, dentre incontáveis outras atribuições legais, a Advocacia-Geral da União tem concretizado princípios constitucionais como a segurança jurídica, a moralidade administrativa, a eficiência, a legalidade e a imparcialidade, contribuindo, desta feita, para uma gradual e contínua efetivação da boa administração pública.

## REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. O conteúdo do regime jurídico-administrativo e seu valor metodológico. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 89, p. 8-33, 1967.

CABRAL, Flávio Garcia. Os fundamentos políticos da prestação de contas estatal. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 147-169, set./dez. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010

COUTO E SILVA, Almiro. Princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). *Tomo: Direito Administrativo e Constitucional*. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/17/edicao-1/principio-da-seguranca-juridica-no-direito-administrativo-brasileiro>. Acesso em: 10 mar. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

FALZONE, Guido. *II dovere di buona amministrazione*. Milano: Dott. A. Giuffré, 1953.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos: por qué la libertad depende de los impuestos*. Tradução Stella Mastrangelo. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2015.

MERKL, Adolf. *Teoria general del derecho administrativo*. Tradução José Luis Monereo Pérez. Granada: Comares, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória, v. 4, n. 4, p. 21-64, 2005.

REICHEL, Dafne. *O controle externo como instrumento para a concretização do direito fundamental à boa administração pública*. 2017. f. 173. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2017.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, José Afonso da. A advocacia pública e Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 281-289, out./dez. 2002.

TOMÁS MALLÉN, Beatriz. *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.



---

CONSEQUÊNCIA DO INDEFERIMENTO  
DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO  
SUPERVENIENTE NAS CAUSAS  
PREVIDENCIÁRIAS, APÓS A PROLAÇÃO DA  
SENTENÇA, À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE  
PROCESSO CIVIL

---

*CONSEQUENCE OF THE REJECTION OF THE ADMINISTRATIVE  
REQUIREMENT IN THE SOCIAL SECURITY CAUSES, AFTER  
THE PROLATION OF THE JUDGMENT, IN THE LIGHT OF THE  
NEW CIVIL PROCEDURE CODE*

*Hélio Márcio Lopes Carneiro*

*Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).  
Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra  
(Portugal). Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito.  
Especialista em Direito Processual Civil (À luz do NCPC). Procurador Federal.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da necessidade de prévio requerimento administrativo para concessão e benefício previdenciário – RE 631240/2014 decidido em sede de repercussão geral; 2 Consequência do indeferimento do requerimento administrativo superveniente nas causas previdenciárias, após a prolação da sentença, à luz do Novo Código de Processo Civil; 3 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente estudo analisa a consequência do indeferimento do requerimento administrativo superveniente nas causas previdenciárias, após a prolação da sentença, à luz do Novo Código de Processo Civil. Examina-se a possibilidade ou não de ser prosseguir o julgamento do processo perante o tribunal de segundo grau (mesmo sem a autarquia previdenciária ter apresentado contestação de mérito ou apelação de mérito), ou se é necessário que haja anulação da sentença, com retorno dos autos para a origem e reabertura do prazo para defesa de mérito. De igual modo, será abordado o entendimento jurisprudencial quanto a consequência do indeferimento do requerimento administrativo superveniente nas causas previdenciárias, após a prolação da sentença.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Previdenciário. Direito Administrativo. Direito Processual Civil. Requerimento Administrativo. Benefício Previdenciário.

**ABSTRACT:** The present study analyzes the consequence of the rejection of the supervening administrative request in the social security cases, after the delivery of the sentence, in light of the New Code of Civil Procedure. It is examined whether or not it is possible to proceed with the judgment of the case before the court of second degree (even without the social security authority having filed a defense of merit or appeal of merit), or if it is necessary that the sentence be annulled, and the reopening of the period for the defense of merit. Likewise, it will be approached the jurisprudential understanding as to the consequence of the rejection of the supervenient administrative request in the social security cases, after the delivery of the sentence.

**KEYWORDS:** Social Security Law. Administrative law. Procedural Law. Administrative request. Social Security benefit.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho possui como escopo analisar a consequência do indeferimento do requerimento administrativo superveniente nas causas previdenciárias, após a prolação da sentença, à luz do Novo Código de Processo Civil.

Com efeito, após o julgado do Recurso Extraordinário 631240, proferido em sede de repercussão geral pelo STF em 2014, consolidou-se o entendimento no sentido da necessidade do prévio requerimento administrativo para que se postule a concessão de benefícios previdenciários

Assim, após o julgado RE 631240, os tribunais de segundo grau passaram a determinar a anulação das sentenças em causas previdenciárias nas quais não haviam prévio requerimento administrativo, determinando que o processo retornasse à origem para que a parte providenciasse o requerimento, e, em caso de negativa, que o juiz prolatasse nova sentença. Sucede que a defesa dos segurados passou a juntar cópia de indeferimento de requerimento administrativo superveniente, efetuado após a prolação da sentença, requerendo que se continuasse o julgamento do processo em sede de tribunal, para que não houvesse retorno a origem, nem nova sentença.

Nessa senda, indaga-se: após requerimento administrativo superveniente, efetuado depois da prolação da sentença, é possível prosseguir o julgamento, perante o tribunal de segundo grau, de demanda que postula concessão de benefício previdenciário, ajuizada originariamente sem prévio requerimento administrativo, cujo processo já teve prolação de sentença (e a apelação está pendente de apreciação ou já foi julgada)?

A resposta é negativa, conforme razões a seguir esposadas.

### **1 DA NECESSIDADE DE PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - RE 631240/2014 DECIDIDO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL**

Durante diversos anos foi intenso o debate em sede de doutrina e jurisprudência quanto a necessidade ou não de exigir-se o prévio requerimento administrativo para que se pudesse postular judicialmente a concessão de benefícios previdenciários. De um lado, defensores invocam o livre acesso à justiça (art.5º, XXXV<sup>1</sup> da CF/1988) como argumento contrário à necessidade do prévio requerimento administrativo, já que,

---

1 XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

para esses defensores, a exigência do prévio requerimento administrativo implicaria em restringir o acesso à justiça. Lado outro, parcela da doutrina e jurisprudência entendia que a exigência do prévio requerimento administrativo não implicaria em restringir o acesso à justiça. Assim, segundo os defensores do prévio requerimento, para cogitar-se em lesão ou ameaça de lesão, e, conseqüentemente, interesse de agir para ação judicial, seria necessário anterior óbice administrativo da autarquia previdenciária (o que dependeria do prévio requerimento administrativo).

No sentido da necessidade do prévio requerimento administrativo, tem-se o escólio de Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari (2012, p. 770):

Os segurados tem interesse de agir, e portanto, há necessidade e utilidade do processo, quando sua pretensão encontra óbice na via administrativa, em face do indeferimento do pedido apresentado, ou, pela omissão no atendimento do pleito pela Autarquia Previdenciária

Quanto à desnecessidade do prévio requerimento administrativo, havia entendimento do Superior Tribunal de Justiça, REsp 384.254/2002, ainda que divergente:

PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. APOSENTADORIA. INGRESSO NA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL.

1. É desnecessário impor ao segurado que percorra a via administrativa antes do ingresso em juízo, apenas como uma exigência formal para ver sua pretensão apreciada pelo Estado-juiz.

2. Recurso Especial conhecido e provido. (REsp 384.254/SC, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2002, DJ 01/04/2002, p. 214)

Não obstante a divergência jurisprudencial e doutrinária à época, o que ocorria, na prática, era uma espécie de transformação do Judiciário em repartição do INSS, já que milhares de ações eram propostas sem a autarquia previdenciária ter sido provocada, estimulando, muitas vezes, litigiosidade sem pretensão resistida. Desse modo, perdia o Judiciário, que recebia milhares de processos, muitos totalmente desnecessários. Perdia também o segurado, que poderia ter seu pleito prolongado, já que haveria alegação da falta de requerimento administrativo.

Após intenso debate jurisprudencial e doutrinário, o STF, em 2014, consolidou o entendimento quanto à necessidade de prévio requerimento administrativo para a concessão de benefício previdenciário, fixando a tese em sede de repercussão geral no Recurso Extraordinário 631240:

**Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO E INTERESSE EM AGIR.**

1. A instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.

2. A concessão de benefícios previdenciários depende de requerimento do interessado, não se caracterizando ameaça ou lesão a direito antes de sua apreciação e indeferimento pelo INSS, ou se excedido o prazo legal para sua análise. É bem de ver, no entanto, que a exigência de prévio requerimento não se confunde com o esgotamento das vias administrativas.

3. A exigência de prévio requerimento administrativo não deve prevalecer quando o entendimento da Administração for notória e reiteradamente contrário à postulação do segurado.

4. Na hipótese de pretensão de revisão, restabelecimento ou manutenção de benefício anteriormente concedido, considerando que o INSS tem o dever legal de conceder a prestação mais vantajosa possível, o pedido poderá ser formulado diretamente em juízo – salvo se depender da análise de matéria de fato ainda não levada ao conhecimento da Administração –, uma vez que, nesses casos, a conduta do INSS já configura o não acolhimento ao menos tácito da pretensão.

5. Tendo em vista a prolongada oscilação jurisprudencial na matéria, inclusive no Supremo Tribunal Federal, deve-se estabelecer uma fórmula de transição para lidar com as ações em curso, nos termos a seguir expostos.

6. Quanto às ações ajuizadas até a conclusão do presente julgamento (03.09.2014), sem que tenha havido prévio requerimento administrativo nas hipóteses em que exigível, será observado o seguinte: (i) caso a ação tenha sido ajuizada no âmbito de Juizado Itinerante, a ausência

de anterior pedido administrativo não deverá implicar a extinção do feito; (ii) caso o INSS já tenha apresentado contestação de mérito, está caracterizado o interesse em agir pela resistência à pretensão; (iii) as demais ações que não se enquadrem nos itens (i) e (ii) ficarão sobrestadas, observando-se a sistemática a seguir.

7. Nas ações sobrestadas, o autor será intimado a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção do processo. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado a se manifestar acerca do pedido em até 90 dias, prazo dentro do qual a Autarquia deverá colher todas as provas eventualmente necessárias e proferir decisão. Se o pedido for acolhido administrativamente ou não puder ter o seu mérito analisado devido a razões imputáveis ao próprio requerente, extingue-se a ação. Do contrário, estará caracterizado o interesse em agir e o feito deverá prosseguir.

8. Em todos os casos acima – itens (i), (ii) e (iii) –, tanto a análise administrativa quanto a judicial deverão levar em conta a data do início da ação como data de entrada do requerimento, para todos os efeitos legais.

9. Recurso extraordinário a que se dá parcial provimento, reformando-se o acórdão recorrido para determinar a baixa dos autos ao juiz de primeiro grau, o qual deverá intimar a autora – que alega ser trabalhadora rural informal – a dar entrada no pedido administrativo em 30 dias, sob pena de extinção. Comprovada a postulação administrativa, o INSS será intimado para que, em 90 dias, colha as provas necessárias e profira decisão administrativa, considerando como data de entrada do requerimento a data do início da ação, para todos os efeitos legais. O resultado será comunicado ao juiz, que apreciará a subsistência ou não do interesse em agir. (RE 631240, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-220 DIVULG 07-11-2014 PUBLIC 10-11-2014)

Não obstante o supracitado julgado do STF em sede repercussão geral, permaneceu o problema prático de como se proceder com o curso do processo quando o requerimento administrativo é realizado e já houve prolação de sentença no processo. Após requerimento administrativo superveniente, efetuado depois da prolação da sentença, é possível prosseguir o julgamento, perante o tribunal de segundo grau, de demanda que postula

benefício previdenciário, ajuizada originariamente sem prévio requerimento administrativo, cujo processo já teve prolação de sentença, e a apelação está pendente de apreciação (ou já foi julgada)? Ou deve haver anulação da sentença e reabertura de prazo para defesa de mérito? A resposta é apresentada no item a seguir.

## **2 CONSEQUÊNCIA DO INDEFERIMENTO DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO SUPERVENIENTE NAS CAUSAS PREVIDENCIÁRIAS, APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA, À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Com efeito, nas causas que versavam sobre concessão de benefício previdenciário e não havia prévio requerimento administrativo, a defesa da autarquia se restringia ao aspecto processual. Isso porque era de interesse da autarquia a não proliferação de ações sem prévio requerimento administrativo, já que a via judicial não deve substituir a demanda administrativa (sobretudo em face da possibilidade preliminar de instrução administrativa), e, acaso ingressasse no mérito da demanda, a jurisprudência entendia que haveria interesse processual superveniente da parte adversa:

**PREVIDENCIARIO. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. AVERBAÇÃO. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE.**

1. A contestação do inss demonstrando contrariedade ao mérito da demanda, não apenas alegando a necessidade de exaurimento da via administrativa, faz surgir o interesse processual.
2. Mostra-se desnecessário, assim, percorrer a via administrativa antes do ingresso em juízo.
3. Recurso improvido. (REsp 129.639/RS, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 18/11/1997, DJ 15/12/1997, p. 66495)

Assim, o INSS, nos casos de ausência de prévio requerimento administrativo, contestava sem adentrar no mérito e apelava sem adentrar no mérito, visto que o entendimento jurisprudencial consolidado era no sentido de haver interesse de agir superveniente da parte adversa, acaso a autarquia ingressasse no mérito da demanda.

Ocorre que, conforme RE 631240 firmado em sede de repercussão geral, o STF afirmou que, nos casos de indeferimento do requerimento, o feito deve prosseguir. Nesses casos, que não houve contestação de mérito, nem apelação de mérito, como deveria prosseguir o processo, no qual já houve prolação de sentença? Pode o processo prosseguir em sede de tribunal, acaso lá já esteja, ou deve ser determinado o retorno do processo para o juízo de origem? Acaso se determine o retorno do processo para origem, deve o tribunal fazê-lo suspendendo o processo, ou anulando o processo para que nova sentença e nova resposta sejam apresentadas?

Com efeito, não é possível, caso haja requerimento administrativo superveniente, quando já houve prolação de sentença, que o processo prossiga perante o tribunal de segundo grau. Isso porque, não tendo a autarquia previdenciária contestado o mérito, nem apelado quanto ao mérito, eventual prosseguimento do julgamento da apelação, sem que seja reaberto o prazo para defesa, e sem que haja nova prolação de sentença, implicará em violação à ampla defesa da autarquia.

Assim, após o Recurso Extraordinário 631240, julgado pelo STF em sede de repercussão geral, os tribunais de segundo grau passaram a determinar a anulação das sentenças em causas previdenciárias nas quais não haviam prévio requerimento administrativo, conforme supracitado, determinando que o processo retornasse à origem para que a parte providenciasse o requerimento, e, em caso de negativa, que o juiz prolatasse nova sentença. Sucede que a defesa dos segurados passou a juntar cópia de indeferimento de requerimento administrativo superveniente, efetuado após a prolação da sentença, requerendo que o processo continuasse o julgamento em sede de tribunal, para que não houvesse retorno a origem, nem nova sentença, o que implica, como supracitado, em violação à defesa da autarquia.

Nessa senda, não havendo a autarquia previdenciária em nenhum momento enfrentado o mérito da demanda, em homenagem ao princípio do contraditório e ampla defesa, (previsto tanto constitucionalmente, art.5º, LV<sup>2</sup>, da CF, bem como em sede do Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, art.1º<sup>3</sup>, como matriz interpretativa), deve haver a anulação da sentença, com retorno dos autos à origem, reabrindo o prazo para defesa, caso haja requerimento administrativo superveniente, após a sentença.

---

2 CF, art.5º, LV: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

3 Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

De igual modo, se não pode o tribunal deixar de determinar o retorno para origem (devendo reabrir o prazo para defesa e anular a sentença), também não é possível que o tribunal, por questão de ordem (de ofício), após mera informação do segurado de que procedeu requerimento administrativo superveniente (e que o mesmo fora indeferido), anular acórdão (que havia determinado a anulação da sentença e retorno dos autos para origem) para julgar novamente apelação das partes (sendo que a demanda não teve o mérito impugnado pela autarquia na origem), sob pena de violação do princípio dispositivo que rege o NCPC<sup>4</sup>.

Nesses casos, o retorno à origem deve ocorrer com a determinação de anulação da sentença e reabertura do prazo para defesa, e não determinando a suspensão do processo. De fato, devendo haver a anulação da sentença e reabertura do prazo para defesa, não há que determinar-se a suspensão do feito, já que o processo deve prosseguir para reiniciar e permitir a apresentação de defesa de mérito. O sobrestamento ocorrerá somente por determinação do juízo de origem para que se proceda o requerimento administrativo, acaso não tenha sido feito (ou seja, não há sobrestamento caso haja requerimento e indeferimento superveniente).

Vale dizer, o procedimento de anulação a ser adotado é o mesmo para os casos em que nunca houve requerimento administrativo ou que houve requerimento administrativo superveniente (e indeferimento administrativo). Já tendo havido sentença e não podendo a autarquia ter enfrentado o mérito (como visto, acaso assim procedesse, o entendimento era no sentido de estar resistindo à pretensão da parte adversa), o processo deve ser anulado para que a autarquia possa apresentar defesa de mérito e nova sentença possa a vir prolatada. Não é caso de suspensão do feito, pelo tribunal de segundo grau, nem para os casos em que nunca houve requerimento administrativo (nesses casos o sobrestamento será ordenado pelo juízo de origem, para que haja o requerimento administrativo), nem para os casos em que houve requerimento e indeferimento administrativo pós-sentença (já tendo havido requerimento e indeferimento não há, logicamente, razão para sobrestar o processo).

Não tendo havido requerimento administrativo (primeira hipótese), e já estando o processo em sede de tribunal, o tribunal deve determinar o retorno dos autos à origem, anulando a sentença. Não é o caso de suspensão do feito pelo tribunal de segundo grau, pois, caso haja indeferimento administrativo, o processo não retornará ao tribunal de segundo grau com a mesma sentença, mas sim, após nova sentença, após defesa de mérito. O

---

4 Dispõe o Novo Código de Processo Civil: "Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei."

sobrestamento ocorrerá apenas por determinação do juízo de origem para que se proceda o requerimento administrativo, acaso não tenha sido feito.

De igual modo, tendo havido requerimento administrativo superveniente e tendo havido o indeferimento (segunda hipótese), já estando o processo em sede de tribunal, o tribunal deve determinar o retorno dos autos à origem, anulando a sentença. Não é o caso de suspensão do feito pelo tribunal de segundo grau pois o processo não retornará ao tribunal de segundo grau com a mesma sentença, mas sim, após nova sentença e defesa de mérito. Com muito mais razão, não é o caso de, por meio de questão de ordem ou de ofício, ou por requerimento ou ainda por meio de embargos de declaração, prosseguir-se com o feito no próprio tribunal de segundo grau, sob pena de aniquilar o direito de defesa da autarquia previdenciária, que teria o prosseguimento do processo sem nunca poder enfrentar o mérito da demanda.

Outrossim, também como forma de corroborar a necessidade de anulação da sentença e reabertura do prazo para defesa, com retorno dos autos para origem, após indeferimento do requerimento administrativo superveniente, impende consignar a necessidade de observar-se o princípio da cooperação plasmado no art.6º do Novo Código de Processo Civil em sua completude: “Art. 6º-Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”.

Quanto ao referido princípio, sufraga Fredie Didier Junior (2006, p. 75) que sua origem é estrangeira:

Atualmente, prestigia-se no Direito estrangeiro – mais precisamente na Alemanha, França e em Portugal – e, já com algumas repercussões na doutrina brasileira o chamado princípio da cooperação, que orienta o magistrado a tomar uma posição de agente-colaborador do processo, de participante ativo do contraditório e não mais a de um mero fiscal de regras

Na mesma senda, insta consignar que o princípio da cooperação, como princípio que é, consiste em fonte normativa para a ciência do direito, como aduz José Cretella Neto (2006, p. 5): “Toda e qualquer ciência está alicerçada em princípios, que são proposições básicas, fundamentais e típicas, as quais condicionam as estruturações e desenvolvimentos subseqüentes dessa ciência.”

De fato, a cooperação precisa ocorrer tanto entre as partes, quanto em relação ao juiz e ambas as partes. Verifica-se que o referido dispositivo, sobre o princípio da cooperação, versa que o processo deve prosseguir

de forma célere, em tempo razoável. No entanto, o tempo razoável é associado, conforme o mesmo dispositivo, à uma decisão justa e efetiva. Prosseguir o processo perante o próprio tribunal de segundo grau, nos casos de indeferimento administrativo superveniente, após a sentença, implicaria em celeridade para o segurado, mas não a uma decisão justa, já que a autarquia não teria enfrentado o mérito.

Assim, não pode o tribunal, por exemplo, sob o pálio do princípio da cooperação, anular acórdão de julgamento de apelação, que determinou a anulação da sentença e retorno dos autos para origem, após informação de segurado de indeferimento de requerimento administrativo superveniente, para que o julgamento da apelação prossiga (sem que a autarquia possa impugnar o mérito da demanda). O princípio da cooperação, que se aplica também aos magistrados, tem como escopo possibilitar que os juízes sejam agentes ativos do contraditório, que deve ser aplicado, todavia, para ambas as partes da demanda, e não, unilateralmente, para uma das partes.

O mencionado procedimento, de anulação do processo e reabertura do prazo para defesa já vem sendo aplicado pela jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da Primeira Região:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INTERESSE DE AGIR. AUSÊNCIA DO PREVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE. AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA AO MÉRITO DO PEDIDO. ADEQUAÇÃO AO RE631240. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. RETORNO DOS AUTOS. PROVIDÊNCIAS.

1. O INSS não adentrou ao mérito no curso da demanda, por entender ausente o interesse de agir ante o necessário prévio requerimento administrativo. 2. O STF decidiu no julgamento do RE631240 com repercussão geral reconhecida: a) a exigência do prévio requerimento administrativo para caracterizar o direito de ação do interessado contra o INSS quando se tratar de matéria de fato e/ou processo não oriundo de juizado itinerante; b) para os processos ajuizados até a decisão: b.1) afastando a necessidade do prévio requerimento se o INSS houver contestado o mérito do lide; b.

2. nas ações não contestadas no mérito, deve-se sobrestar o processo e proceder à intimação da parte autora para postular administrativamente em 30 dias, com prazo de 90 dias para a análise do INSS, prosseguindo no feito somente diante da inércia do INSS por prazo superior a esse ou se indeferir o pedido administrativo.

3. Nos processos sentenciados com resolução de mérito, sem que o INSS tenha oposto resistência ao mérito do pedido na contestação, nas razões ou nas contrarrazões recursais, e o processo subiu à Corte de apelação, caberá a esta aplicar o entendimento do STF em observância às regras e princípios constitucionais e processuais que melhor deem eficácia à decisão do RE 631240.

4. A condição de ação é matéria de ordem pública apreciada no início do processo e, na ausência de resistência ao pedido pelo réu, deverá o processo retornar ao estado inicial, para que seja oportunizado o saneamento da irregularidade, extinguindo o processo sem resolução de mérito, ante a inércia da parte autora, ou caracterizado o interesse de agir, abrir-se oportunidade para defesa de mérito na lide.

5. Apelação parcialmente provida, para anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem para fins de intimação da parte autora para que proceda ao requerimento administrativo no prazo de 30 (trinta) dias, aguardando-se o prazo de 90 (noventa) dias para o INSS se pronunciar, após, a instrução deverá ter seu curso regular, inclusive com abertura de prazo para contestação de mérito. A C Ó R D ã O Decide a 2ª Turma do TRF - 1ª Região, por unanimidade, dar parcial provimento à apelação. Brasília, 3 de agosto de 2016.

JUIZ FEDERAL CÉSAR CINTRA JATAHY FONSECA RELATOR  
CONVOCADO

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. TRABALHADOR RURAL. INTERESSE DE AGIR. INEXISTÊNCIA DE PREVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE. FALTA DE RESISTÊNCIA AO MÉRITO DO PEDIDO. ADEQUAÇÃO AO RE631240. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. RETORNO DOS AUTOS. PROVIDÊNCIAS.

1. O INSS na contestação não adentrou ao mérito, por entender ausente o interesse de agir ante o necessário prévio requerimento administrativo. 2. O Supremo Tribunal Federal noticiou a decisão adotada no julgamento do RE631240 com repercussão geral reconhecida determinando: a) a exigência do prévio requerimento administrativo para caracterizar o direito de ação do interessado contra o INSS quando se tratar de matéria de fato e/ou processo

não oriundo de juizado itinerante; b) para os processos ajuizados até a decisão: b.1) afastando a necessidade do prévio requerimento se o INSS houver contestado o mérito do lide; b.

2. nas ações não contestadas no mérito, deve-se sobrestar o processo e proceder à intimação da parte autora para postular administrativamente em 30 dias, com prazo de 90 dias para a análise do INSS, prosseguindo no feito somente diante da inércia do INSS por prazo superior a esse ou se indeferir o pedido administrativo.

3. Nos processos sentenciados com resolução de mérito, sem que o INSS tenha oposto resistência ao mérito do pedido na contestação, nas razões ou nas contrarrazões recursais, e o processo subiu à Corte de apelação, caberá a esta aplicar o entendimento do STF. 4. A condição de ação é matéria de ordem pública apreciada no início do processo e, na ausência de resistência ao pedido pelo réu, deverá o processo retornar ao estado inicial, para que seja oportunizado o saneamento da irregularidade, extinguindo o processo sem resolução de mérito, ante a inércia da parte autora, ou caracterizado o interesse de agir, abrir-se oportunidade para defesa de mérito na lide. O Juízo recorrido poderá-deverá adotar a providência que o caso requerer. Por isso deve ter plena jurisdição sobre a causa, demandando a anulação da sentença. 5. Sentença anulada. Apelação da parte autora prejudicada. (APELAÇÃO 00622336220134019199, JUIZ FEDERAL MURILO FERNANDES DE ALMEIDA, TRF1 - 1ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DE MINAS GERAIS, e-DJF1 DATA:15/12/2016 PAGINA:.)

APELAÇÃO 00334679120164019199 APELAÇÃO CIVEL Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS AUGUSTO PIRES BRANDÃO Sigla do órgão TRF1 Órgão julgador PRIMEIRA TURMA Fonte e-DJF1 DATA:13/10/2016 PAGINA: Decisão A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento apelação. Ementa PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA. NECESSIDADE. SENTENÇA EXTINTA SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ADEQUAÇÃO AO RE631240. REPERCUSSÃO GERAL. SENTENÇA ANULADA. RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM.

De fato, a anulação da sentença e retorno dos autos para origem deve ocorrer inclusive porque, caso haja prosseguimento do julgamento pelo

tribunal de segundo grau, eventual recurso especial ou extraordinário, em face do acórdão do tribunal de segundo grau, não poderá implicar em exame de fatos e provas (que não foram impugnadas na origem, tendo em vista a limitação de impugnação da ausência de requerimento administrativo), nos termos das súmulas 7 do STJ e 279 do STF

Assim, a não anulação da sentença e reabertura do prazo para defesa, com retorno dos autos para origem, após indeferimento administrativo superveniente, pode implicar sem sérios prejuízos para a autarquia previdenciária, para o patrimônio público e em consequência para a sociedade brasileira, já que a autarquia pode vir a ser julgada sem ter impugnado o mérito da demanda, nem poderá vir a fazê-lo posteriormente, já que os recursos especiais e extraordinário não permitem o exame de prova, como supracitado.

### 3 CONCLUSÃO

Em face do exposto pode-se chegar ao seguinte esboço conclusivo:

1) A partir do julgado do RE 631240, proferido em sede de repercussão geral pelo STF, consolidou-se o entendimento no sentido da necessidade do prévio requerimento administrativo nas ações previdenciárias.

2) Após o julgado RE 631240, os tribunais de segundo grau passaram a determinar a anulação das sentenças em causas previdenciárias nas quais não haviam prévio requerimento administrativo, determinando que o processo retornasse à origem para que a parte providenciasse o requerimento, e, em caso de negativa, que o juiz prolatasse nova sentença. Sucede que a defesa dos segurados passou a juntar cópia de indeferimento de requerimento administrativo superveniente, efetuado após a prolação da sentença, requerendo que o processo continuasse o julgamento em sede de tribunal, para que não houvesse retorno a origem, nem nova sentença, o que implica em violação à defesa da autarquia (que não impugnou o mérito da demanda, já que a contestação e apelação da autarquia se restringiam a impugnar a ausência de requerimento administrativo).

3) Não pode o tribunal, de ofício, ou por requerimento, ou mediante embargos de declaração, após informação do segurado de que procedeu requerimento administrativo superveniente (e que o mesmo fora indeferido), anular acórdão (que havia determinado a anulação da sentença e retorno dos autos para origem) para julgar novamente apelação das partes (sendo que a demanda não teve o mérito impugnado pela autarquia na origem), sob pena de violação do princípio dispositivo (casa não haja requerimento) ou violação à ampla defesa da autarquia (que não poderá apresentar defesa de mérito)

4) O princípio da cooperação e da celeridade processual, plasmados no NCPC, não podem ser aplicados ou interpretados somente em favor do segurado, sob pena de aniquilar o direito de defesa da autarquia

5) A necessidade de anulação da sentença e retorno dos autos para origem deve ocorrer inclusive porque, em caso de prosseguimento do julgamento pelo tribunal de segundo grau, eventual recurso especial ou extraordinário, em face do acórdão do tribunal de segundo grau, não poderá implicar em exame de fatos e provas (que não foram impugnadas na origem, tendo em vista a limitação de impugnação quanto à ausência de requerimento administrativo), nos termos das súmulas 7 do STJ e 279 do STF.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*.

BRASIL. STF. Recurso Extraordinário RE 631240, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/09/2014.

BRASIL. STJ. Recurso Especial REsp 129.639/RS, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 18/11/1997, DJ 15/12/1997, p. 66495).

BRASIL. STJ. Recurso Especial REsp 384.254/SC, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2002, DJ 01/04/2002. p. 214.

CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. São Paulo: JGEditor, 2003. p. 69.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. 12. ed. revisada e atualizada. Florianópolis: Conceito, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 5.

DIDIER JR., Fredie. *Revista de Processo*. 2006. p. 75.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 940.

MESQUITA, Gil Ferreira de. *Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 156-157.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. A garantia do Contraditório. In: *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed., revisada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.

SAVARIS, José Antonio. *Direito Processual Previdenciário*. 2. ed. revisada e atualizada. Curitiba: Juruá, 2010.

---

## DO DEVER DE RESTITUIR O LUCRO DECORRENTE DA LESÃO A DIREITOS COLETIVOS

*THE DUTY TO RETURN THE PROFITS ARISING FROM A  
VIOLATION TO COLLECTIVE RIGHTS*

---

*João Marcelo Torres Chinelato*

*Professor de Direito Processual Civil. Doutorando em Ciências jurídico-civis pela  
Universidade de Lisboa. Procurador Federal*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A advocacia pública e os direitos coletivos; 2 O lucro obtido mediante danos coletivos; 3 *Punitive damages*; 4 O lucro injusto no direito norte-americano dos valores mobiliários; 5 Privação do lucro injusto pela doutrina do enriquecimento sem causa; 6 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Neste artigo defende-se que a devolução do lucro alcançado pela ofensa a direitos coletivos pode ser postulada em juízo. Uma das principais respostas que o direito brasileiro dá àquele que viola direitos coletivos é o dever de pagar indenização, medida requerida pelos poucos legitimados a deflagrar o processo coletivo, entre os quais ocupam posição de destaque os entes representados pela Advocacia-Geral da União. Contudo, como tais danos assumem quase sempre natureza extrapatrimonial, torna-se difícil encontrar o equilíbrio entre a justiça da indenização e sua capacidade de desestimular a conduta ilícita. A dificuldade também existe pela ausência de parâmetros objetivos para a quantificação do montante a ser pago. A solução do problema pode vir de balizas utilizadas pela jurisprudência norte-americana, que no sistema brasileiro poderiam encontrar sustentação no instituto do enriquecimento sem causa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Danos Coletivos. Lucro Injusto. Reponsabilidade Civil. Enriquecimento Sem Causa. Indenização.

**ABSTRACT:** In this article, it is argued that the return of the profits achieved by a violation to collective rights can be requested in court. One of the main responses that the Brazilian law gives to the party that violates collective rights is the duty to pay an indemnification, which measure is requested by the few parties with standing to file a class action, including those that occupy a prominent position, the parties represented by the Federal Attorney-General's Office. However, given the fact that said damages almost always affect spheres other than equity, it is difficult to find a balance between the fairness of the indemnification and its ability to discourage illegal acts. The difficulty also exists due to the lack of objective parameters to quantify the amount to be paid. The solution to the problem may lie with guidelines used by the North American case law, which could be substantiated, in the Brazilian law, by the concept of unjust enrichment.

**KEYWORDS:** Collective Damages. Unjust Profits. Civil Liability. Unjust Enrichment. Indemnification.

## INTRODUÇÃO

O que se discute nesse artigo é se há fundamento para que o lucro, obtido a partir de lesões ao meio ambiente, à moralidade administrativa ou a quaisquer outros direitos coletivos *lato sensu*, seja retirado do agressor<sup>1</sup>.

O chamado processo coletivo – procedimento especial destinado à tutela de direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos – tem se destacado como fundamental meio de defesa desses típicos direitos de terceira geração no sistema brasileiro e a Advocacia-Geral da União tem tido importante protagonismo nesse âmbito, precisamente por ser a representante judicial de alguns dos poucos legitimados a propor ações civis públicas e ações coletivas em geral (Lei n. 7.347/1985 art. 5º, III e IV; CDC, art. 82, II e III; Lei n. 8.429/92, art. 17 etc)<sup>2</sup>.

Todavia, é possível perceber no contexto do processo coletivo alguma dúvida do Poder Judiciário sobre como responsabilizar civilmente o autor de danos à coletividade, precisamente porque uma parte dessas lesões ostenta natureza moral (ou extrapatrimonial).

O que se pretende neste artigo é contribuir para a elucidação dessa dúvida, sustentando que há fundamento no sistema brasileiro para que os lucros eventualmente alcançados pelo autor de danos coletivos sejam dele tomados.

Para isso, serão examinadas duas construções jurisprudenciais que em tese poderiam fundamentar a apropriação desse lucro injusto.

A primeira delas é a doutrina dos *punitive damages*, desenvolvida em países do *common law* e já apontada por muitos – a nosso ver equivocadamente – como compatível com o sistema brasileiro. Neste artigo, essa doutrina, que usa a indenização como punição, será rejeitada, entre várias razões porque, do ponto de vista teórico, não se encaixa em nosso modelo de responsabilidade civil, e, do ponto de vista prático, abre caminho para abusos judiciais.

A segunda via, por nós defendida, baseia-se na jurisprudência dos tribunais norte-americanos acerca do lucro auferido mediante fraudes operadas na bolsa de valores. Estudar-se-á o instituto do *disgorgement*, que, assim como o nosso enriquecimento sem causa, é um remédio restitutivo

---

1 O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CF/88, artigo 225) é concebido pela doutrina como um “direito difuso”, titularizado por todos (MACHADO, 2007, p. 118), entendendo-se da mesma forma que “[a] proibidade administrativa é consectário da moralidade administrativa, anseio popular e, a fortiori, difuso” (BRASIL, 2004).

2 Foi o que ocorreu, por exemplo, na ação em que a AGU cobrou uma milionária indenização dos responsáveis por danos ambientais causados à Mata Atlântica durante a construção da rodovia Transolímpica, sob a alegação de que essa obra “somente serviu para enriquecer alguns em detrimento da própria sociedade”. (BRASIL, 2017a).

preordenado, não a reparar o dano ou a compensar a vítima, mas a retirar das mãos do ofensor quaisquer frutos colhidos de sua ilicitude.

A obtenção de proveito econômico por meio de ofensa a direitos extrapatrimoniais tem preocupado a doutrina em escala mundial (BRÜGGEMEIER; CIACCHI, 2010, p. 318); e não poderia ser diferente, pois é claro que o sistema estará falhando se, no balanço contabilístico do ofensor, os ganhos com a ilicitude superarem a indenização paga.

## 1 A ADVOCACIA PÚBLICA E OS DIREITOS COLETIVOS

A tutela dos chamados direitos coletivos é promovida judicialmente por poucos legitimados, legalmente autorizados a defender em nome próprio interesses transindividuais, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, à ordem urbanística ou econômica, à honra e dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e vários outros<sup>3</sup>.

Entre esses poucos legitimados está a Fazenda Pública<sup>4</sup>.

O protagonismo da Advocacia-Geral da União nesse campo tem sido grande, mas se há alguma direção a seguir seria a da intensificação, porque as políticas públicas federais que promovem direitos coletivos são imensas. Pense-se na intervenção econômica, na atuação das agências reguladoras, na preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural e paisagístico.

No entanto, o microsistema do processo coletivo dá amparo não apenas para que a Advocacia-Geral da União amplie sua participação nas demandas coletivas, como também para que qualifique a jurisprudência produzida nesse âmbito. Este artigo tenta contribuir para isso, tratando do modo como a resposta judicial aos danos coletivos pode ser mais eficaz.

## 2 O LUCRO OBTIDO MEDIANTE DANOS COLETIVOS

Por mais controverso que seja, não se pode negar que a jurisprudência entende “ser possível, em tese, a configuração de dano extrapatrimonial coletivo, sempre que a lesão ou a ameaça de lesão levada a efeito pela

---

3 Na realidade, como se sabe, há controvérsia sobre a natureza jurídica dessa legitimidade. Nelson Nery sustenta tratar-se de legitimação autônoma (NERY JUNIOR, 2001). Hugo Nigro Mazzili identifica nesse caso uma hipótese de legitimidade extraordinária (MAZZILI, 2004, p. 62).

4 Várias normas atribuem essa legitimidade, sendo as mais importantes o art. 5º da Lei da Ação Civil Pública e Art. 82 do Código de Defesa do Consumidor.

parte demandada atingir, sobretudo, valores e interesses fundamentais do grupo”<sup>5</sup>. (BRASIL, 2015).

Assim, a degradação do meio ambiente, a veiculação de propaganda racista ou a lesão ao patrimônio histórico, por exemplo, podem gerar danos não patrimoniais coletivos e conseqüentemente o dever de indenizar.

Quanto aos danos não patrimoniais em geral, como se sabe, houve intensa discussão doutrinária sobre a sua ressarcibilidade, tendo em vista o problema da impossibilidade de avaliação econômica. A questão hoje encontra-se superada pela explicação de que a indenização nesses casos teria função compensatória ou satisfatória. Segundo essa doutrina, a finalidade da indenização por dano não patrimonial não seria a de reparar o dano – como ocorre nos direitos patrimoniais –, mas a de compensá-lo, apaziguando o sentimento do lesado<sup>6</sup>. (LIETÃO, 2010, p. 298).

Assim, os danos não patrimoniais são indenizáveis, mas a quantificação da indenização não obedece nesses casos a parâmetros específicos. Por isso, a jurisprudência afirma que, em lesões dessa natureza, “não há como se exigir que a parte indique um valor específico para indenização”<sup>7</sup>. (BRASIL, 2017b).

Não obstante esse bem formado quadro teórico, o modo como as coisas ocorrem na prática tem suscitado uma série de discussões. Para ficar em dois exemplos, citem-se situações ocorridas em Portugal e na Itália.

Já se afirmou na doutrina portuguesa, que, para além da perspectiva meramente compensatória, dever-se-ia levar em conta na fixação do montante indenizatório a necessidade de uma maior valorização da pessoa, não podendo a condenação “ser miserabilista, sob pena da própria dignidade humana se ver desvalorizada” (PORTUGAL, 2015). Em outro caso, afirmou-se que nos danos ocorridos na mídia dever-se-ia levar em conta o “poder económico do grupo onde se insira o meio de comunicação social, tiragens médias e difusão designadamente no meio social a que respeite o visado, e potenciais lucros obtidos com notícias desse tipo” (BRASIL, 2008).

Após emparelhar uma série de acórdãos nessa linha, Luís Vasconcelos Abreu chega a afirmar que os tribunais de Portugal, especialmente nos casos envolvendo a comunicação social, “manifestam sensibilidade e abertura para o problema das ofensas a direitos de personalidade” (ABREU, 2002, p. 474-475). De outro lado, há visões menos animadas, que consideram esses casos manifestações isoladas e que em geral as indenizações por ofensa aos direitos extrapatrimoniais são fixadas em valores ínfimos. Paula Meira Lourenço, após examinar diversos julgados, conclui que

---

5

6

7

toda a atual discussão sobre uma tutela realmente efetiva desses direitos persiste porque “a jurisprudência portuguesa continua a acusar alguma ‘miopia’ na avaliação dos danos não patrimoniais, atribuindo ao lesado quantias irrisórias”. (LOURENÇO, 2006, p. 386).

Em discussão semelhante, na Itália, a Lei n.º 349/1986, de 8 de Julho, no § 6º de seu artigo 18.º, relativa à responsabilidade civil por danos ambientais, previa a fixação da indenização por equidade, na impossibilidade de se quantificá-la no caso concreto, devendo-se levar em conta nessa hipótese o “lucro” obtido pelo transgressor em consequência do seu comportamento lesivo. Esse dispositivo acabou sendo revogado pelo Decreto Legislativo n. 153, de 3 de abril de 2006, a fim de ajustar-se à Diretiva 2004/35 do Parlamento Europeu e do Conselho, sobretudo com vistas à previsão do ressarcimento em forma específica.

Contudo, como enfatizou Salvatore Patti, o dispositivo casou perplexidade e dúvida na medida em que superava os tradicionais critérios de quantificação do montante indenizatório por responsabilidade civil. Esse autor chegou a defender que o instituto do ressarcimento do dano deveria ser revisto, a fim de se viabilizar uma maior prevenção e um controle mais eficaz dos ilícitos e abusos (PATTI, 2011, p. 297). No obstante, a Corte de Cassação italiana continua negando à indenização civil qualquer finalidade que não a reparatória ou compensatória, aduzindo que o direito ao ressarcimento do dano decorrente da ofensa a direitos subjetivos não ostenta finalidades punitivas (ITÁLIA, 2008, 2015).

Como se vê, é no mínimo problemática a pretensão de usar a responsabilidade civil como meio de privar o ofensor do lucro obtido a partir da infração. Alguns desenvolvimentos teóricos, porém, têm se movido nessa direção.

### 3 PUNITIVE DAMAGES

Para superar a alegada insuficiência do uso reparatório e compensatório da responsabilidade civil, importantes autores defendem um modelo semelhante ao que nos sistemas inglês e norte-americano se designa como *punitive damages*. É o caso, por exemplo, de Carlos Alberto Bittar (1999, p. 232-233) e Sérgio Cavalieri (2010, p. 98).

Os *punitive damages* têm como base a ideia de que a indenização judicial também teria uma função de pena privada (BUSNELLI; PATTI, 2013, p. 99), almejando-se com isso a superação do princípio segundo o qual o montante do ressarcimento não pode ultrapassar o dano efetivamente suportado (PATTI, 2011, p. 295-301). O que se defende nesse âmbito é que, quando a responsabilidade civil decorre de atos culposos, o agente atua

de modo evidentemente reprovável, devendo-se dar ao fato uma resposta punitiva e capaz de atuar também na *prevenção* da prática.

Ocorre que essa doutrina, que originou-se na Inglaterra e estendeu-se para os Estados Unidos, ganhou neste último país uma aplicação abrangente demais (CHAPMAN; TREBILCOCK, 1989, p. 827): no final do século XIX, os tribunais americanos passaram a impor os danos punitivos não apenas às condutas dolosas, mas também àquelas realizadas com negligência grosseira (*gross negligence*), ganhando especial destaque nos casos de acidentes de trabalho, de viação e de negligência médica (*medical malpractice*) (LOURENÇO, 2006, p. 170); e, além disso, os *punitive damages* passaram a ser aplicados a alguns casos de responsabilidade objetiva (*vicarious liability*), como, por exemplo, na responsabilização dos empregadores por atos dolosos dos empregados, assim como para condenar o produtor por produtos defeituosos (*products strict liability*) (PONZANELLI, 1983, 435-487).

Sobretudo em virtude desse alargamento, o instituto recebe severas críticas e tem importantes opositores até mesmo dentro da doutrina norte-americana. Reunindo essas críticas, a doutrina especializada no tema enumera as seguintes: I) confusão entre os escopos do Direito Civil e do Direito Penal; II) enriquecimento injustificado do lesado e aumento da litigância; III) arbitrariedade do montante indenizatório e, uma vez que os tribunais imputam o dever de indenizar às pessoas coletivas, com os custos econômicos para acionistas e para a sociedade, pelo reflexo das condenações no preço dos bens comercializados (LOURENÇO, 2006, p. 184-189);.

De fato, não parece que os *punitive damages* sejam adaptáveis a sistemas jurídicos como o brasileiro, que limitam a responsabilidade civil à *reparação do dano*<sup>8</sup> e a restituição por enriquecimento sem causa ao “indevidamente auferido”<sup>9</sup>.

É verdade que renomada doutrina aponta na responsabilização civil, também, a função de punir o agente (PEREIRA, 2012, 413-414).

Ocorre que, como sustentam não menos importantes autores, não parece que haja aí uma adesão à doutrina dos *punitive damages*, com todas as consequências que isso implicaria. O que os civilistas que reconhecem uma dimensão punitiva na responsabilidade civil descrevem é apenas um

8 No Brasil, o art. 927 do Código Civil Brasileiro prevê: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”(BRASIL, 2002); Art. 1382 do Código Civil Francês: “Tout fait quelconque de l’homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”; Art. 2.043 do Código Civil Italiano: “Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno” (FRANÇA, 1804).

9 Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido [...] (BRASIL, 2002).

*reflexo* que decorre da reparação civil. Essa é a percepção, em Portugal, de Pereira Coelho, para quem as alegadas funções preventiva e punitiva da responsabilidade civil são na realidade “momentos sancionatórios e preventivos” e constituem “simples efeitos úteis da obrigação de indemnizar, estruturada esta de acordo com o seu fim reparador” (SACCO, 1959, p. 31). De fato, o caráter punitivo da indenização civil, a que alude a doutrina alguma jurisprudência, não é mais do que um reflexo da reparação.

Isso está bem longe de corresponder à ideia dos *punitive damages*, segundo a qual o montante indenizatório ultrapassa a reparação do dano ou a compensação da vítima e é *umentado* como castigo.

Também é razoável pensar que a aplicação dos *punitive damages*, em sistemas como o brasileiro, implicaria a abertura de uma porta para a imposição de penas, ainda que privadas, contra réus que não terão no sistema de responsabilidade civil – aberto por exemplo à responsabilidade objetiva e a presunções legais – os mesmos meios de defesa disponibilizados pelo sistema processual penal.

Além disso, não se deve desconsiderar o perigo dos abusos: as atividades empresarial e jornalística também têm proteção constitucional e podem ser inviabilizadas pela imposição de indenizações sem limite.

Por essas razões, a doutrina dos *punitive damages* não parece ser um caminho adequado, sobretudo pela ausência de objetividade. Em outras latitudes, porém, têm-se apresentados importantes orientações que, sem os mesmos déficits, permitem atingir o lucro auferido à custa de uma coletividade.

#### 4 O LUCRO INJUSTO NO DIREITO NORTE-AMERICANO DOS VALORES MOBILIÁRIOS

A construção jurisprudencial norte-americana a propósito do lucro feito por fraudes na bolsa de valores pode orientar soluções para o problema dos danos extrapatrimoniais coletivos, inclusive no sistema brasileiro, como se verá abaixo.

Nos Estados Unidos, o *Securities Exchange Act of 1934*, legislação reguladora do mercado de valores mobiliários, autoriza a *Securities and Exchange Commission* (Comissão de Valores Mobiliários ou simplesmente “SEC”), a postular a recuperação do proveito econômico obtido por ilícitos cometidos no bolsa de valores e outros meios de negociação de títulos<sup>10</sup>.

10 No Securities Exchange Act of 1934, §§ 78u-2(e), lê-se: “(e) Authority to enter order requiring accounting and disgorgement In any proceeding in which the Commission or the appropriate regulatory agency may impose a penalty under this section, the Commission or the appropriate regulatory agency may enter an order requiring accounting and disgorgement, including reasonable interest. The Commission is authorized

Essa apropriação dos lucros auferidos pelo infrator é feita pelo instituto do *disgorgement*, cujo objetivo é privar o ofensor dos lucros adquiridos por meio da ofensa (AMENDOLA, 2016).

A lesão a investidores é um dano patrimonial, mas o doutrinador português Pedro Paes de Vasconcelos, em obra acerca dos direitos de personalidade, sustenta que a natureza extrapatrimonial dos direitos conferidos à pessoa não seria problema para que algo semelhante ao *disgorgement* fosse feito no sistema português, pela via do instituto do enriquecimento sem causa (VASCONCELOS, 2014, p. 148-150).

De fato, assim como ocorre em relação à figura do instituto do enriquecimento sem causa, o *disgorgement* é um remédio restitutivo, cujo propósito é remover do patrimônio do enriquecido a porção de riqueza conquistada à custa do empobrecimento (ou da lesão) do empobrecido.

Acerca do *disgorgement*, a jurisprudência norte-americana orienta-se a partir de uma premissa muito clara: não é possível que, mesmo após a vítima recuperar as suas perdas, o agressor permaneça em uma posição melhor da que estava antes da ilicitude.

Assim, o *disgorgement* não é um meio de compensação da vítima.

Nesse sentido, a Suprema Corte de New Jersey, em *County of Essex v. First Union National Bank*, afirmou que as razões que dão base ao *disgorgement* não estão relacionadas com o fato da vítima sofrer danos, mas com o mal de que o transgressor retenha qualquer um dos frutos obtidos com a ilicitude<sup>11</sup>. Reforçando essa ideia, em *Warren v. Century Bankcorporation*, a Suprema Corte de Oklahoma aduziu que o *disgorgement*, “em vez de compensar a vítima”, destina-se a “privar o transgressor de todos os ganhos decorrentes do seu erro”<sup>12</sup>.

---

to adopt rules, regulations, and orders concerning payments to investors, rates of interest, periods of accrual, and such other matters as it deems appropriate to implement this subsection.”.

11 *County of Essex v. First Union Natl Bank*, 186 N.J. 46, 61 (2006). O trecho da decisão em que essa ideia se contém é o seguinte: “The Bank official’s unlawful conduct entitled the County to disgorgement of the total fees received by the Bank on each of those transactions. It was error for the trial court to limit disgorgement to the 1989B Bond Transaction and not to permit the jury to award the fees on the other two bond transactions. Further, we disagree with the Bank’s assertion that the County waived its claim for disgorgement on the first two bond transactions. Although the County acknowledged it suffered no damages on those transactions, it still sought to recover under a disgorgement theory. As noted, the reasons for disgorgement are not related to whether the County suffered damages. It is the evil of the wrongdoer retaining any of the fruits of its wrongful conduct that grounds the claim. As a matter of law, the County was entitled to recover the fees paid to the Bank on each of the bond transactions.”.

12 *Warren v. Century Bankcorporation, Inc.*, 741 P.2d 846, 852 (Okla. 1987). Confira-se o seguinte trecho do precedente: “The remedy in restitution rests on the ancient principles of disgorgement. Beneath the cloak of restitution lies the dagger that compels the conscious wrongdoer to “disgorge” his gains. Disgorgement is designed to deprive the wrongdoer of all gains flowing from the wrong rather than to compensate the victim of the fraud.”

De outro lado, é intuitivo que o cálculo desses lucros não é simples e pode resultar em uma condenação desproporcional. Sensível ao problema, a jurisprudência norte-americana criou parâmetros para evitar isso.

Nessa linha, entende-se que somente os lucros que tiverem *relação causal* com o ilícito é que devem ser objeto de *disgorgement*. Os tribunais apontam como fundamento para esse limite o fato de que esse remédio *não tem caráter punitivo*.

Nesse sentido, afirmou-se em *S.E.C v. First City Financial Corp., LTD* (EUA, 1989) que o *disgorgement* serve para evitar o enriquecimento injusto, não podendo ser utilizado como punição. Também em *Securities and Exchange Commission v. Blatt*<sup>13</sup>, afirmou-se que por meio do *disgorgement* não se busca punir o agente, sendo essa razão pela qual o dever de restituição se estende apenas à parcela do lucro relacionada ao ilícito.

Dessa maneira, no cálculo a SEC deve fazer distinção entre lucros legalmente e ilegalmente obtidos. Para isso, é imprescindível determinar o nexo de causalidade entre os lucros tomados pelos infratores e o ilícito<sup>14</sup>.

É verdade que essa conta não será sempre fácil. Por essa razão, os tribunais preconizam que não há necessidade de precisão na definição da quantia a ser restituída: basta uma “aproximação razoável” dos lucros que teriam sido efetivamente realizados<sup>15</sup>. E, ainda, podem-se observar alguns critérios importantes. Por exemplo, na prática da fraude a títulos, usualmente a SEC quantifica o valor a ser restituído com base na comparação entre o preço anterior do título e preço alcançado após a prática ilícita<sup>16</sup>. Complementando essa orientação, em diversos precedentes entende-se que, se a SEC consegue demonstrar essa aproximação razoável, transfere-se para o ofensor o ônus de demonstrar que a quantia requerida a título

13 *EUA, Securities and Exchange Commission v. Blatt*. 583 F.2d 1325 (5th Cir. 1978). Nas palavras do tribunal: “Disgorgement is remedial and not punitive. The court’s power to order disgorgement extends only to the amount with interest by which the defendant profited from his wrongdoing. Any further sum would constitute a penalty assessment.”.

14 Destaque-se nesse sentido o seguinte trecho da decisão proferida pela Court of Appeals de Columbia no já citado *S.E.C. V. First City Financial Corp., LTD*: “Since disgorgement primarily serves to prevent unjust enrichment, the court may exercise its equitable power only over property causally related to the wrongdoing. The remedy may well be a key to the SEC’s efforts to deter others from violating the securities laws, but disgorgement may not be used punitively.”

15 “[D]isgorgement need only be a reasonable approximation of profits causally connected to the violation” (*SEC v. First City Fin. Corp.*, 890 F.2d 1215, 1231 (D. C. Cir. 1989).

16 Nesse sentido: “[...] a typical SEC disgorgement case related to securities trading, in which the SEC is able to base disgorgement on the price of a security at two distinct points in time and set the disgorgement on the unjust enrichment of that change in a securities price between those two temporal points [...]” (Weiss, 2009, p. 509).

*disgorgement* não corresponde à realidade. Cabe ao réu provar a ausência do nexo de causalidade.

A propósito, em *SEC v. CMKM Diamonds, inc*, ao apreciar um questionamento ao cálculo oferecido pela SEC, o tribunal afirmou que o réu teria falhado em demonstrar a “irrazoabilidade do pedido de *disgorgement*”, não se desincumbindo assim do ônus de provar que o pedido contra si formulado era excessivo<sup>17</sup>.

Embora não haja no Brasil uma legislação e uma orientação jurisprudencial semelhante à que se vê nos Estados Unidos, parece sustentável que o instituto do enriquecimento sem causa possa dar fundamento à apropriação do lucro injusto no caso de danos coletivos.

## 5 PRIVAÇÃO DO LUCRO INJUSTO PELA DOUTRINA DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

No contexto brasileiro, a apropriação dos lucros obtidos em razão de danos coletivos poderia encontrar sustentação no instituto do enriquecimento sem causa, previsto, no Brasil, no artigo 884 do Código Civil: “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

A ideia de que esse remédio restitutivo seria aplicável com esse fim é defendida pelos professores portugueses Pedro Pais de Vasconcelos (2014, p. 150), Capelo de Sousa (1995, p. 340), Paulo Mota Pinto (1993, p. 582) e, na Itália, por Paolo Gallo (1996, p. 57).

Essa tese, no entanto, enfrenta algumas dificuldades. A primeira delas é a questão da deslocação patrimonial.

Para diversos autores, a configuração do instituto do enriquecimento sem causa pressupõe um enriquecimento e um correlativo empobrecimento<sup>18</sup>. Esse seria um problema para a tese apresentada neste artigo, pois nos danos coletivos não há propriamente um empobrecimento dos lesados.

17 *SEC v. CMKM Diamonds, inc*. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. 729 F.3d 1248 (9th Cir. 2013). O trecho em que essas ideias aparecem é o seguinte: “But Dvorak did not indicate how the facts contained in his bank account records and deposition transcript would demonstrate the unreasonableness of the SEC’s *disgorgement* request. Nor did Dvorak provide any explanation for why he was unable to produce his own bank account records and exhibits he produced at his deposition to oppose the SEC’s request for *disgorgement*. Therefore, Dvorak failed to meet his burden of showing that the *disgorgement* figure was not a reasonable approximation of his illegal profits.”.

18 Diz o autor no texto: “Il presente problema non ha nulla a vedere con la materia dell’arricchimento senza causa. L’arricchimento senza causa presuppone l’incremento patrimoniale di un soggetto, e il correlativo depauperamento del controinteressato; presuppone dunque il danno (nel senso di depauperamento) del soggetto”. (SACCO, 1959, p. 33).

Contornando essa objeção, Paolo Gallo nega que a lesão patrimonial seja requisito do enriquecimento sem causa. Baseando-se na doutrina alemã e em autores do *common law*, Gallo demonstra que essas orientações distinguem o comportamento lesivo das consequências de caráter patrimonial que podem derivar da violação. Nessa linha, a configuração do enriquecimento sem causa depende, sim, da ocorrência de dano, mas esse dano não precisaria ser necessariamente patrimonial, bastando que o agente obtenha proveito econômico por meio da lesão a direitos ou a situações protegidas<sup>19</sup>. Aderindo a esse entendimento, a doutrina que trata do tema afirma que, nas hipóteses de intervenção em direitos de outrem, é muito frequente que o ganho resultante desse ato apareça no patrimônio do enriquecido sem antes ter existido no patrimônio do empobrecido (LEITÃO, 2004, p. 34-35).

A segunda dificuldade na aplicação do enriquecimento sem causa como meio de se atingir o lucro injusto seria a identificação do montante a restituir.

Essa é uma preocupação séria porque é comum afirmar-se na jurisprudência que a fixação de indenizações não pode acabar provocando um “enriquecimento sem causa do lesado”<sup>20</sup>. Tal ideia é usada, em geral, para justificar-se o diminuto valor atribuído às indenizações fundadas em danos extrapatrimoniais.

Ocorre que essa argumentação pode sofrer inúmeras objeções.

Deve-se esclarecer que a restituição do lucro injusto não significa excesso, especialmente quando se usa o critério da jurisprudência norte-americana da causalidade desse lucro: não se trata de devolver todo o proveito econômico auferido pelo causador do dano, mas apenas a parcela causalmente relacionada à lesão. Em sentido semelhante, defende-se em doutrina que “[o] enriquecido terá de restituir ao credor aquela parte do enriquecimento que seja imputável economicamente aos bens jurídicos alheios” (CAMPOS, 1974, p. 484).

O limite fixado por essa interessante orientação parte da ideia de que os lucros obtidos não são feitos tão somente pela usurpação ilícita do direito do lesado, mas também por fatores técnicos, produtivos e criativos titularizados pelo lesante (LEITÃO, 1974, p. 696).

19 Tradução livre de: “Presupposto essenziale dell’azione di arricchimento non è infatti tanto il danno, ma piuttosto l’esistenza di un profitto conseguente la lesione dell’altrui diritto o situazione protetta”. (SACCO, 1959, p. 34-35).

20 Entre centenas de decisões, confira-se o REsp 1635646, Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, 3ª Turma, julgado em 12.12.2017, DJe 18.12.2017. (BRASIL, 2017c).

Por fim, um último esclarecimento: a aplicação do enriquecimento sem causa como meio impedir a lucratividade ilícita pode gerar dúvida nos casos em que, embora gravíssima, a lesão produz lucro baixo ou zero.

De fato, quando alguém aufere proveito econômico de lesões a direitos, duas situações podem ocorrer: o lucro pode superar a lesão; ou a lesão pode superar o lucro.

Tocando no tema, Paolo Gallo faz a seguinte diferença: na hipótese em que o enriquecimento do agente superar o dano, a responsabilidade civil poderá apresentar-se como uma resposta jurídica incapaz de dissuadir a repetição da conduta ilícita. Nesse caso, teria lugar o enriquecimento sem causa, impondo-se “ao enriquecido uma obrigação restitutória integral do enriquecimento obtido mediante fato injusto” (GALLO, 1996, p. 56-57).

De outro lado, no caso de lucro inferior ao dano, em vez de utilizar a via do enriquecimento sem causa, o autor da ação coletiva poderia invocar o regime da responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, nos termos da jurisprudência do STJ: “[a] quantificação do dano extrapatrimonial deve levar em consideração parâmetros como a capacidade econômica dos ofensores, as condições pessoais das vítimas e o caráter pedagógico sancionatório da indenização” (BRASIL, 2017d).

Em conclusão, o que se nota é que, assim como a jurisprudência norteamericana construída a partir da legislação que estabeleceu o remédio do *disgorgement*, também há relevante doutrina se encaminhando no sentido de defender a apropriação do lucro injusto, desde que a restituição se limite ao montante diretamente causado pelo ilícito.

## 6 CONCLUSÃO

O chamado microssistema do processo coletivo<sup>21</sup> conferiu aos entes representados pela advocacia pública o importante poder de deflagrar um especial procedimento judicial preordenado à defesa de direitos que quase sempre se originam de importantíssimas políticas públicas.

A ofensa a direitos coletivos não pode ter o efeito de uma mera admoestação. O processo coletivo deve ser capaz de dissuadir a conduta ilícita e servir de exemplo para outros potenciais infratores.

De outro lado, as grandes corporações, as empresas jornalísticas e outros importantes agentes econômicos que afetam de uma ou outra forma esses direitos também têm sua atividade protegida em plano

<sup>21</sup> Reconhecido inclusive no plano jurisprudencial: “A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei de ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõem um microssistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar interpenetram-se e subsidiam-se [...]” (BRASIL, 2004b).

constitucional, não podendo ser inviabilizados por uma responsabilização judicial inconsequente ou abusiva.

Nessa direção, a resposta do Estado a danos causados à coletividade deve ser proporcional, significando isso a colocação de duas balizas: ao Poder Público é imposta tanto a “proibição do excesso” como também a “proibição de proteção insuficiente” (PULIDO, 2007, p. 826-827).

É nessa perspectiva que a advocacia pública deve propor o modelo de responsabilização civil por danos coletivos: fazendo com que o infrator seja impedido de retirar qualquer proveito econômico dessas lesões, o que pode fundamentar-se pelo instituto do enriquecimento sem causa; e dando parâmetros para essa responsabilização esteja isenta de arbitrariedades judiciais.

## REFERÊNCIAS

ABREU, L. V. A violação de direitos de personalidade pela comunicação e as funções da responsabilidade civil. Recentes desenvolvimentos jurisprudenciais. Uma breve comparação Luso-Alemã. In: *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*. Coimbra: Almedina, v. 2, 2002.

AMENDOLA, F. C. et al. 69A. *American Jurisprudence: Securities Regulation—Federal*, 2016.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 510.150/MA*.

*Primeira Turma*. Recorrente: José Câmara Ferreira. Recorrido: Ministério Público do Estado do Maranhão. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 17 fev. 2004a. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Danos Ambientais: AGU cobra R\$ 152 milhões de responsáveis pela obra Transolímpica. *AGU*, 15 set. 2017. Disponível em: <[www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/602799](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/602799)>. Acesso em: 19 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial. *AgRg no REsp 1.644.564/MS*. Sexta Turma. Relatora: Min. Maria Thereza De Assis Moura. Brasília, 18 maio 2017b. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1635646/RJ*. Terceira Turma. Recorrente: Renato Constandt Terra. Recorrido: Gilton Andrade Santos. Relator: Min. Paulo De Tarso Sanseverino. Brasília, 12 dez. 2017c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1652588/SP*. Terceira Turma. Recorrente: Luciano Ribeiro Faccioli, Patrícia Maldonado Aricó, Rádio e Televisão Bandeirantes LTDA. Recorrido: Iara Ramires da Silva de Castro, Roberta Vicente Sanches de Castro. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 26 set. 2017d. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *Proc. 08A1824*. Relator: Min. Mário Cruz. Brasília, 10 jul. 2008. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 1315822/RJ*. Terceira Turma. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 24 mar. 2015. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 16 abr. 2018.

BRÜGGEMEIER, G.; CIACCHI, A. C.; O'CALLAGHAN, P. *Personality Rights in European Tort Law (The Common Core of European Private Law)*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.

BUSNELLI, F.; PATTI, S. *Danno e responsabilità civile*. II. ed. Local: Torino, 2013.

BUSTO LAGO, J. M.; PEÑA LÓPEZ, F. Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontratual. In: *Anuario Da Faculdade De Derecho*, 1997, Coruña, Universidade da Coruña, 1997.

CAMPOS, D. J. P. L. *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*. Almedina (Coimbra): Impreta, 1974. p. 484.

CHAPMAN, B. Trebilcock; Michael J. Punitive Damages: Divergence in Search of a Rationale. *Alabama Law Review*, v. 40, p. 827, 1989.

DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. v. 7, 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. S.E.C v. First City Financial Corp., LTD et. al Appellants. 890 F.2d 1215 (D.C. Circ. 1989), 1-12-1989.

GALLO, Paolo. *Pene private e responsabilità civile*. Milano: Giuffrè Editore, 1996.

ITÁLIA Cass. n. 15814/2008

ITÁLIA Cass. n. 12717/2015.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, v. 1, p. 298, 2010.

- LEITÃO, L. M. T. M. *O enriquecimento sem causa no direito civil*. Almedina. Coimbra: Almedina, 2002. p. 696.
- LOURENÇO, P. M. *A função punitiva da responsabilidade civil*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- MACHADO, P. A. *Direito Ambiental Brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 17. ed. São Paulo: RT, 2004.
- NERY JUNIOR, N. A ação civil pública. *Revista Justitia*. São Paulo: Atlas, v. 45, 2001.
- PATTI, S. Il risarcimento del danno e il concetto di prevenzione. *Rivista Del Diritto Commerciale e Del Diritto Generale delle Obligazioni*. Piccin Nuova Libreria SPA, n. 3, parte 2, p. 295-301, 2011.
- PINTO, P. M. O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: Universidade de Coimbra, v. 69, 1993.
- PONZANELLI, G. *I Punitive Damages Nell'esperienza Nordamericana*. RDC, anno XXIX, parte prima, 1983.
- PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. *Proc. 372/07.6TACTX*. Relator: Carlos Jorge Berguete. Évora. Disponível em: <[www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)>. Acesso em: 16 abr 2018.
- PULIDO, C. B. *O Princípio da Proporcionalidade na Legislação Penal, A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SACCO, R. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto: contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*. Torino, 1959.
- SOUSA, R. C. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- VASCONCELOS, P. P. *Direito de Personalidade*. Coimbra: Almedina, reimpressão da edição de novembro de 2006, 2014.
- WEISS, D. C. The Foreign Corrupt Practices Act, SEC Disgorgement of Profits, and the Evolving International Bribery Regime: Weighing Proportionality, Retribution, and Deterrence. *Michigan Journal of International Law*, v. 30, p. 471, 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1319814>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

---

## A MASSIFICAÇÃO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – UM DESAFIO PARA A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

*THE MASSIFICATION OF ADMINISTRATIVE LITIGATION - A CHALLENGE FOR THE FEDERAL ATTORNEY'S OFFICE*

---

*Kaline Ferreira Davi*

*Doutora em Direito Público pela Universidade Montesquieu Bordeaux IV, França.  
Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professora de Direito Administrativo da Universidade Federal da Bahia. Advogada da União.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Critérios para uma delimitação; 2 Um contencioso volumoso e sem complexidade; 3 A distinção entre «*contencioso de massa*» e «*contencioso de uma massa*»; 4 A distinção entre o contencioso de massa e o contencioso de séries; 5 Os falsos litígios; 6 O interesse de agir na justiça no contencioso brasileiro e no contencioso administrativo francês; 7 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A massificação do contencioso administrativo sobrecarrega os advogados públicos, os tribunais e os juízes de uma tarefa mecanizada e sem complexidade jurídica. As soluções alternativas para os litígios administrativos precisam de uma delimitação na sua esfera de incidência. A proposta desse texto é demonstrar a imediata eficácia dessas alternativas extrajudiciais em relação aos litígios que massificam o contencioso administrativo. O direito comparado será utilizado como método para classificar esse contencioso e auxiliar no alcance de soluções.

**PALAVRAS-CHAVE:** Massificação do Contencioso. Soluções Alternativas. Administração Pública.

**ABSTRACT:** The massification's administrative litigation overloads the courts and judges of a mechanized task and without legal complexity. Alternative solutions to administrative disputes need a delimitation in your incidence. Based on the French doctrine, the purpose of this text is demonstrate the immediate effectiveness of these alternatives to litigation in relation massify the administrative litigation. The comparative law will be used as a method to classify this litigation and help in the solutions.

**KEYWORDS:** The Massification of Administrative Litigation. Alternative Solutions. Public Administration.

## INTRODUÇÃO

O fenômeno de massificação do contencioso administrativo é uma das causas mais evidentes de sobrecarga do Poder Judiciário e de abarrotamento do setor contencioso da AGU. Um estoque exagerado de processos se acumula e movimenta todo um sistema que poderia agir para atuar em controvérsias de complexidade compatível com o preparo técnico de nossos membros e com a estrutura que conseguimos obter ao longo de nossos 25 (Vinte e cinco) anos.

As decisões judiciais proferidas em processos repetitivos, na sua maioria já são conhecidas. Os precedentes nesses casos já se encontram estabilizados, e o Estado, nada ganha com a repetição das mesmas práticas no exercício da gestão pública.

Os mecanismos extrajudiciais, nesses casos, surgem como solução para todos os males causados pelo excesso de judicialização. Efetivamente, o contencioso administrativo extrajudicial, considerado nesse trabalho como aquele que acontece fora de uma jurisdição, é vocacionado principalmente para os casos de litígios massivos.

Esses mecanismos que utilizam a consensualidade como ferramenta principal para alcançar o fim de uma contenda, alcançam uma multiplicidade de litígios, mas o alcance deles não tem a mesma efetividade em cada um dos casos em que são aplicáveis. Essa diversidade no grau de efetividade da aplicação desses mecanismos nos faz refletir sobre a possibilidade de, nesse início de intensificação da utilização desses modos consensuais de resolução, nós criarmos um campo de delimitação mais restrito, para que os advogados públicos possam ir desenvolvendo suas habilidades nesse campo ainda recente, e que a própria AGU possa transformar suas estruturas e se adaptar paulatinamente a essa nova era do Direito Administrativo menos imperialista e mais dialógico.

A maioria dos conflitos que podem ser solucionados em ambiente não jurisdicional são os conflitos que admitem negociação ou a flexibilizatem negociação ou a flexibilizaiacilmente osacidência desses mecanismos om a propositirua de aç crção dos interesses envolvidos na demanda. Diante disso, podemos formular a indagação central que perseguiremos durante esse texto: Quais são os conflitos envolvendo o poder público que são mais aptos a serem solucionados por outras vias que não a jurisdicional?

### 1 CRITÉRIOS PARA UMA DELIMITAÇÃO

Segundo Arnold Noury, o essencial para delimitar o domínio dos diferentes mecanismos de resolução de conflitos é a distinção entre, de uma parte, os litígios de ordem patrimonial, concernentes à execução dos

contratos e a responsabilidade extracontratual e, de outra parte, os litígios relativos à legalidade dos atos administrativos.<sup>1</sup>

Tratando-se de litígios de ordem patrimonial, esses mecanismos são admitidos na França já faz muito tempo. A capacidade das pessoas jurídicas de direito público bem como das pessoas físicas em renunciar aos seus direitos subjetivos é compatível com a adoção de vias transacionais. Para Jean-Marie Auby a renúncia aos direitos subjetivos não está ligada a uma interdição geral no que pertine o contencioso administrativo. O autor afirma que o contencioso administrativo pode ser objeto de uma mitigação de ordem material a depender do objeto da renúncia.<sup>2</sup>

Para os litígios que versam sobre a legalidade dos atos administrativos, os modos consensuais não parecem ser uma solução tão eficaz. Na França, em virtude da expressão '*on ne transige pas sur la légalité*', o Juiz Administrativo francês não reconhece nenhum efeito sobre as eventuais renúncias dos administrados em exercer recursos por excesso de poder. Qualquer manifestação de vontade nesse sentido é considerada nula e inoperante.

A experiência brasileira, no curso desses últimos dez anos, mostra que é precipitado concluir pela indisponibilidade dos direitos como uma barreira para aplicação desses mecanismos. De início, cumpre ressaltar que os direitos indisponíveis podem ser exercidos de variadas formas, sendo assim, pelo menos no tocante ao seu exercício, a parte poderia escolher a forma mais conveniente de fazê-lo; além disso, os conflitos são sempre amplos, e mesmo quando apresentam um núcleo essencialmente indisponível, geram consequências patrimoniais que podem ser objeto de uma mediação, negociação ou conciliação.

Para Luciane Moessa, malgrado o mito da falta de liberdade no campo dos direitos indisponíveis para aplicação dos meios alternativos de solução de litígios, este mito está restrito ao discurso, uma vez que a práxis revela o contrário. Os conflitos sobre o direito de filiação, de maternidade e de paternidade são direitos de ordem pública e mesmo nesse domínios, independentemente de sua natureza patrimonial, eles são cada vez mais solucionados pela mediação.<sup>3</sup>

Essa discussão acerca da dimensão da indisponibilidade de direitos e seu grau de permissividade negocial, enquanto a Justiça conseguia

1 NOURY, Arnold. *Les modes alternatifs peuvent-ils prospérer dans le contentieux administratif*. JCP, 2005. p. 1286.

2 AUBY, Jean-Marie. *La renonciation au bénéfice de la loi en droit public français*: Travaux de l'association Henri Capitant, tome XIII, 1960. p. 511

3 MOESSA, Luciane. *Meios Consensuais de Solução de Conflitos Envolvendo entes públicos e a Mediação de Conflitos Coletivos*. Tese de Doutorado, 2010, Biblioteca da Universidade Federal de Santa Catarina.

responder bem às suas demandas, teve sua discussão adiada. Ocorre que, a falta de critérios e de sistematização para colocar em prática esses mecanismos consensuais, estimularam ainda mais uma representação idealizada e irreal da indisponibilidade dos direitos.

Defende-se que a dimensão pública do direito é compatível com a efetividade do interesse público, na sua exata medida, sendo assim, se as circunstâncias de fato indicam que a renúncia parcial e recíproca dos interesses em jogo é a melhor solução, será ela a adotada.

Advertimos, no entanto, que a delimitação do campo de atuação dos modos alternativos de litígios administrativos é justa e compatível com seu caráter *'alternativo'* ao Juiz. A pesquisa de um contencioso não jurisdicional é construtiva se ela tende a evitar somente a provocação desnecessária do Poder Judiciário. Nesse sentido Simone Gaboriau acrescenta que a justiça deve ser cada vez mais eficaz, e menos traumática para os que a vivenciam, mas infelizmente, uma quantidade cada vez maior de jurisdicionados recorrem ao juiz como um mal do qual não se pode fugir.<sup>4</sup>

Diante dessas premissas, não se pretende aqui uma delimitação do campo de incidência desses modos consensuais a partir do critério da indisponibilidade do direito. Não acreditamos na validade científica desse critério. Nós preferimos dividir os litígios em função da complexidade da matéria envolvida e em função da repetitividade do tema. Assim, nesse texto, trataremos dos intitulados falsos litígios, litígios em série e dos litígios de massa, que para nós, situam-se no campo mais fértil para a aplicação dos modos extrajudiciais de resolução.

## 2 UM CONTENCIOSO VOLUMOSO E SEM COMPLEXIDADE

Os conflitos que formam o contencioso de massa, os falsos litígios e o contencioso de série são responsáveis pela transformação da justiça em *«quasi-guichet»*. Nicolas Fischer nos ensina que as jurisdições administrativas na França obrigam o Juiz, no caso do contencioso de massa e de séries, a fazer da urgência e da aceleração do tempo jurisdicional um imperativo, e desta forma desorganizam toda a lógica do exercício da jurisdição.<sup>5</sup>

O tratamento dos processos que fogem aos litígios de massa e de série é exercido sempre em segundo plano. A massa é prioritária por conta de um critério estatístico, apenas de apuração de rendimento

4 GABORIAU, Simone. *«faire que la justice soit à la fois plus efficace - dans le respect des principes fondamentaux - et moins traumatisante que ne la vivent, hélas encore, bien des justiciables»*. Déjudiciarisation et administration de la justice Promouvoir la «juridiversité» À la recherche d'une déjudiciarisation raisonnée et constructive. LPA, 2012. p. 3.

5 FISCHER, Nicolas. *Le tribunal administratif à l'épreuve du contentieux de masse*. Premiers résultats d'une étude de sciences sociales réalisée au tribunal administratif de Cergy-Pontoise. RFDA, 2011. p. 481.

funcional.<sup>6</sup> O contencioso não repetitivo, de demandas mais complexas, passa a ser desprezado em favor do contencioso massivo, representativo quantitativamente.<sup>7</sup>

Os juízes não foram preparados para as demandas do contencioso de massa. Esta afirmação consta do Relatório 400 do Senado Francês onde nós podemos ler que os magistrados dos tribunais administrativos são adeptos dos métodos de trabalho que privilegiam a pesquisa de qualidade em detrimento daquela do rendimento. Sem a preocupação excessiva com o tempo despendido, a maior parte dos magistrados se adaptam melhor com um trabalho metódico e reflexivo, do que com o tratamento rápido de processos que se repetem.<sup>8</sup>

Ademais, existem também os falsos litígios representados pelas falsas demandas endereçadas aos juízes unicamente pela ausência de diálogo entre a Administração e os particulares. Essas demandas se originam principalmente do mau funcionamento dos serviços públicos; e da incerteza da Administração em relação a autonomia que possui para resolver extrajudicialmente os seus próprios conflitos.

Nos dois casos – tanto em se tratando do contencioso de massa, quanto em se tratando de falsos litígios – o contencioso administrativo se adapta de forma a gerar bons resultados.

Consideramos que a noção de contencioso de massa é melhor explicada sob perspectiva prática. Segundo um critério quantitativo « *o contencioso de massa é um contencioso volumoso*» e utilizando um critério qualitativo «*o contencioso de massa é um contencioso repetitivo, que demanda um tratamento jurídico mecânico*». Esta definição induz a duas consequências: este contencioso sobrecarrega os Juízes – problema gerencial - mas apresenta baixo grau de interesse jurídico – baixa complexidade.<sup>9</sup>

Os publicistas franceses intitulam esse contencioso como um «*déjà vu contentieux*». Yves Gaudemet afirma que não há nenhuma lista elaborada contendo enumeração das demandas que formam o contencioso de massa, esse contencioso representa a repetição em centenas, milhares

6 Vide o 'Relatório sobre a nova Política de Imigração: «*En raison tant de la complexité des règles applicables que de la brièveté des délais impartis au juge pour se prononcer, l'encombrement des juridictions administratives conduit à : – Un effet d'éviction de tous les autres contentieux.*

– *Une inégalité de traitement entre les justiciables selon que leur requête relève du contentieux des étrangers (affaire jugée en trois ou quatre mois) ou non (délai moyen de jugement supérieur à deux ans et pouvant atteindre quatre ou cinq ans)* [...]» Disponível em: <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000446/0000.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2012.

7 GAUDEMET, Yves. *Approche doctrinale : définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse*. RFDA, 2011. p. 464.

8 *Rapport n° 400 du Sénat le 10 de junho de 1992*. Publicado no Jornal Oficial de 11 de junho de 1992. Disponível em: <[www.senat.fr](http://www.senat.fr)>.

9 CALVÉS, Gwénaële. *Mieux connaître les contentieux de masse l'apport des travaux sociologiques*. RFDA, 2011. p. 477.

de requerimentos cuja argumentação é idêntica ou similar. Mesma quando cada uma dessas ações são individualmente importantes, o fato de seus fundamentos e pedidos se repetirem as tornam indignas de ocuparem o Poder Judiciário.<sup>10</sup>

Esses são litígios caracterizados por uma enorme quantidade e por uma ínfima complexidade. Eles não apresentam nenhum desafio para o Juiz uma vez que, nesses casos de contencioso de massa «a resposta a ser dada já está estabilizada, diminuindo demais a importância da reflexão e do trabalho jurídico.»<sup>11</sup>

### 3 A DISTINÇÃO ENTRE «CONTENCIOSO DE MASSA» E «CONTENCIOSO DE UMA MASSA»

Yves Gaudemet nos convida a refletir se este aumento do contencioso se explica pela transformação da « *sociologia dos requerentes e de suas relações* », ou seja, se este aumento decorre da democratização do contencioso administrativo. Por intermédio de um jogo de palavras, o autor atrai a atenção do leitor acerca da diferença entre a massificação do contencioso e a facilitação do acesso ao Juiz pelo cidadão. O autor questiona se esta massa de contencioso seria em verdade o contencioso de uma massa, de uma camada da população que não se aproximava do juiz.

Para responder a essa provocação Gwénaële Calvés demonstra que a noção de «contencioso de massa » está ligada a aparição de uma crise. A palavra «*massificação*», utilizada aqui, não é sinônimo de «*crescimento*» nem de «*desenvolvimento*» menos ainda de «*democratização*». «Esse contencioso nos remete, a uma ideia de degradação do serviço público e da justiça, ameaçada de paralisia e de mecanização.»<sup>12</sup>

Os dados estatísticos confirmam essas afirmações. No Brasil, essa saturação do Poder Judiciário pode ser verificada com a comparação do percentual de aumento das demandas perante os tribunais, de 393,7% em vinte anos, contra um crescimento populacional no mesmo período de 25,4%. Entre essas demandas encontramos majoritariamente litígios do contencioso de massa e das séries contenciosas.<sup>13</sup>

10 GAUDEMET, Yves. *Approche doctrinale: définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse*. RFDA, 2011. p. 464.

11 Ibidem, p. 232.

12 CALVÉS. op. cit. p. 477.

13 FALCAO, Joaquim. *Desestatizar o Judiciário*. Disponível sur: <<http://www.cnj.jus.br/imprensa/artigos/13320-desestatizar-o-judicio>>. Consulté le: 25 septembre 2012

No Brasil o fenômeno da contencioso de massa é um problema predominantemente estatal, ou seja, o poder público é o maior vocacionado a produzir essas demandas repetitivas e sem complexidade jurídica.

Jean Rivero já profetizava em 1965 a propósito da necessidade de uma metamorfose do sistema administrativo. Sempre atual, como todos os clássicos, o autor francês nos conduz a repensar sobre o sujeito-administrado, que é protegido pela submissão da Administração à legalidade, mas é excluído de toda participação nas ações que lhe compete.<sup>14</sup> Esta exclusão do cidadão provoca uma indagação: como conciliar esta situação com a evolução de um contencioso não jurisdicional?

O aumento dos litígios em massa não é o resultado de uma grande democratização da Administração, mas, bem ao contrário, é justamente a ausência do diálogo e de uma política para gerenciamento de crises. O distanciamento da Administração de uma de suas atividades básicas da gestão – a crise pós efetivação de uma política pública – aumenta o número de demandas repetitivas e pouco complexas no Poder Judiciário.

Demandas que já deveriam ser objeto de estratégia de gestão, posto que de ocorrência previsível como efeito de determinadas medidas administrativas, são negligenciadas. O Poder Judiciário passou a se ocupar de todas as crises geradas pela atividade de gestão, ocorre que, ele exerce uma atividade incompatível com esse gerenciamento, a jurisdição. A tentativa de solucionar essas crises em ambiente impróprio será sempre frustrada.

#### **4 A DISTINÇÃO ENTRE O CONTENCIOSO DE MASSA E O CONTENCIOSO DE SÉRIES**

Além do contencioso de massa nós temos um outro conjunto de litígios que é também responsável pelo aumento das demandas perante o Poder Judiciário. Trata-se das séries contenciosas que não devem ser confundidas com o contencioso de massa.

O contencioso de massa apresenta uma certa permanência em relação às séries contenciosas que são circunstanciais, e é justamente essa a principal distinção entre esses dois fenômenos que contribuem para o mesmo resultado que é a massificação do contencioso.

Yves Gaudemet definiu as séries contenciosas como:

De múltiplos recursos formados contra a aplicação de uma mesma legislação ou regulamentação, para uma pluralidade de jurisdicionados que se encontram em situações bastante similares, mas que agem na

14 RIVERO, Jean. *A propos de la métamorphose de l'administration d'aujourd'hui*: démocratie et administration. Mélanges offerts à René Savatier, 1965. p. 821.

Justiça de forma dispersa; geralmente essas ações são organizadas e estimuladas por certas instituições como sindicatos, associações, conselhos, que distribuem modelos padrão de requerimentos.<sup>15</sup>

O código da Justiça Administrativa na França indica os critérios definidores das séries contenciosas. No art. R. 222-1 ele se refere a essas séries como:

*«ações [...] que, sem demandar uma nova apreciação ou qualificação dos fatos, apresentam um direito a ser julgado, pela jurisdição provocada. São questões idênticas àquelas já solucionadas conjuntamente por uma mesma decisão com força de coisa julgada; ou que já foram decididas conjuntamente pelo Conselho de Estado exercendo jurisdição; ou ainda quando foram objeto de exame e elaboração de um mesmo parecer pelo Conselho de Estado aplicando o art. L. 113-1.*

Sem dúvida que as séries contenciosas colaboram para a massificação do contencioso administrativo da mesma forma que o contencioso de massa, contudo, as séries, embora possam somar milhares de ações, elas são episódicas, circunstanciais, não se instalam de forma duradoura. Em relação à complexidade jurídica, realmente, não há nada a apreciar e julgar. Uma, algumas poucas decisões bastam, depois resta apenas um trabalho de duplicação.<sup>16</sup>

Os contenciosos que favorecem esse fenômeno de séries são principalmente o fiscal, e contencioso dos agentes públicos. Yves Gaudemet explica que *« se trata de uma gestão pública de massa, leis e regulamentos suscetíveis de serem contestados por uma grande quantidade de litigantes em potencial, nesses terrenos, as séries encontram fertilidade. »*<sup>17</sup>

## 5 OS FALSOS LITÍGIOS

Há uma terceira categoria que contribui para a massificação do contencioso e confirma, sobretudo, a falta de comunicação entre a Administração

15 GAUDEMET. 2011, op. cit.

16 Ibidem, 2011. .

17 *«Les exemples sont nombreux. On peut citer, en matière fiscale par exemple, le contentieux massif de la taxe sur les achats de viande pour certaines années ou, pour la fonction publique, celui du supplément familial de traitement. Mais tous les contentieux sont potentiellement « sériels » : citons par exemple la très importante série de requêtes tendant à obtenir la condamnation de l'État et de la SNCF à réparer les préjudices subis du fait de l'organisation de la déportation pendant la Seconde Guerre mondiale (qui a donné lieu à l'avis contentieux n° 315499 : CE, 16 févr. 2009, Mme Hoffmann-Glemane, Lebon ; AJDA 2009. 284 et les obs. ; ibid. 589, chron. S.-J. Liéber et D. Botteghi ; D. 2009. 567, obs. C. de Gaudemont ; ibid. 481, édito. F. Rome ; RFD A 2009. 316, concl. F. Lenica ; ibid. 525, note B. Delaunay ; ibid. 536, note P. Roche.)» GAUDEMET. 2011, op. cit.*

e os Cidadãos. Eles são os falsos litígios, são demandas desprovidas de interesse de agir em Justiça. Elas são apresentadas aos pretórios por um único motivo, essa é a única via que o Cidadão reconhece como um meio hábil par ser escutado e ter seus argumentos levado em consideração.

Aquele que pretende exercer o direito de ação deve ter um motivo para fazê-lo. O interesse para agir perante o Poder Judiciário é uma das condições da ação tanto na França quanto no Brasil. A diferença fundamental entre esses dois sistemas reside no seguinte, na França, existem duas vias principais onde tramitam essas ações versando sobre questões administrativas – a de *plein contentieux*(contencioso pleno)<sup>18</sup> e a de *excès de pouvoir*(excesso de poder)<sup>19</sup> – com procedimentos específicos, perante uma jurisdição administrativa, que não integra o Poder Judiciário, mas sim o Poder Executivo – dualidade de jurisdição. No Brasil, vige o princípio constitucional de que «a lei não pode subtrair da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão à ameaça de lesão o direito», ou seja, é a unicidade de jurisdição nas mãos do Poder Judiciário.

O contencioso administrativo francês é competente para todas as causas em que o Estado é parte na condição de Poder Público, ou seja, quando ele age no exercício de sua poder de império. Firmada a competência da justiça administrativa, há uma diversidade de procedimentos em relação a necessidade de *liaison do contentieux*, ou seja, da imprescindibilidade ou não da decisão preliminar no âmbito administrativo. Quando se trata de ação relativa a *excès de pouvoir*; não há motivo para exigência de pronunciamento prévio sobre a matéria, uma vez que a extrapolação de poder só pode ser perpetrada pela própria Administração ou por quem age em seu nome, através de um ato ou decisão administrativa. Quando, entretanto, tratamos de ação relativa ao pleno contencioso, nesse caso, a situação é diferente, uma vez que a responsabilidade civil ou contratual do Estado, predominantemente, não decorre de ato ou decisão administrativa, necessitando, segundo o sistema jurídico-administrativo francês, de uma decisão prévia de *liaison du contentieux*.

## 6 O INTERESSE DE AGIR NA JUSTIÇA NO CONTENCIOSO BRASILEIRO E NO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FRANCÊS

Na Constituição brasileira, artigo 5º, XXXV, está previsto que o Poder Judiciário deve exercer sua jurisdição de forma plena. Em resumo, a Constituição brasileira preconiza o direito ao juiz de forma primária, isto

18 Esse contencioso abrange a responsabilidade do Estado e todos os litígios que não versem sobre matéria de legalidade dos atos administrativos, essa, abrangida pelo contencioso por excesso de poder.

19 O contencioso por excesso de poder abrange todos os litígios que versam sobre legalidade dos atos administrativos.

significa dizer que nem mesmo a lei, expressão máxima da legitimidade democrática, não poderá subtrair da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça de lesão ao direito.

Esta apreciação pelo Poder Judiciário será feita obedecendo algumas formalidades. Critérios básicos são exigidos por lei em virtude da obediência à forma, e esse critérios estão ligados à validade da própria ação. O interesse de agir é um desses critérios essenciais, tanto na França quanto no Brasil.

A peculiaridade francesa é que em matérias afetas ao intitulado *contencioso pleno*, o demandante deve reivindicar um direito próprio que o Estado supostamente lesionou. No contencioso por excesso de poder (*excès de pouvoir*), a ação somente é admitida na Justiça Administrativa por alguém que tenha interesse em obter a anulação do ato administrativo em questão.

O Poder Judiciário brasileiro frequentemente é provocado a apreciar e julgar demandas envolvendo a Administração, sem que o acionante tenha submetido a questão a apreciação prévia da Administração Pública que praticou o ato.<sup>20</sup> No Brasil não há previsão de decisão preliminar da Administração Pública em demandas de nenhuma natureza, o que, para o nosso sistema representaria um obstáculo ao acesso a Justiça.

Diferentemente, na França, todos os recursos administrativos devem ser formados contra decisões administrativas, isso é chamado de *liaison du contentieux*, ou vinculação do contencioso. Trata-se de assegurar que a Administração já tenha firmado um posicionamento sobre a questão em decisão administrativa prévia. O artigo R.421-1 do Código da Justiça Administrativa estabelece que «*Ressalvadas as matérias relacionadas às obras públicas, a jurisdição administrativa apenas pode ser provocada por via de recurso formado contra uma decisão*».

O princípio do acesso a Justiça está fundado no artigo 16 da Declaração dos Direitos do homem e do Cidadão.<sup>21</sup> O Conselho Constitucional em França erigiu esse princípio à categoria de princípio com valor constitucional. Em momento posterior, o Conselho de Estado decidiu que o direito ao recurso constituía um princípio geral do direito. Ademais, os artigos 6 e 13 da Convenção Europeia de Direitos do Homem (CEDH) preveem a obrigação dos Estados garantirem a efetividade do direito ao recurso.

20 STJ (1997/0073680-6). Publicado em 30/03/1998 Ministre. FERNANDO GONÇALVES; AC 2001.38.00.015454-6/MG, Juge Fédéral ItelmarRaydan Evangelista, Première Chambre, publié-DJF1 p.1498 du 03/06/2008

21 «*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*»

A CEDH admite, por outro lado, que restrições podem ser impostas ao princípio de acesso à Justiça, desde que sejam respeitadas as seguintes condições: que elas não imponham danos substanciais ao direito ao recurso; que essas restrições sejam proporcionais ao efetivo exercício de seu direito e que o recurso continue efetivo e concreto. Assim, essas condições correspondem às condições de acesso determinadas pela teoria de admissibilidade dos recursos (*théorie de la recevabilité des recours*). Um recurso administrativo não será recebido se não atender a certas formalidades, dentre elas, a obtenção de decisão administrativa preliminar (*décision administrative préalable*) todas as vezes que o recurso se relacione com as questões do contencioso pleno, ou seja, domínio dos contratos administrativos e da responsabilidade do estado.

No Brasil os tribunais não admitiam qualquer exigência de demanda administrativa precedente, considerando tais exigências inconstitucionais<sup>22</sup>

Felizmente o Superior Tribunal de Justiça interpretou o tema de forma mitigada. Foi considerado pelo STJ que a ausência total de demanda administrativa antes de ser acionado o Poder Judiciário ou quando não há prova de que a autoridade administrativa tenha criado qualquer obstáculo à pretensão do jurisdicionado, a ação judicial deve ser extinta por ausência do interesse de agir.<sup>23</sup>

O contencioso administrativo francês comporta uma separação entre procedimentos que visam anular um ato administrativo ou um contrato e aqueles procedimentos que visam pleitear uma reparação de danos. Essa divisão nos permite perceber as diferenças existentes em relação à demonstração do interesse de agir em Justiça.

O contencioso de plena jurisdição é um contencioso subjetivo. Nesse tipo de contencioso a questão posta para julgamento versa sobre situação jurídica individual. São tipicamente matérias de pleno contencioso as ações que versam sobre os contratos administrativos e sobre responsabilidade.

22 TRF. Recurso 473354, Juiz GISELLE FRANÇA, 04/06/2012 ; Recursp 450756, Juiz THEREZINHA CAZERTA, DJ 28/05/2012. Tribunal de Justice de Pernambuco. Recours: 00252/2009. Juiz: RICARDO PESSOA DOS SANTOS, 10/2/2009.

23 STJ. n.º 1310042/PR, Juge Min. HERMAN BENJAMIN, publicado em 15.05.2012: "PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CONCESSÓRIA DE BENEFÍCIO. PROCESSO CIVIL. CONDIÇÕES DA AÇÃO. INTERESSE DE AGIR (ARTS. 8º E 267, VI, DO CPC). PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. NECESSIDADE, EM REGR.A. 1. Trata-se, na origem, de ação, cujo objetivo é a concessão de benefício previdenciário, na qual o segurado postulou sua pretensão diretamente no Poder Judiciário, sem requerer administrativamente o objeto da ação. 2. A presente controvérsia soluciona-se na via infraconstitucional, pois não se trata de análise do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF). Precedentes do STF. [...] 4. Em regra, não se materializa a resistência do INSS à pretensão de concessão de benefício previdenciário não requerido previamente na esfera administrativa. 5. O interesse processual do segurado e a utilidade da prestação jurisdicional concretizam-se nas hipóteses de a) recusa de recebimento do requerimento ou b) negativa de concessão do benefício previdenciário, seja pelo concreto indeferimento do pedido, seja pela notória resistência da autarquia à tese jurídica esposta[...]"

Salvo as ações relativas à obras públicas, para as quais a decisão administrativa prévia não é obrigatória, não se pode exercer o direito de ação na França sem haver uma decisão administrativa contra a qual o litigante se insurja. Para ilustrar, nós podemos citar Yves Gaudemet que nos ensina: «*quando o particular pretende o ressarcimento pela Administração por um dano sofrido, ele deve pleitar inicialmente essa reparação da própria Administração e somente depois de sua recusa, de seu silêncio<sup>24</sup>, ou, de uma proposta insuficiente, é que a ação poderá ser proposta*». <sup>25</sup>

Segundo Jean-Marie Auby essas decisões preliminares têm somente como finalidade vincular o contencioso. Não se trata de um exame aprofundado da matéria, mas sim de uma oportunidade de fazer a instância administrativa, ao menos, conhecer o conflito. Essas demandas iniciais, na maioria das vezes, são apenas para preencher uma formalidade, obter uma decisão preliminar.<sup>26</sup>

Essas decisões, no entanto, podem evitar um litígio. Algumas vezes a demanda é de procedência evidente, e, a oportunidade de apreciação preliminar pela Administração, mesmo superficial, possibilita a tomada de uma decisão mais razoável, evitando a intervenção do juiz. Outras vezes, a improcedência é evidente e a argumentação deduzida na recusa convence o particular, que não mais recorre ao juiz. É imperativo, todavia, que essa análise não se torne mero cumprimento mecânico de uma formalidade procedimental, pois se assim for, será nada mais do que um obstáculo retardador da ação da justiça.

A doutrina relaciona essas decisões preliminares apenas a função de vincular o contencioso. É princípio do contencioso administrativo francês que «*[...]a jurisdição pode ser provocada unicamente pela via do recurso formado contra uma decisão[...]*»<sup>27</sup>. A rejeição, explícita ou implícita, pela expiração do prazo legal de dois meses, permite aos particulares a provocação do juiz. A doutrina francesa denuncia que toda a lógica da decisão prévia é construída em torno do contencioso jurisdicional. A existência dessa previsão não tem, infelizmente, como objetivo, a criação de um canal de diálogo entre a Administração e os Cidadãos, mas sim fazer valer uma

24 A Lei n° 2000-321 de 12 de abril de 2000 relativa aos direitos dos cidadãos nas suas relações com a administração tornou prevalente a decisão do Conselho de Estado – art. 21: «*sauf dans les cas où un régime de décision implicite d'acceptation est institué dans les conditions prévues à l'article 22, le silence gardé pendant plus de deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet*».

25 GAUDEMET, Yves. *Droit Administratif*. 19. ed. Paris: LGDJ. p. 89.

26 AUBY, Jean-Marie. *Les recours administratifs préalables*. AJDA, 1997. p. 10.

27 Article R. 421-1 du code de justice administrative.

tradição histórica do contencioso administrativo francês originada da teoria do ministro-juiz.<sup>28</sup>

## CONCLUSÃO

Consideramos que, se de um lado, qualquer critério científico baseado na indisponibilidade do interesse público, que pretendesse afastar o consenso como legítimo para resolver conflitos envolvendo entes públicos, sufragaria. De outro lado, contudo, é primordial para a viabilização desse mecanismo, elegermos critérios racionais para filtrar demandas no início do funcionamento de uma estrutura recente para o Estado - câmaras de autocomposição de litígios envolvendo o particular.

Litígios falsos, massivos ou em série, apenas aparentam-se com controvérsias, mas na verdade, somente ocupam o Poder Judiciário de uma tarefa que não deveria ser objeto de demandas judiciais. Esses litígios não apresentam complexidade e não exigem qualquer esforço do magistrado. Para a Administração eles não são inéditos, muito pelo contrário, desde o seu nascedouro a Administração já conhece o posicionamento reiterado dos tribunais naquela matéria. Enviá-los para o Poder Judiciário é uma questão unicamente política.

Por isso, somos de opinião que antes de uma tentativa mais audaciosa, seria mais razoável para um sistema recente de resolução de litígios, que ainda precisa provar sua eficácia, que ele priorizasse, inicialmente, dirimir consensualmente os falsos litígios, os conflitos massivos ou em série, onde sua eficácia estaria garantida, e o seu objetivo maior, que é aliviar a sobrecarga de trabalho dos tribunais, seria atingido sem maiores polêmicas.

Admitir que os mecanismos alternativos ao juiz não são compatíveis com todos os tipos de litígios formadores do contencioso administrativo não fragiliza essa outra solução, mas sim o aproxima da realidade. É claro que não somente os litígios de massa e os falsos

28 «La règle de la décision préalable provient de la loi du 17 juillet 1900, reprise par le décret n° 65-29 du 11 janvier 1965. Mais son fondement est plus ancien : il provient du fait que le Conseil d'État dans le régime procédural du début du XIX<sup>ème</sup> siècle ne pouvait être saisi que de décisions. Il a maintenu cette exigence après 1889, rendant utile l'adoption de dispositions textuelles.

*La règle de la décision préalable peut être ainsi énoncée : la recevabilité des recours est subordonnée au fait qu'ils soient dirigés contre une décision. Cette exigence ne fait pas problème en cas de recours pour excès de pouvoir ni dans le contentieux de l'annulation en général, mais elle est d'un grand poids dans le plein contentieux. Si un préjudice résulte d'un acte administratif non décisoire ou d'un fait juridique, l'intéressé doit en principe provoquer une décision en adressant une demande expresse d'allocation de dommages et intérêts à la personne publique ou privée (CE, Sect. 13 juin 1984, Assoc. Club athl. Mantes-la-ville, Rec.218, AJDA 1984.572) auteur du préjudice. Cependant, pour que l'auteur de l'acte ou des faits litigieux ne puisse par inertie faire obstacle à l'action de l'intéressé, une décision de rejet est réputée intervenue au bout de deux mois de silence. On l'appelle décision implicite de rejet.»*

litígios são adaptáveis a esse contencioso extrajudicial, mas, a certeza de que esse tipo de litígio pode ser resolvido sem maiores delongas ou polêmicas por esta via, torna mais seguro o doloroso desapego ao tradicional em proveito do exercício da novidade.

Pensar que a Administração poderá desempenhar tão bem o papel de conciliadora ou mediadora ao ponto de tornar o juiz desnecessário em relação aos litígios administrativos, é inocente e irreal. A Administração Pública poderá exercer a mediação e a conciliação de uma forma eficaz, isso é o que desejamos, e desviará da apreciação do Poder Judiciário demandas que nunca deveriam ter abarrotado os tribunais, afinal, administrar também abrange o gerenciamento de crises. Os conflitos, todavia, que apresentarem verdadeiramente pontos controversos, esses, continuarão a ser dirimidos por quem exerce jurisdição.

Os advogados públicos serão os responsáveis por identificar essas demandas e aconselhar os gestores a não insistir em remetê-las para o Poder Judiciário. Serão esses advogados os responsáveis por conduzir a negociação e encontrar um ponto de equilíbrio para um acordo também satisfatório para a Administração pública.

Dimensionar o campo de atuação dos modos consensuais de solução de litígios administrativos é essencial para garantir sua eficácia.

## REFERÊNCIAS

AUBY, Jean-Marie. *La renonciation au bénéfice de la loi en droit public français*: Travaux de l'association Henri Capitant, tome XIII, 1960. p. 511

\_\_\_\_\_. *Les recours administratifs préalables*. AJDA, 1997. p. 10.

CALVÉS, Gwénaële. *Mieux connaître les contentieux de masse l'apport des travaux sociologiques*. RFDA, 2011. p. 477.

FALCAO, Joaquim. *Desestatizar o Judiciário*. Disponível sur: <<http://www.cnj.jus.br/imprensa/artigos/13320-desestatizar-o-judicio>>. Consulté le: 25 septembre 2012.

FISCHER, Nicolas. *Le tribunal administratif à l'épreuve du contentieux de masse*. Premiers résultats d'une étude de sciences sociales réalisée au tribunal administratif de Cergy-Pontoise. RFDA, 2011. p. 481.

GABORIAU, Simone. *À la recherche d'une déjudiciarisation raisonnée et constructive*. LPA, 2012. p. 3.

GAUDEMET, Yves. *Droit administratif*, 19. ed. Paris: LGDJ, 2012.

\_\_\_\_\_. *Approche doctrinale: définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse*. RFDA, 2011. p. 464.

MOESSA, Luciane. *Meios Consensuais de Solução de Conflitos Envolvendo entes públicos e a Mediação de Conflitos Coletivos*. Tese de Doutorado, 2010, Biblioteca da Universidade Federal de Santa Catarina.

NOURY, Arnold. *Les modes alternatifs peuvent-ils prospérer dans le contentieux administratif*. JCP, 2005. p. 1286.

RIVERO, Jean. A propos de la métamorphose de l'administration d'aujourd'hui: démocratie et administration. *Mélanges offerts à René Savatier*, 1965, p. 821

---

# SEGURANÇA JURÍDICA E EFICIÊNCIA NO CONSENSO: MEDIAÇÃO E ADVOCACIA PÚBLICA COLABORATIVA

*MEDIATION AND COLLABORATIVE PUBLIC ADVOCACY:  
THE LOGIC OF CONSENSUS ON LEGAL SECURITY*

---

*Letícia Botelho Gois*

*Advogada da União 1996 – CJU/RJ,*

*Mediadora Judicial - Res. 125 CNJ*

*Autoria do enunciado 31 CJF - Advocacia Pública Colaborativa*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do contexto sócio político-cultural da consensualidade; 2 Interesse público no consenso; 3 Advocacia pública eficiente; 4 Lógica do consenso: nova técnica; 5 Segurança jurídica e eficiência no consenso: Tecnicidade; 6 Mediação; 7 O advogado público mediador; 8 Advocacia Pública Colaborativa: nova competência institucional; 9 O advogado público colaborativo; 10 Casos concretos: técnica de mediação na câmara local de conciliação; 11 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este artigo convida a refletir sobre o papel da AGU na construção de soluções consensuais, assim, busca-se reconhecer uma nova perspectiva e um novo paradigma de atuação ao advogado público. Propõe, por isso, a releitura do que, de fato, seja um exercício eficiente e técnico da advocacia pública sob a nova lógica do consenso. Analisa-se, desse modo, a inserção da atual estrutura organizacional e estratégica da AGU na nova Administração Pública Consensual, de modo a dar suporte à construção institucional de um novo atuar dos advogados públicos, apoiada em novos valores. A Lei 13.140/15 acrescentou uma nova competência técnica institucional à AGU: a atuação consensual, autônoma em relação ao servir consultivo ou litigioso. Essa independência entre as frentes de atuação da AGU nos remete a mais um refletir: a necessidade de especializar a advocacia pública. Ao final, apresenta-se, nesse cenário, um novo conceito de advocacia pública, exercida com técnica colaborativa. Analisa-se, em concreto, essa nova aptidão necessária ao advogado público para mediar interesses conflitantes, por meio da autocomposição, de forma técnica, e, construindo autonomamente, com segurança jurídica, soluções consensuais eficientes e sustentáveis. Firma-se o posicionamento quanto à necessidade de tutelar um novo interesse público: o da construção técnica de soluções consensuais, como o fundamento de validade para todo esse novo atuar da advocacia pública na consensualidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lógica. Consenso. Tecnicidade. Autocomposição. Aptidão. Especialização. Advocacia Pública Colaborativa. Representação Mediativa.

**ABSTRACT:** This article aims to reflect on the role of AGU in the construction of consensual solutions. It seeks to recognize a new perspective and a new paradigm of public attorney's performance. It proposes, therefore, the rereading of what, in fact, in the current context, is an efficient exercise of public advocacy under the new consensus logic. In this way, we analyze the insertion of the AGU's current organizational and strategic structure in the new Consensual Public Administration, in order to support the institutional construction of a new way to work, supported by new values. Law 13.140/15 added a new institutional technical competence to the AGU: the consensual acting, autonomous in relation to consultative or litigious service. This independence between AGU's works brings us to another aspect: the need to specialize in public advocacy. At the end, in this scenario, a new concept of public advocacy, exercised with collaborative technique, is presented. Specifically, this new capacity is necessary for the public

lawyer to mediate conflicting interests, through self-composition, in a technical way, and by building, independently, with legal certainty, efficient and sustainable consensual solutions. The positioning is based on the need to protect a new public interest: the technical construction of consensual solutions, as the foundation of validity for all this new act of public advocacy in consensuality.

**KEYWORDS:** Logic. Consensus. Technicality. Self Composition. Ability. Specialization. Collaborative Public Advocacy. Mediation Representation.

## INTRODUÇÃO

A Advocacia Geral da União, ao longo desses 25 anos, ofereceu à sociedade uma defesa, eminentemente combativa, aos interesses públicos federais, tutelando sua prevalência e superioridade. Um grande desafio se impõe, daqui para diante, à Instituição: atuar na Consensualidade. A técnica para o exercício dessa nova competência, de autocomposição de conflitos, ou advogar, de forma colaborativa, foi ofertada pela Lei 13.140/15, e sua essencialidade ao exercício desse novo mister é objeto da reflexão que aqui se propõe.

Nas últimas três décadas, diversos movimentos transformaram o papel do Estado contemporâneo, deflagrando um processo de revisita à compreensão de sua finalidade na sociedade. Nesse contexto, a partir de meados da década de 1990, o Brasil iniciou seu mais profundo processo de transição, ainda inacabado.

Nesse sentido, o país vem empreendendo alterações em sua estrutura administrativa, a fim de transformar o modelo burocrático de gestão e implantar novo modelo de administração, denominado gerencial. A diferença entre ambos os modelos reside na finalidade da prestação dos serviços públicos: o gerencial visa ao atendimento dos interesses coletivos com foco no cidadão. Dessa forma, há um rompimento com a estrutura administrativa tradicional, uma vez que existe, agora, uma nova percepção quanto aos interesses coletivos e aos do Estado, em si. A reforma administrativa comprometeu o Estado com seus resultados qualitativos. A prestação do serviço e a atuação administrativa vêm buscando atuar da forma mais eficiente possível, a fim de satisfazer os interesses e necessidades do cidadão usuário, em vez de somente garantir a manutenção da rigidez administrativa. Assim, flexibilizados os modos de gestão e de adoção de políticas públicas, no decorrer da

descentralização e desburocratização da atividade administrativa, o formalismo desmedido vem perdendo a vez.

## 1 DO CONTEXTO HISTÓRICO POLÍTICO-SOCIAL DA CONSENSUALIDADE

Nesse panorama de transformações, o Estado passou, então, a priorizar o desempenho de suas tarefas, alinhadas aos seus objetivos, preferencialmente, de modo compartilhado com os cidadãos. Nesse sentido, de acordo com Oliveira & Schwanka:

Joan Prats I Català revela que as origens do fenômeno datam de meados da década de 90 do séc. XX especialmente na Europa, traduzindo um consenso crescente de que a eficácia e a legitimidade da atuação pública se fundamentam na qualidade da interação entre os distintos níveis de Governo e entre estes e as organizações empresariais e da sociedade civil (2009, p. 308).

Segundo Rogerio & Dias:

o princípio da eficiência traduziu esses pressupostos e impulsionou a Administração a se reestruturar de forma funcional, para satisfazer às expectativas do cidadão na prestação do serviço público externo e interno (2012, p.11).

Exsurgem, assim, novos conceitos e valores do Estado eficiente. Fenômenos como o Estado em rede e a Governança Pública passam a ser propagados como pressupostos dessa eficiência. Assim, não há dúvida de que emerge uma nova forma de administrar, cujas referências são o diálogo, a negociação, o acordo, a coordenação, a descentralização, a cooperação e a colaboração.

Portanto, nesse novo universo de valores, o processo de determinação do interesse público passa a ser desenvolvido a partir de uma perspectiva consensual e dialógica, contrapondo-se à dominante perspectiva imperativa e monológica. Embora elaborada a partir da experiência comunitária europeia, segundo Oliveira & Schwanka, “Manuel Castells apresenta sua noção de Estado em rede, cujo significado é, em síntese, ‘o Estado caracterizado pelo compartilhamento da autoridade (2009, p. 307)’”. O conceito de Governança Pública, por sua vez, se traduz na pretensão de alcançar a estabilidade das instituições políticas e sociais, por meio do fortalecimento do Estado de Direito, e do fortalecimento da sociedade civil, mediante o incentivo à participação e um pluralismo de dimensões múltiplas.

Logo, a consensualidade na Administração Pública resulta de inúmeras transformações sociais, políticas e econômicas ocorridas em uma sociedade global, interferindo, de forma determinante, nas relações do poder público com os cidadãos.

## 2 O INTERESSE PÚBLICO NO CONSENSO

Nesse panorama, relativizar o conceito clássico, que impunha um supremo e indistinto interesse público, uno e indivisível, é fundamental. Hoje, esse reconhecimento qualifica e privilegia a concepção de interesse público. Não há desamparo na consensualidade. Ao revés. O entendimento que, hoje, se pode, com propriedade, sustentar, é o da unidade de interesses públicos e privados, sem contradição, negação ou exclusão. Mas, antes de tudo, de harmonização.

A ideia de ponderação, prevalece como ferramenta de controle da discricionariedade administrativa. Ou seja, persegue-se qual o interesse público prevalente no caso concreto, bem como, a observação das consequências que ele produzirá sobre os interesses dos membros da sociedade. Não mais indistintamente. O valor soberano da dignidade humana, consagrado pelo nosso legislador Constituinte originário, impõe essa interpretação das normas constitucionais.

Gustavo Binbojm (2006, p. 86) observa que para definir o interesse que prevalecerá deve existir uma “ponderação proporcional” dos interesses em conflito.

Daí se dizer que o Estado democrático de direito é um *Estado de ponderação*, que se legitima pelo reconhecimento da necessidade de proteger e promover, *ponderada e razoavelmente*, tanto os interesses particulares dos indivíduos como os interesses gerais da coletividade. O que se chamará interesse público é o resultado final desse jogo de ponderações que, conforme as circunstâncias normativas e fáticas, ora apontará para a preponderância relativa do interesse geral, ora determinará a prevalência parcial de interesses individuais (BINENBOJM, 2006, p. 86. Grifo do autor).

De fato, o postulado de supremacia é substituído pelo de proporcionalidade, o qual exige, em primeiro lugar, que a medida adotada se constitua em meio adequado ou idôneo à finalidade almejada (BINENBOJM, 2006, p. 129).

Nesse panorama, vale ressaltar o pensamento de Norberto Bobbio, expressado na década de 1980, para quem “o Estado de hoje está muito

mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, do que a de detentor do poder de império”. (1987, p. 26)

### 3 ADVOCACIA PÚBLICA EFICIENTE

Nesse contexto, pode-se afirmar que a Advocacia Pública somente vai oferecer, hoje, segurança jurídica ao Estado Brasileiro, se tutelar o interesse público primário, que, atualmente, acolhe como primado tanto a dignidade humana, quanto o consenso, traduzidos na oferta dos serviços mais adequados e eficientes às inúmeras demandas da sociedade.

Constata-se, nesses 25 anos de AGU, uma evolução das estratégias, de uma defesa intransigente, ao reconhecimento de um suposto *déficit* ou erro administrativo. Exsurge, dessa flexibilização, a possibilidade de trilhar o caminho da consensualidade, como nova frente de atuação institucional e de alternativa à sociedade, ao propósito de pacificação social. Pode-se avaliar, portanto, por todo um quadro de releituras conceituais, de antigos dogmas, que, hoje, o advogado público tem o poder-dever de promover a autocomposição, se mais adequado e vantajoso for, apropriado da técnica e apoiado na lógica do consenso, comprometido com os princípios ditados pela Lei 13.140/15.

A atuação Consensual é, portanto, percebida como uma nova competência institucional, ao lado da Consultiva, Contenciosa e Correccional. O êxito em cada uma dessas frentes de atuação institucional, vai requerer, do advogado público, aptidão diferenciada, sob pena de falência de qualquer dessas empreitadas. Por essa razão, defende-se a especialização na advocacia pública. A missão institucional de diferenciar perfis próprios de atuação, capacitando-o, está a serviço da eficiência do serviço a ser prestado à sociedade.

A nova realidade exige uma advocacia pública de Estado, que atenda às mudanças paradigmáticas, exigindo não só qualificação e treinamento, mas também alterações estruturais, em sua repartição de competências, e funções institucionais, para abraçar a atuação consensual, como forma autônoma e independente das demais funções institucionais.

### 4 A LÓGICA DO CONSENSO: NOVA TÉCNICA

O atuar do advogado público, sob a lógica do consenso, difere fundamentalmente da atuação sob a lógica adversarial. Usualmente, o que se verifica, em geral, é a aplicação de técnicas excessivamente persuasivas, já que nem sempre os profissionais do direito dispõem das habilidades específicas para conduzir processos consensuais. Por isso, muitas vezes, aqueles que acessam a via judicial enfrentam as dificuldades impostas por

um sistema talhado na lógica adversarial. A postura persuasiva e combativa acaba comprometendo a qualidade dos acordos obtidos, comprometendo a sustentabilidade dos mesmos.

Portanto, no compromisso com a eficiência e com a segurança jurídica, o construir do consenso precisa de técnica. A autocomposição há de ser um processo técnico, onde o advogado público condutor, deve ser capacitado para bem utilizar as ferramentas próprias, dentro dos princípios específicos desse novo atuar previsto em Lei. Surge, desse modo, um novo saber, uma nova lógica de pensamento e de postura ao Advogado Público.

A construção do pensamento, na lógica adversarial, é voltada à persuasão e ao convencimento. Nesse sentido, conta-se com o talento, o preparo e a vocação dos advogados para interpretar parcialmente as normas, atuando sobre a divergência entre as partes.

De maneira oposta, a lógica do consenso requer atuação sobre a convergência e a interdependência entre as partes envolvidas em um conflito de interesses. Por esse motivo, o conhecimento dos interesses, das necessidades e das possibilidades reais das partes torna-se fundamental para uma eficaz atuação consensual. Quando o foco passa a ser o cidadão, visualiza-se imediatamente uma interdependência e uma linha de convergência que aproxima as partes conflitantes, legitimando e tornando possível um diálogo e uma eventual autocomposição de interesses.

Nesse sentido, não se pretende fazer uma análise ética sobre o atuar beligerante, mas sim demonstrar que, ambas as técnicas, consensual e beligerante, clamam por diferentes aptidões e perfis de atuação. Quer-se, com isso, dizer que o advogado público, ao optar pelo caminho da consensualidade ou litigiosidade, estará, em ambos, na tutela do interesse público. E, para cada qual, utilizará uma lógica, um saber e uma postura própria. Se assim não o fizer, estará prejudicando o sucesso de seu esforço. As lógicas adversarial e consensual são opostas.

Tecnicamente, a lógica adversarial se constrói com uma capacidade técnica persuasiva e combativa. Por sua vez, a lógica do consenso requer técnica colaborativa, de escuta ativa e empática, além da capacidade de compreender os fatos, de modo criativo e com espírito de parceria.

A opção constitucional de absoluta tutela à dignidade humana e à eficiência administrativa, conduz à consensualidade como forma mais adequada de gestão em geral.

Existem muitas demandas judiciais em que interesses públicos parecem conflitantes, mas não o são propriamente. A depender do foco fixado, a linha de convergência aparece e permite a construção de consenso. Evidentemente há casos em que a beligerância e a polaridade se tornam inevitáveis, portanto, essa linha de convergência não surge. Neles, o

advogado público combatente e beligerante precisa atuar para prestar o serviço técnico de combate e defesa jurídica dos interesses. Assim, o dever de defesa da constitucionalidade das leis, outorgado pelo legislador constituinte originário, ao Advogado da União, por exemplo, persiste inabalado frente à alternativa da consensualidade.

A adequação da alternativa — judicial ou consensual — ao caso concreto, ou seja, o juízo de admissibilidade cabe, com exclusividade, ao advogado público consensualista. Por isso, precisa optar pela técnica do combate ou do consenso.

A Judicialização convive harmonicamente com a Consensualidade. São espécies de um mesmo gênero, na verdade, qual seja, formas de composição ou gestão de conflitos/impasses. Portanto, a apropriação da técnica de autocomposição, com suas nuances principiológicas, teóricas e de método — previstas na Lei 13.140/15 — vai nortear o advogado público no juízo de adequação a cada caso concreto.

Em resumo, a escolha pelo caminho da consensualidade será das partes conflitantes, por princípio. Mas, ao advogado público, condutor de tratativas, cabe o juízo de adequação, por lhe ser objeto de tutela o interesse público, existente ou não no consenso em si, em cada caso específico.

## **5 SEGURANÇA JURÍDICA E EFICIÊNCIA NO CONSENSO: TECNICIDADE**

A Lei 13.140/15 prevê, claramente, a necessidade de capacitação para a função de autocomposição de conflitos. Por essa razão, o risco e o prejuízo de o advogado público se propor à atuação consensual, desapropriado da técnica de autocomposição, são grandes, visto que a construção de consenso requer conhecimento e apropriação não apenas da técnica, em si, mas também de seus princípios. Vou além. O advogado público consensualista tem perfil específico. Soluções consensuais, construídas descompromissadas da técnica, tendem a ser ineficientes e insustentáveis com o tempo. E hoje se pode perceber inclusive o caráter da legalidade também comprometido. Daí o vasto e robusto estudo sobre os institutos da Mediação e da Conciliação, o qual evoluiu para o amparo legal de ambos pelo instituto da autocomposição.

Defende-se que a Advocacia Geral da União foi contemplada pela Lei de Mediação, com uma nova competência institucional: Autocomposição dos conflitos de interesses. Anteriormente, decorria de um poder-dever do princípio administrativo de autotutela. Hoje, a Lei 13.140/15 exige a técnica para esse exercício e o compromisso com os princípios que enumera.

Trata-se de uma nova ferramenta que capacita o advogado público a atuar tecnicamente, de forma parcial — na Advocacia Pública Colaborativa

— ou imparcial — na Mediação —, adequando, no que couber, aos princípios administrativos.

Afirma-se, portanto, que a segurança jurídica, a eficiência e a sustentabilidade das decisões consensuais está diretamente relacionada à tecnicidade do processo de autocomposição ou do novo advogar colaborativo.

## 6 MEDIAÇÃO

Na década de 1960, surgiu, sobretudo nos Estados Unidos, o movimento de retomada dos métodos de resolução extrajudiciais de conflito, entre eles, a mediação. Diante da crise do Estado de Bem-Estar Social e da segmentação do acesso à justiça, bem como da demanda popular em participar na construção do Direito, esses métodos ganharam força e credibilidade.

A partir disso, constatou-se que o Direito adquiriu mais legitimidade, quando formado por processo de entendimento entre sujeitos, distante de qualquer influência religiosa ou metafísica, baseado na autodeterminação dos indivíduos.

O método busca, em especial, o entendimento intersubjetivo do conflito, reconhecendo como êxito da mediação, até mesmo, o processo concluído sem ajuste, desde que tenha perpassado pelo diálogo entre os participantes. Além disso, a Mediação não busca desobstruir o Poder Judiciário servindo como método alternativo de resolução de controvérsias. Sua atuação é de complementariedade às vias judiciais para dirimir os conflitos em que se possa resultar consenso.

De maneira geral, a mediação constitui método extrajudicial de resolução de conflitos que se utiliza da figura do mediador como facilitador do diálogo entre os envolvidos, os mediatos, com objetivo de estabelecer a intercompreensão de suas pretensões e a aproximação de seus desejos, a fim da propositura e da escolha de resolução a controvérsia pelos próprios participantes.

Trata-se de técnica dialógica, não adversarial, cuja proposta pode ser, ou não, realizar um acordo final, como conclusão do entendimento intersubjetivo de suas pretensões. Para isso, é imprescindível a distinção das posições aparentes dos participantes e de seus verdadeiros interesses durante o processo, por isso, conhecer e entender a causa geradora do conflito é requisito para eficácia do acordo. Ademais, a resolução da controvérsia no fator original do problema contribui para a pacificação social, no sentido de evitar o nascimento de outros conflitos na mesma relação social.

A Lei nº 13.140/2015, no seu Parágrafo Único, do art. 1º, define a mediação como “[...] a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”

De fato, um sistema de solução de controvérsias que seja de *múltiplas portas* favorece o desenvolvimento das atividades administrativas e da governança pública, o atendimento das demandas e anseios dos cidadãos, bem como do setor produtivo. Esse é o desafio imposto à AGU pela Lei 13.140/15, o de estruturar-se para o desempenho de uma nova competência institucional, com apropriação de um novo saber e uma nova aptidão ao advogado público.

## 7 O ADVOGADO PÚBLICO MEDIADOR

Muitos questionam a possibilidade de o advogado público estar apto, segundo a Lei Complementar 73/93, a conduzir tratativas, mediando conflitos de interesses.

Aqui, se percebe não como possibilidade, mas como dever institucional, frente à vontade política manifesta na Lei 13.140/15. Somente o Advogado público pode harmonizar, em cada caso, os princípios inerentes à Mediação e aos princípios administrativos e processuais. A regulamentação da Lei 13.140/15 oferecerá ao Advogado Público, essa legitimidade de atuar. Dentre os desafios à regulamentação da Lei, percebemos como essenciais os seguintes:

### 7.1 IMPARCIALIDADE DO MEDIADOR E PARCIALIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO

O advogado público como mediador de conflitos, capacitado na técnica, estará atuando na tutela do interesse público no consenso, zelando pela construção autônoma da solução adequada, eficiente e sustentável no tempo. Oferece à sociedade o meio mais adequado de solução de impasses.

Mas, para compatibilizar com a Lei 73/93, cumpre, haja previsão expressa, quanto ao desempenho nesse mister, sempre com a presença, nas tratativas, de outro advogado público assumindo a tutela parcial do interesse próprio do Ente público representado. O Advogado Público Mediador não substitui o do contencioso e nem o do consultivo. Atuações distintas.

O advogado público mediador tem o dever de zelar pela garantia de direitos fundamentais, cabendo conduzir as tratativas dentro desse contorno. O compromisso com a imparcialidade, significa não favorecer

qualquer dos participantes e resguardar a igualdade no procedimento a todo momento.

Portanto, não há desamparo do interesse público tutelado pelo advogado público, quando conduz processo de autocomposição. Na verdade, o advogado público mediador nada mais significa do que o reconhecimento institucional do Poder-dever do Estado na autogestão de conflitos internos, oferecendo amparo ao novo interesse público de autocomposição.

A imparcialidade não é, como pode parecer, um obstáculo, mas sim um parâmetro de atuação, galgado em um novo paradigma: o do interesse público no Consenso. Assim, o advogado público ao atuar como condutor de tratativas, zela e tutela o interesse público no consenso, conferindo a outro advogado público a tutela do interesse parcial do órgão que representa.

## **7.2 ISONOMIA ENTRE AS PARTES E SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

A isonomia advém do fato de que, hoje, não há mais uma hierarquia de interesses, em que o público estaria sempre prevalente sobre o privado, indistintamente, mas sim, uma análise de cada caso, por meio da técnica de ponderação e de proporcionalidade. Essa isonomia refere-se ao tratamento oferecido pelo advogado Público Mediador aos interesses em conflito.

Desse modo, cabe ao advogado público conduzir tratativas, de forma comprometida com a técnica e com os princípios da Lei, oferecer tratamento idêntico entre as partes, sejam elas entes públicos ou privados. Por isso, a isonomia relaciona-se à igualdade de oportunidades às partes envolvidas em um conflito, de expor os fatos, razões, necessidades e possibilidades.

Cabe também uma previsão expressa na normatividade interna da AGU para que seja um parâmetro de dever funcional do advogado público, condutor de tratativas oferecer isonomia e atuar de forma imparcial.

## **7.3 ORALIDADE E PRINCÍPIO DO ÔNUS DA PROVA**

Esse princípio da Mediação relaciona-se diretamente à compreensão do papel do Mediador. A condução de tratativas negociais não pode ser confundida com consulta e assessoramento jurídico e, menos ainda, com julgamento.

No papel de condutor, o advogado público facilitará o diálogo entre os representantes legais e gestores, propiciando um intercâmbio

de informações, viabilizando eventuais releituras, zelando pela escuta e fala, garantindo a exata compreensão por um e outro, dos interesses, necessidades e possibilidades reais de cada contexto envolvido. Portanto não há prova a ser produzida, ou comprovação a ser feita ao Advogado público Mediador.

Ao se pretender comprovar um fato, ou uma alegação, com documentos, cabe ao Advogado Público mediador abster-se destinando-os às partes envolvidas, reciprocamente. Daí uma grande diferença entre a lógica adversarial e a lógica do consenso. O atuar de forma persuasiva é imprescindível ao êxito na primeira, ao passo que, no propósito da solução por consenso, prejudica e compromete todo o procedimento de autocomposição de conflitos.

Aqui também temos esse parâmetro de atuação, que deve se constituir em um dever funcional ao advogado público apto à atuação consensual, qual seja, precipuamente, diferenciar consultoria e assessoramento jurídico de autocomposição de conflitos. O Advogado Público Mediador não emite qualquer juízo de valor.

#### **7.4 INFORMALIDADE E PRINCÍPIO DA HIERARQUIA**

Outra característica do método é a informalidade, que permite a criação de um espaço democrático de interlocução entre sujeitos. O advogado Público Mediador não detém autoridade do saber jurídico, como no caso do Advogado público consultivo e contencioso. Atua em prol da construção do consenso. Outro foco de tutela.

Além disso, o procedimento é flexível: as sessões de mediação se seguirão conforme cada conflito e não serão regidas por qualquer prazo. Não há procedimento rígido com regras pré-estabelecidas. Em que pese o aspecto informal do procedimento, não há que se falar em sua ausência. Isto é, este será adaptado às peculiaridades de cada caso concreto, mas seguirá uma regra geral de atos. O procedimento regular-se-á por critérios de razoabilidade desde a duração das sessões ao tramitar do processo.

Caberá aos envolvidos a propositura de soluções ao conflito de maneira satisfatória a todos. O mediador atua somente como catalisador do diálogo para que os participantes cooperem entre si e alcancem o consenso, por isso, aptidão, habilidade e competência são necessárias ao advogado público.

A normatividade interna deverá também conter expressamente esse parâmetro de atuação ao advogado público. Serve o mesmo para orientar toda a engrenagem organizacional administrativa de apoio ao advogado público consensualista.

## **7.5 AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES E IMPULSO OFICIAL**

Esse princípio da Mediação é fundamentalmente oposto ao que rege o processo de litigância. Na autocomposição as partes são donas do processo. A desistência ou renúncia tem consequências no processo judicial. No processo de autocomposição técnico, não se pode compelir a persistir, e a desistência ou renúncia nenhum prejuízo acarreta.

Como visto, a mediação é um procedimento autocompositivo de dimensão dialógica. Nesse sentido, a exigência de voluntariedade dos participantes para o uso do método é fundamental, como determinado pelo art. 2º, §1º da Lei nº 13.140/2015. A eles cabe optar pelo método da mediação para a resolução de sua controvérsia podendo inclusive abandoná-la em seu curso.

Na ausência de voluntariedade não haveria abertura para o diálogo e conseqüentemente para o processo de intercompreensão. Ademais, as decisões acerca do conflito serão propostas e tomadas pelos próprios envolvidos, exigindo-se mais uma vez a voluntariedade dos participantes.

## **7.6 BUSCA DO CONSENSO E PRINCÍPIO DA VERDADE FORMAL**

A busca do consenso que, nesse panorama, refere-se à conjugação de interesses, necessidades e possibilidades reais das partes envolvidas, consiste no princípio que norteia a atuação do advogado público condutor de tratativas. É o objeto de sua tutela: consenso.

Nesse sentido, o esforço do advogado público, condutor de tratativas negociais, compromissado com a técnica, é o de construir uma coexistência e consideração recíprocas, das realidades apresentadas, para que a solução seja fruto de uma construção coletiva, na qual todos sejam contemplados em suas necessidades e possibilidades reais. Por isso, esse ambiente requer, do advogado público, em vez de persuasão e domínio por argumentações, capacidade de desenvolver o diálogo, de escuta ativa, de ouvir empático, bem como de gerenciar todo esse processo dentro dos princípios.

## **7.7 CONFIDENCIALIDADE E PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE**

Necessariamente, o procedimento de Mediação deve ser confidencial, já que, aos participantes, deve estar garantida a segurança para preservar seus relatos, bem como para proteger o próprio processo. Além disso, o sigilo possibilita a exposição real dos fatos, sem constrangimentos e receios.

Na ausência de confidencialidade, as informações relatadas pelos participantes poderiam ficar desprotegidas, gerando prejuízos às partes,

caso constituíssem prova judicial uma vez frustrada a mediação. Por isso, a *lei 13.140/2015* determina e estabelece critérios para confidencialidade em seus artigos 30 e 31, sem que tenha sido prevista a lavratura do termo de compromisso.

Não há, todavia, incompatibilidade entre o princípio da Mediação e o princípio da publicidade dos atos administrativos. O princípio da confidencialidade refere-se ao dever do advogado público, condutor de tratativas, de zelar pela ampla liberdade dialógica, ou seja, tudo pode ser dito, sem comprometimento, já que não há registro para eventual utilização como prova da evolução dialógica das tratativas. A liberdade de fala amplia os horizontes de possibilidades e oportunidades de conjugação de interesses.

Portanto, não se deve falar em incoerência com o princípio da publicidade dos atos administrativos. Ao contrário, com ele se harmoniza, porque a publicidade dos atos administrativos relaciona-se ao dever de motivação do agente público e de informação do conteúdo.

Ambos se mantêm preservados se a confidencialidade for restrita a ampla capacidade de diálogo, com liberdade e sem registros. Firmadas as convicções, prevalece a publicidade da motivação para o consenso, a qual será expressa e registrada garantindo a publicidade da existência do acordo e da motivação. O dever de motivação, na verdade, resguarda e protege o advogado público, assegurando a todos o conhecimento das razões pelas quais optou-se pelo acordo como solução mais adequada a determinado impasse.

## 7.8 BOA-FÉ E VERDADE FORMAL

O princípio da Boa-fé da Mediação relaciona-se, diretamente, aos valores envolvidos em uma atuação sob a lógica do consenso, assim, o que perfaz a trilha da boa-fé é o objetivo de construir, coletivamente, a solução a um conflito ou impasse.

No processo de autocomposição, não há verdade formal já que, por princípio e ideologia, ela se relaciona diretamente com a realidade material dos fatos. Por isso, nesse processo, fala-se em conhecer as reais necessidades, possibilidades e interesses das partes envolvidas em um conflito, em detrimento do mero conhecimento formal da posição de cada um.

Dessa forma, não há a demanda de se comprovar qualquer alegação, porque não se pretende convencer, mas sim conjugar as verdades, aproximar as realidades. Portanto, o ônus da prova não é coerente com a atuação sob a lógica do consenso, uma vez que ele terá como base o benefício a todos os envolvidos.

O advogado público dispõe de autorização legal para o exercício da autocomposição, desde que se aproprie da técnica e se comprometa com os princípios, previstos expressamente na Lei de Mediação.

## 8 ADVOCACIA PÚBLICA COLABORATIVA: NOVA COMPETÊNCIA INSTITUCIONAL

Apresentei a proposta de um novo conceito de advocacia pública na I Jornada “Prevenção e solução extrajudicial de litígios”, realizada no Conselho da Justiça Federal, em agosto de 2016. Aprovada por unanimidade, hoje, consiste em uma *recomendação*, expressa no Enunciado nº 31 da CJP, dirigida aos órgãos representativos, aos representantes legais, aos representados e à sociedade.

É recomendável a existência de uma advocacia pública colaborativa entre os entes da federação e seus respectivos órgãos públicos, nos casos em que haja interesses públicos conflitantes/divergentes. Nessas hipóteses, União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão celebrar pacto de não propositura de demanda judicial e de solicitação de suspensão das que estiverem propostas com estes, integrando o polo passivo da demanda, para que sejam submetidos à oportunidade de diálogo produtivo e consenso sem interferência jurisdicional.<sup>1</sup>

A ideia foi importar o conceito da experiência na área privada da Advocacia Colaborativa, na qual se firmam pactos de não litigância entre os advogados, para que se evolua no diálogo e na busca por integralizar interesses contrários.

Na seara da Advocacia Pública, a importação de conceitos, requer, evidentemente, ajustes e adequações. O pacto de não judicialização pode ser firmado sem ofensa ao dever institucional, partindo-se da premissa da existência de um interesse público em construir soluções consensuais. A tutela a esse interesse autoriza o advogado público a optar e a se comprometer com a não judicialização. Frustrado o resultado da advocacia colaborativa, um novo cenário se recompõe no Contencioso, com novos advogados públicos. Essa é a ideia.

Percebe-se o pacto de não judicialização podendo ser firmado entre advogados públicos, a fim de, efetivamente, evoluir para um diálogo produtivo sem compromisso com registros e, por consequência, sem a ideia de comprometimento com o que for exposto, enquanto ideias, ponderações e conjecturas.

<sup>1</sup> GOIS, Letícia Botelho. *Enunciado nº 31 do Conselho da Justiça Federal*. Agosto de 2016.

A motivação, por sua vez, ao final, para adotar tal ou qual providência ajustada, precisa ser consignada para dar publicidade e, mesmo, para proteger o advogado público colaborativo, e deve constar de todo acordo, mas a evolução de tratativas, para se alcançar um consenso, pode ser protegida pelo sigilo, sem ofensa ao princípio da publicidade dos atos administrativos, desde que, dele, conste as razões para adoção de uma ou outra postura

Nesse panorama, surge uma questão: a defesa ou o patrocínio de qualquer causa que tutele um interesse público sem o espírito bélico é possível? Retirar da Advocacia o espírito beligerante seria como pedir ao médico que não usasse o bisturi? Quase isso! Mas, assim como na Medicina, se evoluiu para cirurgias a laser e para a Robótica, pode também a Advocacia ser exercida com qualidade e êxito sem ataque e defesa presentes.

Tanto a advocacia pública, quanto a privada estão alicerçadas sobre o binômio ataque-defesa. O bom advogado público, ou privado, é aquele que encontra argumento para a defesa contra qualquer acusação, por isso, a celeridade nesse contra-ataque consiste no sucesso da empreitada.

Portanto, vale ressaltar que compreender a colaboratividade como generosidade ou tolerância, implica em retirar o caráter técnico da atuação, e, com isso retirar-lhe credibilidade. Advogar colaborativamente constitui nova forma de advogar, na qual há uma construção, com técnica e princípios, de parceria, para compor divergências. A técnica e a formação são necessárias na iniciativa privada, e deverão também ser construídas para a advocacia pública. Somente assim se qualifica esse novo atuar profissional.

## 9 O ADVOGADO PÚBLICO COLABORATIVO

O advogado público, com aptidão e competência (capacitação) para atuar no ambiente da Consensualidade, ao apropriar-se da lógica do consenso, torna-se apto para atuar como advogado colaborativo, sendo-lhe úteis também as ferramentas da técnica da Mediação e dos princípios que a direcionam.

Apesar de a condução de tratativas diferir do advogar colaborativo em muitos aspectos, eles têm em comum a atuação sob a lógica do consenso em contraposição à lógica adversarial e a tecnicidade como condição de validade.

Enquanto na Advocacia Colaborativa a posição parcial do advogado se mantém intacta, tutelando o interesse parcial, na Mediação, o advogado público, condutor de tratativas entre partes conflitantes, tutela o interesse na construção de consenso em si. Deste modo, delega a outro advogado

público o mister da defesa parcial, porque a técnica dialógica da Mediação permite ao advogado público o que denominamos representação mediativa. Conceito a ser desenvolvido que se contrapõe à representação intermediativa.

A representação mediativa gera parceria, já que, nela, o advogado público não substitui o representado, mas com ele constrói caminhos. A intenção e a necessidade dos gestores, na realização das políticas públicas, entram em sintonia com os limites legais, pontuados pelo advogado público, em um trabalho de equipe voltado à construção de consenso. A representação intermediativa, por sua vez, gera a substituição que tanto conhecemos em sede contenciosa.

Por conseguinte, a advocacia pública colaborativa, constando como recomendação no enunciado 31 aprovado pelo Conselho da Justiça Federal, da forma como prevista, consiste, sem sombra de dúvida, em avanço enorme e uma conquista institucional a ser incorporada como nova realidade da AGU adequada aos ditames de uma Administração Pública Consensual.

Nesse panorama, a dogmatização do conceito é o convite, já que, ao oferecer contorno e segurança, ao advogado público, nesse novo atuar, fixam-se novos deveres funcionais, construindo-se um novo saber.

Assim, a advocacia pública colaborativa atende a uma AGU cidadã que tutela a dignidade humana, persegue a eficiência e realiza a opção constituinte por um sistema federativo de repartição de competências que funcione como uma unidade.

## **10 CASOS CONCRETOS: TÉCNICA DA MEDIAÇÃO NA CÂMARA LOCAL DE CONCILIAÇÃO**

Capacitada em Mediação, na forma determinada pela Resolução 125 do CNJ, conduzi tratativas entre órgãos públicos federais e entre União Estado e Município fazendo uso da técnica da Mediação.

Por isso, compartilho a experiência e o aprendizado. A apropriação da técnica dialógica permitiu construir um diálogo produtivo que ensejou a solução consensual. A técnica oferece ferramentas ao advogado público, na condução de tratativas, as quais criam o ambiente da consensualidade e são aplicadas desde o momento de recepção e de percepção do caso concreto.

Desse modo, em um dos casos trabalhados com essa técnica, se deu entre hospital público federal e empresa privada, com interesses conflitantes no que tange à satisfação e à suficiência do serviço contratado. No caso, quatro foram os elementos essenciais à atuação consensual com uso da técnica:

- 1 Identificação de todas as partes envolvidas.

2 Convite para a presença de todas.

3 Diagnóstico por consenso da causa geradora do conflito.

4 Oferecer voz e vez a representante e representado no relato da realidade necessidade e possibilidade.

A despolarização é o primeiro efeito que se busca com a técnica, por meio da fixação do foco de análise. No exemplo, o foco estava no serviço prestado pela empresa ao hospital público. Dentro desse quadro, não haveria linha de convergência para instalar a lógica do consenso, assim, não haveria trabalho para advogado público consensualista, porque persistiria formada a polaridade de posições.

Ao se trabalhar dialogicamente com uso da técnica da Mediação, alcança-se a mudança do foco de análise, daí, surge a linha de convergência sobre a qual se pode trabalhar. Essa percepção acontece sem persuasão ou indução dos envolvidos, já que o simples caminhar de um diálogo amplo e revelador de realidades faz esse foco se alterar.

No caso, o alvo de atenção foi deslocado para o serviço prestado ao cidadão. Ou seja, hospital público e empresa privada perceberam-se parceiros nesse propósito, em vez de credor e devedor. Isso porque existiu o interesse comum de satisfazer o cidadão. E, com o novo foco, passou-se a trabalhar sob a lógica do consenso: convergência e interdependência percebida por todos os envolvidos, sendo formada a coesão necessária à construção de parceria e consenso.

A segunda etapa foi caminhar para o consenso quanto às razões para o ocorrido e, após o diagnóstico consensual firmado, levou-se à construção da solução consensual. Nesse sentido, a técnica ensina como permear entre as partes conflitantes para lhes empoderar essas percepções. As ferramentas são concretas e, se bem utilizadas, conduzem à intercompreensão e ao empoderamento dos envolvidos. Atestado na prática.

O resultado foi exitoso e a judicialização evitada não por concessão, renúncia, desistência ou tolerância por qualquer das partes, mas por identificação consensual das necessidades e possibilidades reais (não ideais) de cada qual para atingir o objetivo comum de bem servir ao cidadão.

O efeito, diferentemente, de uma decisão judicial, não se restringe às partes conflitantes. Os demais contratos firmados por qualquer das partes, poderá vir a conter cláusula preventiva do diagnóstico obtido de causas. Para maiores detalhes do processo, remeto à leitura da reportagem sobre os Tomógrafos na imprensa da AGU. Foram cinco sessões de autocomposição com uso da técnica da Mediação.

## 11 CONCLUSÃO

Há um grande caminho ainda a percorrer para que essa recomendação, constante do Enunciado 31 do CJF, não seja um mero conselho, que será seguido ou não, conforme o juízo de valor e conveniência de cada advogado público ou gestor público. Deve, dessa maneira, carregar todo um peso conceitual de dogmas para embasar uma eficiente atuação colaborativa, oferecendo segurança jurídica à sociedade e ao Advogado Público que pretenda atuar de forma colaborativa.

Propõe-se, desse modo, a releitura do papel institucional da AGU dentro do atual contexto de uma Administração gerencial, sugerindo uma nova advocacia, exercida de forma colaborativa e não combativa, além de uma condução técnica dos processos de autocomposição.

Prospectivamente, se visualiza a especialização da advocacia pública como forma de dar suporte ao advogado público no exercício das novas competências institucionais, assegurando, com isso, que as soluções consensuais sejam efetivamente construídas de forma integrada, juridicamente segura e sustentável no tempo.

É a AGU inserida na cultura da paz social.

## REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciados aprovados na I Jornada de Solução Extrajudicial de conflitos*. Enunciado 31. 2016

DIAS, Maria Tereza Fonseca; ROGÉRIO, Taiz. A mediação como instrumento de eficiência e consensualidade do processo administrativo disciplinar. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v. 12, n. 134, abr. 2012. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/46960>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 303-322, jan./dez. 2009.



---

**O PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA  
UNIÃO NA ÁREA PREVIDENCIÁRIA: A  
REPERCUSSÃO DA SEGURANÇA  
JURÍDICA NO EQUILÍBRIO FINANCEIRO  
DA SEGURIDADE SOCIAL**

---

***THE ROLE OF THE UNION'S GENERAL ADVOCACY IN  
THE PREVENTIONARY AREA: THE IMPACT OF LEGAL  
SECURITY ON THE FINANCIAL BALANCE OF SOCIAL  
SECURITY***

*Maria Isabel Araujo Silva*

*Procuradora Federal em Londrina. Pós-graduada em Filosofia Jurídica e Política pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduada em Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina.*

*Gabriel Cavalcante Cortez*

*Acadêmico do 3º ano do curso de Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Estagiário na Advocacia-Geral da União – Procuradoria Seccional Federal em Londrina/PR. Membro de diversos projetos de pesquisa da UEL. E-mail: gabrieltortez442@gmail.com.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 Regulamentação do papel da Advocacia-Geral da União e sua competência; 2 Aspectos basilares do Direito Previdenciário; 3

Previdência Social e Economia: rumo ao equilíbrio financeiro da União; 4 Atuação da Procuradoria Seccional Federal em Londrina/PR; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente artigo científico tem como objetivo analisar a atuação da Advocacia-Geral da União (AGU) no fomento da segurança jurídica dentro da matéria previdenciária. Abordar-se-á a regulamentação e as funções da AGU no tocante ao papel de defesa judicial e extrajudicial da União e das autarquias federais alocados em todo o território nacional. Conceitua-se o Direito Previdenciário e sua relação com a atuação da Advocacia da União. Relaciona-se o orçamento destinado à Seguridade Social com a economia financeira nacional. Cita-se o papel desempenhado pela Procuradoria Seccional Federal em Londrina/PR na representação do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e o montante poupado do orçamento proveniente de dinheiro público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Advocacia-Geral da União. Constituição Federal. Direito Previdenciário. Economia nacional. Equilíbrio financeiro. Instituto Nacional do Seguro Social. Organização administrativa. Segurança jurídica.

**ABSTRACT:** The present scientific article aims to analyze the work of the Federal Attorney General's Office (AGU) in the promotion of legal security with in the social security field. The regulation and functions of the AGU regarding the judicial and extrajudicial defense role of the Union and of the federal autarchies allocated throughout the national territory will be considered. The concept of Social Security Law and its relationship with the work of the Union's Advocacy is defined. The budget allocated to Social Security is related to the national financial economy. The role played by the Federal Sectional Attorney in Londrina/PR in the representation of the National Institute of Social Security (INSS) and the amount saved from the budget from public money are mentioned.

**KEYWORDS:** Advocacy-General of the Union. Federal Constitution. Social Security Law. National economy. Financial balance. National Institute of Social Security. Administrative organization. Legal certainty.

## **INTRODUÇÃO**

A representação da União e das entidades administrativas federais ficava ao encargo do Ministério Público Federal antes da Constituição Federal de 1988. Após a promulgação da Constituição Cidadã, criou-se a Advocacia-Geral da União (AGU) para exercer a defesa judicial e extrajudicial dos referidos entes públicos, além de emitir pareceres, consultorias e assessoramentos ao Poder Executivo. Somente em 1993, 5 anos após a Constituição, a regulamentação acerca do ingresso, da carreira, das funções e demais disposições gerais referentes à Advocacia-Geral da União vieram mediante Lei Complementar nº 73/1993.

Como a defesa da União acolhe as autarquias federais, aborda-se a proteção ao Instituto Nacional do Seguro Nacional e sua importância orçamentária em relação à economia nacional. A garantia constitucional de receber auxílio da seguridade social implica no custeio da mesma. A arrecadação tributária anual é posta na balança ao lado das despesas ordinárias comumente reconhecidas à época da elaboração da Lei Orçamentária Anual. Eventuais despesas além do esperado acometem o sistema escasso de recursos, e nesses casos há o prosseguimento do feito mediante verba pública oriunda de outros setores da sociedade. Instabilidade econômica, ponderação de necessidades públicas. Equilíbrio financeiro em jogo.

O papel da Procuradoria Seccional Federal em Londrina/PR, Procuradoria Geral Federal e da Advocacia-Geral da União, revela grande intento em economizar vultuosa quantia monetária pública perante a crescente demanda de processos administrativos e judiciais. O impacto desta economia não se dá apenas no âmbito local, e sim nacional. A quantia obtida poderá ser empregada para finalidades com maior necessidade de intervenção das políticas públicas.

### **1 REGULAMENTAÇÃO DO PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E SUA COMPETÊNCIA**

O Poder Constituinte Originário, ao dar ensejo à criação e à promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, concedeu atenção especial à Advocacia-Pública. Trata-se de importante mecanismo de representação extrajudicial e judicial do ente federado União, cujo objetivo possui amparo na aplicação dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Ao assegurar a representação das pessoas jurídicas de direito público – destaque para as entidades federativas – o constituinte mirou na devida proporção na relação processual. Se a pessoa física tem direito

a um advogado para postular e se defender, a União, o Estado-membro, o Distrito Federal e o Município também têm, pois são sujeitos de direitos, obrigações e interesses.

A paridade de armas no tratamento processual visa a equilibrar a balança para ambas as partes. Não nos olvidamos na igualdade de manifestações aos atos processuais para formar o livre convencimento do magistrado. O texto constitucional aborda as garantias processuais, de forma ampla e diretiva, dentro do rol exemplificativo do artigo das garantias fundamentais, artigo 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Nesse ditame, a Lei nº 13.105 – Código de Processo Civil (CPC) – também informa:

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Nesse diapasão, a cooperação entre os sujeitos de mesma hierarquia e posição processuais é regra máxima a ser seguida. A igualdade de tratamento pautar-se-á na equidade, qual seja tratar os desiguais de forma desigual para enfim haver isonomia entre os mesmos. O ente federado possui o direito de ter oportunidade para manifestar-se em igualdade a outra

parte. Garante-se assim o devido processo legal – garantia constitucional – e a justiça procedimental.

A segurança jurídica inicia-se com o devido tratamento isonômico entre as partes, respeitadas as devidas proporções conforme dita o caso concreto; a segurança em fornecer ao Estado a capacidade de estar em juízo, postular, litigar e resolver seus interesses como qualquer outra pessoa com capacidade para isso auferir uma das máximas do Estado Democrático de Direito sendo respeitada e cumprida com a atuação da AGU com um todo.

Dentro das Funções Essenciais à Justiça (Capítulo IV), inserida na Seção II, a Advocacia Pública é tratada separadamente na Constituição Federal, destacando-se como órgão de defesa do Estado Brasileiro, com diretrizes constitucionais gerais para criar as instituições responsáveis pela proteção da União e das unidades federadas enquanto pessoas jurídicas de direito público, bem como determinar que lei complementar e específica determine a regulamentação, o ingresso, as funções a serem desempenhadas, enfim, o que concerne ao instituto de tutela dos entes federados. Assim, “*in verbis*”<sup>1</sup>:

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.  
§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.  
§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.  
§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

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.  
Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de

1 A expressão latina significa nestes termos, teor original, acesso à íntegra da informação.

desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

A representação da União, extrajudicial ou judicialmente, e, em atividades de consultoria ou assessoramento, é de competência exclusiva da Advocacia-Geral da União (AGU). Consoante este raciocínio, expressa Cláudio GRANZOTTO (2007, p. 8):

Todavia, em tese, o chefe do executivo não possui conhecimentos jurídicos. E para satisfazer sua vontade, é necessário um estudo do órgão técnico, no caso a Advocacia de Estado, para que analise se os atos estão em consonância com a ordem jurídica vigente.

Na verdade, os advogados de Estado são os maiores parceiros do governo, procurando dar soluções criativas, dentro da legalidade, para a implementação das diretrizes políticas.

O papel que a AGU exerce perante o Poder Judiciário Brasileiro simboliza um órgão de defesa de Estado e não apenas de governo, pois age sempre em conformidade com a lei e não com os interesses dos governantes, que são transitórios. A consultoria e o assessoramento são precisos, visto que ao Poder Executivo não é exigido conhecer profundamente as naturezas, os mecanismos, os efeitos e as consequências jurídicas dos seus atos, devendo todo o assessoramento ser feito pelos órgãos da AGU, nesta incluídos os advogados da União, os procuradores federais, os procuradores da Fazenda Nacional e os procuradores do Banco Central.

Todos os atos do Poder Executivo Nacional, bem como todos os atos das autarquias e das fundações federais podem ser avaliados e defendidos pelos membros da AGU, a fim de buscar o melhor resultado para o Estado, em termos de eficiência e menor onerosidade (LENZA, 2014).

O ingresso nas funções correspondentes à AGU dá-se exclusivamente por concurso público de provas e títulos, com estabilidade após 3 (três) anos de efetivo exercício. O procurador federal prescinde de autorização expressa quanto ao exercício de sua função e os limites da mesma, uma vez que o poder de representação decorre da lei, e não de ato de vontade.

A respeito da escassa autonomia volitiva do procurador público em deliberar pela defesa ou não da pessoa jurídica de direito público que lhe é afeta, Danilo Cruz MADEIRA (2010, p. 123) entende que:

Já o advogado público atua representando a pessoa jurídica de direito público que lhe é afeta. Ou seja, esse ente se faz presente pelo advogado

público. Noutros termos, ele é a própria pessoa jurídica em juízo. Seu poder de representação não decorre de um mandato, mas, sim, da própria lei. Além disso, o advogado público não decide se quer ou não defender aquela entidade, tal como ocorre com o advogado privado. Tal função (poder-dever) decorre de lei, e não de ato de vontade. O aspecto volitivo limita-se ao momento de decidir se a pessoa, aprovada em concurso público de provas e títulos, quer ou não preencher tal cargo.

O mandato de atuação do advogado público não decorre de uma procuração, está implícito dentro da aprovação em concurso público com essa finalidade. O poder-dever é condição essencial e fundamental no cumprimento da obrigação de consultoria, assessoramento e defesa da pessoa jurídica de direito público que lhe foi designado, visto que o poder reside na aprovação do concurso público, e o dever na atividade inerente a esta conquista.

A Constituição Federal obrigou o Poder Legislativo em elaborar lei complementar que dispusesse sobre a AGU, os órgãos filiados, competências, exercícios, ingresso, sanções etc. Para isso, foi elaborada a Lei Complementar nº 73/1993. Tal disposição anexa aos ditames previstos no texto constitucional elaborou regramentos a serem seguidos por todas as funções e hierarquias vinculadas à Advocacia-Geral da União, como forma de uniformizar e otimizar o tratamento extrajudicial e judicial da União, das autarquias federais, sociedades de economia mista e empresas públicas.

Dentre as funções elencadas no artigo 4º da Lei Complementar nº 73/93 está a de fornecer pareceres, consultorias, assessoramentos jurídicos ao Poder Executivo da União ou dos diretores dos órgãos federais vinculados. A emissão de pareceres jurídicos a serem remetidos ao Presidente da República para posterior aprovação ou rejeição compreende uma das tarefas destinadas à AGU, como previsto no texto<sup>2</sup> da Lei Complementar. Por ser um ato emanado de autoridade jurídica com funções também administrativas, os pareceres, os estudos e as diretrizes consultivas voltadas ao assessoramento do Poder Executivo são atos administrativos.

Sobre a natureza jurídica administrativa dos pareceres jurídicos, explica o ilustre procurador da Fazenda Nacional Arnaldo Sampaio de Moraes GODOY (2017, 29-30):

Pareceres da Advocacia-Geral da União são atos administrativos de efeitos normativos. Do ponto de vista de uma tipologia geral de atos

---

<sup>2</sup> Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União: [...]VII - assessorar o Presidente da República em assuntos de natureza jurídica, elaborando pareceres e estudos ou propondo normas, medidas e diretrizes.

disciplinadores os pareceres da AGU encontram-se no subcampo dos atos gerais de feição regulamentar, distinguindo-se, nesse sentido, dos chamados atos individuais. O problema é que a tipologia dos pareceres da AGU pode transitar em miríade de atos ordinariamente diferenciados. Pode traduzir um ato de império (ou de autoridade), quando comanda objetivamente; ou um ato de gestão (ou negocial) que formaliza a atuação da Administração ou de mero expediente, quando saneia procedimentos em andamento. Ainda, são também compostos, porque vincularem de modo mais amplo possível necessitam da concordância do Advogado-Geral da União, da aprovação do Presidente da República e da publicação no Diário Oficial da União. Eventualmente, são apenas complexos, porquanto apenas transitam por mais de um órgão, ainda que dentro da própria AGU [...] Tem-se, assim, efeitos constitutivos, extintivos, declaratórios, alienativos, modificativos ou abdicativos, dependendo-se dos vários assuntos de que tratam. É válido, quanto atende aos requisitos dispostos em lei [...].

Devido ao fato da AGU ser órgão público, seus atos de natureza organizacional, diretivos ou todos que são sejam jurídicos são administrativos, e, portanto, dotados de fé pública. A depender do ângulo analisado, o ato consultivo desta Advocacia pode ser de cunho imperioso quando direcionar, alinhar, comandar a única possibilidade para ser executada pelo Poder Executivo, ou pode aparentar ser um ato negocial, saneador, de mero expediente ao informar o andamento e o conteúdo substancial do ato.

A complexidade é inerente aos atos da AGU, já que a origem, o desenvolvimento, os trâmites legais até chegar ao Presidente da República ou aos seus entes federados representados perpassam pessoas, funções, órgãos necessários para o bom desenvolvimento do conteúdo do documento, conglomerando óticas diferentes para ser definida a melhor solução perante o caso em questão. Logicamente é composto, por vincular dois ou mais órgãos diferentes, e, quanto aos efeitos, salienta-se que a constituição, a declaração, a alienação, a modificação, a extinção ou quaisquer outras medidas determinadas no conteúdo de auxílio em muito se assemelham com o poder dos negócios jurídicos<sup>3</sup>, em voga no vasto campo do Direito Privado. Enquanto os contratos particulares para serem válidos devem estar de acordo com a lei e com a vontade das partes, os atos da AGU somente precisam seguir o conteúdo disposto em leis, sem autonomia da

---

3 Os negócios jurídicos são conhecidos por serem capazes de modificar, adquirir, restringir, transmitir, extinguir, condicionar, suspender, anular direitos, deveres e obrigações acordados entre as partes e segundo as orientações da legislação positivada.

vontade para deliberar quanto aos ritos, necessidade de procedimentos e conseqüências inevitáveis.

Vale ressaltar que os atos de consultoria e assessoramento jurídicos da AGU norteiam o Poder Executivo e vinculam o conteúdo aprovado ou sancionado perante toda a população. Dessa forma, tem-se a responsabilidade jurídica de promover, sempre que possível, os direitos e garantias fundamentais, a função e a justiça social, os direitos humanos (SILVA apud ALMEIDA, 2012).

## 2 ASPECTOS BASILARES DO DIREITO PREVIDENCIÁRIO

A natureza jurídica do Direito Previdenciário está atrelada à disposição constitucional do mínimo existencial para cada um dos contribuintes e beneficiários do regime de previdência. Possui característica pública porque decorre da lei (“ex lege”), e não da vontade do contribuinte (“exvoluntante”). Pode ser entendido como o verdadeiro direito social, em busca constante da justiça social, já que comporta um sistema jurídico próprio de proteção aos economicamente mais fracos, vulneráveis e/ou hipossuficientes (CESARINO JÚNIOR apud HORVATH JÚNIOR, 2014).

Para Carlos Alberto Pereira de CASTRO e João Batista LAZZARI (2014, p. 56):

O Direito Previdenciário, ramo [autônomo] do Direito Público, tem por objeto estudar, analisar e interpretar os princípios e as normas constitucionais, legais e regulamentares que se referem ao custeio da Previdência Social – que, no caso do ordenamento estatal vigente, também serve como financiamento das demais vertentes da Seguridade Social, ou seja, Assistência Social e Saúde –, bem como os princípios e normas que tratam das prestações previdenciárias devidas a seus beneficiários.

É ramo autônomo porque goza de vasto campo prolífero de estudo e pesquisa, princípios e institutos peculiares, além de métodos, procedimentos e processo próprios. À luz dos princípios e normas constitucionais que dispõe sobre a ordem social e o custeio dos vulneráveis, a ciência jurídica previdenciária deve estar em conformidade com os novos paradigmas sociais da Seguridade Social.

A Seguridade Social, que engloba a Previdência, a Assistência e a Saúde, é custeada por todos os brasileiros, sendo que somente a Previdência exige uma contribuição prévia para o recebimento dos seus benefícios, ao contrário, a Saúde e a Assistência não exigem contrapartida do beneficiário, embora sejam custeadas amplamente por toda a sociedade brasileira.

Assim, junto com a Assistência e a Saúde, a Previdência Social constitui o terceiro pilar de sustentação da Seguridade Social, sendo responsável pela capitalização das contribuições de quotas dos trabalhadores a serem revertidas em parcelas quando precisarem de amparo ou para se aposentarem.

Destarte, a finalidade da ciência jurídica previdenciária muito se assemelha à função primordial do agente administrativo<sup>4</sup>, qual seja priorizar e promover a execução dos interesses públicos primários pela pessoa jurídica de direito público competente, ou por pessoa jurídica de direito privado a serviço do ente público (MAZZA, 2013).

A Constituição Federal de 1988 incluiu no Título VIII – Da Ordem Social<sup>5</sup> – o direito do cidadão à previdência social ou aposentadoria, à assistência social e à saúde. Portanto, Seguridade Social traduz-se no mecanismo estatal específico de proteção das necessidades sociais, individuais e/ou coletivas, sejam elas preventivas, reparadoras e recuperadoras, nas medidas dispostas pelas normas (PLAZA apud CORREA & CORREA, 2010).

Isto quer dizer que todo ser humano, independente de sua categoria ou condição, é apto a receber auxílio social quando precisar, dentro dos critérios estabelecidos para cada caso e cada benefício. É qualquer cidadão em estado de necessidade, em vulnerabilidade social. No contexto da Previdência Social, a qual fornece benefícios pecuniários mediante contribuição pretérita, que o sujeito-segurado receberá a quantia utilizada na contribuição previdenciária quando precisar, respeitadas as devidas proporções. Em regra, o custeio, o fornecimento do benefício previdenciário é oriundo da contribuição que o indivíduo outrora efetivou.

No caso da Assistência Social e da Saúde, os benefícios são custeados por toda a população, sendo responsabilidade de toda a sociedade. Nessas modalidades, a contraprestação social advém da colheita de tributos específicos, onde a previsão da arrecadação, total ou parcial, é manifesta em

---

4 “O Direito Administrativo guarda correlação com o Direito Previdenciário em função da atividade estatal desenvolvida pela autarquia gestora [Instituto Nacional do Seguro Social – INSS] – entidade da Administração Indireta. Assim, a organização da Previdência Social na estrutura do Poder Executivo, a expedição dos atos administrativos – normativos ou não –, os direitos, deveres e obrigações dos servidores que atuam na autarquia previdenciária em relação aos beneficiários e contribuintes com que se relacionam merecem especial atenção no estudo do Direito Previdenciário. Assim, os atos de concessão de benefícios, o exercício do poder de polícia pela fiscalização do INSS, o procedimento contencioso administrativo, estarão diretamente ligados aos seus princípios e normas.” In: CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 61.

5 Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...].

ato normativo concebido anteriormente para legalizar este fim específico (SABBAG, 2014).

Quanto à competência legislativa, estabelece o texto constitucional que a União é o ente federado com competência absoluta e privativa para tratar sobre Seguridade Social<sup>6</sup>. Já a competência concorrente junto com as demais entidades federativas é devida quando se tratar de previdência social, proteção e defesa da saúde<sup>7</sup>.

Conforme art. 201 da Constituição Federal, a Previdência Social será organizada sob a forma de regime geral e terá caráter contributivo e filiação obrigatória, observando critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, razão pela qual o Direito Previdenciário se baseia nos seguintes princípios: a) princípio da solidariedade; b) princípio da vedação do retrocesso social; c) princípio da proteção ao hipossuficiente.

No que tange a principiologia da solidariedade, as contribuições sociais são oriundas dos sujeitos que integram o mercado de trabalho e direcionam parte dos seus rendimentos ou lucros decorrentes do labor para a previdência social, a serem utilizadas em prestações eventuais e futuras. É imprescindível que todo trabalhador se enquadre dentro de algum regime próprio de previdência para ter acesso às quantias posteriores ou a sua aposentadoria. Ocorre que a contribuição habitual da coletividade serve de custeio e financiamento, implantação do benefício de quem alegue e comprove precisar e ter direito ao benefício. Nesse diapasão, toda a sociedade tem deveres perante a própria comunidade em que vive. Somente a partir da ação coletiva, com a cotização de cada um em prol do todo, existe a previdência (CASTRO; LAZZARI, 2014).

A vedação do retrocesso social relaciona-se ao entendimento das cláusulas pétreas e o Poder Constituinte Derivado, no qual não é possível estagnar ou retirar direitos, somente melhorá-los, aumentá-los, multiplicá-los. O parâmetro utilizado está na preservação e na compactuação do mínimo existencial constitucional. Impossibilidade de redução das implementações de direitos fundamentais já realizadas (TAVARES apud CASTRO; LAZZARI, 2014).

E, por fim, a proteção ao hipossuficiente, em que a noção de pessoa em posição menos favorecida, em vulnerabilidade, é emprestada da doutrina consumerista. Ao analisar a concessão do benefício, o intérprete tem o dever de buscar o entendimento lógico-plausível que melhor atenda à função social previdenciária – conceder o mais próximo da integralidade do valor

6 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...]XXIII - seguridade social.

7 Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XII - previdência social, proteção e defesa da saúde.

do benefício ao beneficiário –, resguardadas a subsistência e o mínimo existencial que efetivamente concretizam uma condição digna ao ser humano.

### **3 PREVIDÊNCIA SOCIAL E ECONOMIA: RUMO AO EQUILÍBRIO FINANCEIRO DA UNIÃO**

Ao Poder Executivo compete estabelecer em um ano antecedente os orçamentos anuais destinados a atender o interesse público primário<sup>8</sup>, em suas diversas necessidades. Dentre o rol dos interesses da população está a preocupação e a segurança jurídica em relação à renda e ao benefício previdenciário sob duas modalidades: i) quando as pessoas precisarem aposentar-se ou afastar-se do labor e receber as prestações mensais conforme a contribuição pretérita; ii) quando as pessoas quiserem saber sobre a coleta dos impostos e sua aplicação em políticas públicas para o bem de todos, com o devido gerenciamento e estima perante o dinheiro público, formado pela contribuição tributária e previdenciária, dentre outras, de todos os cidadãos trabalhadores. Isto se deve ao fato do custeio da seguridade social ser financiada pela sociedade, direta e indiretamente.

A Lei Orçamentária Anual tem por objetivo cumprir seus objetivos perante à população em justaposição com os seus deveres, sem excessos ou faltas, uma vez que o orçamento é contado e deve – em regra – atender a todas as demandas sociais no período de 1 (um) ano. Caso venha a sobrar dinheiro, o repasse será feito ao serviço público que mais precise. Caso venha a faltar dinheiro, estaremos diante de uma problemática atual muito severa: o déficit do orçamento financeiro do ente público e a maneira de adimplir com suas obrigações.

Lenilson Silva Barbosa ARAÚJO, citando Gilmar Ferreira MENDES (2016, p. 19), aborda:

Assim, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, enfatiza-se que a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Tais escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de justiça social (macrojustiça). É dizer, a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número

8 Interesse público primário corresponde aos interesses sociais, às necessidades da população, como educação, saúde, emprego, pavimentação etc., além do tripé da seguridade social: saúde, assistência e previdência social.

de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.

À medida que o orçamento se torna escasso, o repasse da União tem por objetivo satisfazer as necessárias, precisas e evidentes aclamações sociais, cujo teor da contribuição consistirá em verba alimentar de subsistência mínima. Nesse caso, atender-se-á em primazia aquele que apontar a necessidade de receber o valor do benefício em detrimento de outros. O Estado como um todo atuará com justiça social, no verdadeiro sentido da palavra, como alude a ordem de preferência dos casos fáticos.

Cada ente federativo institui e arrecada o valor necessário para cobrir o plano de previdência social de seus servidores. Por conta de déficits orçamentários com a devida realização de obras públicas, de repasse de verbas, do fornecimento de medicamentos e tratamentos não disponíveis no Sistema Único de Saúde (SUS) perante o acamado – lê-se judicialização da saúde e ativismo Judiciário –, os valores destinados a arcar com as contribuições sociais acabam sendo insuficientes. Para não deixar o cidadão sem assistir o seu direito constitucionalmente assegurado a União, ente com maior volume expressivo de receita tributária, cobrirá tal diferença, com recursos de outros tributos, para garantir o pagamento de tais benefícios, conforme parágrafo único do artigo 16 da Lei 8.212/91 (PCSS – Plano de Custeio da Seguridade Social) (VAZ, 2009).

O princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, encontrado na Carta Magna de 1988 através da Emenda Constitucional nº 20/1998<sup>9</sup>, refere-se à compatibilidade entre entradas tributárias e saídas da seguridade social. O montante arrecadado com os tributos pelo ente federativo deve ser igual ou superior às despesas conhecidas, caso contrário o auxílio da União em eventuais déficits acarretará na instabilidade do planejamento econômico e financeiro anual. Parte-se do entendimento de que a Lei Orçamentária Anual atenderá as finalidades já programadas, e quaisquer eventualidades, bem como queda na arrecadação tributária – oscilações para mais e para menos em ambos os lados – colocam em perigo a economia do País.

Informa Levi Rodrigues VAZ (2009, p. 25-27):

O sistema previdenciário é de grande importância na sociedade brasileira. Não podemos negar o auxílio que esse sistema traz para

9 Art. 40 - Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

Art. 201 - A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...]

grande parcela da sociedade, desde a manutenção de renda para os usuários do sistema até a segurança social para aqueles que sabem que podem contar com a previdência quando necessitarem. No entanto, para que isso aconteça, é necessário que o sistema previdenciário se sustente no presente e no futuro. De nada adianta um sistema que ofereça diversos benefícios e que na prática seja inviável sua manutenção. Foi com esse intuito que foi constitucionalizado o Princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial para o sistema previdenciário brasileiro.

A aplicação do princípio do equilíbrio financeiro dentro do contexto previdenciário está intimamente associado com a quantidade de contribuições aferidas anualmente. Quanto mais contribuições, maior será a cobertura com os benefícios previdenciários, da assistência social e da saúde. Menos contribuições, menor será a cobertura e conseqüentemente movimentação financeira da União para tapar o buraco da seguridade social, deslocando recursos a serem empregados originalmente em outras áreas. É diretamente proporcional tanto a máxima positiva quanto a máxima negativa, em termos de financiamento federal.

#### **4 ATUAÇÃO DA PROCURADORIA SECCIONAL FEDERAL EM LONDRINA/PR**

Na defesa dos direitos e obrigações das autarquias e fundações públicas federais, um braço da AGU – Procuradoria-Geral Federal (PGF) – exerce tal função. Possui autonomia administrativa e financeira para organizar-se de modo a ser mais eficiente e vantajosa a apuração das infrações, dos acordos e dos cumprimentos de sentença. A regulamentação normativa das funções e dos órgãos vinculados à PGF estão disciplinadas na Lei nº 10.480/2002, a saber:

Art. 9º É criada a Procuradoria-Geral Federal, à qual fica assegurada autonomia administrativa e financeira, vinculada à Advocacia-Geral da União.

Parágrafo único. Incumbe à Advocacia-Geral da União a supervisão da Procuradoria-Geral Federal.

Art. 10. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

[...]

§ 5º Poderão ser instaladas Procuradorias Seccionais Federais fora das Capitais, quando o interesse público recomendar, às quais competirão a representação judicial de autarquias e fundações sediadas em sua área de atuação, e o assessoramento jurídico quanto às matérias de competência legal ou regulamentar das entidades e autoridades assessoradas.

[...]

§ 12. As Procuradorias Federais não especializadas e as Procuradorias Regionais Federais, as Procuradorias Federais nos Estados e as Procuradorias Seccionais Federais poderão ainda centralizar as atividades de apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às atividades das autarquias e fundações públicas federais, incluindo as de âmbito nacional, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial, bem como as atividades de consultoria e assessoramento jurídico delas derivadas.

Compete, portanto, às Procuradorias Federais, incluindo as Procuradorias Seccionais Federais, o exercício da representação judicial e extrajudicial das autarquias federais de abrangência mais próxima; a prestação de atividades de consultoria e assessoramento jurídicos; e a promoção da apuração da liquidez e certeza dos créditos a serem pagos e a receber, de qualquer natureza, desde que inerentes às atividades da autarquia ou fundação, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial<sup>10</sup>.

A atuação da Procuradoria Seccional Federal (PSF) em Londrina/PR têm suas atividades direcionadas mormente ao ramo previdenciário, em decorrência das atividades exercidas pelas agências da previdência social vinculadas ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Desta forma, a gama previdenciária corresponde à grande parte dos esforços desta Procuradoria. Outras autarquias com números judiciais menores, como o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA) e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), também recebem os auxílios necessários às suas atividades hodiernas ou extraordinárias.

Em relação à organização administrativa e gerenciamento da massa de processos advindos do INSS, a atuação da PSF em Londrina/PR demonstrou grande economia ao orçamento federal na análise de concessão

<sup>10</sup> No momento da apuração dos créditos e débitos, a pessoa jurídica responsável é a Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional (PSFN).

dos benefícios da previdência social e da assistência social. A mudança na forma de triagem dos processos judiciais para uma mais adequada à grande demanda de processos administrativos e judiciais economizaram aproximadamente R\$ 1 bilhão de reais para o orçamento da Seguridade Social na concessão de benefícios; ainda, também muitos milhões de reais foram poupados em condenações, seja por meio de acordos ou pelo ganho da causa por parte do ente público. Em notícia de jornal publicada em 2015, o jornalista Fábio SILVEIRA, entrevistando o ex-chefe da Procuradoria Seccional Federal em Londrina, Miguel Cabrera Kauan (2015, p. 12), ilustra que:

[...] a partir de um processo de “gerenciamento e triagem processual” foi possível ter uma “unificação administrativa e visão gerencial” de todos os processos, principalmente do INSS. A partir daí a Procuradoria conseguiu identificar até os tipos de fraude mais comuns em processos contra o INSS e atuação irregular de peritos e os padrões, por exemplo.

“Antes de implantar a metodologia de trabalho, nós não sabíamos nem quantas ações o INSS recebia”. Com a reorganização, foi possível especializar o trabalho dos procuradores e melhorar a qualidade da defesa nos processos. O resultado, desde 2011, é uma economia de R\$ 800 milhões, só em condenações evitadas.

Com a remodelação e revigoração dos mecanismos de distribuição dos processos e lotação dos procuradores conforme a especialidade de cada benefício existente, a visão acerca da gradativa leva de ações contra o INSS foi alargada e bem delimitada, gerando eficiência na defesa judicial do INSS e grande economia indireta.

Assim, a forma de separação dos processos por área de litígio conseguiu identificar com maior precisão e maestria casos explícitos e implícitos de fraudes, os quais, se concedidos os pedidos indevidos, gerariam uma despesa indevida para o Estado e grande impacto no orçamento da seguridade social, bem como afetando incontáveis pessoas que realmente necessitam e têm direito aos benefícios, pois, para algumas pessoas, os benefícios concedidos pelo INSS são a única fonte de renda para a própria sobrevivência.

Nesse diapasão, a nova forma de distribuição dos processos judiciais entre os procuradores federal no novo modelo operacional da PSF em Londrina permitiu e continua permitindo a prevalência da segurança jurídica contra concessões fraudulentas e condenações judiciais indevidas. Em 2017 foram aperfeiçoadas as ações do Gerenciamento de Massa

dentro da PSF em Londrina, ganhando rapidez e eficiência na análise dos processos com o uso do SAPIENS (Sistema AGU de Inteligência Jurídica).

O montante orçamentário poupado com o melhor controle de pequenas custas processuais indevidas até com a prevenção de condenações exorbitantes e vultuosas fraudulentas permitem um melhor racionamento e uma melhor administração do dinheiro público.

Assim, os deveres de legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e transparência das contas que envolvem o dinheiro público necessitam ser seguidos acima de tudo. O cidadão contribuinte tem o direito de saber como está a aplicação dos seus esforços revertidos em políticas públicas, obras públicas, benefícios da previdência social, da assistência social e/ou da saúde. É uma corrente que perpassa todo o círculo de contribuição, e, se alguma coisa está fora dos ditames legais, o sistema inteiro não prossegue, gerando crise no governo e na economia. Mas, se o sistema funciona, garante-se a segurança jurídica necessária para a existência do Estado Democrático de Direito.

A Procuradoria Seccional Federal de Londrina atua para reduzir demandas e evitar fraudes nas demandas já existentes, em busca de uma economia direta e indireta, para garantir o equilíbrio financeiro necessário a boa existência da Previdência Social e da Seguridade Social como um todo.

Segurança jurídica aqui é sinônimo do devido emprego da verba pública, em conformidade com os fins estabelecidos pela Constituição Cidadã, pelos ditames do Estado Democrático de Direito, pelos direitos humanos, pelas garantias fundamentais, pelos princípios constitucionais, administrativos e previdenciários, pela função social e pela essência do vocábulo justiça, consoante o caso concreto.

## **5 CONCLUSÃO**

O papel da Advocacia-Geral da União é fundamental para a caracterização do Estado Democrático de Direito e para o devido processo legal, onde o ente público enquanto parte processual tem o direito de ser representado, de apresentar suas razões como qualquer outro sujeito processual. As atividades de consultoria, assessoramento, emissão de pareceres e defesa [extra]judicial demonstram a importância da instituição com o bom desenvolvimento da Nação, onde o chefe do Executivo recebe auxílios jurídicos e legais a respeito das matérias e atos a serem sancionados e repercutidos perante toda a sociedade.

A caracterização em linhas gerais sobre o que consiste o Direito Previdenciário denota a atuação do Instituto Nacional do Seguro Social perante

os brasileiros que necessitem do amparo do benefício previdenciário. Junto à concessão do benefício está o princípio do equilíbrio financeiro, o qual informa a relação diretamente proporcional entre arrecadações e despesas previdenciárias. Quanto maior for a arrecadação tributária disposta especificamente em Lei Orçamentária Anual do ente público, maior será a cobertura com os gastos ordinários da Seguridade Social. Com a baixa arrecadatória, a cobertura torna-se incompleta, cabendo a União realocar recursos públicos para cobrir as falhas da Seguridade. Em consequência imediata a isso, necessidades públicas ficam sem o devido amparo constitucional e a economia do País configura instabilidade decorrente de má administração.

Contudo, a atuação da Procuradoria Seccional Federal em Londrina/PR, membro da Advocacia-Geral da União, representando principalmente o INSS, vem demonstrando grandes conquistas financeiras ao orçamento público federal. A reorganização na administração interna da Procuradoria proporcionou um especializado e eficiente controle contra fraudes e condenações judiciais de grande monta. O esforço de todos os procuradores já gerou uma economia de mais de 1 bilhão de reais de dinheiro público.

E, esta economia pode e deve ser revertida para Seguridade Social, ou para a Previdência Social, para os casos onde o pedido do benefício é de direito e incontestável para a sobrevivência da pessoa, gerando segurança jurídica ao ordenamento jurídico brasileiro, ao se garantir renda para quem tem direito e precisa, garantindo o equilíbrio e o fomento necessário à economia, respeitando a função social do Estado e trazendo, em última instância, segurança e paz ao Estado Brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Lilian Barros de Oliveira. A Atividade Consultiva da Advocacia-Geral da União na Promoção dos Direitos Fundamentais. *Revista da AGU*, v. 11, n. 02, p. 08-50, abr./jun. 2012. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/issue/view/10/showToc>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

ARAÚJO, Lenilson Silva Barbosa. A Seguridade Social e o Equilíbrio Financeiro Atuarial do Regime Geral de Previdência Social: Política Fiscal do Estado e a Reforma Previdenciária. *XXI Prêmio do Tesouro Nacional – Política Fiscal*, 2016. Disponível em: <[sisweb.tesouro.gov.br/apex/cosis\\_monografias.obtem\\_monografia?p\\_id=800](http://sisweb.tesouro.gov.br/apex/cosis_monografias.obtem_monografia?p_id=800)>. Acesso em: 18 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 08 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/LCP/Lcp73.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/LCP/Lcp73.htm)>. Acesso em: 09 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/leis/2002/L10480.htm](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10480.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.098, de 13 de janeiro de 2005*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11098.htm#art5](http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11098.htm#art5)>. Acesso em: 11 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm)>. Acesso em: 11 mar. 2018.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A Advocacia Pública Consultiva: natureza, fundamentação histórica, alcance e limites dos pareceres da Advocacia-Geral da União. *Revista da AGU*, v. 16, n. 02, p. 15-44, abr./jun. 2017. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/issue/view/115/showToc>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

GRANZOTTO, Cláudio. Advogado de Estado – Defesa do Interesse Público – Independência Funcional Mitigada. *Revista da AGU*, v. 6, n. 13, maio/ago. 2007. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/370/120>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

GUEDES, Luciano Palhano. O Princípio do Equilíbrio Econômico e Financeiro no Regime Geral de Previdência Social. *Revista da AGU*, v. 16, n. 01, p. 240-260, jan./mar. 2017. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/672/765>>. Acesso em: 18 mar. 2018.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 10. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 22. ed. Niterói: Impetus, 2016.

LENZA, Pedro. *Curso de Direito Constitucional Esquemático*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MADEIRA, Danilo Cruz. O Papel da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito. *Revista da AGU*, v. 9, n. 26, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/187>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVEIRA, Fábio. Procuradoria da União recebe prêmio por melhorias na gestão. *Jornal de Londrina*, Londrina, p. 12, 25 nov. 2015.

VAZ, Levi Rodrigues. O Princípio do Equilíbrio Financeiro e Atuarial no Sistema Previdenciário Brasileiro. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 6, n. 2, p. 04-34, jul./dez. 2009. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/acamara/documentos-e-pesquisa/fiquePorDentro/temas/fator\\_previdenciario/levi-rodrigues-vaz](http://www2.camara.leg.br/acamara/documentos-e-pesquisa/fiquePorDentro/temas/fator_previdenciario/levi-rodrigues-vaz)>. Acesso em: 18 mar. 2018.

---

# A AGU NA CONSTRUÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO POR MEIO DA PROMOÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

---

## *THE FEDERAL ATTORNEY GENERAL IN THE CONSTRUCTION OF THE BRAZILIAN DEMOCRATIC STATE OF LAW THROUGH THE PROMOTION OF LEGAL CERTAINTY*

*Murilo Strätz*

*Professor convidado dos Cursos de Pós-Graduação da UERJ e da AVM, palestrante, Instrutor credenciado na Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU) para as disciplinas de Direito Processual Civil, Constitucional e Filosofia do Direito, Advogado da União lotado na Procuradoria Regional da União da 2ª Região (Rio de Janeiro), graduado em Direito pela UFSC, pós-graduado (lato sensu) em Direito Público pela Unb e Mestre em “Teorias Jurídicas Contemporâneas”, na linha “Teorias da Decisão e Desenhos Institucionais”, pela UFRJ.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A AGU enquanto curadora da legalidade; 2 Origens da segurança jurídica: o advento do modelo de Estado de Direito; 3 Segurança Jurídica: noção e classificações doutrinárias; 4 Conclusão; Referências.

**Áreas do Direito:** Direito Público, Teoria do Direito, Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica.

**RESUMO:** Trata-se de breve estudo sobre os aspectos teóricos e legais do instituto da segurança jurídica, bem como de constatação dos modos pelos quais a Advocacia-Geral da União (AGU) tem contribuído para a estabilidade do nosso sistema jurídico no desempenho de suas missões constitucionais e legais. Demonstra-se o quão íntima é a relação entre a concepção abstrata de Estado Democrático de Direito e o protoprincípio da segurança jurídica, com todas as suas variações doutrinárias, para atestar que as atribuições da AGU, enquanto curadora da legalidade/juridicidade, prestam-se, sobremaneira, a conferir maiores estabilidade e continuidade à ordem jurídica, bem como melhores calculabilidade e previsibilidade às expectativas jurídicas por todos depositadas no Estado Brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Advocacia-Geral da União (AGU). Segurança Jurídica. Hermenêutica. Isonomia. Estado de Direito. Políticas Públicas.

**ABSTRACT:** This is a brief study on the theoretical and legal aspects of the institute of legal certainty, as well as a confirmation of the ways in which the Federal Attorney General (AGU) has contributed to the stability of our legal system in performing its constitutional and legal missions. The paper demonstrates how intimate is the relationship between the abstract conception of the Democratic State of Law and the protoprinciple of legal certainty, with all its doctrinal variations, in order to attest that the attributions of the AGU, as guard of law, give greater stability and continuity to the legal order, as well as better calculability and predictability to legal expectations by all deposited in the Brazilian State.

**KEYWORDS:** Federal Attorney General (AGU). Legal Certainty. Hermeneutics. Equality. Rule of Law. Public Policy.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo trata do papel que incumbe à Advocacia-Geral da União (AGU) a partir das graves missões institucionais que lhe atribuíram a Carta de 1988 e a Lei Complementar nº 73/1993.

Inicia-se abordando a atuação da AGU junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), nas qualidades de curadora da legalidade e de representante judicial da União em âmbito contencioso, incluídos os Poderes Legislativo e Judiciário federais, assim como o Ministério Público da União e o Tribunal de Contas da União (TCU), já que apenas as atividades de consultoria jurídica limitam-se ao Poder Executivo.

Desvela-se, a partir de então, o modo pelo qual a segurança jurídica é promovida pela AGU no desempenho de suas funções constitucionais e legais.

Em seguida, contextualizam-se as origens do instituto da segurança jurídica com o advento do modelo legal de Estado Liberal de Direito, bem como com os aprimoramentos pelos quais este vem passando até chegar à hodierna concepção constitucional de Estado Democrático de Direito.

Já quase na reta final, disseca-se o instituto da segurança jurídica, a fim de demonstrar as suas noções conceituais e as principais classificações teóricas em que costuma subdividir-se.

Por derradeiro, à guisa de fechamento, formulam-se conclusões descritivas e prescritivas sobre os argumentos articulados durante o desenvolvimento do breve texto, com vistas a destacar o relevante papel que cabe à AGU na sustentação jurídica de um Estado Democrático de Direito que não frustrate as legítimas expectativas nele depositadas pela população brasileira.

### 1 A AGU ENQUANTO CURADORA DA LEGALIDADE

Nascida há 25 anos, a Advocacia-Geral da União (AGU) foi incumbida pela Constituição da República Federativa de 1988, art. 131, e pela Lei Complementar nº 73/1993, de representar os três Poderes da União, judicial e extrajudicialmente, bem como de prestar, ao Poder Executivo, atividades de consultoria e assessoramento jurídico.

Já o art. 103, § 3º, do texto constitucional atribui ao Advogado-Geral da União o múnus de defender a lei ou ato normativo objeto de controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Tal defesa reconhece exceções apenas quando o texto normativo impugnado contrarie jurisprudência pacífica e absolutamente consolidada do STF, ou quando algum texto normativo estadual usurpe atribuições federais. Fora dessas ressalvas pretorianas, a AGU deve defender o texto normativo impugnado em sede de controle abstrato, funcionando como curadora da legalidade.

Tal função – curadoria legal – é de suma importância em qualquer Estado que se repute Democrático de Direito, haja vista que, em última análise, é a vontade do povo (por meio dos representantes que elegeu) que está sendo tutelada pela AGU, ainda que indiretamente. Ademais, mister se faz a defesa da presunção de constitucionalidade que toda norma emanada do Poder Legislativo e sancionada pelo Chefe do Executivo ostenta, até porque já houve prévio crivo neste sentido, tanto no Parlamento (Comissão de Constituição e Justiça) quanto na Presidência da República (CF, art. 66, § 1º).

Essa atuação da AGU, no sentido de defender perante o STF a preservação dos diplomas legais em vigor, converge com a necessidade de que a ordem jurídica vigente não oscile ao sabor de entendimentos circunstanciais dos órgãos judiciários, sob pena de grave ofensa à segurança jurídica. Com efeito, um ordenamento jurídico instável não protege as legítimas expectativas que os seus destinatários depositam nos atos oficiais.

Na Constituição, o termo segurança aparece inicialmente previsto no seu Preâmbulo<sup>1</sup> entre os “valores supremos de uma sociedade fraterna”. Nele se proclama que os representantes do povo reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, ao promulgarem nossa Constituição, pretendem instituir um Estado Democrático destinado a “assegurar” (isto é, tornar seguro) “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a *segurança*” (ela própria) e outros “valores supremos de uma sociedade fraterna [...]”. Como se vê neste Preâmbulo, o Estado Democrático Brasileiro pretende “tornar segura” (“assegurar”) a própria “segurança”.

O termo segurança também aparece expressamente contemplado no *caput*<sup>2</sup> do art. 5º e no *caput*<sup>3</sup> do art. 6º da CF, que tratam dos direitos e garantias fundamentais. E, conforme adverte Leonardo Greco<sup>4</sup>, a referência constitucional ao termo “segurança”, neste caso, não indica apenas a proteção da vida, da incolumidade física e do patrimônio, mas

1 “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a *assegurar* o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a *segurança*, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

2 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, nos termos seguintes”.

3 “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a *segurança*, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 64, de 2010)”

4 “A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica. A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes” (GRECO, 2008, p. 254).

indica, sobretudo, a proteção da própria “segurança jurídica” (GRECO, 2008, p. 254).

Já o art. 103-A, § 3<sup>o</sup>, da CF trata explicitamente do que se pode chamar de antípoda da segurança, que é a “insegurança jurídica”, e o faz ao definir o papel da súmula vinculante como mitigadora de controvérsias interpretativas que acarretem “grave insegurança jurídica”.

E diversos outros desdobramentos da noção de segurança jurídica permeiam o texto constitucional, tal como a própria previsão, contida no seu art. 1<sup>o</sup>, de que a República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito”, já que, como se viu ao longo deste trabalho, a noção de Estado de Direito é visceralmente ancorada na ideia de segurança jurídica. Outros exemplos constitucionais que poderiam ser citados como expressivos da ideia de segurança jurídica são o próprio princípio da legalidade (art. 5<sup>o</sup>, II)<sup>7</sup>; a regra que protege o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5<sup>o</sup>, XXXVI)<sup>8</sup> e os princípios da irretroatividade e da anterioridade tributárias (art. 150, III)<sup>9</sup>.

Também no plano infraconstitucional o legislador brasileiro é pródigo em homenagear o princípio da segurança jurídica, tal como se verifica, *v.g.*, na Lei n<sup>o</sup> 9.784/99 (art. 2<sup>o</sup>, *caput*, e parágrafo único,

---

5 “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 45, de 2004) (Vide Lei n<sup>o</sup> 11.417, de 2006).§ 1<sup>o</sup> A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave *insegurança jurídica* e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. (Incluído pela Emenda Constitucional n<sup>o</sup> 45, de 2004)”.

6 “Art. 1<sup>o</sup> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito* e tem como fundamentos [...]”.

7 “II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

8 “XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

9 “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: [...] III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b;”.

inciso IX)<sup>10</sup>, na Lei nº 9.868/1999 (arts. 12 e 27)<sup>11</sup>, na Lei nº 9.882/99 (art. 11)<sup>12</sup>, na Lei nº 11.417/2006 (art. 2º, § 1º, e art. 4º)<sup>13</sup>, no Código Civil (art. 723)<sup>14</sup> e, sobretudo, no Novo Código de Processo Civil (art. 525, § 13; art. 535, § 6º; art. 927, §§ 3º e 4º; art. 976, II; art. 982, § 3º; art. 1029, § 4º).

Na defesa da legalidade e, por conseguinte, da própria segurança jurídica, a AGU vem notabilizando-se cada vez mais, tanto nas atividades de consultoria e assessoramento jurídico, que conferem sustentação jurídica à atuação diuturna da Administração Pública, quanto no patrocínio de causas judiciais, sobretudo no Supremo. Quanto a estas, citam-se não somente as vitórias que a AGU tem obtido nas vultosas causas tributárias que deságuam no Supremo - majoritariamente decididas em prol dos Cofres

10 "Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, *segurança jurídica*, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de *certeza, segurança* e respeito aos direitos dos administrados".

11 "Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a *segurança jurídica*, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação."

"Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de *segurança jurídica* ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

12 "Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de *segurança jurídica* ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado".

13 "Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei. § 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave *insegurança jurídica* e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão".

"Art. 4º A súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de *segurança jurídica* ou de excepcional interesse público".

14 "Art. 723. O corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio. (Redação dada pela Lei nº 12.236, de 2010) Parágrafo único. Sob pena de responder por perdas e danos, o corretor prestará ao cliente todos os esclarecimentos acerca da *segurança* ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores que possam influir nos resultados da incumbência. (Incluído pela Lei nº 12.236, de 2010)"

Públicos -, mas, sobretudo, o êxito que a União tem tido na defesa judicial de políticas públicas, tais como os programas de Cotas nas Universidades, Mais Médicos, Bolsa-Família, Minha Casa Minha Vida, FIES, ProUni, ENEM e tantos outros cuja constitucionalidade foi sustentada pela AGU e reafirmada pelo Supremo.

## 2 ORIGENS DA SEGURANÇA JURÍDICA: O ADVENTO DO MODELO DE ESTADO DE DIREITO

A origem da noção de segurança jurídica remonta ao declínio do Estado Absolutista, já que, até tal período, as pessoas, assoladas por toda sorte de eventos que a tornavam carentes de um mínimo de segurança, eram tratadas como *objeto* do Soberano, e não como *sujeitos* de direito frente à soberania do Estado. O próprio Estado, aliás, confundia-se com a figura pessoal do Monarca, de sorte que não cabia falar-se em governo das leis, mas apenas em governo dos homens.

A possibilidade de fazer previsões quanto ao comportamento estatal, e de se insurgir contra o Estado quando este frustra expectativas legítimas nele depositadas, somente surgiu com o advento do Liberalismo, ou, mais precisamente, com o nascimento do Estado de Direito, em sua clássica acepção de *Rule of Law*. É isso o que ensina a doutrina tradicional:

A economia capitalista necessita de segurança jurídica e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as frequentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súbditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. Ora, toda a construção constitucional liberal tem em vista a certeza do direito. O laço que liga ou vincula às leis gerais as funções estaduais protege o sistema da liberdade codificada do direito privado burguês e a economia de mercado (CANOTILHO, 1998, p. 103).

O mesmo ensina Antonio Enrique PEREZ-LUÑO, ao destacar o tenebroso clima de insegurança que imperava durante os períodos da Antiguidade e da Idade Média:

*La Antigüedad y el Medievo fueron edades de básica inseguridad. Los hombres de estas etapas están expuestos a innumerables y constantes riesgos, su vida se halla acechada por mil lados. Si rebasa los confines de lo conocido le aguardan comarcas terribles: los mares y parajes tenebrosos. Su vivir cotidiano se configura por la amenaza constante del hambre, la peste, las*

*plagas, la camada de lobos, las huestes de invasores y bandidos, en resumen, la incertidumbre devoradora* (PEREZ-LUÑO, 1991, p. 13).

Como se denota, o nascimento da própria noção de segurança jurídica coincidiu com o advento do Estado Liberal burguês, cujos contornos formais emprestaram o que se entende por Estado de Direito, matizado que é pelas seguintes características: império da lei, neutralidade formal (em contraposição à concepção material que é apanágio do Estado Social)<sup>15</sup>, divisão de poderes, proteção aos direitos individuais e à segurança jurídica. Trata-se de um modelo legal de Estado voltado à proteção do sistema capitalista e, portanto, avesso aos ideais revolucionários de transformação material do *status quo* que inspiraram o paradigma do Estado Social em democracias populares.

Já o modelo de Estado Democrático de Direito, por sua vez, tal como concebido pela Carta de 1988, consiste num aprimoramento teórico tanto dos paradigmas de Estado Liberal de Direito quanto de Estado Social, na medida em que acresce, aos traços básicos destes, os signos da soberania popular, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e, derradeiramente, do pluralismo político (em contraposição ao monismo e ao personalismo que marcaram o *Welfare State*). Estes são, aliás, os fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito, por dicção expressa do art. 1º, *caput*, da CRFB.

No próximo tópico se verão as razões pelas quais a segurança jurídica – cuja proteção é diuturnamente proporcionada pela AGU – é considerada a pedra de torque para aferir-se a confiabilidade de um sistema jurídico.

### 3 SEGURANÇA JURÍDICA: NOÇÃO E CLASSIFICAÇÕES DOUTRINÁRIAS

Segundo Neil MACCORMICK, a segurança jurídica confere estabilidade e continuidade à ordem jurídica, bem como calculabilidade e previsibilidade às expectativas jurídicas, de modo a ser considerada o vetor mais importante de um Estado de Direito, chegando até mesmo ao ponto de diferenciá-lo de um Estado Absolutista (MACCORMICK, 2008, p. 18).

O protoprincípio da segurança jurídica pode assumir várias facetas: ora como elemento definitório, ora como fato, ora como valor, ora como norma-princípio (ÁVILA, 2012, p. 112-127). A segurança jurídica também pode ser abordada sob duas perspectivas: 1) estática (atemporal), que privilegia a determinação (mito da certeza absoluta) e a cognoscibilidade (certeza relativa ou “determinabilidade”); e 2) dinâmica (intertemporal), que se subdivide em: 2.1) com vista ao passado, a privilegiar os aspectos da

15 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 122.

*imutabilidade* (intangibilidade absoluta<sup>16</sup>) e da *confiabilidade* (estabilidade na mudança); e 2.2) com vista ao futuro, a privilegiar os aspectos da *previsibilidade* (previsão absoluta) e da *calculabilidade* (previsão relativa, consistente na elevada capacidade de prever, pela maioria das pessoas, as consequências de atos ou fatos). (ÁVILA, 2012, p. 128-132). A segurança jurídica pode, outrossim, ser classificada quanto ao modo de compreensão do seu objeto: a) concepção objetivista do Direito; e b) concepção argumentativa do Direito (ÁVILA, 2012, p. 158-159).

ÁVILA concebe a segurança jurídica em uma visão estrutural ou analítica, pois pretende abandonar o apelo apologético<sup>17</sup> que caracteriza sua aplicação no direito brasileiro. Para tanto, o autor disseca a segurança jurídica nos seguintes aspectos estruturais: 1) material (segurança em que sentido?); 2) objetivo (segurança do quê?); 3) subjetivo (segurança para quem?); 4) temporal (segurança quando?); 5) justificativo (a segurança é um fim em si mesma, ou se presta a atender outros objetivos?); e 6) quantitativo (segurança em que medida?).

Há ainda uma infinidade de outras classificações, tais como quanto ao fundamento (segurança jurídica como resultado da ideia de Direito e segurança jurídica como produto do Direito Positivo), quanto ao sentido da palavra “jurídica” (quanto à referência ao “Direito” e quanto ao sentido de “Direito”), quanto ao objeto (segurança das normas e segurança de aplicação das normas), quanto ao sujeito (para um cidadão, para cidadãos, para o Estado), quanto à quantidade (grandeza, medição, etc.), e muitas outras classificações (ÁVILA, 2012, p. 132-192). Com certeza, o autor pretendeu, nessa obra de mais de setecentas páginas que escreveu exclusivamente sobre segurança jurídica, esgotar o tema, de modo que não é possível trazer, para a presente obra, todas as contribuições dadas pelo destacado autor.

PEREZ-LUÑO, por sua vez, distingue o aspecto objetivo da segurança jurídica, que é representado pela estabilidade do sistema, do seu aspecto subjetivo<sup>18</sup>, entendido este último “*como proyección en las*

16 Nesse sentido a chamada “petrificação do Direito” (PEREZ LUÑO, 1991, p. 33).

17 O viés apologético da segurança foi duramente criticado por Humberto Ávila na excelente palestra que ministrou no Centro Cultural da Justiça Federal, dia 4 de outubro de 2012, durante o fórum “Vida, Liberdade, Igualdade, Segurança e Propriedade: 24 anos da Constituição da República de 1988”, organizado pela Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região (EMARF). Na palestra, Ávila reiterou que “de nada adianta a todo tempo evocar-se, genericamente, o mantra da segurança jurídica, se não se sabe exatamente qual de suas facetas deverá ser instrumentalizada na consecução de outros princípios, tais como legalidade, dignidade, igualdade, etc.”.

18 Judith Martins-Costa, seguindo a mesma linha, coloca a *estabilidade* do sistema no aspecto *objetivo* da segurança, e a *proteção da confiança* em seu aspecto *subjetivo* (MARTINS-COSTA, 2005, p. 120-148). Não obstante seja corrente tal divisão, tendemos a dela discordar, pois entendemos toda e qualquer forma de segurança deve ter como destinatário final a pessoa, o sujeito de direitos, que é o elemento central de qualquer sistema jurídico. Assim, até mesmo o aspecto *objetivo* da segurança acaba sendo reconduzido, em

*situaciones personales de la seguridad objetiva*”, projeção esta que se dá a partir do conhecimento das normas do Direito pelos seus destinatários. Ao tomar conhecimento daquelas normas, as pessoas passam ter consciência do que é proibido, permitido ou obrigatório, bem como a ter condições de planejar suas vidas, firmar seus negócios e, sobretudo, saber, com “razoável previsibilidade”, que consequências futuras advirão de suas condutas atuais. E, tão ou mais importante do que saber quais normas são vigentes, é saber da eficácia das mesmas, não no sentido de saber se são efetivamente cumpridas pela população, mas sim se e como os órgãos públicos as aplicam. (PEREZ-LUÑO, 1991, p. 21-26).

Este último aspecto é importante no que tange ao Direito brasileiro, haja vista a pluralidade<sup>19</sup> de complexos diplomas legais e a insegurança, que é ocasionada pela divergência pretoriana em sua aplicação. Daí a relevância do papel uniformizador que cabe à jurisprudência, sobretudo à do Supremo e do STJ, que, no Brasil, são os Tribunais de cúpula na interpretação do direito constitucional e infraconstitucional, respectivamente.

Todavia, entre tantas possibilidades e prismas a partir dos quais a segurança jurídica pode ser tratada, despontam com maior relevância para o presente artigo as suas perspectivas normativa (princípio<sup>20</sup>), dinâmica e argumentativa, pois é a partir dessas perspectivas que a atuação da AGU

---

última análise, ao aspecto *subjetivo*, até porque a estabilidade não é um fim em si mesmo, senão apenas uma forma de se prestar reverência às necessidades de segurança do ser humano.

19 García de Enterría entende que, quanto mais numerosas forem as leis, mas valiosos se mostrarão os princípios na interpretação das regras nelas contidas, pois eles funcionam como nódulos de condensação de valores ético-sociais e como centros de organização de instituições jurídicas, tal como já se continha no antigo aforismo “*de multido legum, unum ius*” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1999, p. 105, apud ÁVILA, 2012, p. 612-613).

20 “A segurança jurídica qualifica-se como norma jurídica da espécie norma-princípio, porque, pelo exame da sua estrutura e das suas partes constituintes, verifica-se que ela determina a proteção de um ideal de coisas cuja realização depende de comportamentos, muitos dos quais já previstos expressamente. Todos os fundamentos constitucionais anteriormente referidos, diretos e indiretos, obtidos por dedução ou por indução, não só expressam a vinculatividade dos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade estabelecidos como ainda definem esses ideais quanto aos seus vários aspectos. O qualificativo de norma jurídica de modo algum afasta o aspecto axiológico do princípio: apenas indica que, como princípio, incorpora e positiva um valor em um nível maior de concretização” (ÁVILA, 2012, p. 255-256). Como se vê, tal entendimento sobre a noção de princípio jurídico, entendido como “projeção de um ideal de coisas”, segue basicamente a definição de Robert ALEXI, que assim define princípios: “Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (ALEXI, 2008, p. 90). E o próprio ÁVILA, em obra específica sobre o tema, assim define princípios: “Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, 2006, p. 78-79).

pode destacar-se em sua missão constitucional de conferir sustentação jurídica às políticas públicas e à defesa judicial das leis democraticamente aprovadas.

Ademais disso, não obstante a multiplicidade de prismas pelos quais a segurança jurídica pode ser estudada, qualquer noção eficaz de segurança jurídica deve buscar contemplar todas as facetas que ela suscita, ainda que em termos, conforme o próprio ÁVILA admite.

E, para isso, todo e qualquer Estado de Direito deve procurar garantir um ideal de *confiabilidade*, o qual só se fará presente se o respectivo ordenamento jurídico oferecer uma *previsibilidade*, ainda que mínima, e uma *estabilidade*, ainda que mínima. E previsibilidade e estabilidade só são possíveis a partir da *inteligibilidade (cognoscibilidade)* e da *vinculatividade* dos princípios e regras que compõem aquele ordenamento.

Levando esses elementos em conta, o autor gaúcho assim sintetiza as longas explicações que em momento anterior dera sobre o princípio da segurança jurídica:

Todas as considerações anteriores conduzem à conclusão de que o princípio da segurança jurídica é complexo e multifacetado, admitindo mais de uma forma explicativa. De fato, pode-se explicá-lo tanto como uma norma que exige a realização de três ideais parciais paralelos (inteligibilidade, confiabilidade e previsibilidade), quanto como uma norma que prescreve a concretização de um ideal maior (confiabilidade), que pressupõe a existência de determinadas condições (inteligibilidade e vinculatividade) e que exige a realização de determinados ideais parciais (estabilidade e previsibilidade). Preferiu-se a segunda opção, porque não só indica os ideais parciais cuja realização é determinada pelo princípio da segurança jurídica, como também explica as relações existentes entre eles (ÁVILA, 2012, p. 633).

E assim define segurança jurídica, *verbis*:

Segurança jurídica, aqui, pode ser definida como um princípio constitucional que determina a busca de um ideal de confiabilidade pela estabilidade e pela previsibilidade do ordenamento jurídico, com base na sua inteligibilidade e na sua vinculatividade (ÁVILA, 2012, p. 633).

Ou, mais analiticamente, como sendo:

uma norma-princípio que exige, dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, a adoção de comportamentos que contribuam mais para

a existência, em benefício dos cidadãos e na sua perspectiva, de um estado de confiabilidade e de calculabilidade jurídicas, com base na sua cognoscibilidade, por meio da controlabilidade jurídico-racional das estruturas argumentativas reconstrutivas de normas gerais e individuais, como instrumento garantidor do respeito à sua capacidade de – sem engano, frustração, surpresa e arbitrariedade – plasmar digna e responsabilmente o seu presente e fazer um planejamento estratégico juridicamente informado do seu futuro (ÁVILA, 2012, p. 690).

E tal princípio pode ainda ser caracterizado como um *sobreprincípio*, quando confrontado com os *subprincípios* ou com as regras que o concretizam (tais como as regras da legalidade e da irretroatividade tributárias), de modo que, aqui, o princípio da segurança jurídica exerce uma *função eficaz interpretativa*. De outro lado, o princípio da segurança jurídica pode funcionar como um *subprincípio*, quando se relaciona com princípios que impõem a realização de um estado de coisas ainda mais amplo, tal como o princípio do Estado de Direito, já que, neste caso, o princípio da segurança jurídica densifica esse princípio maior, exercendo uma *função eficaz definitiva* (ÁVILA, 2012, p. 641-642).

Daí afirmar-se que a segurança jurídica é “um *protoprincípio* – o princípio dos princípios, a norma das normas, a *norma normarum* no quadro das espécies normativas, aquela que não só *funda*, mas também *instrumentaliza* as demais” (ÁVILA, 2012, p. 669).

Sabe-se, contudo, que no *civil law* a previsibilidade da lei, enquanto norma geral e abstrata, não é suficiente para que os seus destinatários tenham segurança de como tal lei será aplicada, dada a pluralidade de interpretações que muitas leis costumam gerar quando de sua aplicação pelo Estado-juiz. E um clima de constante instabilidade jurisprudencial só faz aumentar essa sensação de imprevisibilidade. É que, embora o nosso Direito continue tendo a lei como sua fonte formal por excelência, o direito aplicado pelos tribunais, sobretudo os de superposição<sup>21</sup>, passa agora a ocupar um papel de proeminência na interpretação jurídica, já que esta, a partir do Novo Código de Processo Civil, deverá debruçar-se também sobre os textos produzidos pelos Tribunais Superiores. Se assim

21 Com o Novo Código de Processo Civil, acelerou-se a caminhada rumo ao fortalecimento institucional das Cortes Supremas (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que se voltam a conferir unidade ao Direito), em contraposição às Cortes de Justiça (Tribunais Regionais e de Justiça, que se voltam a fornecer justiça ao caso concreto). Também denominadas Cortes de Vértice, as Cortes Supremas valem-se do caso concreto apenas como um meio para chegarem à unidade de interpretação do direito, esta sim considerada o seu primordial escopo ou fim, diante das controvérsias interpretativas que surgem da aplicação da lei no caso concreto pelas Cortes de Justiça. Estas, ao revés, valem-se da interpretação do direito apenas como um meio para chegarem à justiça do caso concreto, sua verdadeira finalidade (MARINONI, 2016, p. 103-105; MITIDIERO, 2015, p. 336-337).

não for, de que adiantará a lei ser a mesma para todos?<sup>22</sup> Sê-lo-á apenas no papel, se os juízes puderem, cada um à sua moda, aplicarem-na do modo que quiserem e sem respeitar o sentido interpretativo fixado pelas Cortes de vértice. Daí a importância da boa atuação da AGU rumo à aplicação uniforme da legislação federal.

A lei, por si só, garante muito pouco<sup>23</sup>. A aplicação de precedentes, v.g., não pode seguir a mesma lógica de aplicação de uma lei, já que “a força gravitacional do precedente não pode ser apreendida por nenhuma teoria que considere que a plena força do precedente está em sua força de promulgação, enquanto peça de legislação” (DWORKIN, 2002, p. 176). Vale dizer, um precedente se constrói gradativamente, diante da diuturna confrontação entre os aspectos fáticos do caso a ser julgado e os do que levou à formulação do precedente. Não se trata, portanto, de subsunção do fato a uma norma geral (plasmada num enunciado sumular, p.e.), tal como pregava a Escola da Exegese<sup>24</sup>, com suas pretensões totalizantes, no sentido de tentar esgotar toda a diversidade do fenômeno jurídico por meio de textos legais e de aprisionar o sentido destes mediante recursos gramaticais (por isso que a Exegese também é conhecida como Escola Filológica<sup>25</sup>). O *Civil Law*, diferentemente do *Common Law*, sempre se iludiu com a promessa legal de certeza jurídica<sup>26</sup>, e sabemos que tal promessa

22 “O princípio da legalidade, base do Estado de Direito, só tem sentido prático se concretizado à luz do princípio da isonomia. Se houver várias regras para decidir-se o mesmo caso, como se vai saber de antemão qual vai ser a aplicada pelo juiz, no caso de José? É inútil a lei ser a mesma para todos, se os tribunais podem interpretá-la de modos diferentes e surpreender os jurisdicionados” (WAMBIER *et al*, 2014, p. 225).

23 “A lei, pura e simplesmente, não mais garante automaticamente tratamento isonômico aos jurisdicionados, porque passa necessariamente pelo ‘filtro’ dos Tribunais para que estes, à luz da doutrina e de outros elementos, decidam casos concretos, por meio de processos interpretativos cada vez mais complexos e que têm, de fato, o potencial de levar a decisões diferentes e desarmonicas entre si” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, 2014, p. 226).

24 Também chamado de Paleojuspositivismo, é a primeira fase do juspositivismo (primitivo, primevo ou exegético), representado na França pela Escola da Exegese e na Alemanha pela Jurisprudência dos Conceitos. A essa primeira versão de positivismo se seguiu o positivismo normativista ou kelseniano, que, admitindo o discricionarismo judicial e o solipsismo decisionista, é o principal alvo das críticas hermenêuticas feitas a partir do paradigma intersubjetivo do Estado Democrático de Direito. Vide, por todos: STRECK, 2016, p. 119-125.

25 Interessante notar que o positivismo normativista de Kelsen, embora represente um enorme aprimoramento científico em relação ao Paleojuspositivismo, continua vinculado aos limites da semântica, de modo que se afasta propositalmente do “nível poluído do ambiente propriamente interpretativo do direito”, para apegar-se a uma pureza jurídica supostamente científica, na qual aspectos valorativos/axiológicos não devem ser levados em conta pelo cientista do Direito, mas, quando muito, apenas por seus operadores (STRECK, 2016c, p. 124-125). Como se vê, para Kelsen, a separação que existe é entre a *Ciência* do Direito e outros ramos das “ciências” humanas (tais como a Filosofia, a Moral, a Política, a Sociologia, a Psicologia, etc), e não entre o Direito propriamente dito e estes. Tal nuance é relevante, mas nem sempre considerada em leituras menos atentas.

26 “Se no *civil law* imaginou-se que a segurança e a previsibilidade poderiam ser alcançadas por meio da lei e da sua estrita aplicação pelos juízes, no *common law*, por nunca ter existido dúvida de que os juízes podem

jamais foi cumprida, já que a lei não amarra o magistrado. Miguel REALE, porém, assinala que o excesso de certeza pode gerar o efeito contrário ao pretendido pela segurança jurídica<sup>27</sup>.

Immanuel KANT, em sua “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, estabelece que o uso da razão prática conduz à máxima universal (imperativo categórico) segundo a qual o homem deve agir de forma tal que a sua conduta possa ser considerada um padrão universal de conduta. Se a sua ação não é direcionada exclusivamente pela razão, pois se desvirtua por inclinações outras (como a vontade subjetiva) que não apenas a determinada por aquela lei universal de conduta, o homem deve obrigarse pelo mandamento da razão (que representa um princípio objetivo), cuja fórmula é dada pelo imperativo. Quando um imperativo determina uma ação que é boa por si mesma, sem qualquer outra finalidade, ele é considerado um imperativo categórico, em contraposição ao imperativo hipotético<sup>28</sup>.

#### 4 CONCLUSÃO

Ao lado dos demais órgãos constituídos que integram o Capítulo constitucional das Funções Essenciais da Justiça (Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia Pública – artigos 127 a 135), a AGU desempenha papel fundamental na missão de conferir sustentação jurídica às políticas públicas e à defesa judicial das leis democraticamente aprovadas.

Ao assim agir, a AGU tutela, de um lado, a estabilidade do sistema legal (vale dizer, o próprio Estado de Direito e o seu principal ideal, a segurança jurídica), ao atuar como curadora da legalidade, e, de outro lado, promove a Democracia, ao velar para que a vontade organizada do titular do poder estatal (o povo – art. 1º, parágrafo único, da CRFB) seja respeitada. Mister, porém, que se observem os limites do devido

---

preferir decisões diferentes, enxergou-se na força vinculante dos precedentes o instrumento capaz de garantir a segurança de que a sociedade precisa para se desenvolver” (MARINONI, 2010, p. 49).

27 “Chego mesmo a dizer que uma segurança absolutamente certa seria uma razão de insegurança, visto ser conatural ao homem – único ente dotado de liberdade e de poder de síntese – o impulso para a mudança e a perfectibilidade, o que Camus, sob outro ângulo, denomina “espírito de revolta” (REALE, 2003, p. 87)

28 “Ora, todos os imperativos ordenam ou hipotética ou categoricamente. Os hipotéticos representam a necessidade prática de uma ação possível como meio de alcançar qualquer outra coisa que se quer (ou que é possível que se queira). O imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma ação como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade. Como toda a lei prática representa uma ação possível como boa e por isso como necessária para um sujeito praticamente determinável pela razão, todos os imperativos são fórmulas da determinação da ação que é necessária segundo o princípio de uma vontade boa de qualquer maneira. No caso de a ação ser apenas boa como meio para qualquer outra coisa, o imperativo é hipotético; se a ação é representada como boa em si, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme à razão como princípio dessa vontade, então o imperativo é categórico” (KANT, 2007, p. 50).

processo, tanto em sua dimensão formal (*procedural due process of law*), quanto na perspectiva material (*substantive due process of law*), esta identificada com o postulado da razoabilidade no que tange ao conteúdo das leis, já que projetos de leis aberrantes (manifestamente abusivas) ou editados com claro desvio de finalidade devem ser vetados pelo Presidente da República, com a assessoria da AGU.

E a atuação da AGU nos Tribunais Superiores ganha ainda mais evidência nos dias atuais, mormente após a promulgação do Novo Código de Processo Civil (NCPC), haja vista que, embora o nosso Direito continue tendo a lei como sua fonte formal por excelência, o direito aplicado pelas Cortes de superposição passa a ocupar um papel de proeminência na interpretação jurídica, dado o inovador efeito vinculante que o art. 927 do NCPC atribui a determinados pronunciamentos judiciais.

Se a AGU, enquanto representante do ente público central, não cumprisse sua missão constitucional de reivindicar a aplicação uniforme do ordenamento legal a todo o território nacional, de que adiantaria a lei ser a mesma para todos?<sup>29</sup> Sê-lo-ia apenas no papel, se os tribunais pudessem, cada um à sua moda, aplicarem-na de modo dispersivo e sem respeitar o sentido interpretativo fixado pelas Cortes de vértice - nas quais a atuação da AGU deve ser prioritária.

Enfim, é nessa perspectiva de aplicação uniforme do direito e de reverência à segurança jurídica que a atuação da AGU se destaca. Seja internamente, por meio de suas súmulas administrativas e dos programas de redução de litigiosidade, seja perante o STF e o STJ, mediante a curadoria da legalidade, cabe à AGU demonstrar que a defesa da ordem jurídica e o acatamento à jurisprudência superior prestam homenagem à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, à confiança, à coerência, à imparcialidade, à igualdade perante a jurisdição, ao desestímulo à litigância excessiva, ao respeito à hierarquia, ao favorecimento de acordos, à economia processual (de processos e de despesas) e à maior eficiência dos instrumentos processuais voltados à correção de eventual desrespeito àquela jurisprudência dominante.

---

29 "O princípio da legalidade, base do Estado de Direito, só tem sentido prático se concretizado à luz do princípio da isonomia. Se houver várias regras para decidir-se o mesmo caso, como se vai saber de antemão qual vai ser a aplicada pelo juiz, no caso de José? É inútil a lei ser a mesma para todos, se os tribunais podem interpretá-la de modos diferentes e surpreender os jurisdicionados" (WAMBIER *et al*, 2014, p. 225).

**REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução da 5. ed. alemã por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 1999.

GRECO, Leonardo. Eficácia da declaração erga omnes de constitucionalidade ou inconstitucionalidade em relação à coisa julgada anterior. In: DIDIER JR., Fredie (coord.). *Relativização da coisa julgada*. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Manuel Pires Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

MACCORMICK, Donald Neil. *Retórica e o Estado de Direito*. Tradução de Conrado Hübner. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O novo processo civil* / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. 2. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016a.

\_\_\_\_\_. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. Almiro do Couto e Silva e a re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre Estado e cidadãos. In: ÁVILA, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito – Estudos em homenagem a Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 120-148.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, jurisprudência e súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*. v. 245/2015, p. 333-349, jul. 2015.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Lições de crítica hermenêutica do direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de; ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa. Jurisprudência oscilante no STJ – Ofensa à segurança jurídica sob o aspecto da previsibilidade das decisões judiciais. In: Isabel Gallotti et al (coord.). *O papel da jurisprudência do STJ*. São Paulo: RT, 2014, p. 223-228.



---

# CONCURSO PÚBLICO E CARTÓRIOS NA CONSTITUIÇÃO: ANÁLISE DA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

---

*OFFICIAL EXAMINATION TO ACCESS PUBLIC NOTARY'S  
OFFICE ON THE CONSTITUTION: ANALYSIS OF THE  
ATTORNEY GENERAL'S OFFICE PERFORMANCE BEFORE  
THE SUPREME COURT*

*Natália Ribeiro Machado Vilar  
Advogada da União*

*Atuou na Procuradoria Regional da 1ª Região; na Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União; na Procuradoria Regional da 5ª Região; e atua na Coordenação de Serviço Público, Patrimônio e Residual da Procuradoria da União no Estado do Ceará. Pós-graduada em Direito Processual Civil, Recursos Cíveis.*

**SUMÁRIO:** 1 Contextualização; 2 Os argumentos desenvolvidos pela SGCT/AGU; 3 Os fundamentos acolhidos pelo STF; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A Constituição Federal de 1988 instituiu a exigência de concurso público para o acesso às funções públicas, inclusive para o ingresso na atividade notarial e de registro. A Lei nº 8.935/1994 regulamentou o ingresso na atividade cartorária. Titulares de serventias declaradas vagas pelo Conselho Nacional de Justiça questionaram no Supremo Tribunal Federal a necessidade de concurso público para investiduras ocorridas posteriormente à Constituição de 1988, mas anteriormente à Lei nº 8.935/1994, bem como a validade daquelas efetivadas sem concurso público, posteriormente à previsão legal mencionada, tendo em vista o princípio da segurança jurídica e o prazo decadencial de revisão dos atos administrativos. A Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União (SGCT/AGU) defendeu a necessidade de concurso público para ingresso na atividade cartorária. Para tanto, abordou-se a autoaplicabilidade do artigo 236, § 3º, da Constituição Federal de 1988; a impossibilidade de incidência do princípio da segurança jurídica e do prazo decadencial do artigo 54 da Lei nº 9.784/99, diante de situações inconstitucionais, e; a relevância dos princípios da moralidade, da legalidade e da impessoalidade. Esse principais argumentos foram acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal, o qual decidiu que é autoaplicável o mencionado artigo constitucional; que inexistente prazo para controle, pelo Conselho Nacional de Justiça, de atos administrativos flagrantemente inconstitucionais, tendo em vista que não se convalidam no tempo, não se lhes aplicando a decadência comum, e; que os princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade, protegidos pelo postulado da segurança jurídica, devem nortear o acesso às funções públicas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição. Concurso Público. Cartórios. Advocacia-Geral da União. Conselho Nacional de Justiça. Supremo Tribunal Federal. Segurança Jurídica. Situações Inconstitucionais.

**ABSTRACT:** The Constitution of 1988 (CF/88) established the requirement of official examination to access public offices, as well as to access public notary's office. The Federal Rule nº 8.935/1994 regulates the notary's activity. Holders of notary's office which were declared in vacant by the National Council of Justice (CNJ) challenged on the Supreme Court (STF) the need of official examination after the CF/88, but before to Federal Rule nº 8.935/1994, as well as the validity of the nominations effected without official examination, considering the principle of juridical stability and the limitation period for public administration to review its own acts. The General Secretary for Judicial Litigation of the Attorney General's Office (SGCT/AGU) defended

the requirement of official examination to access public notary's office. Therefore, the SGCT/AGU defended the self-applicant of article 236, § 3º, CF/88; the no incidence of juridical stability principal and of article 54, Federal Rule nº 9.784/99, in unconstitutional situations, and the relevance of the principles of morality, legality and impersonality. This main arguments were accepted by the STF, which decided that article 236, § 3º, CF/88 is self-applicant; that there is no time limit for CNJ to invalidate notorious unconstitutional administrative acts; and that the republican principles of equality, morality and impartiality, protected by the postulate of juridical stability, should guide the access to a public notary's office.

**KEYWORDS:** Constitution. Official Examination to Access Public Notary's Office. Attorney General's Office. National Council of Justice. Supreme Court. Principle of Juridical Stability. Unconstitutional Facts.

## 1 CONTEXTUALIZAÇÃO

Este artigo busca demonstrar alguns dos aspectos enfrentados pela Advocacia-Geral da União na defesa do Conselho Nacional de Justiça perante o Supremo Tribunal Federal, relativamente à problemática das delegações de atividades cartorárias<sup>1</sup> empreendidas à revelia de concurso público, após a vigência da Constituição Federal de 1988.

Tal polêmica se intensificou a partir da atuação do Conselho Nacional de Justiça<sup>2</sup> que declarou a vacância de centenas de serventias de todo o

1 Serventias judiciais e extrajudiciais.

2 O § 4º do artigo 103-B da Constituição Federal determina: "Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa".

Quanto ao tema, aliás, em defesa da União, em caso relativo a cartórios, na AC nº 2.696, tive a oportunidade de apontar a jurisprudência assentada pela Corte Suprema, por ocasião do julgamento da ADC-MC nº 12, na qual firmou-se "a extrema relevância do papel do CNJ como órgão central de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário", cabendo-lhe "a) 'zelar pela observância do art. 37 [...]'; b) 'apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário'; c) 'podendo desconstituí-los' [...], 'revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato

País por considerar irregulares (inconstitucionais) os seus respectivos atos de delegação.

Efetivamente, a Constituição Federal de 1988 instituiu a exigência de concurso público para o acesso aos cargos, empregos e funções públicas no artigo 37, incisos I e II, da seguinte forma:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Como se vê, portanto, a mencionada previsão constitucional, ao instituir a obrigatoriedade de concurso público, estabeleceu a igualdade de oportunidades aos cidadãos no acesso aos cargos ou empregos da Administração Pública, bem como rejeitou investiduras fraudulentas, em homenagem aos princípios republicanos da igualdade, moralidade e impessoalidade.

As atividades notariais e de registro, embora desempenhadas em caráter privado, são autorizadas por meio de delegação do Poder Público, sendo-lhes aplicável, quando cabível, as regras de direito público vigentes.

Assim, há previsão, decorrente de redação elaborada pelo poder constituinte originário, que impõe a necessidade de concurso público para exercício na atividade notarial e de registro:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. [...]

§ 3º - O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia

---

*cumprimento da lei; [...] baixar os atos de sanção de condutas eventualmente contrárias à legalidade é poder que traz consigo a dimensão da normatividade em abstrato".*

fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Ocorre, contudo, que apesar de tal previsão constitucional, apenas em 18 de novembro 1994, por meio da Lei nº 8.935, houve regulamentação do mencionado dispositivo constitucional. A chamada *Lei dos Cartórios* regulamentou os serviços notariais e de registro, estabelecendo, de forma detalhada, no Capítulo I do Título II, regras especiais relativas ao ingresso na atividade cartorária<sup>3</sup>.

Diante da previsão legal atinente ao ingresso na atividade cartorária, em 1994 (portanto, seis anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988), os titulares de algumas serventias declaradas irregulares pelo Conselho Nacional de Justiça passaram a questionar a efetiva necessidade de concurso público para investiduras ocorridas posteriormente à Carta de 1988, mas anteriormente à referida Lei nº 8.935/1994.

Pôs-se em exame, assim, a efetividade da norma constante no artigo 236, parágrafo 3º, se dotada de executoriedade operativa (eficácia plena e auto-aplicabilidade), ou; programática (eficácia contida ou limitada).

De acordo com a lição clássica de José Afonso da Silva<sup>4</sup>, “pode-se dizer que as normas de eficácia plena sejam de aplicabilidade direta, imediata e integral”. Isso quer dizer que a aplicação do dispositivo constitucional prescinde de qualquer outro comando que regule seus contornos. Diga-se que, mesmo que venha a ser editada lei que o faça, o comando constitucional, por si mesmo, já é dotado de operatividade integral. Já as normas constitucionais de eficácia contida ou limitada, no entanto, são justamente o contrário, tendo em vista que sua plena executoriedade está limitada pela necessidade de regulamentação infraconstitucional.

Além disso, surgiu, ainda, a discussão sobre a validade das investiduras efetivadas sem concurso público mesmo posteriormente à

3 “Art. 14. A delegação para o exercício da atividade notarial e de registro depende dos seguintes requisitos: I - habilitação em concurso público de provas e títulos; [...] Art. 15. Os concursos serão realizados pelo Poder Judiciário, com a participação, em todas as suas fases, da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público, de um notário e de um registrador. § 1º O concurso será aberto com a publicação de edital, dele constando os critérios de desempate. § 2º Ao concurso público poderão concorrer candidatos não bacharéis em direito que tenham completado, até a data da primeira publicação do edital do concurso de provas e títulos, dez anos de exercício em serviço notarial ou de registro. [...] Art. 16. As vagas serão preenchidas alternadamente, duas terças partes por concurso público de provas e títulos e uma terça parte por meio de remoção, mediante concurso de títulos, não se permitindo que qualquer serventia notarial ou de registro fique vaga, sem abertura de concurso de provimento inicial ou de remoção, por mais de seis meses. (Redação dada pela Lei nº 10.506, de 9.7.2002) Parágrafo único. Para estabelecer o critério do preenchimento, tomar-se-á por base a data de vacância da titularidade ou, quando vagas na mesma data, aquela da criação do serviço. Art. 17. Ao concurso de remoção somente serão admitidos titulares que exerçam a atividade por mais de dois anos. Art. 18. A legislação estadual disporá sobre as normas e os critérios para o concurso de remoção. Art. 19. Os candidatos serão declarados habilitados na rigorosa ordem de classificação no concurso.”

4 *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 81.

previsão legal acima transcrita, tendo em vista o princípio da segurança jurídica e o prazo decadencial de revisão dos atos administrativos.

De se frisar, no ponto, que muitas dessas delegações declaradas vagas pelo Conselho Nacional de Justiça haviam sido autorizadas (e estavam em pleno funcionamento) há mais de vinte anos, aspecto que, certamente, conduz o operador do direito a uma sensação amarga de desrespeito à segurança jurídica, decorrente de um sentimento de justiça de que a delegação, mesmo que irregular, seria convalidada no tempo.

Essas questões foram levadas ao Supremo Tribunal Federal, por meio de inúmeras ações originárias, especialmente mandados de segurança individuais, em regra impetrados pelos então titulares de serventias declaradas vagas pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>5</sup>.

Em muitos dos casos, os argumentos dos impetrantes se repetiam; dentre eles, os principais eram os seguintes: a) o artigo 236, § 3º, da CF/88 não seria norma de eficácia plena e autoaplicável; b) a perpetuidade na titularidade deveria ser reconhecida tendo em vista a ocorrência de grande lapso temporal, entre a efetivação e a declaração de vacância da serventia, sob o prisma da segurança jurídica; e, c) o artigo 54 da Lei nº 9.784/99, que prevê lapso temporal para que a Administração Pública reveja seus próprios atos deveria ser aplicada.

Assim, todas essas questões, levadas à Suprema Corte, em incontáveis casos de declaração de vacância de serventias pelo Conselho Nacional de Justiça, foram alvo de estudo e defesa elaborada pela Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União.

## **2 OS ARGUMENTOS DESENVOLVIDOS PELA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO**

Acima se contextualizou, resumidamente, a problemática enfrentada e os principais argumentos apresentados pelos interessados (autores e impetrantes) nas ações que objetivavam a nulidade das declarações de vacância de serventias promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça.

Adiante, procurar-se-á demonstrar cada um dos argumentos desenvolvidos pela Advocacia-Geral da União, por sua Secretaria-Geral de Contencioso.

Como se disse, uma das argumentações trazidas nas referidas ações consistia na alegação de que o art. 236, § 3º, da Constituição Federal conteria norma de eficácia limitada, motivo pelo qual a realização de prévio

---

5 A competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar originariamente as ações contra o Conselho Nacional de Justiça decorre do artigo 102, inciso I, alínea r, da Constituição (determinação incluída pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

concurso público para a delegação de serviços notariais e de registro somente seria exigível a partir da Lei nº 8.935/94.

Em defesa, argumentou-se que tal afirmação é contrária à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual a norma contida naquele dispositivo constitucional é autoaplicável. Para tanto, apontou-se o entendimento pacificado pela Segunda Turma do STF, no RE-AgR nº 229.884, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 14.06.05, no qual se determinou que a *“simples leitura do art. 236 revela que a eficácia da regra prevista no parágrafo 3º independe da edição de qualquer lei para sua aplicação”*<sup>6</sup>.

Diante disso, portanto, alegou-se que a norma constitucional que exige prévio concurso público para a delegação dos serviços notariais e de registro (bem como para remoção) produz todos os seus efeitos desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988.

De acordo com o relatado, um dos argumentos trazidos pelos interessados, para se manterem indevidamente na titularidade das serventias, era o de que o princípio da segurança jurídica deveria proteger as situações nas quais decorridos longo lapso temporal, entre a efetivação e a declaração de vacância da serventia. Além disso, também se defendia a incidência do prazo decadencial previsto no artigo 54 da Lei nº 9784/99.

No ponto, a linha de raciocínio desenvolvido pela Advocacia-Geral da União partiu da premissa de que, ao Conselho Nacional de Justiça, foi atribuída a função de editar atos normativos primários, em decorrência de comando constitucional (Art. 103-B, § 4º: *“expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência”*). Para tanto, alegou-se a existência de jurisprudência do Plenário do STF nesse sentido, por ocasião da ADC-MC 12<sup>7</sup>.

Foi necessário, ainda, esclarecer acerca da aparente antinomia existente entre os artigos 54 da Lei nº 9.784/99<sup>8</sup> e 91, parágrafo único, do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça.

O mencionado artigo 54 prevê que o direito da Administração Pública de *“anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.”*

Entretanto, o artigo 91 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça tem o seguinte teor:

6 Por todos, cite-se o agravo regimental interposto pela União no MS-MC 29.642, donde se extraiu tal argumento.

7 Por todos, cite-se o agravo regimental interposto pela União no MS-MC 29.696, donde se extraiu tal argumento.

8 Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Art. 91. O controle dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário será exercido pelo Plenário do CNJ, de ofício ou mediante provocação, sempre que restarem contrariados os princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição, especialmente os de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União e dos Tribunais de Contas dos Estados.

Parágrafo único. Não será admitido o controle de atos administrativos praticados há mais de cinco (5) anos, *salvo quando houver afronta direta à Constituição*.

Assim, sob o argumento de que a norma regimental tem natureza primária, por retirar seu fundamento de validade diretamente da Constituição Federal, desenvolveu-se a tese de que a aparente antinomia deveria ser resolvida pelo critério da especialidade, de modo que o preceito especial deveria prevalecer sobre o preceito geral, da seguinte forma: como regra, aplica-se, aos processos administrativos realizados por entidade ou órgão federal, o artigo 54, *caput*, da Lei nº 9.784/99; porém, especificamente com relação aos processos administrativos em curso perante o Conselho Nacional de Justiça, “*no âmbito de sua competência*” (CF, artigo 103-B, § 4º, inciso I), prevalece a norma contida no artigo 91, parágrafo único, de seu Regimento Interno (*lex specialis derogat generali*)<sup>9</sup>.

Ademais, reforçou-se o empenho do Conselho Nacional de Justiça para tornar realidade os princípios da moralidade e da legalidade no preenchimento de serventias extrajudiciais, cuja criação havia sido pensada justamente para zelar pela observância dos princípios constitucionais dispostos no artigo 37 (inciso II do § 4º do art. 103-B), sem que lhe fosse constitucionalmente imposto nenhum limite temporal para o exercício de suas competências.

Alegou-se, ainda, que o princípio da segurança jurídica não poderia sustentar situações flagrantemente inconstitucionais como as dos casos relatados (artigo 236, § 3º, CF/88), sob pena de subversão do próprio postulado da segurança jurídica, que também se presta a preservar os demais princípios republicanos. Assim, reforçou-se que, quanto ao ato administrativo que afronta diretamente a Constituição Federal, não há

9 “Foi exatamente o que decidiu o Ministro Ayres Britto no MS-MC n.º 28.060: ‘Quanto à suposta decadência (art. 54 da Lei nº 9.784/99), averbo ser o referenciado dispositivo legal aplicável em casos de auto-tutela da Administração em relação a seus próprios atos. Ora, o Conselho Nacional de Justiça exerce o controle externo do Judiciário. Em palavras outras, trata-se de tutela externa. Pelo que, no caso, o mencionado art. 54 da Lei nº 9.784/99 não se aplica ao CNJ’. O argumento foi reiteradamente desenvolvido nas peças da União, cite-se, por todos, o agravo regimental interposto no MS-MC 29.696.

que se falar em decadência administrativa, tendo em vista que “o decurso do tempo não pode servir para perpetuar irregularidades que corroem a credibilidade do Estado Democrático de Direito”<sup>10</sup>.

Além do mais, elaborou-se o argumento subsidiário de que, independentemente da disposição contida no parágrafo único do artigo 91 do RICNJ, não seria aplicável o artigo 54 da Lei nº 9.784/99 porque a decadência administrativa atinge apenas os atos anuláveis, mas não aqueles que são nulos, como o são os atos inconstitucionais.

Para tanto, a União apontou a tese desenvolvida por Juarez Freitas:

qual a abrangência do art. 54 da Lei 9.784/99 [...]?

[...]

o sistema impõe outras ressalvas além daquela expressamente constante no art. 54 (‘salvo comprovada má-fé’), cumprindo ao intérprete verificar, de modo criterioso, se está perante uma destas outras situações, aptas a configurar nulidade absoluta, mais do que anulabilidade. Dito de outro modo, torna-se indispensável discernir bem e perceber se se está diante de um ato absolutamente nulo (sem prazo decadencial para suprimi-lo) ou de ato anulável (com prazo decadencial para anulá-lo). Em relação a tão-somente este último é que se aplica, pois, o prazo decadencial previsto no dispositivo sob comento. [...] se, no plano formal, a nulidade for gravíssima, absoluta e intransponível, então o vício será essencial e insanável, não se deixando jamais convalidar pela ação do tempo, nem havendo o menor sentido, nos limites do sistema, em falar de prazo decadencial para a decretação da nulidade.

Tome-se o exemplo veemente e infelizmente nem tão insólito de uma nomeação de servidor, sem a aprovação em concurso público, para ocupar cargo efetivo e, portanto, completamente desbordante das hipóteses legais. Semelhante nomeação jamais, sob hipótese nenhuma, poderá ser convalidada, tal a monta de ofensa aos princípios e ditames constitucionais, sem embargo da imposição técnica de dispensar tratamento justo aos atos válidos praticados por funcionário de fato, dada a irrelevância da vontade subjetiva do agente na seara administrativista, além da necessidade de resguardo da confiança e da boa-fé dos administrados. Contudo, a nomeação, em si mesma, padece, no caso figurado, de mal incurável. Nasceu sem alma, juridicamente falando.

10 Trecho retirado de informações prestadas pelo Conselho Nacional de Justiça, constantes em diversos autos referentes aos casos analisados.

Pelo visto e respondendo, conclusivamente, à questão [...], sobre qual a abrangência do art. 54 da Lei 9.784/99, sugerimos esta como sendo a melhor inteligência: o direito-dever de a Administração Pública anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, salvo se se tratar de ato de nulidade absoluta, porquanto em relação a estes seria desproporcional cogitar da aplicação do referido prazo decadencial<sup>11</sup>.

Nesse contexto, alegou-se a impossibilidade de se manter delegação efetivada à margem de concurso público, por refletir situação inconstitucional, que não se convalida no tempo. De se dizer, além do mais, que a União esclareceu sobre a correta adequação entre os princípios da supremacia da Constituição e da segurança jurídica, ao enfatizar que, de um lado, o ingresso no serviço público sem a prévia aprovação em concurso determina o afastamento do servidor a qualquer tempo (nulidade de ato inconstitucional), de outro, é preservado o seu direito ao recebimento da remuneração relativa ao trabalho prestado (respeito à segurança jurídica).

Outro argumento apresentado, de forma subsidiária, foi o de que, mesmo que considerado o prazo decadencial previsto pelo artigo 54 da Lei nº 9.784/99, o termo inicial deve ser contado da data em que a inconstitucionalidade do ato de delegação do serviço notarial ou de registro tornou-se conhecida pelo Conselho Nacional de Justiça, na forma como decidido pelo Ministro Joaquim Barbosa no MS-MC nº 26.045. Isso porque o termo inicial não pode ser contado em momento anterior à própria previsão de competência do CNJ, órgão que nasceu a partir da Emenda Constitucional 45/2004.

Argumentou-se, ainda, sobre a nulidade dos atos de remoção de titular de serventia ocorrida sem concurso público de provas e títulos, por não observância do requisito procedimental estabelecido pelo parágrafo terceiro do artigo 236 da Constituição Federal<sup>12</sup>, no qual se determina a exigência de prévia aprovação em concurso de provas e títulos tanto para a delegação original dos serviços notariais e de registro, como também para as delegações ulteriores, realizadas por meio de remoção.

11 Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos. In: SUNDFELD, Carlos Ari [et al.] (coord.). As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 98-104. No mesmo sentido, Celso Ribeiro Bastos: Os atos administrativos nulos “não produzem efeitos jurídicos e sua nulidade pode ser argüida a qualquer tempo” (Curso de direito administrativo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 122).

12 Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. [...] § 3º. O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses.

Tal argumento, como se demonstrou, aliás, estava em conformidade com o entendimento proferido no MS-MC nº 28.950, julgado em 13.09.10, de relatoria da Ministra Ellen Gracie.

No ponto, é de se frisar o intenso esforço empreendido pelos advogados da Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União para demonstrar, caso a caso, a ocorrência de inúmeras remoções efetivadas em nítida ofensa aos princípios da moralidade pública e da impessoalidade. É que, muitas vezes, a delegação de serventias extrajudiciais lucrativas eram transferidas, quase que hereditariamente, de pai para filho, por meio de permutas, entre cartórios de baixa rentabilidade (de titularidade de descendente) pelos de alta rentabilidade (de titularidade de ascendente), sem qualquer observância ao princípio do concurso público.

Buscava-se demonstrar, portanto, o que acontecia em termos práticos, que era o seguinte:

A renda do serviço extrajudicial posto no concurso local, em regra, é insignificante, circunstância que diminui significativamente o número de concorrentes. [...] Empossado, aquele que foi aprovado em concurso local para uma serventia de baixa renda (em regra pessoa jovem) obtém, por meio de permuta (e, portanto, sem a concorrência inerente aos concursos públicos), a titularidade de serventia bastante rentável.

A serventia mais rentável, no mais das vezes, tem por titular pessoa mais velha. E o patronímico dos permutantes é o mesmo.

Pequenos serviços extrajudiciais que sequer informam suas rendas ao Sistema Justiça Aberta foram inúmeras vezes utilizados como trampolim para permuta com cartório mais rentável [...].

Outras vezes, logo após ser usado de trampolim para a permuta, o serviço extrajudicial de pequena renda foi extinto. [...]

Percebe-se, portanto, que as permutas burlam a regra do concurso público, perpetuam famílias nos serviços judiciais mais rentáveis e permitem até mesmo verdadeira ‘venda do ponto’ por aqueles que estão em vias de se aposentar e são ‘donos’ de serviços rentáveis, tudo em afronta à forma republicana de governo e aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência.<sup>13</sup>

13 Trecho de informações prestadas pela Corregedoria Nacional de Justiça, repetido em diversas peças elaboradas, a exemplo do agravo regimental no MS nº 29.225, do agravo regimental no MS nº 29.263, da

Assim, diante de tantos argumentos, não poderia se conceber a convalidação de delegações inconstitucionais por ofensa aos princípios do concurso público, da moralidade e da impessoalidade, e, portanto, da própria segurança jurídica da Constituição Republicana.

### 3 OS FUNDAMENTOS ACOLHIDOS PELO STF

Apresentadas as principais linhas de defesa da União, elaboradas pelos advogados da Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União, cumpre agora revelar-lhes o sucesso obtido nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal.

O principal julgamento no qual foram apreciadas as questões aqui colocadas foi o MS nº 28.279, relatoria da Ministra Ellen Gracie, o qual se usará para apresentar todos os fundamentos acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal.

Quanto à primeira questão, relativa à eficácia do artigo 236, § 3º, da Constituição Federal, se de conteúdo limitado ou pleno, que ponderava acerca da necessidade de concurso público para a delegação de serviços notariais e de registro desde a vigência da Carta Magna ou se somente a partir de Lei nº 8.935/94, a Suprema Corte, no julgamento do MS nº 28.279, reiterou a sua jurisprudência, afirmando, peremptoriamente, que o artigo 236, § 3º, da Constituição Federal é norma autoaplicável.

Assim, ao confirmar a eficácia plena do artigo 236, § 3º, CF/88, o Tribunal Supremo rejeitou a tese de que somente com a edição da Lei nº 8.935/1994 teria a norma constitucional se tornado exigível e, portanto, determinou que, nos termos da Constituição Federal, fosse para provimento de serventias vagas, fosse para fins de remoção, sempre se fez imprescindível a submissão a concurso público. Veja-se trecho da decisão, na parte que interessa:

1. O art. 236, § 3º, da Constituição Federal é norma auto-aplicável.
2. Nos termos da Constituição Federal, sempre se fez necessária a submissão a concurso público para o devido provimento de serventias extrajudiciais eventualmente vagas ou para fins de remoção.
3. Rejeição da tese de que somente com a edição da Lei 8.935/1994 teria essa norma constitucional se tornado auto-aplicável.

---

manifestação no MS nº 30.811, do agravo regimental no MS nº 29.225, das contrarrazões no MS nº 30.808.

4. Existência de jurisprudência antiga e pacífica do Supremo Tribunal Federal no sentido da indispensabilidade de concurso público nesses casos (Ações Diretas de Inconstitucionalidade 126/RO, rel. Min. Octavio Gallotti, Plenário, DJ 05.6.1992; 363/DF, 552/RJ e 690/GO, rel. Min. Sydney Sanches, Plenário, DJ 03.5.1996 e 25.8.1995; 417/ES, rel. Min. Maurício Corrêa, Plenário, DJ 05.5.1998; 3.978/SC, rel. Min. Eros Grau, Plenário, DJe 29.10.2009).

Nesse julgamento, também a tese de que não existe prazo para o controle, pelo Conselho Nacional de Justiça, de atos administrativos inconstitucionais, foi igualmente acolhida pelo Plenário do STF. Nessa oportunidade, o Pleno negou provimento a agravo interno interposto pelo impetrante, confirmando assim, integralmente, a decisão monocrática proferida pela Ministra Ellen Gracie, no sentido de que o Conselho Nacional de Justiça pode anular atos administrativos inconstitucionais mesmo após o decurso do prazo de cinco anos.

No ponto, de se ressaltar a interessante tese, inédita na jurisprudência da Suprema Corte, de que atos flagrantemente inconstitucionais não se convalidam no tempo, não sendo a eles aplicável a regra de decadência comum, prevista na Lei do Processo Administrativo. Nessa linha de pensamento, a Suprema Corte entendeu que o artigo 54 da Lei nº 9.784/1999 não poderia se sobrepor a um comando previsto na Constituição, sob pena de subversão da ordem constitucional. Diante disso, após 1988, qualquer delegação de atividade cartorária necessariamente deveria obedecer a regra constitucional do concurso público. Observe-se o seguinte trecho da ementa do acórdão proferido no MS n.º 28.279:

*5. Situações flagrantemente inconstitucionais como o provimento de serventia extrajudicial sem a devida submissão a concurso público não podem e não devem ser superadas pela simples incidência do que dispõe o art. 54 da Lei 9.784/1999, sob pena de subversão das determinações insertas na Constituição Federal.*

6. Existência de jurisprudência consolidada da Suprema Corte no sentido de que não há direito adquirido à efetivação de substituto no cargo vago de titular de serventia, com base no art. 208 da Constituição pretérita, na redação atribuída pela Emenda Constitucional 22/1983, quando a vacância da serventia se der já na vigência da Constituição de 1988.

7. Reafirmada a inexistência de direito adquirido de substituto que preencheria os requisitos do art. 208 da Carta pretérita à investidura na titularidade de Cartório, quando a vaga tenha surgido após a

promulgação da Constituição de 1988, pois esta, no seu art. 236, § 3º, exige expressamente a realização de concurso público de provas e títulos para o ingresso na atividade notarial e de registro.

De se ressaltar, também, um outro aspecto compreendido pelo Plenário da Suprema Corte, que foi o fundamento quanto à inconstitucionalidade sob o viés dos princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade, que devem nortear o acesso às funções públicas.

Nessa perspectiva, o princípio da segurança jurídica, consubstanciado na Constituição Federal de 1988, que se presta a salvaguardar as próprias normas republicanas, não pode ser utilizado para preservar situações inconstitucionais, com o risco de subversão do sistema constitucional e do próprio postulado da segurança jurídica.

Por abranger os principais pontos alegados, bem como os fundamentos mais relevantes da problemática aqui analisada, transcreve-se, abaixo, o tocante voto da Ministra Ellen Gracie, relatora do MS nº 28.279:

O Congresso Nacional se esforçou para dar à Nação uma Constituição verdadeiramente republicana, que é hoje considerada uma das mais avançadas do mundo.

A Constituição-cidadã inaugurou uma nova era, ao deixar expressa a exigência de concurso público para o provimento das serventias extrajudiciais vagas ou para fins de remoção.

Imbuídos do espírito genuinamente republicano, nossos Constituintes romperam com a tradição política feudal de atribuições de titulações de cartórios.

A Constituição de 1988 instaurou a legitimidade em relação ao provimento das serventias notariais e de registro em nosso País.

É que vivíamos até a promulgação da atual Constituição como se estivéssemos ainda no Império. As titularidades de cartórios equivaliam, na prática, a algo parecido às extintas concessões de baronato, criando-se uma espécie de classe aristocrático-notarial, atualmente inadmissível.

Hoje um jovem de origem modesta também pode sonhar em ingressar em tão importante atividade, sem depender de favores de autoridades, bastado para tal desiderato vocação e dedicação aos estudos.

A esta Suprema Corte foi legada a maior de todas as missões: ser guardiã da Constituição da República Federativa do Brasil. Como juízes da mais alta Corte de Justiça deste País, não podemos e não devemos transformar a Constituição em refém de leis e de interpretações contrárias ao espírito da própria Lei Maior.

Os princípios republicanos da igualdade, da moralidade e da impessoalidade devem nortear a ascensão às funções públicas.

Os milhões de brasileiros e brasileiras que se debruçam diariamente sobre livros horas a fio a estudar em busca de um futuro melhor não merecem desta Suprema Corte resposta que não seja o repúdio mais veemente contra esses atos de designação ilegítimos.

É com esse brilhante voto da Ministra Ellen Gracie, um verdadeiro desabafo às tantas questões postas em discussão no MS nº 28.279, que se conclui o presente estudo, no qual se demonstrou o sucesso dos argumentos apresentados pela União, por meio da dedicada atuação da Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União nas diversas ações, propostas perante o Supremo Tribunal Federal, sobre o tema analisado.

#### 4 CONCLUSÃO

Diante do que se expôs, conclui-se que a jurisprudência da Suprema Corte se firmou de forma favorável à exigência de concurso público para todas as atividades cartorárias cujos titulares nelas tenham ingressado posteriormente à Constituição Federal de 1988, o que revela o sucesso dos argumentos apresentados pela dedicada atuação dos membros da Advocacia-Geral da União.

#### REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari [*et al.*] (coord.). *Processo administrativo federal: reflexões sobre o prazo anulatório e a amplitude do dever de motivação dos atos administrativos*. In: *As leis de processo administrativo: lei federal 9.784/99 e lei paulista 10.177/98*. São Paulo: Malheiros, 2006.

---

# INSTITUIÇÃO PÚBLICA SÓLIDA VERSUS JURISPRUDÊNCIA LÍQUIDA: SEGURANÇA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

*SOLID PUBLIC INSTITUTION VERSUS LIQUID  
JURISPRUDENCE: LEGAL CERTAINTY AND ECONOMIC  
DEVELOPMENT*

---

*Ranieri Ferraz Nogueira*

*Professor de Direito Processual Civil e Direito Internacional na pós-graduação da Escola Superior da Advocacia (ESA) de São Paulo, na graduação e pós-graduação da UNIFEV e em cursos preparatórios para OAB e concursos públicos (Coaching OAB e E COCURSOS). Pós-graduado (lato sensu) em Direito Público e em Direito Constitucional - UNIDERP. Procurador Federal - AGU*

**SUMÁRIO:** 1 Liberdade e segurança: compreensão do movimento pendular axiológico e relevância da missão constitucional da Advocacia-Geral da União; 2 Jurisprudência líquida: reflexos no desenvolvimento econômico; 3 Visão prospectiva da Advocacia-Geral da União: propostas para a concretização da segurança jurídica; 3.1 Prevenção de conflitos em âmbito internacional: interlocução entre o Brasil e o investidor estrangeiro; 3.2 Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos (Lei 13.140/2015) e Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (Decreto 7.892/2010); 3.3 Atuação estratégica na Advocacia Pública; 3.4 Atuação estratégica por meio do Direito Regulatório; 4 Conclusões; Notas de Referência.

**RESUMO:** A Advocacia-Geral da União (AGU) tem se destacado no cenário jurídico nacional. No passado, vislumbram-se resultados. Números expressivos que refletem a arrecadação efetiva e economia ao erário. Com fulcro na segurança jurídica, os advogados públicos federais, no exercício de função essencial à Justiça, possuem a missão de garantir o respeito à discricionariedade constitucionalmente atribuída ao Poder Executivo federal – por vezes desrespeitada pela excessiva judicialização das políticas públicas –, bem como atuar, estrategicamente, para reduzir o número de ações judiciais, especialmente mediante os meios alternativos de resolução de conflitos. O novo Código de Processo Civil prevê a primazia da solução consensual. A Procuradoria Federal perante o INSS, por meio de acordos judiciais, tem permitido a economia de vultosos valores. O serviço público federal é o maior litigante judicial brasileiro. A atuação estratégica deve, de outro giro, ser analisada sob o ponto de vista econômico. A AGU deve atuar para garantir clareza aos investidores nacionais e estrangeiros quanto às normas brasileiras. O Direito Regulatório deve, outrossim, ser apto a garantir a inovação, não criar barreiras desnecessárias às transações comerciais e assegurar a concorrência e eficiência econômica. Causas de grande vulto econômico devem ser resolvidas em um contexto dinâmico e célere. Decisões que afetem o Brasil, como, *v. g.*, a proferida nos Estados Unidos da América, a qual poderá afetar o mercado do aço brasileiro, devem ser resolvidas de forma ativa e por meios idoneamente aptos à solução, a exemplo da arbitragem internacional. A segurança jurídica consiste em norte hermenêutico para a atuação da AGU.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo. Segurança Jurídica. Direito Constitucional. Direito Regulatório.

**ABSTRACT:** Federal Attorney General's Office (AGU) has been highlighted in the Brazilian legal environment. In the past, there is achievement. Numbers reflect the effective tax collection and the cutting costs. On the basis of legal certainty, Brazilian federal government lawyers, as the Constitution ensure, have the duty of ensure the functions of Executive power, sometimes disrespected by the judicial activism, as well as act strategically to reduce judicial cases, especially the alternative means of problems solving. The new Code of Civil Procedure established the priority of consensual resolution. The Federal Attorney of INSS has permitted big amounts of public money by consensual resolution. Federal civil service is the biggest litigant. Strategic litigation has to be analysed from a economic viewpoint. Attorney General of Brazil (AGU) has to ensure legal safety and clarity for the national and international investors about Brazilian laws. Regulatory Law has to ensure innovation, do not create

unnecessary barriers and ensure competitiveness to trades and economic efficiency. Large cases has to be solved by an strategic resolution. For example, if an american (USA) judicial decision affects Brazil, it must be analysed and solved with a strategic way, like international arbitration. Legal safety is the hermeneutic north to Attorney General of Brazil (AGU).

**KEYWORDS:** Administrative Law. Legal Safety. Constitutional Law. Regulatory Law.

### 1 LIBERDADE E SEGURANÇA: COMPREENSÃO DO MOVIMENTO PENDULAR AXIOLÓGICO E RELEVÂNCIA DA MISSÃO CONSTITUCIONAL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

*Eum qui cum armis venit, possumus armis repellere:*

Contra quem com armas vem, possamos com armas repelir

O Direito, por se tratar de uma ciência social, não pode ser compreendido sem a adequada análise da sociedade que busca normatizar. O sociólogo Zygmunt Bauman ensina, em sua obra *O retorno do pêndulo: sobre a psicanálise e o futuro do mundo líquido* (2017, p. 12), que a humanidade pode ser compreendida a partir de um movimento pendular entre a liberdade e a segurança. Ora se busca a primeira; ora, a última.

No contexto nacional brasileiro, sob a vigência do Código Civil de 1916 – até a promulgação da Constituição de 1988 –, verificou-se o primado da autonomia da vontade. O papel do Poder Judiciário seria o de garantir as regras do jogo.

O mundo, porém, tornou-se mais complexo. O jurista Ricardo Lorenzetti fala em *Big Bang* legislativo, causado especialmente pelas demandas em diversos setores. No Brasil, o fenômeno é comprovado pela diversidade de diplomas normativos, a exemplo do Código de Defesa do Consumidor, Consolidação das Leis Trabalhistas, Lei de Locações, entre outros. Além disso, surgiram novos ramos do Direito, como o econômico, regulatório, bancário, e diversos outros.

Após a redemocratização do país – ocorrida com a promulgação da Constituição da República de 1988 –, conquistou-se a liberdade por meio da consagração dos direitos e garantias fundamentais. No cenário jurídico, os juízes a desfrutaram por meio do ativismo judicial e da judicialização das políticas públicas.

Diante do quadro apresentado, indaga-se quais os anseios da sociedade, dos atores sociais, investidores e da comunidade jurídica neste momento?

A proteção da segurança é um pilar fundamental à economia e à consagração do Estado Democrático de Direito.

Assim, em uma visão prospectiva, o fortalecimento da segurança jurídica redundará em relações sociais e comerciais mais sólidas.

Nos termos da cartilha “Segurança Jurídica – Do Investidor Estrangeiro no Brasil”, elaborada pela Advocacia-Geral da União, constou que “o setor de serviços recebeu valor expressivo de investimentos de U\$\$ 6,9 bilhões entre janeiro e fevereiro de 2017”. O agronegócio e a extração mineral somaram U\$\$ 1,6 bilhão nos primeiros dois meses de 2017.

A partir dos montantes acima mencionados, é possível afirmar que o Brasil consiste em um país com aptidão ao pleno desenvolvimento econômico. Preocupada com a possível insegurança a respeito das normas brasileiras, a Advocacia-Geral da União (AGU) lançou a cartilha acima. É necessário que haja clareza a respeito da normatização e sua interpretação.

No Seminário Internacional “AGU 25 anos: Segurança jurídica para o Brasil”, realizado entre os dias 07, 08 e 09 de março de 2018, ao abordar a “Advocacia Pública, Segurança Jurídica e os meios alternativos de resolução de conflitos no plano global”, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Velloso, criticou a “cultura judiciarista” por parte dos operadores do Direito. É comum advogados privados e públicos, defensores e membros do Ministério Público, esgotarem todas as instâncias. Muitas causas parecem não ter fim. Isso reflete em um acervo excessivo no âmbito dos tribunais.

No que concerne à Advocacia-Geral da União, Velloso defendeu, acertadamente, que os advogados públicos não são do governo, e sim da República Federativa do Brasil - que consiste em um Estado Democrático de Direito. Neste particular, o advogado público tem a missão de salvar o “engarramento do Poder Judiciário”. Como, porém, concretizar o princípio da segurança jurídica em um mundo marcado pela liquidez das relações sociais? Quais, afinal, são os reflexos de uma jurisprudência “líquida” no desenvolvimento econômico?

## **2 JURISPRUDÊNCIA “LÍQUIDA”: REFLEXOS NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO**

*Summum jus, summa injuria:*

A justiça exagerada se transforma em injustiça

No âmbito da economia, o maior duelo de visões ocorreu entre John Maynard Keynes e Friedrich von Hayek. Em apertada síntese, Keynes defendia a intervenção do Estado na economia ao passo que Hayek

preconizou o liberalismo, *mutatis mutandis*, ao estilo da mão invisível de Adam Smith, ou seja, o princípio *laissez faire*.

Sob o prisma jurídico, seja em uma economia que sofra a intervenção do Estado (art. 174 da CRFB) seja em um contexto em que prevaleça o liberalismo (art. 1º, IV, *in fine*, CRFB), fato é que as regras do jogo devem ser claras. O Direito Regulatório busca definir quais as regras – quando e onde – ocorrerá a intervenção do Estado na economia.

Sob a ótica sociológica, no contexto da pós-modernidade, Bauman cunhou a expressão mundo líquido para se referir a um mundo sem forma, isto é, as relações não possuem uma base sólida, podendo ser encerradas, alteradas. A velocidade de mudança nunca foi tão célere. Certamente os investidores nacionais e estrangeiros sentem na pele as mudanças sociais – e jurisprudenciais – que podem colocar em risco o capital investido em outro país. Daí a importância de clareza quanto às normas.

O pleno desenvolvimento econômico somente ocorrerá em um cenário no qual haja previsibilidade e clareza quanto à normatização e sua interpretação.

Atualmente, vê-se, no cenário jurídico, uma possível causa de insegurança jurídica: trata-se do excessivo intervencionismo judicial – cognominado “judicialização das políticas públicas” – que, em alguns casos, ocorre sem parâmetros que levem em conta a complexidade dos deveres do Poder Executivo, o que configura, em tese, um obstáculo à convivência harmônica entre os poderes da República e à concretização, a longo prazo, de políticas públicas sólidas. Neste sentido, publicou-se na Revista da Escola da Advocacia-Geral da União (FREITAS JÚNIOR, 2009, p. 181-203):

Nesse contexto, a economia passa a enxergar no Judiciário, uma responsabilidade maior sobre o mercado. Ora, num contexto em que impera circulação de riquezas a nível global é mister o cumprimento do estrito sentido da lei e da fiel execução dos contratos. Só com esse ambiente de segurança jurídica e previsibilidade se conseguiria o desenvolvimento econômico.

Não se olvida que o ativismo judicial é peça fundamental na concretização de direitos e garantias fundamentais. O que se quer apontar como possível causa de instabilidade jurídica é o intervencionismo judicial casuístico, sem a consideração das políticas públicas já desempenhadas pelo Poder Executivo no uso de sua discricionariedade constitucionalmente assegurada.

No Seminário Internacional “AGU 25 anos: Segurança jurídica para o Brasil”, realizado entre os dias 07, 08 e 09 de março de 2018, a Ministra Grace Mendonça, Advogada-Geral da União, ao tratar da judicialização

da política, preconizou que cada movimento do Poder Executivo tem gerado uma ação judicial. Na questão da saúde, por exemplo, enfatizou a Ministra, os juízes não têm respeitado a divisão estabelecida no Sistema Único de Saúde. Embaralham-se as atribuições. Determinam medicamentos que seriam da atribuição do Município. Nos chamados *hard cases*, tentam simplificar pelo deferimento, a exemplo de uma cirurgia nos Estados Unidos da América de 6 milhões de dólares. Se, por um lado, a vida deve prevalecer, a legislação deve prever o *modus operandi* em referidos casos, bem como o orçamento que deve ser levado em consideração. Em outras palavras: a vida deve prevalecer, sim, mas não se pode deixar de considerar que as fontes arrecadatórias são finitas. A convivência harmônica entre os poderes é medida que se impõe para a concretização da segurança jurídica.

### 3 VISÃO PROSPECTIVA DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: PROPOSTAS PARA A CONCRETIZAÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA

*“A pior ditadura é a ditadura do Poder Judiciário. Contra ela, não há a quem recorrer”*

Rui Barbosa

Na mesma linha do pensamento de Rui Barbosa, Daniel Sarmento ensina que “ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda” (2009, p. 9).

Neste contexto, caminhou bem o Código de Processo Civil de 2015 ao prever, no art. 926, que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Trata-se de importante passo em prol da segurança jurídica. A advocacia pública, como função essencial à Justiça, deve utilizar os meios necessários para que o interesse público, bem como o cumprimento da Constituição e das leis prevaleçam.

A atuação judicial como se cada julgador se tratasse de uma “ilha” não deve prosperar. A jurisprudência deve ser coerente e harmônica.

Além disso, o Código de Processo Civil de 2015 dispõe expressamente a respeito dos métodos de solução consensual de conflitos. O desenvolvimento econômico nacional, conforme mencionado no início deste artigo, impõe uma ordem jurídica estável. A segurança jurídica é o norte hermenêutico para a higidez do sistema processual e a devida resolução de conflitos, especialmente os que envolvem o interesse público, problemas sociais e políticas públicas em geral.

No âmbito global, é importante verificar a intensificação da globalização. No cenário, jurídico, por exemplo, Inez Lopes, Professora

Adjunta da Universidade de Brasília, mencionou decisão proferida nos Estados Unidos da América poderá atingir o mercado do aço brasileiro. Trata-se de questão de complexidade acentuada (*hard case*), mas que demanda uma solução com envergadura razoável, a exemplo da arbitragem internacional.

### **3.1 PREVENÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO INTERNACIONAL: INTERLOCUÇÃO ENTRE O BRASIL E O INVESTIDOR ESTRANGEIRO**

Por meio de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFI), que consiste em um tratado internacional que tem por objetivo criar condições favoráveis para a promoção de investimentos entre os investidores dos Estados signatários, e tendo por escopo a internacionalização das empresas nacionais, bem como o ingresso de investimento direto (IED), o Brasil desenvolveu, um novo modelo de regulação jurídica internacional.

O ACFI tem como princípios: mecanismos de prevenção e solução de controvérsias, a promoção e facilitação de investimentos por meio de agendas temáticas, a mitigação de riscos e a governança institucional, nos termos da Cartilha Advocacia-Geral da União sobre Segurança Jurídica do Investidor Estrangeiro no Brasil.

Especialmente por meio da atuação consultiva, cabe à Advocacia-Geral da União auxiliar na concretização dos instrumentos de governança institucional na prevenção de controvérsias.

### **3.2 CÂMARAS DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONFLITOS (LEI 13.140/2015) E CÂMARA DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL (DECRETO 7.892/2010)**

A Lei 13.140/2015 autoriza a Administração a criar câmaras de prevenção de resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, com diversas atribuições, dentre as quais se destacam: “dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública, celebração de termos de ajustamento de conduta [...]”. Além disso: “adoção de medidas de prevenção e resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares”.

A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal (CCAF), por sua vez, encontra previsão no inciso III do artigo 18 do Decreto n. 7.392/2010. Cabe à CCAF dirimir por meio da conciliação as controvérsias entre a União e os demais entes federais ou entre esses e as Administrações Públicas estaduais e municipais.

A atuação da CCAF ocorre tanto em causas judiciais como no âmbito administrativo, ou seja, trata-se medida alternativa de resolução de conflito, na medida em que poderá reduzir o número de ações ajuizadas.

Em artigo publicado pela Revista da Escola da Advocacia-Geral da União, intitulado “O INTERESSE PÚBLICO E AS ALTERNATIVAS PARA A PROTEÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA” (SATO, 2010, p. 75-92), mencionou-se exemplos de acordos em andamento na esfera da Câmara de Conciliação:

a) 18 controvérsias entre a FUNAI, INCRA e ICMBio relacionadas à sobreposição de interesses agrários, indígenas e ambientais em terras indígenas e em assentamentos agrários no extremo sul do Estado da Bahia (Processo n. 00410006126200406);

b) controvérsia entre os Correios e o INSS sobre o pagamento de aluguéis atrasados por parte da empresa pública e posterior celebração de novo contrato de locação (Processo Administrativo n. 35318001937/2010-93);

c) conflito entre a Universidade de Brasília e o Ministério da Saúde sobre a comercialização de obra editada para distribuição gratuita. O acordo foi celebrado para compensar o prejuízo do Ministério da Saúde pela não publicação e distribuição dos livros sob guarda da Universidade. Esta última comprometeu-se a publicar, no prazo de 120 dias a partir da entrega do arquivo digitalizado, a nova obra escolhida pelo Ministério da Saúde (Processo Administrativo n. 25000.625556/2009-81).

Referidos casos, resolvidos no âmbito do próprio Poder Executivo federal, além de evitar o aumento da judicialização de atribuições administrativas, confere segurança jurídica, pois, na linha da principiologia adota pelo Código Processo Civil – que prevê aplicação subsidiária nos processos administrativos – deve-se dar primazia à resolução dos conflitos de forma consensual.

O novo Código de Processo Civil estabeleceu que a sentença arbitral é título executivo judicial, o que denota sua natureza jurídica de jurisdição.

### 3.3 ATUAÇÃO ESTRATÉGICA NA ADVOCACIA PÚBLICA

Em prol da celeridade e isonomia, o novo Código de Processo Civil aprimorou o sistema de uniformização.

O Membro da Advocacia Geral da União, Fábio Victor da Fonte Monnerat (2010, p. 79-83), explica a técnica:

A par de arrolar pronunciamentos vinculantes, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece normas direcionadas a racionalizar o processamento e o julgamento das demandas individuais repetitivas que, não obstante formalmente individuais, recebem do Código um ‘tratamento coletivizado.

O Código de Processo Civil, nesse aspecto, combate a concepção antiga de que cada processo e cada um dos autos é “um mundo”, que implicaria em aceitar a já denominada “loteria jurisdicional” e tolerar que duas pessoas em uma mesma situação jurídica recebam tratamentos rigorosamente opostos por terem sido julgadas por juízes com diferentes ‘entendimentos’.

Mencionada técnica, ao gerar a instauração do procedimento de formação do precedente, ocasionará a suspensão dos processos que tratem da mesma matéria, o que “implica em uma diminuição em larga escala de atos de comunicação e movimentação, como citação, intimações, carga dos autos, etc., assim como a paralização da contagem dos prazos processuais” (2010, p. 79-83). Em arremate, “impede a prolação de decisões conflitantes durante o incidente de solução concentrada” (2010, p. 79-83).

Ao acolher o sistema de precedentes vinculantes, aprimorando, assim, a uniformização da jurisprudência nacional, o Código de Processo Civil de 2015 está em consonância com os princípios da isonomia, eficiência, celeridade e coerência dos entendimentos jurisprudenciais.

A Advocacia-Geral da União, por meio da Procuradoria-Geral Federal, sagrou-se vitoriosa na exigência do prévio requerimento administrativo – com algumas ressalvas – para a configuração do interesse de agir. Não obstante, prática comum, no que concerne às causas previdenciárias, diz respeito aos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez, no que tange aos laudos elaborados pelos peritos do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Muitas vezes as perícias judiciais sobrepõem-se às realizadas pela autarquia federal apenas por ser “judicial” – algumas vezes de qualidade questionável. Em virtude da principiologia e regramento que norteia a intervenção do Poder Judiciário no ato administrativo, cabe à Advocacia-Geral da União agir de forma estratégica para que causas que envolvem – coletivamente consideradas – vultosos valores, sejam coletivamente solucionadas em observância à eficiência, celeridade e isonomia.

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) é o maior litigante no país. Ao investigar as causas da alta litigância, o Tribunal de Contas da União apontou as seguintes:

Erro do INSS na análise administrativa do benefício (aplicação equivocada das regras administrativas)

Divergência de interpretação das normas legais ou constitucionais entre o Poder Judiciário e o INSS (controvérsia jurídica)

Divergência de entendimento quanto à matéria de fato entre o Poder Judiciário e o INSS (por exemplo, análise da incapacidade laboral ou da validade de vínculos do segurado)

Problemas relacionados à legislação vigente (e.g. /insuficiência, complexidade, omissão)

Preferência dos advogados privados pela judicialização em detrimento da solução na via administrativa

Incentivos processuais à litigância (gratuidade judicial, ausência de riscos ou ônus à parte vencida;

Dificuldade da União em apresentar uma defesa adequada (e.g. falta de procuradores federais).

Concordamos com os pontos realizados, com exceção da alegada falta de procuradores federais. Parece-nos que uma carreira de apoio bem estruturada é medida que se impõe à devida defesa da Administração direta e indireta da União.

O mesmo se diga com relação às demais intervenções judiciais sem amparo no ordenamento jurídico. O sistema uno de jurisdição não significa a sobreposição do Poder Judiciário perante a Administração Pública.

Em causa histórica, a AGU teve papel central na celebração do maior acordo judicial da história do país, conduzindo negociações nas quais os poupadores e bancos chegaram a um consenso. Trata-se da causa sobre a forma de correção de aplicações durante a vigência dos planos Bresser (1987), Verão (1989) e Collor II (1991). Referido acordou encerrou mais de um milhão de processos em tramitação no Judiciário e injetou bilhões de reais na economia. Neste caso – que, a nosso entender, deve ser tido como paradigma –, prevaleceu o princípio da segurança jurídica. De fato, houve: a) economia dos cofres públicos; b) circulação de capital; c) resolução de conflitos e redução da litigiosidade; diminuição de processos judiciais (cerca de um milhão).

A realização de acordos judiciais tem, outrossim, permitido a economia de 7,1 bilhões de reais somente no ano de 2017, segundo sítio eletrônico da Advocacia-Geral da União.

A atuação estratégica abrange, outrossim, a advocacia consultiva. Sobre o tema, publicou-se na Revista da Escola da Advocacia-Geral da União (CASTRO, 2010, p. 72-90), o seguinte:

A Advocacia Pública funciona como instrumento de controle das ações do Poder Público nas atividades de consultoria e assessoramento jurídico e na atividade contenciosa. A missão fundamental da Advocacia Pública nesses campos de atuação consiste basicamente em sustentar e aperfeiçoar o Estado Democrático de Direito. Assim, a defesa do interesse público secundário, meramente patrimonial ou financeiro, pressupõe compatibilidade com o interesse público primário.

Com efeito, a consagração do Estado Democrático de Direito, bem como a prevalência do interesse público primário, são pressupostos de atuação de uma Advocacia Pública sólida e atuante.

Unindo-se todas as frentes da Advocacia Pública, somente em 2017, por meio de economia a arrecadação, chega-se ao montante de 1,09 trilhão de reais aos cofres da União, o que demonstra a solidez da Advocacia-Geral da União.

### 3.4 ATUAÇÃO ESTRATÉGICA POR MEIO DO DIREITO REGULATÓRIO

Não só no âmbito processual é necessária coerência (art. 926 do CPC/2015), mas também no âmbito regulatório.

No Seminário Internacional “AGU 25 anos: Segurança jurídica para o Brasil”, realizado entre os dias 07, 08 e 09 de março de 2018, sobre o tema da promoção das políticas públicas e da gestão eficiente, o Diretor da FGV Direito do Rio de Janeiro, Sérgio Guerra, menciona que a necessidade de se obter uma preocupação sistêmica. A estruturação da regulação busca atender com questões técnicas. Se a decisão judicial for política, isso pode prejudicar o planejamento da regulação. É o que se convencionou chamar de governança regulatória.

As regulações promovidas pelo governo brasileiro, segundo a Cartilha do investidor estrangeiro elaborada pela Advocacia-Geral da União, “não podem: a) ser excessivas; b) impedir a inovação; e c) criar barreiras desnecessárias ao comércio, à concorrência, ao investimento e à eficiência econômica”.

Registre-se, desta feita, no que consiste uma regulação coerente:

- a) melhor uso dos recursos públicos;

- b) participação democráticas dos regulados (sociedade/setor privado) no desenvolvimento normativo;
- c) melhor processo decisório: alcance dos objetivos da política pública com menor distúrbio às forças de mercado”;
- d) aceleração da curva de aprendizado do regulador: identificação e correção dos erros antes da entrada em vigor do regulamento final; e
- e) previsibilidade e melhoria do ambiente do ambiente de negócio no país.

Nesta vereda, o Decreto 9.2013/2017 estabeleceu como princípios da governança pública, no art. 4º:

VIII - manter processo decisório orientado pelas evidências, pela conformidade legal, pela qualidade regulatória, pela desburocratização e pelo apoio à participação da sociedade;

IX - editar e revisar atos normativos, pautando-se pelas boas práticas regulatórias e pela legitimidade, estabilidade e coerência do ordenamento jurídico e realizando consultas públicas sempre que conveniente;

Assim, o titular da soberania, o povo – e aqui se enquadram investidores, empregadores e empregados -, deve ser orientado a partir de um sistema regulatório coerente. Somente assim se terá um ordenamento jurídico estável e hígido para a concretização do pleno desenvolvimento econômico da nação.

#### 4 CONCLUSÕES

*It is not the strongest of the species that survives, nor the most intelligent that survives. It is the one that is most adaptable to change.*

Não é o mais forte que sobrevive, nem o mais inteligente, mas o que melhor se adapta às mudanças.

Leon C. Megginson ao interpretar a obra de Charles Darwin

Em um universo social, político e econômico de mudança com velocidade sem precedentes, o manto protetivo da normatização deve ser favorável ao progresso da nação. A jurisprudência deve ser coerente e não mudar diante de fatos idênticos. A sociedade – especialmente aqueles que apostam na iniciativa privada – apostam na previsibilidade do Direito e sua interpretação. A máxima *pacta sunt servanda* ainda é a regra no

ordenamento pátrio e internacional. O ativismo judicial não deve, em suma, violar a segurança jurídica.

Diante de um mundo líquido – e a jurisprudência não foge desta realidade – cabe à Advocacia-Geral da União, com fundamento na segurança jurídica, assegurar a previsibilidade das normas. Neste sentido, para resguardar o ambiente de prosperidade, o Estado brasileiro tem adotado medidas regulatória para estimular a recepção e a expansão de investimentos. No âmbito internacional, há, por exemplo, os Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos (ACFIs). Já no âmbito interno, tem-se a atualização da legislação processual (*verba gratie*, o art. 28 do Código de Processo Civil, que prevê o auxílio direto entre autoridades centrais), dinamizou as contratações e citações e estabeleceu marcos para a Administração de métodos alternativos de solução de conflito.

Os 25 anos de Advocacia-Geral da União foram marcados por solidez institucional e busca da consagração de um Estado Democrático de Direito. Seja pela atuação contenciosa – que abrange a arrecadação, bem como os relevantes acordos judiciais – seja pela atuação consultiva, a Advocacia-Geral da União destaca-se no cenário jurídico nacional e, por meio das estratégias mencionadas – as quais são apenas exemplificativas –, possui importante papel na consolidação de um Brasil com segurança jurídica.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: Definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt; DESSAL, Gustavo. *O Retorno do Pêndulo: Sobre a Psicanálise e o Futuro do Mundo Líquido*. São Paulo: Zahar: 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *“Brançosos” e Interconstitucionalidade: Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CASTRO, Aldemario Araujo. A Advocacia Pública Como Instrumento do Estado Brasileiro no Controle da Juridicidade dos Atos da Administração Pública. In: *Revista da Escola da AGU*, 2009.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito Processual Civil*. v. 1, 14. ed. Salvador: JusPodium, 2017.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3, 14. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

FREITAS JÚNIOR, Luís. Riscos do Intervencionismo Judicial Para a Segurança Jurídica e Efetividade da Economia. In: *Revista da Escola da AGU*, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 5. ed. São Paulo: RT, 2016.

MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Atuação Estratégica da Advocacia Pública nos Procedimentos de Formação de Pronunciamentos Vinculantes. In: *Revista da Escola da AGU*, 2010.

SARMENTO, DANIEL. *Neoconstitucionalismo: Riscos E Possibilidades*. disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br>>.

SATO, Guilherme Pinato. O Interesse Público E As Alternativas Para A Proteção Da Segurança Jurídica. In: *Revista da Escolada da AGU*, 2010.

Sítios eletrônicos

[www.agu.gov.br](http://www.agu.gov.br)

[www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/>

---

# A CONSTITUCIONALIDADE DO EXERCÍCIO DA ADVOCACIA PRIVADA PELOS ADVOGADOS PÚBLICOS FEDERAIS

*CONSTITUTIONALITY OF THE PRACTICE OF LAW IN  
THE PRIVATE SPHERE BY FEDERAL GOVERNMENT  
ATTORNEY*

---

*Renata Cedraz Ramos Felzemburg*

*Especialista em Advocacia Pública*

*Procuradora Federal da Advocacia Geral da União*

*Procuradoria Geral Federal*

*Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS no estado de Sergipe*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Advocacia Geral da União na Constituição Federal de 1988; 1.1 As Funções Institucionais do Advogado Público Federal; 2 Direito Fundamental ao Livre Exercício Profissional; 3 A Aplicação da Lei Nº 8.906/1994: Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (Eoab); 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este artigo tem como objetivo realizar um estudo sobre a constitucionalidade do exercício da advocacia na esfera privada, por advogados públicos federais. Inicia-se com a análise da posição da Advocacia-Geral da União (AGU) na Constituição Federal e a sua condição de Função Essencial à Justiça, bem como apresenta as competências constitucionais reservadas aos seus membros e dos seus órgãos vinculados, enfatizando a compatibilidade com a advocacia fora das mencionadas competências. Seguindo o estudo do texto constitucional, reserva-se um tópico para exame sobre o livre exercício da profissão (artigo 5º, inciso XIII), ressaltando a máxima efetividade deste direito fundamental e a preservação do seu núcleo essencial, que é a liberdade, cuja regulamentação por lei deve respeitar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Por essa razão defende-se que o artigo 28, inciso I, da Lei Orgânica da AGU (LOAGU) é inconstitucional, uma vez que tolhe o exercício da advocacia privada aos membros da Instituição. Estuda também a aplicação do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB) aos advogados públicos federais, demonstrando que os membros da AGU e de seus órgãos vinculados são efetivamente advogados, cuja profissão está regulamentada pelo EOAB. Evidencia que esta lei revogou o artigo 28, inciso I, da LOAGU, uma vez que, a nova lei disciplinou a questão de maneira diversa, autorizando ao advogado público o direito ao exercício da advocacia privada, ressalvado o impedimento de exclusividade específica em relação à atuação contra a Fazenda Pública que o remunera. Por fim, conclui-se que os membros da AGU e de seus órgãos vinculados estão tolhidos do exercício desse direito fundamental, por força de previsão legal que contraria a Constituição brasileira e o ordenamento jurídico nacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Advocacia Geral da União; competência; advocacia pública federal; advocacia privada; Constituição brasileira.

**ABSTRACT:** This article aims to conduct a study on the constitutionality of the practice of law in the private sphere by federal government lawyers. It begins with the analysis of the position of the General Union Advocacy (AGU) in the Federal Constitution and its condition as Essential Function to justice as well as the constitutional powers reserved to its members and its related bodies, emphasizing the compatibility with advocacy outside the mentioned jurisdiction. Following the study of the Constitution, a topic is reserved, to take on the free exercise of the profession (Article 5, paragraph XIII), highlighting the maximum effectiveness of this fundamental right and the preservation of its essential core, which is freedom, whose regulation by law must respect

the principles of proportionality and reasonableness. Therefore it is argued that Article 28, paragraph I, of the Organic Law of the AGU (LOAGU) is unconstitutional as it hinders the practice of private law to the members of the institution. It also studies the application of the Statute of Law and Order of Brazilian Advocacy (EOAB) to federal government lawyers, demonstrating that members of AGU and its related agencies are effectively lawyers whose profession is regulated by EOAB. It also shows that this law repealing Article 28, paragraph I, of LOAGU, since the new law regulated the question differently, allowing the public advocate the right to exercise private practice, except for the specific exclusivity impediment in relation to performance against the Treasury that remunerate them. Finally, it is concluded that members of AGU and its related agencies are hindered of the exercise of this fundamental right, by virtue of legal provision which is contrary to the Brazilian Constitution and national law.

**KEYWORDS:** General Union Advocacy; competence; federal public law; private practice; Brazilian constitution.

## INTRODUÇÃO

O tema abordado neste artigo trata da análise da constitucionalidade do exercício da advocacia privada por advogados públicos, notadamente os advogados públicos federais. A motivação para este estudo foi a celeuma envolvendo o Professor e Advogado Doutor Luiz Edson Fachin, indicado pela Presidente Dilma Rousseff para ocupar a vaga do Professor Doutor Joaquim Barbosa no Supremo Tribunal Federal. Este tema foi largamente debatido na imprensa nacional, haja vista que o Doutor Luiz Edson Fachin, havia exercido a advocacia privada durante o período que ocupou o cargo de procurador do estado do Paraná. A celeuma foi instaurada em face do impedimento ao exercício da advocacia fora de suas funções institucionais, por parte dos procuradores estaduais, expressa no art.125, §3º, da Constituição do estado do Paraná promulgada em 05 de outubro de 1989. (1)

O fato gerou controvérsias sobre a existência ou não da necessária reputação ilibada do jurista indicado para ocupar o cargo de ministro do Supremo.

Diante do empasse e do embate político partidário gerado pelo questionamento acerca da conduta do possível futuro Ministro do Supremo, as notícias veiculadas pela mídia nacional reportam que determinados congressistas, notadamente o senador da República Álvaro Dias, solicitou à consultoria do Senado Federal um estudo sobre a legalidade da atuação

do Doutor Luiz Edson Fachin como advogado privado e público, concomitantemente<sup>1</sup>.

A análise sobre o preenchimento do requisito da reputação ilibada por Luiz Edson Fachin, diante do exercício da advocacia privada durante o tempo em que ocupou o cargo de procurador do estado do Paraná foi realizada pelo consultor legislativo do Senado Federal Fernando Trindade, através de Nota Informativa nº 1.501, de 2015, e está fundamentada em premissas jurídicas que podem se amoldar à situação dos membros da Advocacia-Geral da União e dos órgãos vinculados<sup>2</sup>. Explica trecho da referida Nota:

De outra parte, cabe também registrar que em julho de 1994 deu entrada no mundo jurídico o novo Estatuto da OAB, a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, tanto quanto o Estatuto até então vigente, lei federal, aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República.

Essa Lei, que permanece vigente até o presente momento, no seu art. 28 estatui que o exercício da advocacia é incompatível (vale dizer não pode ocorrer em hipótese alguma), com certos cargos e funções públicas, onde não estão incluídos os procuradores dos Estados, até por dedução lógica, pois a sua função básica é o exercício da advocacia em prol do poder público estadual.

Ademais, o art. 29, também do vigente Estatuto da OAB, estatui que os Procuradores Gerais, Advogados Gerais, Defensores Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam, durante o período da investidura.

Por outro lado, o art. 30, ainda do Estatuto da OAB ora vigente, arrola os profissionais que são impedidos de exercer a advocacia em determinadas situações.

---

1 Com o intuito de ilustrar a repercussão do fato na mídia, citem-se o artigo publicado no sítio eletrônico Consultor Jurídico com o seguinte título: "Parecer no Senado diz ser legal Fachin ter advogado quando era procurador". Disponível em: <[www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br)>. Acesso em: 27 maio 2015 e a matéria do jornal Estadão sobre o assunto, intitulado: "Meio jurídico diverge sobre exercício de dupla atividade". Disponível em: <[www.politica.estadao.com.br](http://www.politica.estadao.com.br)>. Acesso em: 27 maio 2015.

2 Nota Informativa Nº 1.501, DE 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/nota-fachin-advogado-quando-procurador.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2015.

Assim, são impedidos de exercer a advocacia contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora os servidores da administração direta, indireta e fundacional e também os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.<sup>3</sup>

Cabe registrar que a Nota mencionada foi posterior à outra manifestação jurídica da lavra do consultor legislativo João Trindade Cavalcante Filho, que havia chegado à conclusão antagônica de que “*a atuação no âmbito da advocacia privada, concomitantemente com o exercício do cargo de Procurador do Estado, viola, prima facie, o ordenamento legal.*” Todavia, não prosperou o entendimento, haja vista que após sabatina no Senado Federal, o nome do Doutor Fachin foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal<sup>4</sup> para ocupar o cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal.

Diante desse fato político, surgiu a ideia do estudo sobre a existência no ordenamento jurídico entre o tratamento constitucional dispensado aos procuradores do estado e aos advogados públicos federais no que tange o exercício da atividade profissional da advocacia.

O estudo tem como objetivo analisar a constitucionalidade do exercício da advocacia privada pelos advogados públicos, notadamente os advogados públicos federais, haja vista a cláusula de exclusividade inserida no artigo 28, inciso I, da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (artigo 28 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993).

Entende-se que este estudo é importante na medida em que visa esclarecer se há provável diferenciação desarrazoada de tratamento dispensado no âmbito do poder executivo federal, bem como se a perpetuação dessa desigualdade de tratamento destinada aos membros da Advocacia-Geral da União (AGU) e dos órgãos vinculados representa uma arbitrariedade, haja vista que diariamente os advogados públicos federais podem estar sendo obrigados a renunciar o direito fundamental ao livre

3 Nota Informativa Nº 1.385, DE 2015, relativa à STC no 2015-03673, do Senador Ricardo Ferraço, que solicita a análise sobre a legislação federal e estadual, acerca da possibilidade de os procuradores do Estado do Paraná exercerem a advocacia, à luz do caso do Sr. Luiz Edson Fachin. Disponível em: <<http://jota.info/consultoria-do-senado-diz-que-fachin-advogou-ilegalmente>> Acesso em: 4 jun. 2015.

4 Por 20 votos favoráveis e 7 contrários, os senadores membros da CCJ (Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania) aprovaram o nome do professor e jurista Luiz Edson Fachin para ocupar a vaga deixada por Joaquim Barbosa como ministro do STF (Supremo Tribunal Federal).” Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2015/05/12/apos-12-horas-de-sabatina-fachin-e-aprovado-por-comissao-do-senado>>. Acesso em: 04 jun 2014.

exercício profissional, mesmo gozando de aptidão necessária disciplinada pelo Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB).

O trabalho será fundamentalmente baseado na doutrina e na legislação nacional.

Os textos doutrinários sobre a matéria investigada são escassos, vez que o tema não foi muito explorado pelos juristas; contudo, há a pretensão de se obter o conteúdo para o desenvolvimento desta pesquisa nos artigos acadêmicos, nas orientações normativas da própria Advocacia-Geral da União, jurisprudência pátria, textos jornalísticos, pareceres jurídicos, livros doutrinários e sites especializados.

Parte-se da premissa de que o exercício profissional da advocacia privada é uma prerrogativa legal prevista no Estatuto da Advocacia (artigos 22 e 30 da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994) e, sendo assim, questiona-se o cabimento e a constitucionalidade da vedação imposta pelo Poder Executivo federal aos membros da Advocacia-Geral da União, assim como quais os fundamentos jurídicos que embasam a vedação contida na Lei Orgânica citada.

Dessa maneira, é objeto deste estudo a aplicação do Estatuto da Advocacia aos membros da Advocacia Geral da União (AGU) e de seus órgãos vinculados, assim como a existência ou não da compatibilidade da regulamentação profissional e impedimento ditado pela Lei Orgânica da AGU (LOAGU), haja vista que o Estatuto corrobora o texto constitucional, na medida em que confere ampla eficácia ao direito fundamental ao livre exercício profissional, consagrado no artigo 5º, inciso XIII<sup>5</sup> da Constituição Federal, aos profissionais inscritos na Ordem de Advogados do Brasil (OAB).

A proposta deste artigo constitui-se das seguintes etapas: inicialmente, analisar o tratamento constitucional destinado à advocacia pública federal, para investigar no texto da Carta Magna, se existem previsões de vedações dirigidas aos respectivos membros que tenham o condão de aniquilar o direito ao exercício da advocacia privada. Em seguida, apresentar quais são as funções institucionais reservadas pelo ordenamento jurídico nacional, para a Advocacia Geral da União e aos seus órgãos vinculados, visando explicitar se existe a incompatibilidade funcional entre o exercício do múnus e da profissão de advogado.

Nessa perspectiva, pretende-se tratar do direito fundamental da liberdade de profissão, da sua eficácia e aplicabilidade, e, por consequência, estudar a constitucionalidade da vedação ao exercício profissional imposto pelo artigo 28, inciso I, da Lei Complementar nº 73/1993.

---

5 Art. 5º [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Aprofundando um pouco mais a pesquisa, pretende-se fazer uma exposição sobre o artigo 3º, §1º, da Lei nº 8.906/1994 e a sua aplicação no que tange à regulamentação das funções institucionais exercidas pelos advogados públicos federais e, especialmente, o exercício da advocacia privada.

Finalmente, prosseguindo neste exame da aplicabilidade da Lei nº 8.906/1994 aos membros da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados, serão abordadas as situações das incompatibilidades e impedimentos para o exercício profissional da advocacia, a fim de se obter uma conclusão sobre a validade da disciplina desta matéria pela Lei Complementar nº 73 de 10 de fevereiro de 1993.

## 1 A ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição brasileira de 1988 criou a Advocacia-Geral da União. Anteriormente, a defesa do patrimônio público federal e dos interesses da União em juízo, era patrocinada pelo Ministério Público Federal. Os membros do *parquet*, além do ofício típico da instituição, exerciam também o múnus de advogados da União. Nas palavras de José Afonso da Silva (2), “a Constituição desfez o *bifrontismo* que sempre existiu no Ministério Público Federal, cujos membros exerciam cumulativamente as funções de Ministério Público e de Procuradores da República no exercício da advocacia da União” (p. 589). A competência para representar a União Federal em juízo não é compatível com as atribuições típicas do Ministério Público; ao contrário, existe, em determinadas situações, um antagonismo evidente entre tais atribuições e a advocacia pública federal, haja vista que a defesa dos atos administrativos e dos próprios agentes públicos podem se contrapor, e não raras vezes se contrapõem, com ações judiciais promovidas pelo próprio *parquet*.

Sendo assim, a Advocacia-Geral da União foi criada exatamente para cumprir competência constitucional da mais alta relevância para o Estado brasileiro. Aos seus membros e a seus órgãos vinculados, cumprem a representação judicial e extrajudicial da União, bem como as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo, consoante expressa disciplina do artigo 131 da Constituição:

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.

§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

No texto constitucional, a Advocacia-Geral da União está inserida no capítulo IV (“Das funções essenciais à justiça”) do título IV (“Da organização dos Poderes”), cujas competências servem à consecução do Estado Democrático de Direito.

Consoante o próprio texto constitucional, a Advocacia-Geral da União é essencial, portanto imprescindível ao funcionamento do Poder Judiciário<sup>6</sup>. Gilmar Ferreira Mendes (3) esclarece a relevância:

São também funções essenciais à Justiça a Advocacia Pública e Privada e a Defensoria Pública. O constituinte não as tratou com a minúcia que devotou ao Ministério Público – opção que não deve ser interpretada como valoração diferente da relevância dos entes que compõem esse capítulo da Carta. Todos, dentro de suas peculiaridades, são fundamentais para a realização da Justiça. (p.p. 946-947)

Verifica-se que não existem patamares hierárquicos entre as instituições que desempenham as funções essenciais à justiça. As competências reservadas aos procuradores da República e aos promotores de justiça, aos defensores públicos, aos advogados públicos e privados, estão delimitadas pelo texto da Carta Magna e são, igualmente, indispensáveis ao funcionamento do Poder Judiciário.

É interessante apontar que a Constituição trata separadamente o múnus da Advocacia pública, nos seus artigos 131 e 132, e o exercício da Advocacia, no artigo 133.

6 O Professor José Afonso assevera o seguinte: “Nisso se acha a justificativa das *funções essenciais à justiça*, compostas por todas aquelas atividades profissionais públicas ou privadas, sem as quais o Poder Judiciário não pode funcionar ou funcionará mal”. São procuratórias e propulsoras da atividade jurisdicional, institucionalizadas nos arts. 127 a 135 da Constituição de 1988, discriminadamente: o *Advogado*, o *Ministério Público*, a *Advocacia-Geral da União*, os *Procuradores dos Estados e do Distrito Federal* (representação das unidades federadas) e a *Defensoria Pública*. (Cf. SILVA, José Afonso de. op., cit., p. 581)

Diogo de Figueiredo Moreira Neto (4), fundamentado no texto constitucional, traça a separação dos ministérios advocatícios *lato sensu* e suas atuações:

5. A especialização de funções advocatícias que se vem processando desde há muito tempo no direito público brasileiro alcança a culminação positiva na Constituição de 1988, com o capítulo dedicado às funções essenciais à justiça, não apenas alcançando a advocacia *lato sensu* ao patamar constitucional, como definido os seus ramos - o privado e os públicos - em função dos interesses cuja a cura lhe são cometidos.

6. Assim é o que se distingue a (1) advocacia privada, com sua manifestação genérica a que cabe a defesa de todos os tipos de interesse, salvo os reservados privativamente às suas manifestações estatais, e (2) advocacia pública, aqui empregada em sentido pleno, subdivididas em três manifestações específicas.

7. Essas três espécies funcionais de advocacia pública, criadas todas pela Carta Política, caracterizam diferentes ministérios públicos da advocacia, distinguidas, bem como pelas suas carreiras, consoante a especial tutela de interesses a que se dirigem: *primo* a advocacia da sociedade, cujas funções se voltam à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conformando o Ministério Público, expressão agora empregada em seu sentido estrito; *secundo*, a advocacia pública das entidades públicas, constituindo, por isso, os diversos ramos da Advocacia de Estado, cujas funções se especializam na defesa dos interesses públicos primários e secundários cometidos aos diversos entes estatais, políticos ou administrativos, *tertio*, a advocacia pública dos hipossuficientes cujas funções se dirigem à defesa dos interesses dos necessitados, constituindo assim a Defensoria Pública.

Com relação ao Ministério Público, é importante sinalizar que seu múnus não se confunde com o ofício do advogado, uma vez que, no feixe de atribuições disciplinado no art. 129 da Constituição Federal, existem atividades que não são compatíveis com o exercício da advocacia, como por exemplo, o exercício do controle externo da atividade policial, requisições de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

Nigro Mazilli (5) afirma que os membros do Ministério Público “*não desempenham atividade de advocacia em sua atuação*”, e explica que, “*o custo social do Ministério Público em defesa dos interesses da coletividade não é pago pelas*

*custas do processo, e sim pelos impostos gerais suportados pela população*". (p. 523)

O constituinte disciplinou expressamente, no artigo 128, inciso II, letra "b" e artigo 134, §1º da Carta Magna, respectivamente, para os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, a vedação do exercício da advocacia privada. Por outro lado, não há essa proibição para os membros da Advocacia pública.

Observa-se que, especialmente no que se refere aos advogados públicos federais, o artigo 131 da Carta da República disciplina que o ingresso nas carreiras da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados far-se-á mediante concurso público de provas e títulos; a única exceção constitucional é o próprio cargo de Advogado-Geral da União, porque este é de livre nomeação do Presidente da República, entre os cidadãos com reputação ilibada, notável saber jurídico, com mais de 35 (trinta e cinco) anos de idade.

Além do mais, o constituinte destinou para lei complementar a organização e o funcionamento da Advocacia-Geral da União. Portanto, a Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, que instituiu a lei orgânica da AGU, foi editada com o objetivo de oferecer plena eficácia jurídica ao artigo 131 da Constituição Federal.

Dessa maneira, o texto constitucional não traz a vedação ao exercício profissional da advocacia na seara privada para os membros da Advocacia-Geral da União, assim como não reserva para a lei complementar a disciplina desta prerrogativa.

### 1.1 AS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO ADVOGADO PÚBLICO FEDERAL

Dando prosseguimento à análise da disciplina constitucional conferida à Advocacia Geral da União (AGU), o artigo 131 da Carta Magna dispõe as competências dirigidas aos membros da AGU e de seus órgãos vinculados:

- a) a representação judicial e extrajudicial da União;
- b) as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Os membros da Advocacia Geral da União e dos seus órgãos vinculados atuam perante o Poder Judiciário representando a União e suas autarquias e fundações públicas, na defesa judicial do erário, dos atos administrativos e das políticas públicas. Nesses termos, a representação da

Fazenda Pública federal em juízo é feita por advogados públicos investidos em cargos públicos, que detém capacidade postulatória; são seus procuradores judiciais. Leonardo José da Cunha (6) aborda esta questão explicando que,

Em se tratando de Fazenda Pública, sua representação é feita, via de regra, por procuradores judiciais, que são titulares de cargos públicos privativos de advogados regularmente inscritos na OAB, detendo, portanto, capacidade postulatória. Com representação decorrente da lei, é prescindível a juntada de procuração, de forma que os procuradores representam a Fazenda Pública sem necessidade de haver instrumento de mandato, eis que decorre do vínculo legal mantido entre a Administração pública e o procurador. (p.20)

Na defesa do ente público federal, a AGU tem competência constitucional para representar judicialmente os três Poderes da República: Executivo, Legislativo e Judiciário. O Supremo Tribunal Federal proferiu decisão reafirmando a competência constitucional exclusiva da AGU para representar os três Poderes da União. O tema foi analisado no julgamento de Questão de Ordem na Reclamação n.º 8025; a questão foi suscitada porque a defesa judicial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região foi feita por advogado particular, e por isso não foi considerada, pois que cabe exclusivamente à AGU representar judicialmente órgãos que fazem parte da estrutura da União. (7) O raciocínio é igualmente aplicável à representação extrajudicial da União e de suas autarquias e fundações públicas, incluindo todos os órgãos públicos que fazem parte da estrutura da União.

A representação extrajudicial é a atuação realizada pela AGU, em nome da União e sua administração indireta, perante as entidades públicas ou privadas, zelando pelos interesses institucionais dos entes públicos federais. Portanto, não se trata de uma atuação perante o Poder Judiciário, envolvendo litígios judiciais, mas, em outras esferas onde os interesses correlatos com os entes públicos federais estão sendo debatidos, questionados, violados e ou mesmo enfatizados. Exemplificando a atuação da AGU na qualidade de representante extrajudicial, cite-se o trabalho realizado com o Tribunal de Contas da União<sup>7</sup>, os Conselhos públicos ou privados e o Ministério Público<sup>8</sup>.

7 Cite-se o Decreto nº 7.153 de 09 de abril de 2010, que dispõe sobre a representação e a defesa extrajudicial dos órgãos e entidades da administração federal junto ao Tribunal de Contas da União, por intermédio da Advocacia Geral da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7153.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7153.htm)> Acesso em: 12 jun. 2015).

8 A Portaria nº 09, de 16 de junho de 2009, dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pela Consultoria-Geral da União nas tratativas e respectivas assinaturas de Termos de Compromisso de Ajustamento de

Além do mais, os advogados públicos federais têm a atribuição constitucional de atuar como consultores e assessores jurídicos do Poder Executivo. Essa função específica é muito relevante para o Estado brasileiro, porque a atuação da AGU previne a ocorrência de ilegalidade, fraude e improbidade no âmbito da administração pública federal.

O consultor jurídico tem a função primordial de analisar a legalidade dos atos administrativos, viabilizando a atuação administrativa com o fim específico de permitir a concretização das escolhas dos Gestores e agentes políticos, em conformidade com os preceitos constitucionais e legais.

Gustavo Binenbojm (8) destaca o compromisso democrático do Advogado Público, enfatizando o seu papel primordial para a consecução do Estado Democrático de Direito:

Em primeiro lugar, vou abordar o compromisso democrático da Advocacia Pública. Esse compromisso atende à compreensão do nosso papel institucional em relação aos governantes eleitos. O Advogado Público não é um censor, não é um juiz administrativo, nem um Ministério Público interno à Administração Pública. O Advogado Público tem como uma das suas missões institucionais mais nobres e relevantes cuidar da viabilização jurídica de políticas públicas legítimas definidas pelos agentes políticos. A Advocacia Pública e o Estado Democrático de Direito democraticamente eleitos. O Advogado Público tem o direito, como cidadão, de discordar dessas políticas. Eu diria até que ele tem o dever, se esta for a sua convicção pessoal. Todavia, tem ele o dever funcional de se engajar na promoção e na preservação dessas políticas, desde que elas se mantenham dentro dos marcos da Constituição e das leis em vigor. (p.219)

Existe uma série infindável de ações judiciais patrocinadas pelos advogados privados que não guardam nenhuma relação com as competências dirigidas à AGU, a exemplo das ações de divórcios, inventários, ações penais referentes a crimes não relacionados com a administração pública, ação de despejo, reclamações trabalhistas ajuizadas contra empresas privadas, etc. Nesses litígios o interesse público da União passa ao largo, não existindo qualquer relação com a atuação do advogado público federal.

As funções institucionais dos advogados públicos federais estão bem demarcadas pela Constituição; desse modo, existe base constitucional

---

Conduita (publicada no Diário Oficial União em 17 de junho de 2009) é outro exemplo de norma que regulamenta a atuação da representação extrajudicial da AGU e seus órgãos vinculados.

para a fixação legal das incompatibilidades entre o exercício da profissão da advocacia e a atuação dos membros da Advocacia Geral da União e de seus órgãos vinculados.

## 2 DIREITO FUNDAMENTAL AO LIVRE EXERCÍCIO PROFISSIONAL

Os membros da AGU, necessariamente, devem ostentar o título de bacharéis em direito com a devida inscrição na OAB. É indispensável que tenham a habilitação de advogado, haja vista que a capacidade postulatória decorre deste ofício, isto é, os advogados gozam da capacidade técnica-formal para a prática de atos processuais em juízo<sup>9</sup>. Nelson Nery Júnior (9) explica a capacidade postulatória da seguinte maneira:

A lei exige que a parte esteja representada em juízo por quem tem capacidade postulatória. Trata-se de representação técnica, que não se confunde com aquela do CPC 12. Por capacidade postulatória entende-se a aptidão para promover ações judiciais e elaborar defesa em juízo. Há atos processuais cuja prática é privativa do advogado, não podendo ser realizados por estagiários (EOAB 1º, 3º §2º).

A Orientação Normativa CGAGU nº 1/2011<sup>10</sup>, emitida pelo Corregedor-Geral da União, determina a obrigatoriedade dos membros

9 Nas palavras de Leonardo José Carneiro da Cunha: “os membros da advocacia pública são advogados, a quem se confere a *capacidade postulatória*, ou seja, a possibilidade de postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário”. (CUNHA. op., cit., p. 20)

10 “O CORREGEDOR-GERAL DA ADVOCACIA DA UNIÃO, no exercício das competências e atribuições previstas nos artigos 5º e 6º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e art. 40, III, do Decreto nº 7.392, de 13 de dezembro de 2010, e considerando o despacho do Senhor Advogado-Geral da União constante a fl. 204 do Processo nº 00406.000246/2006-12, bem como a necessidade de orientar a atuação correcional e disciplinar, resolve expedir a presente orientação normativa, de caráter obrigatório a todos os Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e integrantes do Quadro Suplementar da Advocacia-Geral da União, de que trata o art. 46 da Medida Provisória no 2.229-43, de 6 de setembro de 2001:

É obrigatória a inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, por todos os Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e integrantes do Quadro Suplementar da Advocacia-Geral da União, de que trata o art. 46 da Medida Provisória no 2.229-43, de 6 de setembro de 2011, para o exercício da advocacia pública no âmbito da instituição.

Os membros da Advocacia-Geral da União e de seus órgãos vinculados respondem, na apuração de falta funcional praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontrem investidos, exclusivamente perante a Advocacia-Geral da União, e sob as normas, inclusive disciplinares, da Lei Orgânica da instituição e dos Atos Legislativos que, no particular, a complementem. Indexação: Advogados da União. Procuradores da Fazenda Nacional. Procuradores Federais. Integrantes do Quadro Suplementar. Ordem dos Advogados do Brasil. Inscrição. Obrigatoriedade. Falta funcional. Apuração. Competência exclusiva da Advocacia-Geral da União. Referência: art. 131 da Constituição Federal; arts. 5º, 6º e 32, da Lei Complementar nº 73, de 1993; art. 75, da MP 2.229-23, de 2011; art. 3º da Lei nº 8.906, de 1994; art. 148, da Lei nº 8.112, de 1990; Parecer AGU/MF nº 3/2000, de 20/4/2000, aprovado pelo

da AGU serem inscritos na OAB, o que reafirma de maneira contundente que os membros da advocacia pública federal são advogados.

O artigo 3º, § 1º, do Estatuto da Advocacia preceitua que,

[...] exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

Nesses termos, uma vez estabelecido que os membros da AGU e de seus órgãos vinculados são advogados, não se pode olvidar que a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XIII, garante a liberdade do exercício da profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Indaga-se, portanto, a constitucionalidade do artigo 28, inciso I, da Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União (Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993)<sup>11</sup>, que proíbe expressamente o exercício desse direito fundamental aos advogados públicos federais.

Registre-se que o Estatuto da Advocacia é a lei que regulamenta esta atividade e institui o regime legal a que estão submetidos os respectivos profissionais.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento que envolvia a habilitação profissional do músico, cuja discussão era a validade da determinação que obrigava a inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil e conseqüente pagamento de anuidade para o exercício do ofício, fixou entendimento de que tal exigência afronta o livre exercício da profissão, considerando que a liberdade é regra<sup>12</sup>.

---

Despacho AGU de 14/7/2000 e Despacho AGU de 10/8/2004 (Processo nº 00400.000438/2000-93); Nota nº 6/2010/CGAU-AGU e Despacho AGU, de 12/2/2010 (Processo nº 00406.00246/2006-12)". Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/270464>>. Acesso em: 14. jun. 2015.

11 Art. 28 da Lei Complementar nº73. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado:  
I - exercer advocacia fora das atribuições institucionais;

12 "DIREITO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO EM CONSELHO PROFISSIONAL. EXCEPCIONALIDADE. ARTS. 5º, IX e XIII, DA CONSTITUIÇÃO. Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. RE 414.426 / SC - SANTA CATARINA, do Tribunal Pleno, Brasília, DF, 01 ago 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 14 jul. 2015.)

No voto de condução do julgamento do caso judicial referido, a relatora do recurso extraordinário, a ministra Ellen Grace, enfatizou que o direito ao livre exercício da profissão é quase absoluto. Segundo ela, qualquer restrição a esta liberdade só se justifica se houver necessidade de proteção do interesse público, ou seja, só deve ser restringida à medida que a atividade profissional exige um conhecimento técnico apurado para o desempenho e garantia da qualidade dos serviços prestados à sociedade. A Ministra exemplifica o ofício dos advogados, por ser profissão que, necessariamente, exige formação acadêmica específica e inscrição no respectivo conselho de classe, haja vista o grau de complexidade técnica que envolve o labor da advocacia e a exigível fiscalização da atuação dos profissionais<sup>13</sup>.

O livre exercício profissional, por ser um direito fundamental, deve ter a sua aplicação imediata, conforme previsão do artigo 5º, §1º, da Constituição Federal<sup>14</sup>. O comando normativo constitucional não pode sofrer aniquilação, vez que, o constituinte originário estabeleceu a liberdade como regra indeclinável, outorgou, apenas, para o legislador ordinário, a modulação da qualificação profissional, cuja regulamentação deve satisfazer critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Portanto, se há a exigência de que os membros da AGU e de seus órgãos vinculados tenham habilitação de advogados, cuja atividade é disciplinada pelo respectivo Estatuto, que regulamenta a qualificação do profissional da advocacia e o regime jurídico que deve seguir, é de se perceber que a proibição ao exercício da advocacia fora das atribuições institucionais não respeita o comando constitucional expresso no artigo 5º, inciso XIII, eis que retira do advogado público a liberdade de exercer o seu ofício, para o qual está habilitado tecnicamente e legalmente.

13 Eis o trecho do voto da Ministra Eleen Grace que explica a constitucionalidade de exigências instituídas em lei específica ao exercício profissional: "Daf a exigência de que médicos, psicólogos e enfermeiras, engenheiros e arquitetos, advogados e professores ostentem cursos superiores como requisito para o exercício de suas atividades. Exige-se o registro do diploma, e na maioria dos casos, também o registro profissional perante o conselho criado para fiscalização da atividade. Também é indubitável legítima a exigência de habilitação específica para outras atividades profissionais em que a imperícia implicaria risco grave, como a de motorista." (Quarta e quinta páginas do voto da ministra Ellen Grace. Informação retirada do endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628395>>. Acesso em: 15 jun. 2015).

14 "Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]"

§ "1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". (BRASIL, 1988) Gilmar Ferreira Mendes comentando o artigo 5º, §1º, da Constituição explica que: "O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explica-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – como o que deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário". (op., cit. p. 241)

Pondera-se, todavia, que o exercício da advocacia, fora das suas atribuições institucionais, merece regramento condizente com as competências constitucionais reservadas, privativamente, aos membros da AGU.

No segundo capítulo deste trabalho, cuidou-se de traçar o conjunto de funções da advocacia pública federal. Assim, uma vez demarcado o feixe de atribuições do advogado público, a delimitação da compatibilidade com o exercício da advocacia privada encontra respaldo constitucional.

Acrescente-se que o direito fundamental ao exercício profissional, cuja restrição só é aceitável quando fundamentada em questões de interesse público, respeitados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade<sup>15</sup>, pode ser tolhido pelo legislador ordinário com o estabelecimento de restrições arbitrárias.

Canotilho (10) nos explica que os direitos e as liberdades estatuídas na Constituição de um Estado de direito revelam a sua fundamental importância no âmbito da comunidade e o legislador é obrigado a respeitar o núcleo essencial do comando constitucional. Observe-se:

Dizer que o Estado de direito é um Estado de direitos significa, desde logo, que eles regressam ao estatuto de *dimensão essencial* da comunidade política. Não admira, por isso, a sua *constitucionalização*. Estarem os direitos na constituição significa, antes de tudo, que beneficiam de uma tal dimensão de *fundamentalidade* para a vida comunitária que não podem deixar de ficar consagrados, na sua globalidade, na lei das leis, ou lei suprema (a constituição). Significa, em segundo lugar, que, valendo como direito constitucional superior, os direitos e liberdades obrigam o legislador a respeitá-los e a observar o seu núcleo essencial, sob pena de nulidade das próprias leis”.

No âmbito da própria AGU, editaram-se três normas internas com abrandamentos referentes à vedação ao exercício da advocacia fora das atribuições institucionais dos advogados públicos federais, são elas:

a) Portaria nº 758, de 09 de junho de 2009, que dispõe sobre o exercício da advocacia *pro bono* por ocupantes de cargos efetivos de Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal, Procurador do Banco Central ou integrante dos quadros suplementares

---

15 Nas palavras de Gilmar: “A questão da reserva legal envolve aspectos formais, relacionados com competência para o estabelecimento de restrição, o processo e a forma de realização, e com aspectos materiais, referentes a exercício dessa competência, principalmente no que concerne às condições das reservas qualificadas, aos limites estabelecidos pelo princípio da proteção ao núcleo essencial, à aplicação do princípio da proporcionalidade e, com ele, o princípio da ponderação”. (MENDES. op., cit. p. 295)

de que trata o art. 46 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001; (11)

b) Instrução Normativa Conjunta CGAGU/PGF nº 1, de 29 de julho 2009; (12)

c) Orientação Normativa nº 27, de 09 de abril de 2009, do Advogado-Geral da União. (13)

As três normas internas citadas tratam da questão que envolve o exercício da advocacia privada pelos membros da AGU. Esses regulamentos dispõem que apenas em duas situações é possível o exercício do ofício pelos advogados públicos federais: a advocacia *pro bono* e advocacia em causa própria.

As normas internas conduzem a três conclusões irrefutáveis: a primeira, que a própria AGU reconhece a invalidade do art. 28, inciso I, da Lei Complementar, vez que regulamenta um direito, cujo exercício está vedado pela referida lei; a segunda, que essas normas internas são juridicamente inválidas, na medida em que visam regulamentar direito fundamental reservado tão somente à lei específica, que trata da qualificação profissional do advogado, que é exatamente o Estatuto da Advocacia (14); a terceira, e mais importante de todas, caminha no mesmo sentido do artigo 28, inciso I, da Lei Complementar nº 73/1993, e desconsidera o núcleo essencial da liberdade ao exercício profissional e, por esse motivo, não poderia gozar de outra penalidade, que não o reconhecimento das respectivas nulidades, pois afronta diretamente a Carta de 1988. Ricardo Marques de Almeida (15), comentando a respeito das citadas normas internas da AGU, conclui que a própria Administração reconheceu a institucionalidade da Lei Complementar, em suas palavras:

Mesmo não sendo matéria de Lei Complementar, os Regulamentos infralegais acima, que liberaram a advocacia em causa própria e *por bono*, trouxeram hipóteses de advocacia *fora das atribuições funcionais*. Ao reduzir o campo de incidência da proibição do artigo 28, I da LC 73/93, a Administração negou aplicação à Lei Complementar naquelas hipóteses específicas, o que equivale, segundo a jurisprudência do Supremo, ao reconhecimento de sua inconstitucionalidade da lei pelo próprio Poder Executivo.

### 3 A APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.906/1994: ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (EOAB)

Consoante à exposição realizada no capítulo anterior, o Estatuto da Advocacia e da OAB (EOAB), Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, regulamenta a profissão do advogado; nela, está disciplinada a qualificação técnica necessária para a respectiva habilitação, bem como os seus direitos e deveres, seu código de ética, além de dispor sobre a organização da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

O artigo 3º, §1º, do Estatuto<sup>16</sup> diz expressamente que os advogados públicos estão sujeitos à disciplina dessa lei, e não poderia ser diferente, haja vista que eles exercem a advocacia e são profissionais inscritos na OAB.

A Constituição Federal, ao disciplinar o livre exercício profissional, reserva ao legislador ordinário a regulamentação das qualificações profissionais<sup>17</sup>. O Estatuto da Advocacia preenche este desiderato constitucional, revelando-se o diploma jurídico hábil a proporcionar a liberdade do exercício profissional, dentro dos parâmetros técnicos e seguros exigíveis para a satisfatória prestação de serviços advocatícios, preservando o interesse público.

Nesse sentido, a Lei Complementar nº 73/1993 invadiu a seara reservada à lei ordinária prevista no artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, e regulamentou a profissão de advogado, quando trata do exercício da advocacia privada por parte dos advogados públicos federais, vedando-o completamente.

Percebe-se que os dispositivos legais que tratam das prerrogativas funcionais dos membros da AGU e de seus órgãos vinculados, não estão no âmbito normativo reservados à lei complementar pelo *caput* do artigo 131 da Constituição Federal de 1988<sup>18</sup>, a matéria reservada a tal lei se refere, unicamente, à organização e funcionamento da AGU.

16 Art. 3º O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

§ 1º Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinam, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional. (BRASIL. Lei nº 8.906, de 04 de julho de 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2015)

17 O Supremo Tribunal Federal entende que os incisos I e XVI do art. 22, da Constituição, determinam, respectivamente, competir privativamente à União legislar sobre direito do trabalho e sobre condições para o exercício de profissões. *Vide* ADI nº 601/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, Pleno, unânime, DJ 20.9.2002; ADI nº 953/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, unânime, DJ 2.5.2003; ADI-MC nº 2.487/SC, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, unânime, DJ 1.8.2003; ADI nº 3.069/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, unânime, DJ 16.12.2005; ADI nº 3.587/DF, Rel. Gilmar Mendes, DJ de 22/2/08.

18 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

Dessa maneira, na parte em que a Lei Complementar nº 73/1993 (LOAGU) exorbita a regulamentação do artigo 131, não é considerada, materialmente, lei complementar, mas lei ordinária efetivamente. Esse entendimento foi fruto do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, consoante a seguinte ementa:

EMENTA: Contribuição social sobre o faturamento – COFINS (CF, art. 195, I). 2. Revogação pelo art. 56 da Lei 9.430/96 da isenção concedida às sociedades civis de profissão regulamentada pelo art. 6º, II, da Lei Complementar 70/91. Legitimidade. 3. Inexistência de relação hierárquica entre lei ordinária e lei complementar. Questão exclusivamente constitucional, relacionada à distribuição material entre as espécies legais. Precedentes. 4. A LC 70/91 é apenas formalmente complementar, mas materialmente ordinária, com relação aos dispositivos concernentes à contribuição social por ela instituída. ADC 1, Rel. Moreira Alves, RTJ 156/721. 5. Recurso extraordinário conhecido, mas negado provimento. (16)

Gilmar Mendes (3), citando a ADI 789, DJ de 19-12-1994, Rel. Celso de Mello, explica que:

A lei complementar se peculiariza e se define por dois elementos básicos. Ela exige quórum de maioria absoluta para ser aprovada (art.69 da CF) e o seu domínio normativo ‘apenas se estende àquelas situações para as quais a própria Constituição exigiu – de modo expresso e inequívoco – a edição desta qualificada espécie de caráter legislativo’: Onde, portanto, o constituinte não cobrou a regulação de matéria por meio de lei complementar, há assunto para lei ordinária. (p. 836)

Portanto, as prerrogativas funcionais disciplinadas pela LOAGU são, materialmente, dispositivos de lei ordinária, e como tal, encontram-se revogados pelo EOAB, tendo em vista que nos termos do artigo 2º, §1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “*a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*”. (17)

Nas palavras de Gilmar Mendes:

A lei ordinária que destoa da lei complementar é inconstitucional, por invadir âmbito normativo que lhe é alheio, e não por ferir princípio

---

sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2015.

de hierarquia das leis. Por outro lado, não será inconstitucional a lei ordinária que dispuser em sentido diverso do que estatui um dispositivo de lei complementar que não trata de assunto próprio de lei complementar. O dispositivo da lei complementar, no caso, vale como lei ordinária e pode-se ver revogado por regra inserida em lei ordinária. Nesse sentido é a jurisprudência do STF. (p. 836)

As incompatibilidades e os impedimentos para o exercício da advocacia estão regulados no Capítulo VII do EOAB. No rol taxativo das situações elencadas nos dispositivos legais, artigos 27 a 30, não existe nenhuma vedação ao exercício da advocacia privada por membros da AGU; limita-se a determinar que Procuradores Gerais e Advogados Gerais e dirigentes de órgão jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerça, durante o período da investidura (art.29).<sup>19</sup>

Portanto, o Estatuto dispõe que, tão somente os advogados públicos que exercem cargos comissionados de chefias de órgãos jurídicos não podem, temporariamente, exercer a advocacia fora das suas atribuições institucionais. Uma vez cessada a investidura no respectivo cargo comissionado ou função de confiança, automaticamente, o membro da advocacia pública retoma a sua prerrogativa.

Thiago D'Ávila (18) traça a diferença entre os impedimentos disciplinados no artigo 29 do EOAB e o impedimento temporário preceituado no artigo 30 deste mesmo diploma. Eis as suas explicações, *in verbis*:

Desta maneira, o assunto só pode ser solúvel doutrinariamente se esquecermos essa nomenclatura equivocada, para admitir que a hipótese é de impedimento. Ocorre que, porém, é um impedimento diferente do que se estudará quando da análise do art. 30 do Estatuto. Como já tive oportunidade de adiantar, entendo que existem dois tipos de impedimento:

1) Impedimento de exclusividade específica: o advogado pode atuar livremente, exclusive para hipótese específica descrita em lei. Ou seja, ocorre quando a lei diz a hipótese específica em que o impedido não pode exercer a advocacia, mas deixa em aberto as hipóteses em que é livre para advogar. Como o impedimento só ocorre na hipótese específica, sendo livre a advocacia fora do âmbito do impedimento, está o advogado excluído, especificamente naquele caso descrito em lei,

<sup>19</sup> Art. 29. Os Procuradores Gerais, Advogados Gerais, Defensores Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da Administração Pública direta, indireta e fundacional são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam, durante o período da investidura.

do direito de exercer a advocacia. No impedimento de exclusividade específica, a restrição ao direito de advogar é descrita em norma fechada;

2) Impedimento de exclusividade abrangente: ocorre quando, ao revés, a lei diz a(s) única(s) hipótese(s) em que o impedido pode exercer a advocacia, dando a entender que fora desse âmbito de permissão para advogar é ele impedido para qualquer ato de advocacia, de forma abrangente, sem que a lei especifique que hipóteses de impedimento são essas. No impedimento de exclusividade abrangente, a restrição ao direito de advogar é descrita em norma aberta.

Ora, o art. 27 do Estatuto diz que impedimento é “*a proibição parcial do exercício da advocacia*”. Que temos no art. 29, senão um evidente caso de impedimento? Às pessoas ocupantes dos cargos ali descritos, é permitida a advocacia no âmbito de suas funções, sendo vedada em qualquer outra hipótese. Trata-se, por óbvio, de proibição parcial do exercício da advocacia, o que se traduz em impedimento.

Assim, a hipótese não é de “incompatibilidade excepcionada”, como se insiste em repetir erroneamente, mas sim de impedimento, porém um impedimento diferente, já explicado, por ser expresso em dizer a (s) única (s) hipótese (s) em que o impedido pode exercer a advocacia, dando a entender que fora desse âmbito de permissão para advogar é ele impedido para qualquer ato de advocacia. Ou seja, o art. 29 trata de um impedimento de exclusividade abrangente.

Acerca da matéria relacionada aos ocupantes de cargos comissionados, cumpre registrar que tais servidores públicos, notadamente no âmbito da administração pública federal, estão sujeitos a regime de dedicação integral ao serviço, consoante dispõe o artigo 19, §1º, da Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990 - Estatuto do Servidor Público Federal (19).<sup>20</sup> Dessa maneira, o EOAB, ponderadamente, reafirma o regime do servidor público federal, e disciplina para advogados públicos que exercem cargos de chefia de órgãos jurídicos, o impedimento do exercício da advocacia fora das suas atribuições institucionais.

Para os membros da advocacia pública, existe um impedimento de exclusividade específica e está disciplinado no artigo 30, inciso I, do EOAB, que veda aos servidores da administração direta, indireta e fundacional,

20 Os servidores cumprirão jornada de trabalho fixada em razão das atribuições pertinentes aos respectivos cargos, respeitada a duração máxima do trabalho semanal de quarenta horas e observados os limites mínimo e máximo de seis horas e oito horas diárias, respectivamente. (Redação dada pela Lei nº 8.270, de 17.12.91)  
§ 1º - O ocupante de cargo em comissão ou função de confiança submete-se a regime de integral dedicação ao serviço, observado o disposto no art. 120, podendo ser convocado sempre que houver interesse da Administração. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)  
§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica a duração de trabalho estabelecida em leis especiais. (Incluído pela Lei nº 8.270, de 17.12.91).

advogarem contra a Fazenda Pública que os remunere ou a qual seja vinculada a entidade empregadora. Essa regra leva em consideração o dever de lealdade com a administração pública, conforme o artigo 116, inciso II, da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990,<sup>21</sup> exigível a todos servidores públicos, portanto critério proporcional e razoável na regulamentação do livre exercício da advocacia (artigo 5º, inciso XVIII, da Constituição de 1988).

O EOAB é a lei vigente que regulamenta a profissão do advogado, e como tal garante a liberdade de os advogados públicos federais exercerem a advocacia na esfera privada, desde que não atuem contra a Fazenda Pública que lhe remunera.

## CONCLUSÃO

O advogado público federal exerce sua atividade profissional na defesa dos interesses públicos, na medida em que realiza o seu ofício de modo a assessorar juridicamente o gestor, garantindo a prestação dos serviços públicos, a execução das políticas implementadoras de projetos governamentais dos órgãos do Poder Executivo e sua administração indireta.

O zelo pela legalidade dos atos administrativos e a condução da probidade administrativa são tarefas constantes e papéis primordiais desempenhados pelo consultor jurídico federal.

É dever constitucional dos membros da advocacia federal a representação judicial e extrajudicial da União, contemplando os seus três Poderes, bem como das suas autarquias e fundações públicas, realizando a defesa judicial do patrimônio público e dos atos administrativos legalmente praticados pelas autoridades públicas federais.

Todas essas funções de alta relevância para o Estado brasileiro, não retira do advogado público federal a liberdade do exercício da advocacia na esfera privada, porque não existe na Constituição Federal vedação a esse exercício profissional.

O direito fundamental ao livre exercício profissional está consagrado na Lei Maior e goza de aplicabilidade imediata; a sua regulamentação só é autorizada nos casos em que a profissão exige conhecimentos técnicos apurados e seja necessária a preservação da segurança para não lesar o interesse da coletividade. A regra é a liberdade, por isso a LOAGU viola esta máxima. O seu artigo 28, inciso I, traz um comando que aniquila o núcleo essencial do direito fundamental, uma vez que veda o exercício profissional. Portanto, norma inconstitucional.

21 Art.116. São deveres do servidor: [...] II - ser leal às instituições a que servir". Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18112cons.htm)>.

Sendo que, o membro da advocacia pública federal é essencialmente um advogado, e por tal condição, deve, necessariamente, estar habilitado para o exercício do seu ofício. A sua filiação na OAB é questão primordial para a sua atuação, tanto na esfera pública, como na esfera privada.

A lei que trata a regulamentação da profissão de advogado é o EOAB e ela não veda o exercício da advocacia na esfera privada pelo advogado público federal, e reza, tão somente, que tal advogado não deve atuar profissionalmente contra a Fazenda Pública que o remunera, em face de um dever de lealdade exigível a todos os servidores públicos.

Diante dessas conclusões extraídas do estudo realizado por este trabalho, há de se perceber que os membros da AGU e de seus órgãos vinculados estão tolhidos do exercício de direito fundamental, por força de previsão legal que contraria a Constituição brasileira e o ordenamento jurídico.

Eles estão impedidos de exercer a profissão de advogado na seara privada sem qualquer norma válida que embase juridicamente esta proibição.

A própria administração pública federal tem o dever de alterar o entendimento sobre a questão e, conseqüentemente, modificar o tratamento que é dispensado aos seus advogados, visto que norma inválida não deve ter aplicabilidade, mormente quando esta mesma norma já se encontra revogada por lei posterior que trata de forma diversa a matéria.

Por outro lado, os membros da advocacia pública federal, individualmente ou coletivamente, podem recorrer ao Poder Judiciário buscando o reconhecimento do direito fundamental ao livre exercício profissional e o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma violadora.

Por certo, não há como prever a solução jurídica que será dada pelos magistrados nacionais ao caso judicial, mas, acredita-se fortemente que as considerações elencadas neste trabalho sirvam de fundamentos relevantes para o julgamento de procedência do pedido.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ricardo Marques. *Advocacia pública federal precisa de estatuto jurídico*. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-07/ricardo-almeida-advocacia-publica-federal-estatuto-juridico>>. Acesso em: 15 jun 2015.

ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. Teoria das proibições ao exercício da advocacia. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 11, n. 1032, 29 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8315>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BINENBOJM, Gustavo. A advocacia pública e o Estado Democrático de Direito. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora*. RPGMJF, Belo Horizonte, a. 1, n. 1, p. 219-227, jan./dez. 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2015.

BRASIL. *Constituição do Estado do Paraná*. Outubro, 1989.

BRASIL. *Decreto-lei nº4657, de 4 de setembro de 1942*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2015.

BRASIL. *Instrução Normativa Conjunta CGAGU/PGF n. 1, de 29 de julho 2009*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/195204>>. Acesso em: 15 Jun. 2015.

BRASIL. *Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2015

BRASIL. *Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm)>. Acesso em: 15 Jul. 2015

BRASIL. *Orientação Normativa AGU nº 27, de 09 de abril de 2009*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/189563>>. Acesso em 15 jun. 2015.

BRASIL. *Portaria AGU nº 758, de 09 de junho de 2009*. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/190799>>. Acesso em: 15 Jun. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário RE 377.457/PR*. Tribunal Pleno. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570335>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Estado de direito*. 1999. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em: 15 Jun. 2015.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. São Paulo: Dialética, 2007.

MAZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultura, patrimônio público e outros interesses*. 19. ed. ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual em vigor*. atualizado até 22 fev. 2001. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *A Responsabilidade do Advogado de Estado*. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br/web/pge/exibeConteudo?article-id=263388>>. Acesso em: 15 jun 2015.

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

---

A ATUAÇÃO PROATIVA DA ADVOCACIA-  
GERAL DA UNIÃO PERANTE O SUPREMO  
TRIBUNAL FEDERAL (ADC 19 E ADI 4424)  
EM DEFESA DA SEGURANÇA JURÍDICA E  
CONFIANÇA NO COMBATE À VIOLÊNCIA  
CONTRA A MULHER: LEI MARIA DA PENHA

---

*THE PROACTIVE ACTION BY THE FEDERAL ADVOCACY BESIDE  
OF THE SUPREME COURT (ADC 19 AND ADI 4424) IN DEFENSE  
OF LEGAL SECURITY AND CONFIDENCE IN FIGHT AGAINST  
WOMEN'S VIOLENCE: MARIA DA PENHA LAW*

*Rodrigo Araújo Ribeiro*

*Procurador Federal em Belo Horizonte/MG, Coordenador da EAGUMG (10  
Região), Mestre em Direito Tributário pela UFMG e Doutor em Direito Público pela  
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Constituição Federal Brasileira e a Proteção da Segurança Jurídica e Confiança no Estado Democrático de Direito; 2 O Papel da Advocacia-Geral da União na Defesa do Interesse Público Primário da Sociedade Brasileira; 3 A “Interpretação Conforme a Constituição” como Técnica de Decisão Defendida para a Proteção da Confiança e Segurança Jurídica nos Crimes de Violência Contra a Mulher (Lei Maria da Penha); 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente ensaio visa trazer uma análise reflexiva do papel constitucional e dos avanços da atuação da Advocacia-Geral da União na defesa da segurança Jurídica e na proteção da confiança do indivíduo no Estado Democrático de Direito brasileiro perante o Supremo Tribunal Federal. Certificar-se-á, portanto, que a (re)afirmação do constitucionalismo, através de uma “interpretação conforme a Constituição”, permite a (re)construção da identidade do sujeito constitucional, proporcionando o combate à violência contra a mulher (Lei Maria da Penha).

**PALAVRAS-CHAVE:** Proteção da Segurança Jurídica. Proteção da Confiança no Estado Democrático de Direito. Constitucionalismo. Interpretação Conforme a Constituição. Lei Maria da Penha. ADC 19 e ADI 4424. Atuação Proativa da Advocacia-Geral da União no STF.

**ABSTRACT:** This essay aims to provide a reflexive analysis of the constitutional role and progress of the Federal Advocacy’s work in defense of legal security and protection of the citizen’s trust in Brazilian Democratic State of Law beside of the Supreme Court. It will be ensured that (re)affirmation of constitutionalism, through an “interpretation according to the Constitution”, allows the (re) construction of the identity of the constitutional subject, providing the fight against women’s violence (Maria da Penha Law).

**KEYWORDS:** Protection of Legal Security. Protection of Trust in Democratic State of Law. Constitutionalism. Interpretation According to the Constitution. Maria da Penha Law. ADC 19 and ADI 4424. Proactive Action of the Federal Advocacy Beside of the STF.

## INTRODUÇÃO

A inserção do Capítulo IV, “Das Funções Essenciais à Justiça”, e da Seção II, “Da Advocacia Pública”, dentro do Título IV, “Da Organização dos Poderes”, na Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pela EC n. 19, de 04 de junho de 1988, assentou-se a defesa do interesse público primário pela Advocacia-Geral da União.

Concomitantemente a isso, o advento da Constituição da República de 1988 trouxe novas perspectivas para a sociedade brasileira no tocante à proteção do princípio da segurança jurídica e, por seu turno, do subprincípio da proteção da confiança.

O grande desafio, dentro do Estado democrático de direito brasileiro, está em (re)afirmar o constitucionalismo para a (re)construção dialógica da identidade do sujeito constitucional. Para tanto, caberá ao intérprete do texto constitucional traçar um caminho seguro para revelar a “verdade” das normas jurídicas.

Buscar-se-á, neste artigo, trazer à baila o papel constitucional e os desafios da Advocacia-Geral da União na (re)construção do sujeito constitucional para proporcionar a defesa da segurança jurídica e a proteção da confiança no combate à violência contra a mulher (Lei Maria da Penha), notadamente, através de uma “interpretação conforme a Constituição” nas ações de controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Antes, porém, faz-se necessário tecer um breve panorama em torno dos contornos do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança na Constituição Federal de 1988, bem como o papel constitucional da Advocacia-Geral da União na defesa do interesse primário no Estado brasileiro.

### 1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA E A PROTEÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA E CONFIANÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A proteção da segurança, dentro da organização jurídica, aparece na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, notadamente, em seu artigo II., que prevê que a base de toda associação política é a conservação de todos os direitos naturais e imprescritíveis do homem (a liberdade, a propriedade, a segurança e resistência à opressão), aqui reproduzido, litteris: “Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l’oppression.”<sup>1</sup>

1 Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>>.

Em momento posterior, a Constituição Francesa de 1793 procurou ainda conceituar o termo em seu preâmbulo, aqui também reproduzido: “La sûreté consiste dans la protection accordée par la société à chacun de ses membres pour la conservation de sa personne, de ses droits et de ses propriétés.”<sup>2</sup>

Segurança, portanto, é a ação ou efeito de tornar seguro, estabilidade, firmeza; estado, qualidade, condição de uma pessoa ou coisa que está livre de perigo, de incertezas, assegurada de danos e riscos eventuais, afastada de todo o mal; ou, ainda, a situação em que não há nada a temer; a tranquilidade que dela resulta.<sup>3</sup>

Em termos jurídicos, é possível dividir o princípio da segurança jurídica lato sensu em duas vertentes: a segurança jurídica stricto sensu e o princípio da proteção da confiança, como o faz Canotilho:

Em geral, considera-se que a *segurança jurídica* está conexiada com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a *proteção da confiança* se prende mais com as componentes subjetivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos.<sup>4</sup>

Em realidade, o princípio da proteção da confiança é um subprincípio do princípio da segurança jurídica e, ambos, tem como fundamento o Estado de Direito. Uma vez que não há texto expresso nesse sentido na Constituição Federal de 1988, afirma-se que se trata do princípio constitucional que decorre do seu artigo 5º, §2º: “Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.<sup>5</sup>

Note-se que a certeza e confiança do direito é o objetivo primordial do constitucionalismo liberal, que cria um processo definido de elaboração das leis e um rígido controle de Constitucionalidade, a fim de proteger os direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente. Está,

2 Tradução livre: “A segurança consiste na proteção conferida pela sociedade a cada um de seus membros para conservação de sua pessoa, de seus direitos e de suas propriedades”. Disponível em: <<http://www.syti.net/DDH1793.html>>.

3 HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001. p. 2536.

4 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 257.

5 DIDIER JR., Fredie. *Curso Processual Civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 137.

portanto, intimamente atrelado aos efeitos temporais da aplicação da lei e expressamente assegurados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, quais sejam: o princípio da legalidade (inciso II); a proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (inciso XXXVI); princípio da legalidade penal (inciso XXXIX), dentre outros.

Fredie Didier ensina que o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança se complementam semanticamente, pois a segurança é faceta geral da confiança e a confiança a faceta particular da segurança; ainda, citando Ávila, afirma que:

Tutela-se a situação de confiança do sujeito que exerce a sua liberdade por confiar na validade (ou aparência de validade) de um conhecido ato normativo e, depois, vê frustradas as suas expectativas pela descontinuidade da vigência ou dos efeitos desse ato normativo, quer por simples mudança, quer por revogação, quer por invalidação.<sup>6</sup>

Dentro desse contexto, trazendo esse princípio para o atual Estado Democrático de Direito, a segurança jurídica lato sensu, como afirma Canotilho, exige a:

[...] (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos de poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios atos.<sup>7</sup>

Sustenta, ainda, Canotilho, que a segurança jurídica (base da proteção da confiança) se constitui concretamente da seguinte forma:

[...] o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses atos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.<sup>8</sup>

Em defesa de uma “interpretação conforme a Constituição”, possibilitando a manutenção no ordenamento jurídico das leis e atos normativos editados pelo poder competente, Alexandre de Moraes deixa

6 DIDIER JR., op. cit., p. 138.

7 CANOTILHO, op. cit., p. 257.

8 Ibidem, p. 257.

claro a necessidade de se encontrar uma significação da norma, dentre as várias possíveis, que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.<sup>9</sup>

Amparado no constitucionalismo, na afirmação da (re) construção do sujeito constitucional, na segurança jurídica e confiança no Estado Democrático de Direito através de uma “interpretação conforme a Constituição”, a Advocacia-Geral da União vem (re)afirmando seu importante papel na proteção do interesse público primário da sociedade brasileira, como se verá.

## **2 O PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA DEFESA DO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO DA SOCIEDADE BRASILEIRA**

A integração da Advocacia-Geral da União no rol de instituições públicas elevadas à categoria de Funções Essenciais à Justiça no Capítulo IV – mas não no nos Capítulos que tratam dos Poderes da República (Capítulos I, II e III) da Constituição Federal de 1988 - demonstra, inequivocamente, a importância desta instituição da República na defesa dos interesses públicos primários.

Dessa maneira, visando sempre a concretização da Justiça, a Advocacia-Geral da União não está inserida dentro de um ou outro dos Poderes do Estado, mas englobada dentro de um bloco único juntamente com as instituições públicas do Ministério Público e a Defensoria Pública, como se constituíssem um quarto poder dentro do Título IV da Constituição.

Para Junqueira Ramos, quando o legislador constitucional de 1988 qualificou a Advocacia-Geral da União como uma instituição, pretendeu que sua atuação não fosse simplesmente como um órgão da Administração Pública, ressaltando que:

O constituinte de 1988 manteve, de um lado, os três Poderes tradicionais, segundo o clássico modelo pensado por Montesquieu, bem assim as funções respectivas de legislar, executar e julgar. Paralelamente, criou as Funções Essenciais à Justiça, entre essas a Advocacia-Geral da União que, sem características de Poder orgânico, tem por objetivo de atuar diretamente na representação da União Federal, prestando consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo com independência.<sup>10</sup>

9 MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 47.

10 RAMOS, William Junqueira. *A Advocacia-Geral da União e a defesa do interesse público primário*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015. p. 35.

Em que pese o entendimento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI n. 470/AM<sup>11</sup>, no sentido da limitação técnica do Advogado Público, havendo necessidade de autorização do seu superior hierárquico para reconhecimento de direito, Diogo de Figueiredo Moreira Neto considera duas conquistas do direito público contemporâneo: o sistema de participação política e o sistema de Funções Essenciais à Justiça, aperfeiçoado com as garantias para uma atuação independente.<sup>12</sup>

Sob essa ótica e dentro do Estado Democrático de Direito brasileiro, cabe à Advocacia-Geral da União exercer seu profícuo papel de zelar pela legalidade dos atos administrativos da União Federal, alertando ao Administrador Público sobre o descompasso da aplicação da lei (dentro da seara administrativa) ou provocando os órgãos do Poder Judiciário para colocar o Estado dentro do passo correto do direito e da juridicidade.

Ressalte-se aqui a manifestação do Advogado-Geral da União pela procedência da ADI 4.249/SP, em que foi impugnada a Lei n. 13.521/09 do Estado de São Paulo, que proíbe o consumo de cigarros em áreas de uso coletivo. Defendeu-se, em parecer favorável à inconstitucionalidade formal da lei paulista, o argumento de que se já existe lei federal sobre o tema, o ato normativo estadual invadiu a competência da União para dispor sobre normas gerais (Competência concorrente – Art. 24, XII, § 2º e § 4º da CF/88).<sup>13</sup>

Após vários debates nos votos proferidos na ADI 3916/DF<sup>14</sup>, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, entendeu que o Advogado-Geral da União, enquanto chefe de uma instituição constitucional que exerce função essencial à Justiça, pode manifestar-se pela defesa ou não do ato normativo abstratamente impugnado perante a Corte, de acordo com sua convicção jurídica a respeito do tema e sem ferir o imperativo constitucional determinado pelo Artigo 103, § 3º da Constituição Federal.<sup>15</sup>

11 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 470 AM, Pleno, Rel. Min. Ilmar Galvão j. 01/07/2000, *Diário da Justiça da União*, 11.10.2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=470&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>.

12 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 116, p. 72-102, out/dez 1992. p. 81. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175998/000466608.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 26 jan 2018.

13 MORAIS, Dalton Santos. *Controle de Constitucionalidade*. Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 218.

14 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3916 DF, Pleno, Rel. Min. Eros Grau j. 07/10/2009, *Diário da Justiça da União*, 16.10.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3916&classe=AD>>.

15 Prescreve o Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 3º. Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará,

Por vezes, como curador da presunção de constitucionalidade do ato normativo impugnado, o Advogado-Geral da União poderá manifestar-se, no mérito, pela procedência do pedido de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade para que seja conferida uma “interpretação conforme a Constituição” da norma impugnada. Assim, mediante interpretação que guarde fundamento na Constituição, em defesa da proteção da confiança e da segurança jurídica, preserva-se a constitucionalidade da norma no caso em que seja possível a adoção de uma interpretação de acordo com a Constituição vigente.<sup>16</sup>

Segundo Berlandi, a atuação do Advogado de Estado deve zelar não simplesmente em prol da legalidade, mas prevalência do “bom Direito”, sendo, ainda, custos legis – atribuição que não somente cabe aos membros do Ministério Público – na medida em que cumpre fiscalizar a lei ao controlar os atos da administração via emissão de pareceres vinculantes e súmulas administrativas.<sup>17</sup>

Verifica-se, portanto, que o papel da Advocacia-Geral da União deve ser pautado pelas balizas da advocacia do Estado em defesa da sociedade, da ordem jurídica e do interesse público, mas não simplesmente uma advocacia de Governo, restrita à defesa do interesse de um governo transitório. Nesse sentido, expressa-se Junqueira Ramos:

Por isso, dentro do enfoque da advocacia de Estado e não de governo, é importante rememorar que os Procuradores Públicos não estão submetidos à hierarquia administrativa de qualquer dos Poderes do Estado e, nas palavras de Derly Barreto e Silva Filho, não recebem ordens de quem quer que seja. Afinal, exercem função essencial à justiça, controlando os atos administrativos sob a ótica da legalidade, legitimidade e da licitude, preservando, promovendo e assegurando os interesses públicos primários entregues à cura do Estado, misteres que não podem ficar condicionados à relação de subordinação administrativa.<sup>18</sup>

Dentro de seu múnus constitucional, cabe à Advocacia-Geral da União, quer atuando na consultoria, quer atuando na representação judicial da União Federal e suas Autarquias, balizar-se na proteção da segurança

---

previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 26 jan 2018.

16 MORAIS, op. cit., p. 288.

17 BELANDI, Victor César. Advocacia de Estado ou de Governo? Reflexões sobre a advocacia dos interesses públicos constitucionalmente acometidos à administração do Estado. *Revista da AGU*, Brasília-DF, a. 14, n. 3, p. 231-260, jul./set. 2015.

18 RAMOS. op. cit., p. 75.

jurídica, dentro do primado do Estado Democrático de Direito brasileiro, cuja finalidade é o bem comum.<sup>19</sup>

Diante dessas premissas, a Advocacia-Geral a União vem atuando nas Ações Afirmativas propostas perante o Supremo Tribunal Federal e defendendo, com afinco, a proteção da confiança do cidadão na validade (ou aparência de validade) de um ato normativo sem frustrar a descontinuidade de vigência ou dos efeitos desse ato normativo por sua invalidação, protegendo, reflexamente, o Estado Democrático de Direito, como se verá no decorrer desse artigo.

### **3 A "INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO" COMO TÉCNICA DE DECISÃO DEFENDIDA PARA A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E SEGURANÇA JURÍDICA NOS CRIMES DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER (LEI MARIA DA PENHA)**

No Brasil, a discriminação por gênero (feminino) está longe de acabar, bastando analisar o número de mulheres mortas e lesionadas nas Delegacias de Mulher dos grandes centros urbanos. Segundo Souza Cruz:

Nenhuma estatística anual é capaz de refletir a realidade quantitativa e qualitativa da violência doméstica contra a mulher. Espancamentos, surras, estupros continuados não são revelados a público por razões ligadas a aspectos sociais e psicológicos das vítimas. Assim, a violência doméstica refletida em números pelas Delegacias de Mulheres, de fato, expressa um valor pouco significativo, servindo, apenas, como amostragem de um quadro triste de brutalidade ainda presente no Brasil atual. Contudo, apenas como estatística, a Delegacia Especializada de Crimes Contra a Mulher de Belo Horizonte, MG, registrou 21.642 ocorrências, nos anos de 1996 a julho de 1998, sendo que 30% são lesões corporais (7.933 casos). Dados da Secretaria Municipal de Saúde de Belo Horizonte, MG, informam que o uso de medicamentos "para dormir" é 40% maior nas mulheres que vivem em situação de violência conjugal do que nas mulheres em uniões não violentas. O consumo de ansiolíticos é 74 vezes superior em mulheres abusadas sexualmente.<sup>20</sup>

De acordo com dados retirados da Secretaria de Políticas para Mulheres:

<sup>19</sup> RAMOS, op. cit., p. 74.

<sup>20</sup> CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à Diferença*. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009. p. 40.

O Brasil apresenta um dos piores índices de violência contra mulheres e meninas. É alarmante o número de crianças e adolescentes abusadas e exploradas sexualmente. Estima-se que, a cada 12 segundos, uma mulher é estuprada no Brasil. Dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública indicam que em cinco anos os registros de estupro no Brasil aumentaram 168%: as ocorrências subiram de 15.351 em 2005 para 41.294 em 2010. Segundo o Ministério da Saúde, de 2009 a 2012, os estupros notificados cresceram 157%, e somente entre janeiro e junho de 2012, ao menos 5.312 pessoas sofreram algum tipo de violência sexual.<sup>21</sup>

Dentro desse contexto e do desafio de eliminar a discriminação e abusos contra as mulheres e, conseqüentemente, legitimar a dignidade do gênero feminino, no âmbito do Executivo brasileiro, o Decreto presidencial n. 6.691, de 2008, estendeu a licença maternidade a mulheres que adotarem ou obtiverem guarda judicial de crianças, bem como o Decreto de 23/11/2000 (indicação da Ministra Ellen Gracie para ministra do Supremo Tribunal Federal), dentre outros; já no campo do Legislativo, o Dia Nacional da Mulher (30 de abril) foi instituído em 1980, através da *lei nº 6.971*, de 9 de junho de 1980, como homenagem a Jerônima Mesquita, uma enfermeira brasileira que liderou o movimento feminista no Brasil e, ainda, foram publicadas e vigentes a *Lei n. 9.504/97* (normas gerais para eleições), *Lei n. 10.224/2001* (crime de assédio sexual no trabalho), *Lei n. 11.340/2006* (lei Maria da Penha), *Lei n. 11.480/2007* (Dia Nacional da Mobilização dos Homens pelo fim da violência contra a mulher), *Lei 11.770/2008* (Licença Maternidade de 180 dias), dentre outras leis.

Na seara judicial, importantes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal demonstram que o Poder Judiciário vem assumindo um importante papel no alcance dos princípios da igualdade de gênero e da dignidade da mulher dentro do pluralismo e do compromisso traçado pelo Estado Democrático de Direito brasileiro: ressaltam-se as decisões proferidas na ADC 19 e na ADIN n. 4424 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal.

Nos termos do já mencionado artigo 103, § 3º da Constituição Federal e em defesa da proteção da Segurança Jurídica e da Confiança no ordenamento jurídico, o Advogado-Geral da União manifestou-se pela procedência da ADIN n. 4.424 para que fosse dada “interpretação conforme a Constituição” dos artigos 12, inciso I; 16; e 41 da Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, de forma a submeter o delito de lesão corporal praticado

21 MARCONDES, Thereza Cristina Bohlen Bitencourt. Pequena desconstrução de papéis sociais: mulheres buscando seu Direito de Igualdade In: ALVES, Cândice Lisbôa; MARCONDES, Thereza Cristina Bohlen Bitencourt (Orgs.). *Liberdade, Igualdade e Fraternidade: 25 anos de Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 437.

contra a mulher, na ambiência familiar e doméstica, à ação penal pública incondicionada, ou seja, independentemente de representação da vítima. Senão vejamos, a Ementa do Parecer, ad litteram:

Penal. *Lei no 11.340/06 (Lei Maria da Penha)*. *Pedido de interpretação conforme. Preliminar*. Ofensa meramente reflexa ao Texto Constitucional. A Resolução da controvérsia vertida nos autos demanda a análise de diversas normas penais de natureza infraconstitucional. Mérito. *Artigos 12, inciso I, 16; 41 da lei referida*. *Resulta do ordenamento jurídico que o crime de lesão corporal praticado contra a mulher, no ambiente doméstico e familiar, processa-se mediante ação penal pública incondicionada*. Inaplicabilidade da Lei. No 9.099/95 aos delitos cometidos no âmbito da norma impugnada, por expressa previsão legal. Manifestação pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela procedência do pedido.<sup>22</sup> (Grifo nosso)

Acatando os argumentos de mérito desenvolvidos pela Advocacia-Geral da União na presente Ação, acordaram os Ministros do Supremo Tribunal Federal em conferir “interpretação conforme a Constituição Federal” para declarar que, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a natureza da ação penal é pública incondicionada.

Assim, resumidamente, o Plenário acompanhou o voto do relator, Ministro Marco Aurélio, que destacou na ocasião que a lei “retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou um movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, proteção e justiça”; o Ministro Ricardo Lewandowski lembrou que quando o artigo 41 da Lei Maria da Penha retirou os crimes de violência doméstica do rol dos crimes menos ofensivos e, portanto, da alçada dos Juizados Especiais, colocou-se em prática “uma política criminal com tratamento mais severo, consentâneo com sua gravidade”;<sup>23</sup>

Por seu turno, dentro desse mesmo julgamento, a Ministra Rosa Weber disse que a Lei Maria da Penha “inaugurou uma nova fase de ações afirmativas em favor da mulher na sociedade brasileira”; no mesmo sentido, o Ministro Luiz Fux disse que a lei está em consonância com a proteção que cabe ao Estado dar a cada membro da família, nos termos do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal; o Ministro Gilmar Mendes

22 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4424/ DF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio J. 09/02/2012, *Diário da Justiça da União*, 01 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3897992>>.

23 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=322468>>.

observou que o próprio princípio da igualdade contém uma proibição de discriminar e impõe ao legislador a proteção da pessoa mais frágil, pois “não há inconstitucionalidade em legislação que dá proteção ao menor, ao adolescente, ao idoso e à mulher”; por fim, lembrou o Ministro Celso de Mello, decano da Corte, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos teve uma importante participação no surgimento da Lei Maria da Penha. Reprise-se o Acórdão, aqui reproduzido, com publicação no DJE de 01/08/2014:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.424  
DISTRITO FEDERAL

PLENÁRIO

RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO

REQTE.(S) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

*ACÇÃO PENAL – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER – LESÃO CORPORAL – NATUREZA. A ação penal relativa a lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada – considerações.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação direta para, dando *interpretação conforme aos artigos 12, inciso I, e 16, ambos da Lei no 11.340/2006, assentar a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal*, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.<sup>24</sup> (Grifo nosso)

<sup>24</sup> Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4424/ DF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio j. 09/02/2012, *Diário da Justiça da União*, 01 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3897992>>.

Note-se que no referido parecer técnico, encaminhado pela Advocacia-Geral da União, ressaltou-se que merece acolhimento o pedido inicial, devendo ser conferido aos artigos 12, inciso I, 16; e 41 da Lei 11.340/06 a interpretação de que o delito de lesão corporal praticado contra a mulher processa-se independentemente de representação da vítima, devendo ser conferida “interpretação conforme a Constituição”. Vejamos os argumentos expostos no Parecer, litteris:

[...] Com efeito, o artigo 41 da Lei n. 11.340/06, ao determinar que aos crimes de violência doméstica praticados contra a mulher não se aplica a Lei n. 9.099/95, afastou de seu âmbito normativo a integridade das regras pertinentes aos Juizados Especiais, dentre os quais se encontra o dispositivo que condiciona o processamento dos crimes de lesões corporais leves à representação da vítima (artigo 88 da Lei 9.099/95).

*Note-se que não há qualquer ressalva na redação do aludido artigo 41 da Lei 11.340/06 que autorize interpretação na linha de que os crimes de violência doméstica contra a mulher estariam imunes, apenas, aos institutos despenalizadores previstos na lei 9.099/95, como a transação penal, a composição civil e a suspensão condicional do processo.*

*Assim sendo, a falta de disposição de sentido contrário, nos crimes de lesão corporal leve praticados com violência doméstica contra a mulher, a ação penal é pública incondicionada, por força da regra constante no artigo 100 do Código Penal.<sup>25</sup>[...] (Grifo nosso)*

Frise-se que a defesa da Advocacia-Geral da União, em favor da procedência do pedido para que se desse uma “interpretação conforme a Constituição” aos artigos impugnados da Lei 11.340/2006, garantiu a proteção da segurança jurídica e da confiança no ordenamento jurídico na medida em que a interpretação que condiciona a ação penal à representação da vítima resultaria em uma violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), aos direitos fundamentais de igualdade (art. 5º, I, CF) e de que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI) e à proibição de proteção deficiente dos direitos fundamentais, e ao dever do Estado de coibir e prevenir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226, parágrafo 8º, CF).

25 Sobre este assunto, verifique-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4424/ DF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio j. 09/02/2012, *Diário da Justiça da União*, 01 de agosto de 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=3897992>>.

A “interpretação conforme a Constituição”, decorrente da práxis germânica e expressamente adotada em nosso sistema pelo art. 28, parágrafo único da Lei 9.868/99, permite a preservação da norma, cuja expressão literal comporta alternativas constitucionais e alternativas inconstitucionais, com eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal. Segundo Gilmar Mendes:

Não raras vezes, a preservação da norma, cuja expressão literal comporta alternativas constitucionais e alternativas inconstitucionais, ocorre mediante restrição das possibilidades de interpretação, reconhecendo-se a validade da lei com a exclusão da interpretação considerada inconstitucional. [...]

Isso leva a concluir que, se o Tribunal declara a compatibilidade da norma com uma determinada interpretação, objeto da decisão suscetível de fazer coisa julgada é apenas a constatação de que a norma, naquela interpretação, é constitucional. Eventual referência aos fundamentos da decisão na parte dispositiva serve como advertência (*warfunktion*) com vistas a evitar uma possível aplicação inconstitucional da lei.<sup>26</sup>

Se, em verdade, não há um caminho infalível e seguro de revelar a “verdade” das normas jurídicas, essa mesma “verdade” precisa ser construída cotidianamente pelos destinatários das normas jurídicas, argumentativamente. Castilho Prates, citando Cattoni, ensina que como “não há métodos capazes de revelar ou descrever um quadro de verdades objetivas, ahistóricas ou descontextualizadas [...]”, a única coisa permanente na modernidade é o constitucionalismo, já que ele é quem permite a aceitação do outro, da alteridade, em mundos da vida plurais.<sup>27</sup>

Para Bertolini, citando Jorge Miranda, “a garantia da constitucionalidade [...] afere-se perante cada comportamento de órgãos do poder político ou, mediadamente, perante cada relação ou situação da vida subordinada à Constituição; e significa que nesta relação ou situação prevalece a norma constitucional que sobre ela incide.” Assim, segundo a autora, o controle de constitucionalidade surge como meio

26 MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 235.

27 PRATES, Francisco de Castilho. Identidade constitucional e interpretação no Estado Democrático de Direito: a assunção do risco. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 542.

de garantir a própria supremacia da Constituição que impõe que todo ordenamento jurídico seja interpretado e aplicado à luz da Constituição.<sup>28</sup>

A “interpretação conforme a Constituição”, defendida pela Advocacia-Geral da União e acatada pela decisão do Supremo Tribunal Federal na ADIN n. 4424, não apenas resguardou uma interpretação restritiva de prescrições de ordem pública em favor do interesse da sociedade coletivamente considerada, tal como sugerido por Carlos Maximiliano em seu clássico “*Hermenêutica e Aplicação do Direito*”<sup>29</sup> mas, principalmente, permitiu a construção da identidade do moderno sujeito constitucional na sua realidade discriminatória, abusiva e violenta em que “ele” se encontra. Enfatiza Castilho Prates que:

Essa necessidade de consideração da interpretação, levando-se em conta a situação hermenêutica na qual o sujeito se encontra, da qual não há como sair, como fator essencial para a construção da identidade do moderno sujeito constitucional, obriga-nos a dizer a relevância de ampliarmos e concretizarmos cada vez mais os canais e mecanismos de comunicação e participação em todos os níveis, como por exemplo, o aperfeiçoamento e a ampliação do controle difuso das leis, sem contudo desprezarmos a sua dimensão concentrada, como forma de fortalecer as instituições democráticas, ou através de garantias processuais que efetivem um procedimento realizado em contraditório e em simétrica paridade, onde as partes envolvidas sejam “levadas a sério”, para nos utilizar-mos de uma expressão cunhada por Dworkin.<sup>30</sup>

Para Michel Rosenfeld, a identidade do sujeito constitucional (constitucional subject) se encontra mergulhada em complexas e ambíguas relações com outras identidades relevantes tais como, por exemplo, identidades nacionais, éticas e culturais. Por isso, o estabelecimento de uma identidade constitucional é construída a partir de um entrelaçamento do passado dos constituintes com o próprio presente e com o futuro das gerações futuras, devendo o texto constitucional, sempre incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis, ser reinterpretado e reconstruído. Assim, ensina que:

28 BERTOLINI, Lia Beatriz Carvalho. Jurisdição constitucional como garantia para a proteção dos direitos fundamentais: uma análise comparada para modelos de controle de constitucionalidade. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília-DF, a. 9, n. 1, p. 47-66, jan./mar. 2017.

29 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 216.

30 PRATES, op. cit., p. 544-545.

Baseado nas observações precedentes, podemos concluir que a identidade constitucional surge como algo complexo, fragmentado, parcial e incompleto. Sobretudo no contexto de uma constituição viva, de uma *living constitution*, a identidade constitucional é o produto de um processo dinâmico sempre aberto à maior elaboração e à revisão. Do mesmo modo, a matéria constitucional (*the constitutional subject*) – de qualquer modo que seja definida – parece condenada a permanecer incompleta e sempre suscetível de maior definição, de maior precisão.<sup>31</sup>

A identidade da mulher como sujeito constitucional é construída argumentativamente e sempre apta a ser (re)lida, considerando que argumentos antes descartados sejam novamente tematizados, permitindo que os conteúdos e efeitos das decisões sejam revistas. Para Thereza Marcondes, podemos dizer que a mulher “é um feixe de dobras e um módulo, que muda constantemente e eternamente em um complexo de redes, o significado e identidade de algo que não se torna estático nunca, o que é produzido pela *différance* – a *différance* que “a” torna diferente de todos e dela mesma.”<sup>32</sup>

#### 4 CONCLUSÃO

De todo o exposto, constata-se, nesse contexto de “crise” pela perda da fé no que concerne à viabilidade de critérios objetivos que autorizem a atribuição de claros e transparentes significados para textos jurídicos<sup>33</sup>, que a Advocacia-Geral da União vem cumprindo seu papel institucional e independente na realização do “bom Direito”, na proteção da segurança jurídica e, conseqüentemente, na confiança da mulher pela melhor aplicação do ordenamento jurídico em defesa de seus direitos.

Por seu turno, verifica-se que a Advocacia-Geral da União vem tendo um papel constitucional relevante na defesa do interesse público primário e, por seu turno, no reconhecimento de direitos dos sujeitos

31 Para Rosenfeld, o sentido da expressão “Nós, o povo” no preâmbulo da Constituição dos EUA de 1787 deveria se referir a, no mínimo, todos os adultos com residência permanente no país em 1787; entretanto, a exclusão dos afro-americanos da referida expressão, nega a possibilidade de qualquer verdadeira identidade entre os sujeitos autores dessa Constituição e, conseqüentemente, de todos aqueles que se encontravam sujeitos ao peso de suas prescrições. ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 23.

32 MARCONDES, Thereza Cristina Bohlen Bitencourt, op. cit., p. 437.

33 Castilho Prates, citando Rosenfeld, discorre sobre o estado de “crise” da interpretação na modernidade pela intensificação do conflito entre autores da comunidade jurídica, na dissolução de qualquer consenso genuíno a respeito de valores essenciais, na aparente indeterminação das regras jurídicas e na crença de que todas as disposições jurídicas são políticas e subjetivas. PRATES, op. cit., p. 542-543.

tradicionalmente discriminados e questionados na jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal.

Essa atuação judicial proativa no Supremo Tribunal Federal tem permitido resgatar as conquistas da hermenêutica constitucional em um contexto plural de uma modernidade pós-convencional e, principalmente, a (re)construção da identidade do sujeito constitucional violado em seus direitos no âmbito Estado Democrático de Direito brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BELANDI, Victor César. Advocacia de Estado ou de Governo? Reflexões sobre a advocacia dos interesses públicos constitucionalmente acometidos à administração do Estado. *Revista da AGU*, Brasília-DF, Ano 14, n. 3, p. 231-260, jul./set. 2015.

BERTOLINI, Lia Beatriz Carvalho. Jurisdição constitucional como garantia para a proteção dos direitos fundamentais: uma análise comparada para modelos de controle de constitucionalidade. *Publicações da Escola da AGU*, Brasília-DF, a. 9, n. 1, p. 47-66, jan./mar. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O Direito à Diferença*. 3. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2009.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JR, Fredie Didier. *Curso Processual Civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MARCONDES, Thereza Cristina Bohlen Bitencourt. Pequena desconstrução de papéis sociais: mulheres buscando seu Direito de Igualdade In: ALVES, Cândice Lisbôa; MARCONDES, Thereza Cristina Bohlen Bitencourt (Orgs.). *Liberdade, Igualdade e Fraternidade: 25 anos de Constituição Brasileira*. Belo Horizonte: D'Plácido.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAIS, Dalton Santos. *Controle de Constitucionalidade*. Salvador: jusPODIVM, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de informação legislativa*, v.29, n. 116, p. 72-102, out./dez. 1992.

PRATES, Francisco de Castilho. Identidade constitucional e interpretação no Estado Democrático de Direito: a assunção do risco. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

RAMOS, William Junqueira. *A Advocacia-Geral da União e a defesa do interesse público primário*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

---

A ADVOCACIA PÚBLICA CONSULTIVA  
NO COMBATE À CORRUPÇÃO NAS  
CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: UMA VISÃO DOS  
25 ANOS DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

---

***THE PUBLIC ADVISORY ADVOCACY IN THE FIGHT  
AGAINST CORRUPTION IN PUBLIC CONTRACTING: A  
VIEW OF THE 25 YEARS OF THE GENERAL ADVOCACY  
OF THE UNION***

*Thiago Guedes Alexandre<sup>1</sup>*

*Advogado da União da Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A legitimidade da advocacia pública consultiva no combate à corrupção; 2 A Advocacia-Geral da União e seus 25 anos de atuação no combate a corrupção; 3 Considerações Finais; Referências.

---

<sup>1</sup> Ex-Procurador de Estado do Acre e do Paraná. Advogado da União lotado na Coordenação de Licitação e Contratos do Ministério do Trabalho. Mestrando em Direito. Pós-Graduado em Direito do Estado e Direito Constitucional. Bacharel em Direito e Tecnólogo em Comércio Exterior. Endereço para acessar o currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/1938104629590629>.

**RESUMO:** Este artigo propõe-se a analisar o papel da advocacia pública consultiva no combate à corrupção nos procedimentos de contratação pública. Mais especificamente, pretende analisar a atuação dos advogados federais, a partir do fortalecimento do papel da Advocacia-Geral da União (AGU). Aborda, de início, o arcabouço normativo que permeia o tema, destacando-se a função preventiva e auxiliar dos advogados federais no controle de juridicidade dos atos administrativos, diferenciando o papel institucional da AGU dos demais sistemas de controle federais: Tribunal de Contas da União (TCU), Ministério Público Federal (MPU) e Controladoria Geral da União (CGU). Ademais, este artigo apresenta os entendimentos a respeito da responsabilização pelo TCU dos advogados públicos consultivos em relação aos seus pareceres emitidos, com esteio no parágrafo único do artigo 38 da Lei de Licitações. Defende a concessão de garantias e prerrogativas aos membros da advocacia pública consultiva, em razão do papel e das pressões que sofrem em razão destes procedimentos. Apresenta um panorama histórico da AGU, enquanto entidade voltada ao controle das atividades estatais e a sua atuação nos seus 25 anos de existência no combate à corrupção.

**PALAVRAS-CHAVE:** Advocacia-Geral da União. Advocacia Pública Consultiva. Corrupção. Controle Preventivo. Licitação e Contratação Pública.

**ABSTRACT:** This article proposes to analyze the role of public advisory advocacy in the fight against corruption in public procurement procedures. Specifically, it intends to analyze jobs of federal lawyers, starting with reinforcement of the role of the Attorney's General office (AGU-Brazil). It addresses, at the outset, the normative framework that permeates the subject, highlighting the preventive and auxiliary function of federal lawyers in controlling the legality of administrative acts, differentiating the institutional role of the AGU-Brazil from other federal control systems: Union Court of Auditors (TCU-Brazil), Federal Public Prosecutor's (MPF-Brazil), and Controllorship General of the Union (CGU-Brazil). Besides, this article presents understandings regarding the TCU-Brazil responsibility of the public advisory attorneys in relation to their opinions issued, based on the sole paragraph of article 38 of the Law on Tenders. It defends the granting of guarantees and prerogatives to members of public advisory advocacy, because of the role and pressures they suffer as a result of these procedures. It presents an overview of the AGU-Brazil, since beginning as entity focused on the control of state activities and its performance in its 25 years of existence in the fight against corruption.

**KEYWORDS:** Attorney's General Office (AGU-BRAZIL). Public Advisory Advocacy. Corruption. Preventive Control. Tenders and Public Contracts.

## INTRODUÇÃO

O combate a corrupção nas contratações públicas é tema atual e de suma importância para a segurança jurídica das políticas públicas brasileiras, exigindo do advogado público especial atenção em seus pareceres, haja vista o disposto no parágrafo único do artigo 38 da Lei n.º 8.666/93. Desde já, é preciso recordar a polêmica doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza do parecer jurídico exarado no processo de contratação pública, cabendo mencionar o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de admitir potencial responsabilidade solidária entre o parecerista e o administrador, sob o argumento de que o parecer favorável seria pressuposto de perfeição do ato, havendo “*partilha do poder de decisão*”.<sup>2</sup>

Não obstante as críticas a serem feitas a esse entendimento da Suprema Corte, é certo que os advogados públicos que atuam com licitações e contratos assumem uma enorme carga de responsabilidade, sendo submetidos aos mais diversos tipos pressões, notadamente dos administradores públicos e das empresas que participam desse procedimento. Deste modo, é indispensável à concessão de garantias e prerrogativas para estes servidores, sobretudo no que tange a autonomia funcional, bem como apoio institucional na condução do seu trabalho.

Por outro lado, não se pode esquecer que os gestores são os legitimados para estabelecer as diretrizes das políticas públicas a serem implantadas, devendo-se sempre presumir a boa-fé de seus atos. Frise-se que o papel da advocacia pública consultiva não pode ser confundido com a função institucional do Ministério Público ou mesmo com a dos órgãos de auditoria e fiscalização (no âmbito federal, a Controladoria-Geral da União e o Tribunal de Contas da União), conforme se observa da própria Constituição Federal.

Este artigo tem dois objetivos primordiais: 1) destacar o papel da advocacia pública consultivo no combate à corrupção nas contratações públicas; 2) apresentar aos colegas da advocacia pública federal uma visão dos 25 anos da Advocacia-Geral da União em favor da segurança jurídica do Estado brasileiro. O presente estudo abordará o arcabouço normativo que legitima a advocacia pública no combate à corrupção com foco nas licitações e contratações públicas, ressaltando sua função preventiva e auxiliar no controle de juridicidade, diferenciando seu papel institucional dos demais sistemas de controle (Tribunal de Contas da União, Ministério Público Federal e Controladoria Geral da União) no âmbito federal, bem como serão tecidos comentários sobre as suas responsabilidades funcionais e sobre as garantias e prerrogativas para consecução de tal finalidade.

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 24.631/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Informativo de jurisprudência do STF n. 473. Publicado em 01.02.2008.

Será apresentado, por fim, um panorama histórico da Advocacia-Geral da União - AGU, enquanto entidade voltada ao controle das atividades estatais, e sua atuação nos seus 25 anos de existência no combate à corrupção.

## 1 O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA CONSULTIVA NO COMBATE À CORRUPÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Inicialmente, a fim de apresentar as balizas do tema, impende destacar a base constitucional e legal para a atuação da advocacia pública no combate à corrupção:

### CAPÍTULO IV

#### DAS FUNÇÕES ESSENCIAIS À JUSTIÇA

[...]

#### Seção II

#### DA ADVOCACIA PÚBLICA

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*. (grifo nosso)

[...]

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*. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (grifo nosso)

A Constituição de 1988 – CF/88, não por acaso, confere a advocacia pública o status de *função essencial à justiça*, cabendo unicamente a estes advogados, a serviço da União e dos Estados, a competência funcional de representar judicial e extrajudicialmente os entes políticos a que estão vinculados, e, ainda, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Percebe-se, por sua posição topográfica, que o constituinte teve o cuidado de situar a advocacia pública fora dos três Poderes da República, não para formar um “quarto poder”, mas para que pudesse exercer, com independência, seu encargo constitucional. Frise-se, por oportuno, que sua missão não se exaure na representação judicial ou na consultoria jurídica de um determinado ente político, pois transcende este aspecto para servir aos Poderes da República na qualidade de função essencial ao Sistema de Justiça do Brasil, promovendo segurança jurídica e harmonia nas relações jurídicas institucionais e com os administrados, ou seja, a sociedade brasileira, a quem serve em último grau.

A atuação da advocacia pública não se restringe na defesa de interesses dos entes políticos ou dos seus agentes, indo muito além, tendo o texto constitucional lhe conferido legitimidade para atuar no Sistema de Justiça, defendendo os valores e as exigências morais de uma vida em sociedade, segundo as diretrizes constitucionais e legais. Portanto, o desígnio “Justiça” não se confina à prestação jurisdicional afeta ao Poder Judiciário, recaindo sobre a própria defesa do Estado Democrático e dos Direitos Fundamentais, necessitando, pois, da intervenção direta de outras instituições fora do âmbito do Judiciário com competência constitucional para também promover “Justiça”, quais sejam: Ministério Público, Advocacia Pública, Defensoria Pública e Advocacia Privada, todos garantidores e defensores dos interesses da sociedade e do Estado. Sobre o papel dos órgãos que compõem às Funções Essenciais à Justiça, Diogo Figueiredo Moreira Neto (1991, pág. 31) assevera que:

Sem esses órgãos, públicos e privados de advocacia, não pode haver justiça, aqui entendida como a qualidade ética que pretende exigir do Estado pluriclasse quanto à legalidade, à legitimidade e à licitude. E porque essa justiça só pode vir a ser realizada em sua essencialidade se dispuser dessas funções, autônomas, independentes, onipresentes, e, sobretudo, corajosas, o legislador constitucional as denominou de ‘essenciais à justiça’ (Título IV, Capítulo IV, da Constituição).

Nesse contexto, o combate à corrupção, a proteção da probidade e a defesa do patrimônio público exsurtem como missões institucionais da advocacia pública; seja em sua forma *preventiva*, a exemplo da atuação dos advogados consultivos, especialmente nos processos de licitações e de contratações públicas, nos termos do artigo 38 da Lei n.º 8.666/93, tema deste trabalho e que será desenvolvido a seguir; seja em sua forma *repressiva* ou *proativa*, por meio de instrumentos de controle judicial à disposição dos advogados públicos na defesa e recuperação do erário: a)

ação de improbidade (lei n.º 8.429, de 02 de junho de 1992 – art. 17, *caput* e parágrafo segundo); b) ação civil pública (Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985 – art. 5º, *caput*, inciso III, e parágrafo segundo); c) ação popular (Lei n.º 4.717, de 29 de junho de 1965 – art. 6º, parágrafo terceiro); d) bem como as medidas previstas na Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846, de 01 de agosto de 2013 – art. 19, *caput*, e parágrafo quarto), dentre outras leis (CASTRO, 2008, *internet*).

Portanto, a atuação da advocacia pública no combate à corrupção nada mais é do que o exercício rotineiro de suas competências e obrigações constitucionais e legais; um desdobramento natural do papel que a instituição desempenha em defesa do Estado e, em última instância, da própria sociedade.

Destarte, passo a analisar o papel da advocacia pública federal no combate à corrupção a partir do exame da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, especificamente do seu artigo 11, que dispõe sobre as competências das Consultorias Jurídicas da Advocacia Geral da União – AGU, *in verbis*:

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

I - *assessorar as autoridades indicadas no caput deste artigo*; (grifo nosso)

II - exercer a coordenação dos órgãos jurídicos dos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas;

III - fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União;

IV - elaborar estudos e preparar informações, por solicitação de autoridade indicada no caput deste artigo;

V - *assistir a autoridade assessorada no controle interno da legalidade administrativa dos atos a serem por ela praticados ou já efetivados, e daqueles oriundos de órgão ou entidade sob sua coordenação jurídica*; (grifo nosso)

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

- a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;
- b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

Segundo o texto em destaque, observa-se que, dentre as competências das consultorias jurídicas, cumpre ao advogado consultivo assessorar e assistir os agentes públicos no controle interno de legalidade dos atos administrativos.

Essa função *preventiva* e de *auxiliar* no controle de legalidade (ou de *juridicidade*, como preferem alguns) dos advogados públicos da AGU, é o que o distingue das funções exercidas pelo Tribunal de Contas da União – TCU e da Controladoria Geral da União – CGU, os quais são responsáveis pelo controle externo e interno do ato administrativo, respectivamente, mas *posterior* a prática desse ato e sem competência para assistir ou assessorar as autoridades públicas e sim fiscalizar e punir o mau gestor, sendo estes de natureza técnico-financeira. O Ministério Público Federal – MPF, de forma semelhante aos órgãos de controle e auditoria, também não possui entre seus objetivos institucionais o de auxiliar ou assessorar o administrador público, cabendo-lhe, essencialmente, a defesa da ordem jurídica.

Embora existam pontos de convergência entre as funções dessas instituições, a exemplo da mesma legitimidade democrática para o combate à corrupção, deve ser ressaltado o papel do advogado público de auxiliar do gestor no controle de legalidade dos seus atos, assessorando-o juridicamente na tomada das decisões administrativas. Portanto, diferentemente do papel técnico-jurídico dos advogados consultivos da AGU, com destaque para as licitações e contratações públicas, a CGU e o TCU possuem competência técnico-financeira para a fiscalização, sendo o principal diferencial entre ambos o fato de que a CGU é o órgão de controle interno do Poder Executivo com atribuição de monitorar a gestão pública e recomendar melhorias ao longo do processo, enquanto o TCU é órgão de controle externo vinculado ao Poder Legislativo e com competência para julgamento administrativo das contas dos gestores públicos no âmbito dos três poderes. Já o MPF exerce, com maior ênfase, uma função repressiva para proteção do patrimônio público e social, visando, mais destacadamente, a punição criminal e civil dos administradores públicos faltosos.

A advocacia pública consultiva se destaca das demais instituições que também atuam no combate à corrupção por evitar previamente eventuais incorreções das ações administrativas, indicando os caminhos alternativos, dentro da margem de legalidade, para que os gestores

possam conduzir as políticas públicas dos representantes do povo, eleitos democraticamente. Destarte, impera ressaltar que o advogado público não atua com conveniência e oportunidade, nem participa, em princípio, da tomada de decisão administrativa, competindo-lhe recomendar as providências necessárias e apontar os meios viáveis para a prática do ato pelos administradores.

Não se pode esquecer que os gestores são os verdadeiros legitimados para estabelecer as diretrizes das políticas públicas a serem implantadas, devendo-se presumir a boa-fé de seus atos, sem se descuidar das boas práticas para uma correta fiscalização. Assim, impende reconhecer que há um largo espaço para a atuação da consultoria jurídica na prevenção e no combate à corrupção.<sup>3</sup>

Com essas considerações sobre o papel da advocacia pública consultiva no combate à corrupção, convém iniciar o estudo do parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações e Contratos (Lei n.º 8.666/93), que assim dispõe:

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

Preliminarmente, cumpre ressaltar mais uma vez que a análise dos processos de licitação e contratação realizadas pelo poder público é atividade inerente e exclusiva dos órgãos consultivos da advocacia pública, sendo de suma importância conferir segurança jurídica para esses procedimentos. Por isso, as manifestações jurídicas que examinam contratações públicas são, em regra, elaboradas sob a forma de parecer, figura que possibilita pronunciamentos de maior profundidade, conforme dispõe o Enunciado BPC n.º 03, do Manual de Boas Práticas Consultivas da Advocacia Geral da União.<sup>4</sup>

O dispositivo legal acima mencionado trata sobre a análise das minutas de editais, contratos e convênios e instrumentos congêneres, pela assessoria jurídica. Aspecto relevante a ser mencionado diz respeito ao caráter preventivo dessa análise jurídica. Destarte, reproduzimos os ensinamentos do prestigiado colega advogado da união Ronny Charles Lopes DE TORRES (2017, p. 454):

3 Nesse sentido, ver DUBEUX, Rafael Ramalho. O papel da advocacia pública consultiva no enfrentamento da corrupção. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2500, 6 maio 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14808>>. Acesso em: fev. 2018.

4 A avaliação do procedimento licitatório e o exame e aprovação das minutas de editais de licitação, contratos, acordos, convênios, ajustes e instrumentos congêneres (arts. 38, parágrafo único, e 116 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993), devem ser realizados sempre por meio de Parecer, visto ser necessário que o Órgão Consultivo demonstre a apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação (AGU, 2016, p. 24).

O prévio exame das minutas, pelo órgão de assessoramento jurídico, é de suma importância, pois permite um controle preventivo da legalidade, evitando relações contratuais ilegais, equivocadas ou prejudiciais ao interesse público. Assim, imagina-se evitar a concretização de ato danoso ao Erário e a materialização de prejuízos que a atuação repressiva, na maioria das vezes, não consegue recuperar.

Não é a toa que o TCU vem insistindo na necessidade de que o exame, pelo órgão de assessoramento jurídico, seja realizado previamente à assinatura do instrumento, tendo, inclusive, determinado ao Ministério da Saúde que criasse mecanismos de controles internos eficientes, de forma a garantir o cumprimento integral das recomendações expedidas pela Consultoria Jurídica, bem como a não alteração, inclusão ou retirada de itens nas minutas de edital e contrato, sem o prévio conhecimento daquela Consultoria (TCU – Acórdão n.º 1.350/2007 – Plenário).

Por certo, o parecer jurídico emitido pela Consultoria Jurídica tem por objetivo orientar previamente a decisão a ser adotada pela autoridade consulente, servindo ainda de instrumento de controle de legalidade, legitimidade e economicidade dos atos relacionados à gestão de recursos públicos, conforme interpretação sistemática dos dispositivos mencionados anteriormente.

Outro ponto de suma importância para correta compreensão do parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações, diz respeito à *natureza opinativa* do parecer jurídico, haja vista especialmente o debate doutrinário e jurisprudencial que envolve a responsabilização pessoal do parecerista nas licitações.<sup>5</sup>

De acordo com OLIVEIRA (2013, p. 4666/467), o Supremo Tribunal Federal, tradicionalmente, faz a distinção entre três espécies de pareceres:<sup>6</sup>

- a) facultativo: “a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo”;
- b) obrigatório: “a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e, se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo ao novo parecer”; e

5 Sobre o tema, conferir Cristóvam e Michels (2012, *internet*); Carvalho (2015, p. 285/287); Carvalho Filho (2014, p. 1.095).

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS n.º 24.073/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Velloso. Publicado em 31.10.2003.

- c) vinculante: “a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante; essa manifestação de teor jurídico deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir”.

O parecer, por essência, é de natureza opinativa, sendo classificado doutrinariamente como ato administrativo enunciativo. No que tange o parecer vinculante, há certo desvio dessa natureza, ao passo em que o parecerista assumiria participação no poder de decisão administrativa. Em consequência disso, poderia ser responsabilizado juntamente com a autoridade consulente.

Tanto o STF<sup>7</sup> como o TCU<sup>8</sup> já entenderam que o parecer jurídico, emitido na forma do parágrafo único do art. 38 da Lei n.º 8.66/1993, não constituiria ato meramente opinativo, podendo levar à responsabilização do emitente, uma vez que o parecer favorável seria pressuposto de perfeição do ato, havendo “*partilha do poder de decisão*”.

Recentemente, o TCU<sup>9</sup> voltou a decidir que o parecerista jurídico poderia ser responsabilizado solidariamente com o gestor quando, por dolo, culpa ou erro grosseiro, induz o administrador público à prática de ato grave irregular ou ilegal.

Contudo, essa assertiva é desmentida pela própria prática administrativa, já que ocorrem contratações e publicações de editais que desrespeitam a remessa prévia dos autos ao órgão de assessoramento jurídico, sem que isso acarrete a anulação ou invalidação dos atos administrativos, pelos órgãos de controle.

O próprio TCU admite não haver vinculação entre a opinião do parecerista e a decisão do ordenador de despesas, responsável pelo contrato e respectivas contas, já que a Corte de Contas permite que o gestor possa se contrapor ao parecer jurídico.<sup>10</sup> Ademais, a Corte de Contas admite ainda que a área técnica competente possa discordar das orientações ou posicionamentos emanados do parecer jurídico, devendo, em tal hipótese, carrear aos autos as justificativas necessárias para embasar a discordância.<sup>11</sup>

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS n.º 24.631/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Publicado em: 01.02.2008.

8 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 1.337/11*. Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Publicado em: 25.05.2011.

9 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 362/18*. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Publicado em: 28.02.2018.

10 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 128/09*. 2ª Câmara. Relator: Augusto Sherman. Publicado em: 03.02.2009.

11 BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 4.127/08*. 1ª Câmara. Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Publicado em 12.11.2008.

Com muita razão, o professor Adilson Abreu Dalarmi (*apud* DE TORRES, 2017, p. 457) “lembra a incongruência de tentar dar a característica de ‘vinculante’ a um parecer, pelo raciocínio lógico de que parecer vinculante não é parecer, é decisão”. Seguindo o raciocínio do referido professor, o parecerista passaria a condição de gestor e condutor das políticas públicas, o que certamente não é a *mens legis* buscada pelo parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações, muito menos se coaduna com o princípio regime democrático, ao passo em que as políticas públicas devem ser decididas pelos agentes públicos escolhidos pelo voto popular e não por advogados públicos alçados aos seus cargos por meio de concurso. Ademais, existem outras questões que precisam ser ponderados.

De plano, aponte-se à inviolabilidade do advogado por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei, tal como previsto no artigo 133 da Constituição Federal. Os advogados públicos são, antes de tudo, advogados com as mesmas responsabilidades e prerrogativas dos advogados privados, submetendo-se, além do estatuto jurídico próprio da carreira de estado que pertence, ao Estatuto da OAB – Lei n.º 8.906, de 04 de julho de 1994.<sup>12</sup>

Destarte, quando atua na confecção do parecer jurídico, o advogado age no exercício da profissão, uma vez que, nos termos do inciso II do artigo 1º do Estatuto da OAB, as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas são privativas da advocacia. Portanto, em razão da garantia de inviolabilidade, os advogados, no exercício da atividade advocatícia e dentro de sua autonomia para compreensão do direito, mesmo que de forma diferente da pretendida pelos órgãos de controle, não pode ser responsabilizado pela sua opinião jurídica conferida na forma de parecer.

À luz disso, surge outra questão a ser considerada, qual seja: *a competência dos Tribunais de Contas para imputação de responsabilidade aos advogados públicos por sua manifestação consultiva*.

Inicialmente, deve-se explicitar que as Cortes de Contas são órgãos de natureza *administrativa* vinculados ao Poder Legislativo, com competência constitucional para auxiliar os órgãos centrais (Congresso Nacional, Assembléia Legislativa ou Câmara de Vereadores) no controle externo do Poder Executivo, especialmente no que tange a fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

Nada obstante o texto constitucional contenha expressões como “tribunal” ou “*judgar* contas” e tenha concedido competência punitiva para aplicar, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, sanções previstas em lei, não se pode confundir sua função administrativa,

12 Para as carreiras vinculadas a Advocacia Geral da União, existe a Orientação Normativa n.º 01, de 21 de junho de 2011, que obriga a inscrição dos advogados públicos federais na Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

de analisar contas, com a função *jurisdicional* do Poder Judiciário. Pelos dispositivos constitucionais que tratam do tema (artigo 71, incisos II e VIII), percebe-se que a competência para julgar e aplicar sanções se restringe às contas analisadas e seus responsáveis, ou seja, aos *ordenadores de despesas*<sup>13</sup>, sendo esta a autoridade que apresenta suas “contas” para avaliação técnico-financeira pelos Tribunais de Contas. Imputar responsabilidades a pessoas que evidentemente não são ordenadores de despesas implicaria exorbitar das competências constitucionais a elas atribuídas.

Por certo, os advogados públicos consultivos não se apresentam como “responsável por contas”, nem se enquadram no conceito de “ordenador de despesa”, muito menos praticam atos de gestão, mas sim atos enunciativos técnico-jurídicos, que se restringem a uma análise de juridicidade dos aspectos que envolvem as minutas previstas no parágrafo único do artigo 38 da Lei de Licitações, aferição essa, como já ressaltado anteriormente, não envolve elementos técnicos, financeiros ou contábeis, ou mesmo aspectos de conveniência e oportunidade inerentes ao ato administrativo discricionário.

Não se está defendendo aqui a irresponsabilidade dos pareceristas, mas apenas ressaltando a incompetência dos Tribunais de Contas para fins desta responsabilização, bem como avaliando os limites que devem ser observados para tanto, tal como reconhece o STF<sup>14</sup>, segundo o qual: “*salvo a demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público*”.

Desse modo, não cumpre ao TCU analisar a responsabilização técnico-jurídica do parecerista, devendo apenas, quando diante de um aparente ato de improbidade por membros de órgão da advocacia consultiva, representar o fato aos órgãos competentes, ou seja, perante o Poder Judiciário e aos órgãos correccionais, a exemplo da Corregedoria da AGU ou do Tribunal de Ética da OAB, a depender do estatuto violado, para que estes analisem os fatos e, se constatado irregularidades, apliquem as sanções pertinentes.

Vejam os seguintes exemplos de Ronney Charles Lopes DE TORRES (2017, p. 466/467) para demonstrar a falta de competência dos TCU para responsabilizar os advogados públicos pareceristas, os quais ajudam a melhor compreender essa questão:

13 Cujo conceito legal encontra-se no §1º do art. 80 do Dec.-Lei n.º 200/67: “Ordenador de despesas é tóda e qualquer autoridade de cujos atos resultarem emissão de empenho, autorização de pagamento, suprimento ou dispêndio de recursos da União ou pela qual esta responda”.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 24.631/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Informativo de jurisprudência do STF n. 473. Publicado em 01.02.2008.

[...] um Juiz singular que proferisse sentença, posteriormente reformada por tribunal superior, mas que houvesse causado prejuízo ao erário pela liberação de uma verba posteriormente tida como indevida, poderia ser responsabilizado pelo TCU. Um Procurador da República que, por conta de uma improcedência de ação civil pública ajuizada, levasse a União ao pagamento de altas custas sucumbências poderia ser responsabilizado pelo TCU, já que deu azo a prejuízo ao erário. Os próprios membros do TCU, ao aprovarem contas de gestores, nas quais posteriormente são identificadas irregularidades por investigações de membros do Parquet ou da Polícia Federal, poderia ser responsabilizados pelo próprio TCU, já que falharam ao detectar ilegalidades, permitindo prejuízos aos cofres públicos. A mesma situação poderia ocorrer quando membros da Câmara apresentassem entendimento tido como equivocado pelo Plenário ou mesmo quando aquele Tribunal mudasse suas concepções sobre determinadas contratações, exigindo rigores antes não impostos.

[...]

Tanto advogados públicos, como procuradores, juízes e promotores podem e devem ser responsabilizados nas situações em que praticarem ilícitos. Contudo, isso apenas poderá ocorrer respeitando-se os limites de competência e responsabilidades dispostos pela Constituição. Quando rompida a fronteira da legalidade na atuação profissional justifica-se a responsabilização não apenas de advogados públicos ou procuradores, mas de magistrados, promotores, ministros ou qualquer que, imbuído do encargo de servir fielmente ao interesse público, exorbita de suas funções e vicia sua atuação, traindo a sociedade que o remunera.

A responsabilização por órgão incompetente e sem observância de limites a esta responsabilização enfraquece e desestimula a atuação dos membros da advocacia pública consultiva, notadamente no que tange a atividade de análise prévia de minutas de editais, contratos e convênios, atuação que impede, diariamente, sem aparição midiática, a realização de atos administrativos ilícitos ou prejudiciais ao erário e desvio de milhões dos cofres públicos, de forma muito mais barata e eficiente que o controle repressivo e posterior, o qual, embora goze de espaços cada vez mais freqüentes nas TVs e nos jornais, peca pela demora e pelos os altos custos envolvidos, atingindo apenas um pequeno percentual dos casos, e por não conseguir a efetiva recuperação dos valores desviados ou mesmo a reversão dos efeitos jurídicos causados (DE TORRES, 2017, p. 466/467).

Nesse diapasão, o combate à corrupção executado no controle preventivo exercido pela advocacia consultiva, sem a mesma repercussão do controle repressivo, depende, e, muito, de uma Advocacia Pública autônoma e forte, com garantias e prerrogativas conferidas aos seus membros, bem como apoio institucional, a fim de conter as mais variadas pressões, tanto externas como internas da Administração Pública.

A concessão de garantias e prerrogativas para o exercício das atividades da Advocacia Pública, notadamente no âmbito consultivo, não se revela como uma outorga de benesses para os seus membros, pois são necessários ao seu desempenho funcional com imparcialidade e independência frente aos desafios diários a que são submetidos, sobretudo quando seus pareceres contrariam interesses diversos, desde as mais poderosas autoridades públicas até aos grandes conglomerados econômicos. Assim, diante da nobre missão institucional de zelar pela incolumidade do interesse público e do Estado Democrático de Direito, surge imperiosa uma maior proteção institucional para os membros da Advocacia Pública, conforme bem observa o ex-Corregedor-Geral da Advocacia Geral da União Aldemário Araújo CASTRO (2008, *internet*).

As novas garantias e prerrogativas conferidas aos advogados públicos federais pela Lei Federal n.º 13.327, de 29 de julho de 2016 vai ao encontro das necessidades acima relatadas, conferindo, inclusive, o mesmo tratamento protocolar reservado aos magistrados e aos demais titulares das funções essenciais à justiça (art. 38, caput, VII), haja vista a paridade constitucional; entre outras novas prerrogativas. Especificamente quanto à responsabilização dos advogados públicos federais pelo TCU, em relação aos atos praticados no exercício de suas funções, a exemplo dos pareceres consultivos no âmbito das licitações e contratações públicas, essa lei estabeleceu expressamente que seus membros somente podem ser punidos pelos órgãos correicionais ou disciplinares, ressalvado, logicamente, a esfera judicial para os casos de violação as normas de probidade. Vele observar, para tanto, o caput do artigo 38 e os §§2º e 3º, dessa lei:

Art. 38. São prerrogativas dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo, sem prejuízo daquelas previstas em outras normas:

[...]

§ 2º No exercício de suas funções, os ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo não serão responsabilizados, exceto pelos respectivos órgãos correicionais ou disciplinares, ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude.

§ 3º A apuração de falta disciplinar dos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo compete exclusivamente aos respectivos órgãos correccionais ou disciplinares.

Demonstrado o relevante e republicano papel desempenhado pela advocacia pública consultiva no combate preventivo à corrupção, sobretudo nos processos de licitação e contratação pública, conclui-se que suas responsabilidades funcionais devem vir acompanhadas de garantias e prerrogativas, a fim de obstar as pressões dos poderosos, que impeçam ou atrapalhem a consecução de tal finalidade.

## 2 A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO E SEUS 25 ANOS DE ATUAÇÃO NO COMBATE À CORRUPÇÃO

A Advocacia-Geral da União surgiu em nosso ordenamento jurídico com a Constituição de 1988, no seu Título IV, destinando o Capítulo IV às Funções Essenciais à Justiça, inserindo neste último Capítulo o MINISTÉRIO PÚBLICO, na Seção I, e a ADVOCACIA PÚBLICA, na qual se inclui a ADVOCACIA-GERAL DE UNIÃO, na Seção II, atribuindo a ela a função de *representação judicial* da União e as atividades de *consultoria e assessoramento jurídico* do Poder Executivo.

Antes da promulgação da Carta de 88, essas competências constitucionais eram exercidas, respectivamente, pelo Ministério Público da União e pela Consultoria-Geral da República. Até o advento da Lei Complementar n.º 73, de 10 de fevereiro de 1993, responsável pelo estabelecimento legal da Advocacia-Geral da União, a representação judicial do ente *União* continuava transitoriamente com o Ministério Público Federal, com exceção daquela referente às causas de natureza fiscal que passaram à antiga Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desde a promulgação da Carta Política, por força do art. 29, § 5º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT. Como esclarece a ex-Secretária-Geral de Consultoria da AGU, Dra. Maria Jovita Wolney VALENTE (2002, *internet*):<sup>15</sup>

A Advocacia-Geral da União nasceu da necessidade de organizar em Instituição única a representação judicial e extrajudicial da União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo, propiciando ao Ministério Público o pleno exercício de sua

15 VALENTE, Maria Jovita Wolney. A história e a evolução da Advocacia-Geral da União. *Consultor Jurídico*, em 09 de novembro de 2002. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2002-nov-09/historia\\_evolucao\\_advocacia-geral\\_uniao#author](https://www.conjur.com.br/2002-nov-09/historia_evolucao_advocacia-geral_uniao#author)>.

função essencial de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e dos interesses individuais indisponíveis”, desvencilhando-o da representação judicial da União, por vezes incompatível com os seus outros misteres.

Os bastidores da criação da Advocacia-Geral da União são retratados no livro *Código da Vida*, do saudoso jurista Saulo RAMOS (2007, p. 65/66), considerado por muitos o grande idealizador da advocacia pública no Brasil. Vejamos alguns trechos de sua obra:

[...] A defesa da União era feita ao deus-dará. Os prazos eram cumpridos na marra. Os promotores se viravam com instruções recebidas dos assistentes jurídicos dos ministérios. Nas audiências, diante do juiz, em muitos casos, não todos, dava dó. O defensor da União não entendia do assunto, perdia-se diante da argumentação dos advogados privados, a tal ponto que o magistrado federal, em muitas ocasiões, passava ele próprio a defender a União, numa distorção da devida imparcialidade. [...]

Somente o Ministério da Fazenda, assoberbado com as questões tributárias, possuía um corpo de advogados mais atuantes na Procuradoria-Geral. Mas tinham que alimentar o Ministério Público com informações e explicações didáticas, que nem sempre eram absorvidas a tempo e de forma a assegurar boa defesa do direito da União, quando houvesse. A despeito do título de Procurador da Fazenda, o profissional não podia officiar no Judiciário. Era um procurador sem procuração.

É verdade que tal situação despertou, em muitos procuradores da República, a consciência profissional de que deviam estudar a fundo a matéria debatida nos processos, e neles a União teve defensores notáveis, mas poucos por este Brasil afora. Eram milagreiros. O problema agravava-se ao extremo pela falta de sistemática, falta de uma advocacia organizada e integrada, que tivesse profissionais exclusivamente encarregados de agir em juízo, na defesa de um cliente tão importante: o nosso país.

Como a Constituinte estava em andamento, consegui, com a ajuda da chamada bancada do Governo Sarney, a criação da Advocacia Geral da União, tirando do Ministério Público o antigo e penoso encargo que nada tinha a ver com sua verdadeira função e especialização constitucional. Depois de alguns entreveros amáveis com o Dr. Cid

Heráclito Queiroz, Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que puxava a sardinha para os advogados de seu ministério, por um pouco mais de poder, o que me era indiferente, concordamos na redação final do texto, e a Constituinte criou a AGU — Advocacia Geral da União.

Afinal, o Brasil passou a ter advogados para defendê-lo perante o Judiciário.

Desde a criação da AGU, a instituição exerce importante função de controle jurídico do Estado e zelo pelo patrimônio público. E, ao longo dos anos, a Advocacia-Geral da União vem aperfeiçoando seus mecanismos de enfrentamento da corrupção, podendo citar como exemplo a criação em 24 de abril de 2007, o “Canal do Cidadão” posteriormente absorvido pela Ouvidoria-Geral da União, para receber, via Internet e por telefone, denúncias da sociedade sobre atos cometidos contra a União.<sup>16</sup> As denúncias devem estar relacionadas com assuntos tratados pela Instituição, como invasão de imóveis ou terras públicas, funcionamento ilegal de casas de bingo, obstrução de rodovias, corrupção, desvio de verbas públicas federais, meio ambiente, reclamação contra servidores e autoridades da administração, entre outros.

Outro exemplo de sucesso é a comissão constituída em janeiro de 2009, a partir da Portaria PGU nº 15/2008, denominado de Grupo Permanente de Atuação Proativa da AGU, o qual nasceu com a missão de buscar a recuperação judicial de valores desviados dos cofres públicos federais, a partir de constatações realizadas pelos órgãos de controle da União, como a Controladoria Geral da União, o Tribunal de Contas da União, o Departamento de Polícia Federal, dentre outros.

Entre outras frentes de trabalho, temos a parceria com o Ministério da Transparência na composição das comissões de negociação dos acordos de leniência, previstos na Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção) e regulamentados na Portaria Interministerial CGU/AGU nº 2.278/2016.

Mais a mais, a AGU tem também apresentado uma atuação ativa no combate à corrupção internacional, participando de eventos e expandindo sua atuação como um dos principais interlocutores no combate à corrupção no Brasil. Por meio do seu Departamento Internacional, a AGU participou como membro da delegação advocacia geral da união consultoria combate corrupção brasileira no Grupo

16 BRASIL. AGU lança Canal do Cidadão para receber denúncias sobre bingos e atos contra a União. Advocacia Geral da União. Disponível em: <[http://agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/76385](http://agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/76385)>.

de Trabalho Anticorrupção do G20 (G20 ACWG), que ocorreu em 2017. Nesse ano, o Brasil foi copresidente das reuniões do Grupo, ao lado da Alemanha. A posição trouxe ao país a responsabilidade de participar diretamente no estabelecimento da agenda de discussão do grupo, analisar as propostas dos membros e colocá-las para debate.<sup>17</sup>

A advogada-geral da União, ministra Grace Mendonça (2017, *internet*), tem destacado o papel da AGU nos esforços de combate à corrupção:<sup>18</sup>

A Advocacia-Geral já ajuizou, desde 2009, 14 mil ações relativas ao combate à corrupção, com 200 advogados públicos trabalhando sobre esses casos. Há uma expectativa de retorno de R\$ 60 bilhões aos cofres do erário em ações de restituição de recursos desviados por corrupção, sendo que, somente no exercício de 2017, já conseguimos devolver à União valores da ordem de R\$ 600 milhões.

Não são poucas as notícias e êxitos da Advocacia-Geral da União no combate repressivo e proativo contra a corrupção, que certamente devem ser enaltecidos, porém, para fins desse trabalho, ressaltamos mais uma vez o papel diário e muito pouco divulgado desempenhado pelas Consultorias Jurídicas da União nesta mesma seara.

Merece ser prestigiada e destacada igualmente a atuação dos advogados federais lotados nos órgãos consultivos da AGU, que, desde o seu surgimento, vem fortalecendo os mecanismos institucionais em prol do efetivo combate à corrupção e da segurança jurídica do Brasil, adotando diversas ações estratégicas e efetivas, a exemplo: da criação do Manual de Boas Práticas Consultivas, atualmente em sua 4ª edição; o desenvolvimento de minutas padrão e listas de verificação pela Comissão Permanente de Licitação e Contratos Administrativos e pela Comissão Permanente de Convênios, com o propósito de simplificar e tornar mais eficiente os procedimentos de licitação e contratação pública; a atuação de destaque da Câmara Nacional de Uniformização (CNU) de entendimentos consultivos, coordenado pelo Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Consultivos, vinculada a Consultoria-Geral da União, que vem constantemente expedindo orientações e dirimindo questões jurídicas de alta complexidade; dentre outras medidas.

17 BRASIL. AGU atua internacionalmente no combate à corrupção. Advocacia Geral da União. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/538600](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/538600)>.

18 BRASIL. Advogada-geral defende que combate à corrupção seja política de Estado. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/630619](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/630619)>.

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo não se propõe a exaurir o assunto corrupção nas licitações e contratações públicas, nem apresentar uma solução inovadora para esse fim e muito menos divulgar todos os feitos da Advocacia-Geral da União nesse tema ao longo dos seus 25 anos de existência, mas apenas, de forma singela, destacar o importante papel preventivo da advocacia pública consultiva, em especial da advocacia federal, que contribui diariamente no enfrentamento dessa anomalia que infelizmente assola o Brasil.

Ao contrário da exposição midiática do controle repressivo e proativo realizado pelos diversos órgãos públicos, o controle preventivo exercido com exclusividade por advogados públicos consultivos ocorre silenciosamente, evitando, muitas vezes, desvios bilionários, dado a elevada vulnerabilidade desse procedimento. A corrupção no processo licitatório e de contratação pública se manifesta por diversas formas, sendo desde o direcionamento da contratação efetuada pelo administrador corrupto até a ocorrência de superfaturamento dos preços, acarretando, em todos os casos, desvio de recursos públicos, cujos custos da operação são repassados à sociedade por meio da elevação de preços ou (indiretamente) dos impostos, ou ainda através da má prestação dos serviços públicos por empresas incapazes de gerir-los.

Se é certo que não se pode presumir a má-fé do administrador, por outro lado, deve o advogado consultivo manter sua atenção elevada ao analisar o procedimento de contratação com espeque no parágrafo único do art. 38 da Lei de Licitações e Contratos (Lei n.º 8.666/93), a fim de impedir desvios de conduta, cabendo a ele orientar, dentro da margem de legalidade, os caminhos a serem tomados em prol do interesse público e da segurança jurídica, moralidade e eficiência.

Para tanto, defende-se a concessão de garantias e prerrogativas aos advogados públicos, não se tratando de favores ou privilégios, mas de uma necessidade que se impõe para atuação independente e para proteção das diversas formas de pressões das autoridades dos mais altos cargos públicos e das grandes empresas que atuam nos procedimentos licitatórios.

Por fim, conclui-se que a atuação preventiva dos advogados públicos no combate à corrupção, especialmente no âmbito das licitações e contratações públicas, merece ser prestigiada com a mesma entonação do controle repressivo. Nesse panorama, deve ser destacado o aprimoramento de mecanismos e o fortalecimento institucional da Advocacia-Geral da União, que tem contribuído para esse tema nos seus 25 anos de existência.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. Advocacia Geral da União. *AGU atua internacionalmente no combate à corrupção*. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/538600](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/538600)>. Acesso em: fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Advocacia Geral da União. *AGU lança Canal do Cidadão para receber denúncias sobre bingos e atos contra a União*. Disponível em: <[http://agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/76385](http://agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/76385)>. Acesso em: fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Advocacia Geral da União. *Advogada-geral defende que combate à corrupção seja política de Estado*. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/630619](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/630619)>. Acesso em: fev. 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MS 24.631/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Informativo de jurisprudência do STF n. 473. Publicado em 01.02.2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *MS n.º 24.073/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Carlos Velloso. Publicado em 31.10.2003.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 128/09*. 2ª Câmara. Relator: Augusto Sherman. Publicado em 03.02.2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 4.127/08*. 1ª Câmara. Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Publicado em 12.11.2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 1.337/11*. Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues. Publicado em 25.05.2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n.º 362/18*. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Publicado em 28.02.2018.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2014.

CASTRO, Aldemário Araújo. A advocacia pública como instrumento do estado brasileiro no controle da juridicidade dos atos da administração pública. *Revista BoniJuris*, ano XX, n.º 533, p. 10-12, 2008. Disponível em:

<[https://app.vlex.com/#BR/search/jurisdiction:BR,XM,EA+content\\_type:4/advocacia+p%C3%BAblica/BR/vid/40599073/graphical\\_version](https://app.vlex.com/#BR/search/jurisdiction:BR,XM,EA+content_type:4/advocacia+p%C3%BAblica/BR/vid/40599073/graphical_version)>. Acesso em: fev. 2018.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; MICHELS, Charliane. O parecer jurídico e a atividade administrativa: Aspectos destacados acerca da natureza jurídica, espécies e responsabilidade do parecerista. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/%3C?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11670](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/%3C?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11670)>. Acesso em: fev. 2018.

DE TORRES, Ronney Charles Lopes. *Leis de Licitações Públicas comentadas*. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DUBEUX, Rafael Ramalho. O papel da advocacia pública consultiva no enfrentamento da corrupção. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2500, 6 maio 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/14808>>. Acesso em: fev. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão: Temas de Direito Político e Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Método, 2013.

RAMOS, José Saulo Pereira. *CÓDIGO DA VIDA*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

VALENTE, Maria Jovita Wolney. A história e a evolução da Advocacia-Geral da União. *Consultor Jurídico*, em 09 de novembro de 2002. Disponível em: <[https://www.conjur.com.br/2002-nov-09/historia\\_evolucao\\_advocacia-geral\\_uniao#author](https://www.conjur.com.br/2002-nov-09/historia_evolucao_advocacia-geral_uniao#author)>. Acesso em: fev. 2018.



---

**MECANISMOS DE CONSENSO NO DIREITO  
ADMINISTRATIVO E SUA CONTRIBUIÇÃO  
PARA A DESJUDICIALIZAÇÃO DA  
POLÍTICA PÚBLICA**

---

*CONSENSUS MECHANISMS IN ADMINISTRATIVE LAW AND  
ITS CONTRIBUTION TO THE MISJUDICIALIZATION OF  
PUBLIC POLICY*

*Viviane Alfradique Martins de Figueiredo Mendes  
Advogada da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Políticas Públicas: Conceito e Processualidade; 2 Judicialização da Política; 3 Da Desjudicialização; 4 Dos Mecanismos de Consenso no Direito Administrativo; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este artigo traz reflexões sobre como os mecanismos de consenso na atividade administrativa podem contribuir para a desjudicialização das políticas públicas. Assim, a partir da análise de algumas construções teóricas, procura-se demonstrar a inexistência de óbice jurídico que impeça a Administração Pública de adotar os meios de resolução consensual de conflitos. No entender da autora, a adoção da solução consensual na Administração Pública permitirá ao Poder Público prosseguir na realização das políticas públicas e aos seus destinatários delas legitimamente desfrutarem, o que acabará por mitigar a excessiva judicialização e contribuir para o resgate da democracia participativa, da Harmonia e Independência entre os Poderes, ampliando consequentemente a possibilidade de obtenção de paz social, segurança jurídica, aperfeiçoamento das instituições e desenvolvimento nacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Política Pública. Judicialização da Política. Desjudicialização. Mecanismo de Consenso no Direito Administrativo.

**ABSTRACT:** This monograph discusses the consensus in the Public Administration as an efficient alternative for the rupture of the demand culture and brings the legal panorama authorizing the adoption of the extrajudicial and consensual means of resolving conflicts in the public sphere. The definition of consensus in the Public Administration will be explored to show how the changing of the demand culture can contribute to the mitigation of the judicialization of public policies. The field of analysis of the judicialization will serve as a counterpoint to the defense of the rupture of the paradigm of the demand culture and as a way to encourage the use of the means of consensual resolution of conflicts in the public sphere. The purpose of this study is to encourage the use of consensus mechanisms in Public Administration as a way to enable the Public Government to continue to carry out public policies and to legitimately enjoy the public policies of the Public Administration, which, in the opinion of the author, will mitigate the excessive judicialization and contribute to the recovery of participatory democracy, Harmony and Independence among the Powers, thus increasing the possibility of obtaining social peace, legal security, improvement of institutions and national development. The methodology adopted consisted of bibliographical research, collected in scientific articles, electronic journals and books, besides the examination of the legislation pertinent to the subject treated. The main topics are: public policies, judicialization of politics, rupture of the paradigm of the judicialization, consensus in the Public Administration and the legal panorama authorizing the

adoption of extrajudicial and consensual means of conflict resolution in Public Administration.

**KEYWORDS:** Public Policy. Judicialization of the Policy. Consensus on Public Administration. Extrajudicial and Consensual Means of Conflict Resolution.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo manifesta a experiência de observação e interação da autora, que atua na esfera pública, há quase duas décadas, como Advogada da União, e que constata em seu dia a dia as mais diversas dificuldades encontradas pela Administração Pública na concretização das políticas públicas, em especial quando a questão é judicializada.

Pretende-se, confessadamente, advogar pela adoção dos mecanismos de consenso na atividade administrativa e incentivar a desjudicialização das políticas públicas.

Face a ausência de um conceito fechado de Política Pública, serão visitados alguns de seus significados com o intuito de uniformizar a compreensão da matéria tratada.

A definição dos mecanismos de consenso na Administração Pública será explorada para evidenciar como a mudança da cultura demandista poderá contribuir para a mitigação da judicialização das políticas públicas.

Será abordado o tema da judicialização, inclusive a questão do ativismo judicial, que retira do órgão legitimado a discricionariedade na eleição das prioridades da política pública, desrespeita à harmonia e independência entre os Poderes e ainda acarreta a politização da Justiça.

O campo de análise da judicialização servirá como contraponto para a defesa da ruptura do paradigma da cultura demandista e para incentivar a utilização dos meios de resolução consensual de conflitos na esfera pública.

Nesse passo, serão exploradas as recentes mudanças que o Direito Administrativo vem passando, onde antigos dogmas estão sendo reformulados e recontextualizados, a fim de estabelecer uma Administração Pública mais paritária e menos calcada exclusivamente em atos unilaterais, tudo a atestar a inexistência de óbice jurídico que impeça a Administração Pública adotar meios consensuais.

Considerando a complexidade e extensão da matéria, o estudo realizado pela autora tem por escopo incentivar a adoção dos meios extrajudiciais e consensuais de resolução de conflitos na Administração Pública como forma de permitir ao Poder Público prosseguir na realização das políticas públicas e aos seus destinatários delas legitimamente

desfrutarem, o que, no seu entender, acabará por mitigar a excessiva judicialização e contribuir para o resgate da democracia participativa, da Harmonia e Independência entre os Poderes, ampliando conseqüentemente a possibilidade de obtenção de paz social, segurança jurídica, aperfeiçoamento das instituições e desenvolvimento nacional.

Para que se possa compreender melhor o desenvolvimento do presente trabalho, é necessário, primeiramente, a absorção de algumas construções teóricas importantes que se relacionam com o tema.

## 1 POLÍTICAS PÚBLICAS: CONCEITO E PROCESSUALIDADE

Mister compreender dois aspectos das políticas públicas, quais sejam: seu conceito e a processualidade intrínseca à sua formulação.

A compreensão do significado e do alcance da expressão “política pública” é fundamental como um primeiro passo para a assimilação da sua importância diante do atual cenário, principalmente no que tange aos aspectos sociais, econômicos, políticos e para a produção de novos conhecimentos. É de vital relevância que, nesse contexto, o conceito envolva uma abordagem multicêntrica. Conforme ressalta SOUZA, este termo é polissêmico, não existindo uma única definição do seja uma política pública.

Para MONTEIRO, qualquer definição de política pública não é um consenso, tais são as possibilidades de percepção que este termo proporciona, ficando a critério daquele que executa o estudo a escolha daquela que melhor represente o objetivo pretendido. Assim, outro conceito é colocado pelo autor: “[...] é um conjunto de ações interligadas e desempenhadas por diferentes *policy-makers*, em diversos estágios do processo decisório”.

Outra abordagem sobre o assunto é feita por SECCHI, em especial quanto à divisão das fases que compõem o processo de políticas públicas. Apesar de concordar que não existe necessariamente uma definição para o termo, esse autor afirma que se deve distinguir entre o que o governo planeja e o que, na realidade faz; que envolve vários atores sociais e diferentes níveis de decisão, apesar de ser elaborada pelo governo; que é abrangente e não se limita a leis e regras; que compreende uma ação intencional com objetivos delineados e pode gerar impactos de curto e longo prazo e que envolve processos.

BUCCI conceitua Políticas Públicas como programas de ação governamental destinados a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Na sua visão, as políticas públicas devem ser percebidas também como processo ou conjunto de processos (procedimentos

coordenados pelo governo para a interação entre sujeitos ou entre estes e a Administração, com o exercício do contraditório) que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a identificação dos interesses públicos reconhecidos pelo direito.

E, na concepção de BANDEIRA DE MELLO, política pública abrange o programa de ação governamental que resulta de um processo ou um conjunto de processos juridicamente regulados (processos eleitoral, de planejamento, de governo, orçamentário, legislativo e administrativo, não descartando o processo judicial), o qual atua para coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas voltadas à realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Em seu sentir, a política pública deve visar à concretização dos objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva dos meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Em outras palavras, políticas públicas são instrumentos de execução de programas políticos que demandam a intervenção do Estado na sociedade para garantir a igualdade de oportunidades aos indivíduos, cuja finalidade é assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.

Sob o aspecto da intervenção do Estado no domínio econômico, as políticas públicas são mecanismos de execução das normas legais e constitucionais, ou seja, *law enforcement* (reforço para execução da lei). Logo, as políticas públicas não se limitam a atos meramente políticos, de governo, atos de gestão, mas configuram, antes, meio de planejamento para a execução dos serviços públicos ou desempenho de atividades estatais. Enquanto programa, obrigam o Estado às prestações positivas que podem ser exigidas pelo cidadão.

Assim, embora não exista um consenso quanto ao significado exato de políticas públicas, devem ser considerados como elementos integrantes do seu conceito: a juridicidade (dimensão normativa), a finalidade de atendimento do interesse público (dimensão política) e a existência de um processo para a tomada de decisões, no qual devem estar presentes a participação e o planejamento (dimensões da pluralidade e da formulação).

O programa de ação governamental que constitui a política pública resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados ou disciplinados, a saber, o administrativo, o legislativo, o de alocação de meios para a ação governamental (processos orçamentário e de planejamento), o judicial e político-eleitoral.

A tecnicidade desse processo decisório apresenta três momentos distintos, intercalados e sequenciais de formação (apresentação dos

pressupostos técnicos e materiais pela Administração ou pelos interessados para confronto com os trazidos pelos demais), de execução (compreende as medidas administrativas, financeiras e legais de implementação do programa) e de avaliação (apreciação dos efeitos, sociais e jurídicos, sob o prisma do contraditório, de cada uma das escolhas possíveis, em virtude dos pressupostos apresentados).

Para o êxito das políticas públicas, o planejamento se coloca como pressuposto indispensável à definição de todo o programa de ação política, econômica ou social, bem como condiciona a escolha da política pública, orienta e define o *locus* apropriado para a tomada de decisão.

A inexorabilidade da processualidade e do planejamento, inerentes ao conceito de políticas públicas, questiona a utilização do processo judicial como *locus* político-decisório para a formulação dessas políticas.

Afinal, a judicialização da política da margem à concentração do poder. A intervenção judicial deve partir, pois, da criação de mecanismos formais ou informais de mediação, por meio de diálogos institucionais que permitam o estabelecimento das etapas e os meios necessários para a implementação dos direitos e das políticas públicas.

Desse modo, deve-se dar preferência às soluções plurais para as quais se exige a figura do Estado-Administração, que deve ser, por excelência, o *locus* de decisão política ou o espaço central de convergências das ações políticas.

Apesar dos conceitos e da processualidade intrínseca à formulação da política pública conduzirem ao pensamento de que o Judiciário somente deveria deliberar sobre políticas públicas de forma subsidiária, não é isso o que acontece na atualidade, onde se testemunha uma concentração de poder exacerbada nas mãos do Poder Judiciário, culminado no que se convencionou a chamar de judicialização da política.

## 2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A judicialização ou jurisdicização é o fenômeno de intenso acesso ao Poder Judiciário em busca de realização de direitos sociais e individuais. Significa que “algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.”

A judicialização da política faz parte de um panorama de direito sistêmico autopoiético e pós-positivista, que permite, no contexto de uma nova hermenêutica constitucional, um ativismo judicial em busca da materialização de direitos fundamentais e da consolidação da *Lex Maxima*.

Portanto, a judicialização da política é reflexo de um modelo democrático e intervencionista de Estado, que propende à efetivação de direitos e o arrefecimento das desigualdades sociais.

No direito comparado como no nacional, a cada dia se observa uma absorção recíproca e constante da política pelo direito. A comunicação entre o subsistema jurídico e o político resulta no processo de juridificação das relações sociais.

No Brasil, a judicialização decorreu do modelo constitucional brasileiro e, portanto, em alguma medida acabou sendo inevitável, já que constitucionalizar é tirar uma matéria da política e trazê-la para dentro do direito.

Suas principais causas foram a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988; a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária; e, por último o sistema de controle de constitucionalidade, referido como híbrido ou eclético, e que é considerado um dos mais abrangentes do mundo .

O contexto sócio-político brasileiro, coordenado por uma Constituição Dirigente, repleta de valores, permitiu o redimensionamento do papel do Poder Judiciário, com a conseqüente judicialização da política, em prol da garantia dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito

Esses fatos explicam o motivo pelo qual nos últimos anos o Poder Judiciário passou a dividir espaço com o Legislativo e o Executivo, o que acabou por acarretar uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais.

Paulatinamente, o papel do Judiciário ganhou novos contornos, deixou de ser politicamente desneutralizado, assumiu a função de controlar e corrigir os atos dos demais poderes públicos, passou a concretizar direitos fundamentais e a implementar políticas públicas. Enfim, iniciou-se o que se convencionou chamar de “ativismo judicial”.

Conquanto empregada para traduzir a postura proativa do Judiciário, também no campo da correção de atos ou omissões dos demais poderes, notadamente quanto à concretização de direitos fundamentais, a expressão “ativismo judicial”, no sentido negativo que a acompanha desde sua recepção no Brasil, é utilizada nas hipóteses de extrapolação dos limites do exercício da atividade jurisdicional. Isto é, se e quando a decisão se funda em argumentos meramente políticos, de cunho moral, conforme a convicção pessoal do julgador: quando ultrapassa os limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico e o faz em detrimento dos demais poderes, usurpando as suas respectivas competências.

O controle judicial desmedido de políticas públicas trouxe o problema da incapacidade para a tomada de decisões tecnicamente corretas, da legitimidade democrática, da indevida politização da justiça, da morosidade e da insuficiência estrutural e material. E ainda, recebe críticas, por realizar a microjustiça, negando observância à isonomia de tratamento ao distribuir desigualmente os recursos escassos de todos .

Os problemas relativos à inefetividade dos direitos fundamentais sociais devem ser enfrentados democraticamente, pelos representantes da sociedade e com a participação dos afetados diretamente pela decisão (ou pela omissão). A solução monolítica do Poder Judiciário deve ser evitada, e, no limite, sendo imprescindível a judicialização da demanda, devem ser levados ao Estado-juiz os elementos colhidos no ambiente aberto que considerou a participação plural, submetendo-os à accountability, que evita o ativismo judiciário .

Considerando os conceitos e a processualidade intrínseca à formulação da política pública, a deliberação judicial sobre políticas públicas, sobretudo quando perquirida individualmente, deve ser subsidiária, isto é, a *ultima ratio*.

Contudo, não é isso que ocorre hodiernamente, onde se verifica uma expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final, o que nos faz refletir sobre a necessidade de ruptura desse paradigma.

### 3 DA DESJUDICIALIZAÇÃO

No Brasil, a crise da democracia e inafastabilidade da jurisdição acentuaram, nas últimas décadas, o protagonismo do Judiciário. Na seara das políticas públicas, o processo judicial monolítico não cumpre adequadamente com sua instrumentalidade, não pacífica, contribui para a desigualdade e não privilegia o princípio democrático.

Nesse sentido, impõe-se a ruptura paradigmática da cultura demandista para a da solução resolutiva, consensual e da não judicialização.

A excessiva duração do processo, a baixa qualidade da resposta jurisdicional e a cultura corporativa potencializam a necessidade da desjudicialização do controle judicial de políticas públicas.

A busca pela justa composição de litígios, que deve incluir as causas envolvendo a Administração Pública, enfatiza a diretriz da democracia participativa e pluralista, ao possibilitar que todos – pessoas naturais e jurídicas – participem do esforço comum para a boa gestão da coisa pública.

A estruturação do contraditório no processo público de escolhas é de grande importância em sociedades complexas como a brasileira, pois possibilita diferentes postulações e respostas que contribuem para a redução do déficit democrático e maximização da escolha de ações eficientes.

A ação administrativa, cuja finalidade principal é garantir a construção do Estado Social, encontra sua legitimação no processo democrático, cujo traço marcante é a processualização da atividade administrativa, com a exigência de estímulo à participação social nos processos de formulação das decisões administrativas.

Deve-se estimular a participação da sociedade na tomada de decisões, bem como incentivar o concurso de outros meios, agentes e instâncias capazes de recepcionar e resolver controvérsias e ocorrências, com a possibilidade de a solução ser tecnicamente consistente, de baixo custo e tempo reduzido.

A Constituição Federal brasileira exige a disponibilização de formas de participação dos administrados na Administração Pública, no art. 37, parágrafo 3º. Dessa forma, a cultura da solução resolutiva, consensual e da não judicialização vai de encontro a este propósito uma vez que incrementa a participação social e proporciona a busca de solução pelos envolvidos, e, ainda pode contribuir não só para o resgate da democracia participativa, mas também para o respeito ao princípio da Harmonia e Independência entre os Poderes, trazendo conseqüentemente paz social, segurança jurídica, aperfeiçoamento das instituições e desenvolvimento nacional.

E mais, a solução consensual ainda pode contribuir para o afastamento de um dos grandes desafios do Estado Democrático de Direito, que é o de afastar a possibilidade de implantação de um “Estado Judicial de Direito, no qual se constata a predominância cêntrica do Poder Judiciário.”.

Portanto, imperiosa a necessidade do estudo dos mecanismos de consenso na Administração Pública como forma de se vislumbrar um caminho para a quebra do paradigma da judicialização.

#### **4 DOS MECANISMOS DE CONSENSO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

O consenso, configurado do ponto clássico da sociologia e da ciência política, foi tratado mais contemporaneamente entre nós por CEZAR SALDANHA SOUZA JUNIOR. O autor de modo sintético, após análises que não cabem no escopo deste ensaio, aponta o consenso como “o acordo entre membros da Comunidade, sobre as bases da ordem desejável.”.

O consenso tem íntima relação com a democracia, não integrando o princípio próprio dos regimes autocráticos. O Estado, como fenômeno político, e a Administração, como parte deste fenômeno, no contexto de um regime democrático, devem, pois, dedicar-se permanentemente à construção do consenso da comunidade.

Natural, portanto, que um dos vetores da evolução do Direito Administrativo, na democracia, seja a substituição dos mecanismos de imposição unilateral - por mecanismos de consenso, ou seja, mecanismos que propiciem o acordo entre os sujeitos envolvidos na ação administrativa, tanto governantes como governados, sobre as bases da ordem a que estarão submetidos, respeitando-se os limites da legalidade.

Os mecanismos de consenso na atividade administrativa podem se manifestar de diversas formas, quer seja no abandono de um viés autoritário; em benefício de um viés democrático, ante a participação mais efetiva dos destinatários dos atos da Administração em sua elaboração; no ganho de eficiência e de melhor governança na ação administrativa; nas transações administrativas conduzidas pelo Estado, no alcance um acordo, ou ainda, no recurso a mecanismos de solução de conflitos que tenham sua fonte no consenso.

Seja num ou noutro caso, não se pode perder de vista que o Estado está por detrás de tudo. Com ele também, portanto, o chamado interesse público, cujo conteúdo é de mérito e igualmente se manifesta processualmente. O difícil é delimitar no que consistiria o dito interesse público (seu núcleo duro/mínimo fundamental) e se ele importaria barreiras ao consenso.

Mas, como bem assinala CARLOS ALBERTO DE SALLES, ao tratar da construção do consenso nas relações de direito público, o grau de consenso, nas diversas situações é bastante variável, podendo significar maior ou menor liberdade negocial. Isso porque o consenso administrativo não é inteiramente livre, devendo ser construído a partir de determinados valores orientadores da atuação do Estado.

Assim, sem deixar de lado a busca pela salvaguarda do interesse público, verifica-se na atualidade um Estado muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que a de detentor do poder de império.

Tal novo papel da Administração Pública inaugura um novo paradigma em que o Estado emana não apenas atos de império, orientados pelo Direito Administrativo e seus princípios fundamentais norteadores, mas também e sobretudo, atos de gestão, por via dos quais a Administração Pública desce de seu patamar hierárquico para se posicionar ao lado do particular, em condições iguais.

As incumbências deste novo modelo de Estado, segundo GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA, passam a ser, não somente as de estabelecer e conferir eficácia aos canais de participação e de interlocução com os indivíduos e grupos sociais, mas a de com eles constantemente interagir, instituindo e mantendo vínculos robustos e duradouros. Tais vínculos, nas palavras do autor antes mencionado, são tidos como indispensáveis para atribuição de eficácia e de efetividade às ações estatais, as quais, no seu entender, vêm sendo amplamente desenvolvidas em espaços de forte intersecção entre Estado e sociedade civil, esferas de processo contínuo de recíproca interpenetração.

Adotando nova roupagem na forma de interagir, também a via tradicional de resolução de conflitos – a judicial – tem se deflagrado nem sempre a via mais adequada para a solução de todo e qualquer conflito que resulte das atividades da Administração Pública. Nesse contexto, pois, de construção de uma Administração Pública dialógica, em que o Estado continuamente estabelece vínculos com a sociedade, como meio para melhor consecução de suas ações, imperioso o recurso a formas e instrumentos consensuais não apenas para administrar, mas também para solucionar suas disputas.

Os mecanismos de consenso, para a solução de controvérsias, podem trazer sensíveis ganhos para a Administração, evitando pendências judiciais, ajudando a manter a qualidade das relações contratuais de longo prazo, reduzindo os custos de litigância e os riscos da contratação com o Estado. CARLOS ALBERTO DE SALLES ressalva, todavia, que tal consenso somente será sólido se construído com respeito às devidas premissas que devem pautar a relação dos particulares com o Poder Público.

O recurso a tais mecanismos traz como consequência a redução da litigiosidade e dos custos envolvidos, maior eficiência administrativa e incremento da participação dos particulares no processo de tomada das decisões administrativas, redundando em mais aceitação do que imposição, traço característico de um Estado Democrático de Direito.

Esse paradigma tem sido construído considerando as novas vestes garantistas e dialógicas do Estado Democrático de Direito.

A defesa das possibilidades que a resolução consensual de conflitos oferece não implica, naturalmente, negar as cautelas adicionais que esta requer em face das especificidades atinentes ao regime jurídico da Administração Pública. É preciso encontrar maneiras criativas de compatibilizar os direitos fundamentais e as políticas públicas que devem garanti-los. Para este fim, a verificação das normas jurídicas aplicáveis ao caso é apenas o ponto de partida da negociação, a moldura que traça os limites. (SOUZA, 2014).

Nesse sentido, todos os acordos envolvendo o Poder Público devem ser devidamente fundamentados, já que os atos administrativos (e aí se inclui a autorização de acordos, mesmo em juízo), se sujeitam a controle interno e externo de juridicidade, e tal fundamentação deve ser fática e jurídica, de modo a deixar claro porque uma determinada solução é o caminho mais adequado para resolver o conflito, sob o ponto de vista da legalidade, da economicidade e de todos os demais parâmetros que devem reger a atuação de entes públicos.

Superados tais óbices, conclui-se que a Administração Pública não se encontra sujeita a uma proibição de engajar meios consensuais de solução de conflitos e exercer a autocomposição, ela está apenas condicionada a algumas limitações, pois, de fato, não segue o mesmo regime de atuação que o particular, estando sujeita a determinadas normas que visam assegurar o atendimento das finalidades da função administrativa e a preservação da própria Administração contra a veiculação de interesses meramente privados dos governantes ou de terceiros sem qualquer vínculo com a promoção do bem comum ou de direitos fundamentais.

## 5 CONCLUSÃO

A solução através do diálogo, coloca as partes como protagonistas na construção da solução e não mais como expectadoras do juiz.

Com a retomada do diálogo entre as partes na busca de soluções benéficas para ambas ocorre uma transformação no pensamento dos conflitantes e acontece uma modificação da sistemática social, e, por consequência, a quebra de antigos paradigmas.

Assim, o caminho da consensualidade se revela, em muitos casos, entre os quais destaco a situação dos conflitos que envolvem as políticas públicas – a solução mais adequada para o problema, para não dizer a única possível, notadamente em situações em que os impasses criados geram autênticas paralisações do aparato estatal.

Os meios de resolução consensual de conflitos, além de estarem consonância com os princípios da eficiência e da proporcionalidade, representam um importante meio de abreviação de disputas e economia de recursos, exigem que a atuação do Estado se realize da forma menos onerosa para os cofres públicos e que acarrete menos transtornos ou sacrifício de interesses legítimos dos particulares.

E mais, ao estimularem a participação da sociedade na tomada de decisões, incentivarem outros meios, agentes e instâncias capazes de recepcionar e resolver controvérsias e ocorrências, com a possibilidade de a solução ser tecnicamente consistente, de baixo custo e tempo reduzido,

os meios de resolução consensual de conflitos tornam-se instrumentos aptos a ruptura da cultura demandista.

Portanto, cabe aos representantes da sociedade e aos afetados diretamente pela decisão (ou omissão) enfrentar os problemas relativos à inefetividade dos direitos fundamentais sociais, evitando-se a atuação monolítica do Poder Judiciário, que somente deverá deliberar de forma subsidiária.

A par deste entendimento, tem-se que a Administração Pública infelizmente ainda hostiliza o uso da autocomposição, de modo que decisões judiciais proferidas no estabelecimento de políticas públicas continuam gerando enormes danos à coletividade.

Portanto, imperativa a guinada de mentalidade para o alcance da paz social, segurança jurídica e aperfeiçoamento das instituições, desenvolvimento nacional, bem como para a mitigação da excessiva judicialização, que é um dos principais óbices à efetivação célere e eficaz da política pública.

Face o exposto, conclui-se que a adoção dos mecanismos de consenso na atividade administrativa pode contribuir para a desjudicialização da política pública e que de sua prática poderão advir soluções mais criativas (portanto eficientes), eis que produzidas a partir da explicitação e compatibilização de todos os interesses relevantes, legítimas (democráticas), já que decorrentes da adesão/aceitação de todos os atores envolvidos e céleres e econômicas, já que estes atores contribuirão para sua efetivação.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Mecanismos de consenso no Direito Administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de, NETO, Floriano de Azevedo Marques (Org.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Forum. 2008. p. 336-337.

APPIO, Eduardo. *Controle Judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 136.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 808.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio. (Org.). *Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 40.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. *Revista Eletrônica Consultor Jurídico*, artigo jurídico. Postado: 22 dez. 2008. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2008.dez-22/judicializacao\\_ativismo\\_legitimidade\\_democratica](http://www.conjur.com.br/2008.dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica)>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 13, p. 29-32, mar./maio 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo, 2002. p. 9/194-199/241-266.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo. Saraiva, 2006. p. 39.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo. Saraiva, 2013. p. 145-204.

CAMBI, Eduardo; VASCONCELOS, João Paulo A. Desjudicialização de políticas públicas e o Novo Código de Processo Civil – Contributo do Ministério Público e da Advocacia Pública à solução extrajudicial de conflitos. A&C. In: *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 16, n. 64, p. 225-251 abr./jun. 2016.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da Judicialização da Política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política* [on line]. n. 23, p. 127-139, 2004. ISSN 1678-9873. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>>. Acessado em: 20 jun. 2017.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas Públicas: princípios, propósitos e processos*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 132-135

ESTEVEVES, João Luiz Martins. *Cidadania e judicialização dos conflitos sociais*. Disponível em: <[www2.uel.br](http://www2.uel.br)>. Acesso em: 5 jun. 2017.

GOES, Guilherme Sandoval. *Limites Exegéticos do Ativismo Judicial: por uma estratégia hermenêutica de preservação do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=e7803c8c6041d459>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 24

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 241

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução de Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MAZZONETTO, Nathalia. *Novos (e adequados) rumos da administração pública na resolução de conflitos*. Disponível em: <<http://www.mommalaw.com>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

MONTEIRO, Jorge Vianna. *Fundamentos da política pública*. Rio de Janeiro: IPEA/INPES, 1982. p. 42.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito administrativo democrático*. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 212-213.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em Contratos Administrativos*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011. p. 141-142.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prestação do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 33-34/40-41.

SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2011. p. 41.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 20-44, jul./dez. 2006.

SOUZA, Luciane Moessa de. Resolução Consensual de Conflitos que envolvem Políticas Públicas: Caminho democrático, viável e sustentável. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (Edição Especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014.

