

Publicações da Escola da AGU

I CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ADVOCACIA PÚBLICA DA ESCOLA DA AGU

Ano 13 - n. 03 - Brasília-DF, set./nov. 2021

Publicações da Escola da AGU	Brasília	v. 13	n. 03	p. 1-308	set./nov. 2021
------------------------------	----------	-------	-------	----------	----------------

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

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Bruno Bianco Leal

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO SUBSTITUTO

Adler Anaximandro de Cruz e Alves

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Adler Anaximandro de Cruz e Alves	Secretário-Geral de Consultoria
Vinícius Torquetti Domingos Rocha	Procurador-Geral da União
Arthur Cerqueira Valério	Consultor-Geral da União
Ávio Kalatzis de Britto	Procurador-Geral Federal
Isabel Vinchon Nogueira de Andrade	Secretária-Geral de Contencioso
Edimar Fernandes de Oliveira	Corregedor-Geral da Advocacia da União
Danilo Barbosa de Sant'anna	Diretor da Escola da Advocacia-Geral da União
Francis Christian Alves Scherer Bicca	Ouvidor da Advocacia-Geral da União

ESCOLA DA AGU

Danilo Barbosa de Sant'anna	Diretor
Andreia Maria Nogueira Cajueiro	Coordenadora-Geral de Ensino

EDITOR RESPONSÁVEL

Danilo Barbosa de Sant'anna

COORDENADOR

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio

Responsável pela Coordenação dos Cursos de Pós-graduação da Escola da AGU

Diagramação/Capa: Walbert Kuhne Julio

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

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Publicações da Escola da AGU / Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. — Brasília : EAGU, 2009.
v. ; 23 cm.

Irregular.

ISSN 2236-4374 (versão impressa)

ISSN 2525-3298 (versão on-line)

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 340 . 5
CDU 34 (05)

AUTORES

ALAN PINTO TEIXEIRA ALVES

Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogado da União na Advocacia-Geral da União (AGU)

ALEXANDRE MOREIRA DE SOUZA ANAGUCHI

Doutorando em Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela FDSM. Especialista em Direito Público pela PUC/MG. Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU). Procurador do Estado de Minas Gerais com atuação na Advocacia Regional do Estado em Varginha/MG sendo coordenador do Núcleo Tributário Fiscal

AMANDA PINTO NEVES

Procuradora do Estado do Maranhão. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Piauí. Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU)

CARLOS ANTÔNIO CORRÊA DE VIANA BANDEIRA

Especialista em Advocacia Pública, pela Escola da Advocacia-Geral da

União (EAGU). Procurador da Fazenda Nacional, com atuações como Coordenador-Geral Jurídico da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Subcorregedor de Procedimentos Preliminares Substituto da Corregedoria-Geral da Advocacia da União, e presidente de comissões disciplinares do Ministério da Fazenda e da Corregedoria-Geral da Advocacia da União.

CHARLON LUIS ZALEWSKI

Advogado da União, com graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM e Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU). Consultor Jurídico da União em Santa Catarina

GIOVANA ANDRÉA GOMES FERREIRA

Procuradora do Estado de Pernambuco, Especialista em Direito Processual Civil e Direito Sanitário. Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU)

GUSTAVO VICENTE DAHER MONTES

Advogado da União. Atuou na Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da

República e na Procuradoria-Regional da União da 3ª Região (Coordenador de Patrimônio Público, Subprocurador-Regional da União substituto, Coordenador-substituto da Divisão de Atuação Estratégica). Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU)

LARISSA FOELKER

Advogada da União, com atuação na Coordenação Regional de Probidade da 1ª Região. Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU)

LUCIANA ROFFÉ DE VASCONCELOS

Procuradora do Estado de Pernambuco. Especialista em Direito Tributário pela UFPE/SEFAZ/PGE/PE. Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU)

NIOMAR DE SOUSA NOGUEIRA

Advogado da União. Corregedor Auxiliar da Corregedoria-Geral da Advocacia da União. Ex-Diretor do Departamento de Servidores Cíveis e Militares da PGU/AGU. Ex-Procurador-Regional da União da 1ª Região/AGU. Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU)

PRISCILA HELENA SOARES PIAU

Advogada da União, Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU), Coordenadora-Geral de Análise Jurídica de Atos Normativos da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio - Coordenador..... 7

A Busca Pela Solução Adequada na Administração Pública Federal a Partir do Surgimento da Câmara de Conciliação da Administração Pública Federal

The Search for the Appropriate Solution in the Federal Public Administration From the Arising of the Federal Public Administration Chamber of Conciliation Alan Pinto Teixeira Alves..... 11

Advocacia Pública de Estado e a Sua Contribuição para a Redução da Complexidade

State's Attorney and Its Contribution to the Reduction of Complexity Alexandre Moreira de Souza Anaguchi.....33

Normas Brasileiras Sobre Impeachment à Luz da Teoria da Constitucionalização Simbólica

Impeachment Under Brazilian Law in Accordance With the Theory of Symbolic Constitutionalization Amanda Pinto Neves..... 49

Viabilidade Jurídica da Mediação no Direito Processual Administrativo Disciplinar Federal e o Princípio da Consensualidade Administrativa: Temática Federal Inerente ao Papel da Advocacia-Geral da União

Legal Feasibility of Mediation in the Federal Disciplinary Administrative Procedure Law and the Principle of Administrative Consensuality: Federal Thematic Inherent in the Role of the Attorney Generals Office Carlos Antônio Corrêa de Viana Bandeira..... 81

Atuação de uma Advocacia Pública Consultiva de Estado na Agu em Face de Tecnologias de Robotização e Novos Conceitos de Gestão Jurídica: em Busca de uma Advocacia 4.0

The Performance of A State Public Legal Consultancy Advocacy of Attorney General's Office in Face of Robotization Technologies and New Concepts of Legal Management: in Search Of Advocacy 4.0 Charlon Luis Zalewski..... 129

Súmula 222 do Tribunal de Contas da União, Função Consultiva Das Cortes de Contas e Usurpação de Competências da Advocacia Pública

Precedent 222 of the Federal Court of Accounts, Inquiry Functions of Courts of Accounts and Usurpation of Public Advocacy's Attributions
Giovana Andréa Gomes Ferreira161

(Des)Vinculação da União à Cláusula Compromissória Constante no Estatuto Social da Petrobras: A Leitura Correta do “Caso Lage” e o Precedente do Stj – Cc N° 151.130/Sp
The Federal Government is (Not) Subject to the Arbitration Clause Provided in Petrobras' By-Laws: The Correct Interpretation of “Caso Lage” and the Precedent of The Superior Court of Justice – Conflict of Jurisdiction N. 151.130/Sp
Gustavo Vicente Daher Montes.....187

Efeitos do Tempo na Impunidade: Análise Empírica das Decisões Sobre Improbidade Administrativa Proferidas Pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região do 2º Semestre De 2020
Effects of Time on Impunity: Empirical Analysis of Decisions on Administrative Misconduct Issued by the Federal Regional Court of the 1st Region in the 2nd Half of 2020
Larissa Foelker.....217

Métodos de Resolução Consensual de Conflitos e o Poder Público: Como Conciliar o Princípio da Isonomia e a Atuação Consensual? A Necessária Observância dos Precedentes Administrativos.
Consensus Conflict Resolution Methods and Public Power: How to Conciliate the Principle of Isonomy and Consensus Action? the Necessary Observance of Administrative Precedents.
Luciana Roffê de Vasconcelos.....233

Programa de Redução de Litígios: Estudo Jurimétrico Sobre o Impacto da Abstenção de Recursos no Índice de Sucesso da União no Stj
Program for the Reduction of Litigations: a Jurimetrics Study on the Impact of Abstention of Special Appeals on the Union Success Index in the Superior Court of Justice
Niomar de Sousa Nogueira257

A Atividade Consultiva da Advocacia-Geral da União na Celebração de Termos de Ajustamento de Conduta: Experiência da Consultoria Jurídica Junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública
The Advisory Activity of the Attorney General's Office in the Execution of Terms of Adjustment of Conduct: Experience of Legal Consulting with the Ministry of Justice and Public Security
Priscila Helena Soares Piau.....283

APRESENTAÇÃO

A publicação desta obra materializa a conclusão de um ciclo de elevada importância para a história da Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. Ela reúne, em seus capítulos, os trabalhos de conclusão elaborados por alunos do I Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Advocacia Pública, ofertado pela instituição entre os anos de 2019 e 2021. A variedade de temas abordados e a profundidade com que foram analisados refletem a riqueza da experiência vivenciada pelos autores durante o curso, que contou, em seu corpo docente, com a participação de membros da Advocacia Pública da União, do Distrito Federal e de diversos Estados e Municípios brasileiros, além de ter sido conduzido por professores com destacada experiência acadêmica e profissional nos assuntos pertinentes à Advocacia Pública. Todos os capítulos são, portanto, de autoria de advogados públicos egressos da Pós-Graduação da Escola da AGU, que prestam relevantes contribuições para o debate a respeito de temas atuais e de nítido interesse para a Advocacia Pública.

Dispostos por ordem alfabética dos nomes dos autores que tiveram seus trabalhos selecionados, a sequência de capítulos é inaugurada pela investigação empreendida por Alan Alves a respeito da atuação da Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal, em que se observou, a partir de análise qualitativa, a crescente importância desse órgão da Advocacia-Geral da União para a prevenção e solução de conflitos envolvendo a Administração Pública Federal.

Adotando, como marco teórico, a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, Alexandre Anaguchi objetiva situar a Advocacia Pública entre os sistemas sociais político e jurídico, mais especificamente como uma organização que exerce a mediação entre esses dois sistemas, com a capacidade de contribuir para a geração de segurança jurídica e, por conseguinte, para a redução da complexidade das relações sociais.

Amanda Neves, por sua vez, examina as normas que disciplinam o impeachment na ordem jurídica brasileira, a partir da concepção de constitucionalização simbólica desenvolvida por Marcelo Neves. Em seu entendimento, a regulamentação conferida ao instituto no Brasil é marcada pela hipertrofia da função simbólica, funcionando, antes, como alibi para diminuir a tensão social e, ao mesmo tempo, obstruir

os caminhos para transformações sociais necessárias à realização do modelo democrático importado de países centrais.

Carlos Antônio Bandeira averigua a viabilidade da celebração de acordos como solução alternativa à via do processo administrativo disciplinar e como instrumento de gestão administrativa, no âmbito de um Direito Processual Administrativo Disciplinar Federal ainda em construção.

Charlon Zalewski desenvolve reflexão sobre a necessidade de incorporação de novas tecnologias na atuação consultiva da Advocacia-Geral da União, tais como a adoção de ferramentas de robotização e de conceitos de Advocacia 4.0, como condição para a manutenção do seu prestígio institucional.

Giovana Ferreira denuncia o indevido avanço dos Tribunais de Contas sobre a competência constitucionalmente reservada à Advocacia Pública de prestar consultoria jurídica ao ente respectivo, caracterizado nas hipóteses em que as Cortes de Contas buscam impor, à Administração, sua interpretação jurídica como sendo a única correta, sob a ameaça de responsabilização dos advogados públicos que dela discordarem.

A partir da análise de precedentes emblemáticos sobre a participação do Poder Público em arbitragens, Gustavo Montes ressalta a voluntariedade como a principal característica do instituto, de modo que o assentimento para a resolução de determinado conflito por meio da via arbitral deve ocorrer de maneira expressa e inequívoca por parte do ente público.

Em pesquisa empírica envolvendo decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Larissa Foelker avalia os efeitos do decurso do tempo na impunidade dos réus em ações de improbidade administrativa.

Luciana Vasconcelos examina a utilização de métodos de autocomposição de litígios pela União Federal e a necessidade de compatibilizá-la, nas negociações individualizadas, com o princípio da isonomia, destacando a importância dos precedentes como forma de concretizar esse postulado.

Também a partir de um estudo de caráter jurimétrico, Niomar Nogueira oferece um diagnóstico acerca dos resultados dos Recursos Especiais e dos Agravos em Recurso Especial interpostos pela União,

entre 2017 e 2020, perante o Superior Tribunal de Justiça, tomando como parâmetro, em especial, as orientações veiculadas no Programa de Redução de Litígios da Procuradoria-Geral da União.

Por fim, Priscila Piau relata a experiência da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública quanto à fixação de critérios mínimos a serem observados na celebração de termos de ajustamento de conduta, iniciativa que se compatibiliza com o alcance da atividade de controle preventivo de legalidade exercida pela Advocacia Pública e que se reveste da potencialidade de conferir mais segurança à decisão do gestor público.

A Escola da AGU parabeniza os autores que contribuíram para esta publicação, bem como agradece aos docentes que os orientaram na elaboração dos trabalhos de conclusão do I Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Advocacia Pública e convida o leitor a apreciar o conteúdo da obra.

Boa leitura!

Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio

Responsável pela Coordenação dos Cursos de Pós-graduação da
Escola da AGU

A BUSCA PELA SOLUÇÃO ADEQUADA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL A PARTIR DO SURGIMENTO DA CÂMARA DE CONCILIAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

THE SEARCH FOR THE APPROPRIATE SOLUTION IN THE FEDERAL PUBLIC ADMINISTRATION FROM THE ARISING OF THE FEDERAL PUBLIC ADMINISTRATION CHAMBER OF CONCILIATION

Alan Pinto Teixeira Alves

*Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU).
Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogado da União
na Advocacia-Geral da União (AGU)*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Congestionamento do Poder Judiciário e os métodos adequados para solução de conflitos; 2. Utilização dos métodos adequados para solução de conflitos pela Administração Pública por meio das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos; 3. Evolução da competência de atuação da Câmara de Conciliação da Administração Pública Federal (CCAF) no seio da Advocacia-Geral da União (AGU); 4. Tendência de crescimento da atuação

da CCAF desde a sua criação em 2007 até o ano de 2019; 5. Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo tem como principal objetivo analisar se, desde a criação da Câmara de Conciliação da Administração Pública Federal (CCAF) em 2007 até o ano de 2019, há tendência de crescimento, estabilização ou decréscimo na sua atuação. O estudo foi elaborado a partir de pesquisa bibliográfica e documental, classificando-se como pura, exploratória e descritiva, com uma abordagem qualitativa baseada na análise de dados disponibilizados pela Advocacia-Geral da União, especificamente o setor de apoio da CCAF. O trabalho apresenta um panorama sobre o abarrotamento do Poder Judiciário, o aumento paulatino da necessidade de utilização dos métodos mais adequados para a solução dos conflitos, o surgimento da CCAF como câmara de prevenção e resolução de conflitos, a ampliação de suas competências de atuação, bem como o amadurecimento gradual da advocacia pública acerca do seu papel na transição de uma cultura de litigiosidade para uma cultura de pacificação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Direito Processual civil. Justiça Multiportas. Solução Adequada de Conflitos. Câmara de Conciliação da Administração Pública Federal.

ABSTRACT: The main objective of the article is to analyze whether, from the creation of the Federal Public Administration Conciliation and Arbitration Chamber in 2007 until 2019, there is a tendency for growth, stabilization or decrease in its performance. The study was based on bibliographical and documentary research, classifying it as pure, exploratory and descriptive, with a qualitative approach based on the analysis of data provided by the Advocacy-General of the Union, specifically the CCAF support sector. The work presents an overview of the overcrowding of the Judiciary, the gradual increase in the need to use the most appropriate methods for resolving conflicts, the emergence of CCAF as a chamber for conflict prevention and resolution, the expansion of its performance skills, as well as the gradual maturation of public advocacy about its role in the transition from a culture of litigation to a culture of pacification.

KEYWORDS: Administrative law. Civil Procedural Law. Multidoor justice. Proper Conflict Solution. Federal Public Administration Chamber of Conciliation and Arbitration.

INTRODUÇÃO

A utilização dos métodos mais adequados para solução dos conflitos tem sido uma temática bastante debatida no cenário jurídico brasileiro nas últimas décadas. O surgimento dessa discussão se deu por diversos motivos, dentre eles o abarrotamento do Poder Judiciário, a necessidade de maior autonomia e participação das partes no processo decisório, a necessidade de julgamento de demandas de alta complexidade por pessoas especialistas no assunto e a maior eficiência da Administração Pública na resolução de litígios tanto internos como envolvendo agentes externos.

Quanto a este último ponto, Gustavo Justino de Oliveira e Kaline Ferreira (2021, p. 37) destacam que o Estado contemporâneo não é mais o imperador, mas sim o mediador, posto que ele não encontra mais espaço para impor suas condições, mas sim para negociá-las. É desta forma que de um lado o Estado vai legitimar a regulação das relações econômicas na prestação dos serviços públicos e, por outro lado, vai conseguir bons resultados materializando o seu dever de eficiência.

Nesse sentido, a legislação processual tem, de forma crescente, incentivado a utilização de métodos extrajudiciais de solução de conflitos, sendo eles tanto autocompositivos como heterocompositivos, como pode ser identificado a partir da Lei nº. 9.307/1996, que dispôs sobre a arbitragem, da Lei nº. 13.140/2015, marco regulatório da mediação no Brasil, e da Lei nº. 13.105/2015, Código de Processo Civil.

Esse cenário político-normativo estabelece no sistema de justiça brasileiro a justiça multiportas (art. 3º, parágrafo 3º, CPC), isto é, métodos judiciais e extrajudiciais de resolução dos conflitos a serem manejados pelos interessados a partir das peculiaridades inerentes ao litígio em questão.

Tais diplomas legais dispuseram acerca da aplicação de tais ferramentas também pela Administração Pública, estabelecendo o dever de o Estado fomentar a solução consensual dos conflitos (art. 3º, parágrafo 2º, CPC) e prevendo a necessidade de criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos a serem gerenciadas pelos órgãos da advocacia pública.

Nesse contexto, a Advocacia-Geral da União (AGU), mais especificamente no seio da Consultoria-Geral da União, passou a realizar experiências conciliatórias pautadas nos dispositivos legais insertos no art. 11 da Medida Provisória n.º 2.180-35/2001 e no art. 4º, incisos I, X, XI, XIII, XVIII e 2º, da Lei Complementar n.º 73/93.

As referidas experiências foram muito bem-sucedidas, o que levou a AGU, em uma atitude pioneira e inovadora no cenário da advocacia pública brasileira, a instituir, por meio do Ato Regimental nº. 05, de 27

de setembro de 2007, a Câmara de Conciliação da Administração Pública Federal (CCAF), a qual representa uma câmara de prevenção e solução de litígios envolvendo a Administração Pública Federal. A competência da CCAF foi sendo aprimorada ao longo dos anos, com o alargamento gradual de suas atribuições por meio de portarias e decretos.

Dessa forma, o objetivo deste trabalho é analisar se há uma tendência de crescimento, estabilização ou decaimento da atuação da CCAF desde sua criação em 2007 até o ano de 2019.

A motivação para investigar a ampliação ou não da atuação da câmara se dá pelo fato de o presente estudo poder agregar uma nova perspectiva ao conhecimento já existente acerca da difusão da utilização dos métodos adequados de solução dos conflitos.

Inicialmente será abordada a superlotação do Poder Judiciário constatada por órgãos como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com a consequente constatação da necessidade de políticas públicas e de legislações específicas que fomentassem a adoção de soluções alternativas ao Poder Judiciário para o enfrentamento de conflitos.

Após, será debatida a utilização dessas ferramentas pela Administração Pública, dando especial enfoque para o surgimento das câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, além de analisar o surgimento da CCAF e a ampliação gradual de suas atribuições ao longo dos anos.

Por fim, será demonstrado, por meio da análise de dados obtidos junto à AGU, se há uma tendência de crescimento, estabilidade ou decaimento da atuação da CCAF desde a sua criação em 2007 até o ano de 2019.

1. CONGESTIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO E OS MÉTODOS ADEQUADOS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Historicamente, a competência para a resolução de conflitos foi atribuída ao Poder Judiciário, concentrando as decisões nas mãos de um terceiro imparcial (juiz) que, aplicando a legislação existente, fornece uma solução para o litígio. Em virtude disso, há uma cultura já sedimentada de ver o Judiciário como uma superinstituição capaz de solucionar todos os conflitos existentes entre os indivíduos.

Ocorre, porém, que a sociedade atual, marcada pelo excesso de informações e a velocidade de propagação delas, tem tornado o número e a complexidade dos conflitos cada vez maior, evidenciando a crise do sistema judicial brasileiro, que é incapaz de atender todas as demandas (FILHO, 2012, p. 35-36).

Tal fato vem sendo observado, analisado e atestado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que, em seus relatórios anuais, tem paulatinamente apontado o abarrotamento do Judiciário como seu principal problema (EIDT, 2015, p. 55-74).

É nesse contexto que o ordenamento jurídico brasileiro vem passando por uma significativa transformação atinente à forma como se observa, analisa e se solucionam os conflitos.

Essa transformação se iniciou com a Lei n.º 9.307/1996, que dispôs sobre a arbitragem no Brasil. Esse mecanismo extraestatal e heterocompositivo prevê que o conflito seja solucionado por terceiro imparcial escolhido pelas partes.

Tal ferramenta possibilita uma maior informalidade procedimental, garante que o conflito seja julgado por pessoas que têm expertise na temática, além de resguardar o sigilo das partes e até do próprio conflito.

A Resolução n.º 125/2010 do CNJ foi uma tentativa de resposta ao quadro de congestionamento do Poder Judiciário. Tal resolução instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no âmbito do Poder Judiciário, estabelecendo uma política pública voltada para o incentivo às soluções consensuais de conflitos. Dentre as ferramentas destacadas pela resolução, estão principalmente a conciliação e a mediação.

A conciliação é uma ferramenta autocompositiva, que pode ser utilizada no âmbito judicial ou até mesmo de forma extrajudicial, em que as próprias partes chegam à solução do conflito a partir do auxílio de um terceiro imparcial capacitado que orienta o diálogo entre os envolvidos e, se for o caso, pode sugerir ou conduzir a soluções que reflitam o interesse das partes em conflito (SALES; CHAVES, 2014, p. 255-279).

A mediação, que foi efetivamente regulamentada pela Lei n.º 13.140/2015, é uma atividade técnica exercida por um terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Esse método busca estimular o diálogo e a cooperação entre as partes envolvidas no litígio, almejando que elas transitem da passividade – a qual impera nos processos em que se espera por uma decisão impositiva de uma autoridade competente – para a proatividade, de forma que a solução é construída a partir de um debate positivo em que cada lado expõe seus argumentos e ambas tentam construir a solução mais adequada ao caso.

A Lei n.º 13.105/2015, Código de Processo Civil, inseriu de forma definitiva a busca pela solução consensual de conflitos como um princípio fundamental e basilar de todo o processo civil brasileiro,

impondo a necessidade de promoção por parte do Estado e de estímulo por parte de juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.

Importante destacar também que diversas legislações que criaram agências reguladoras já previam a possibilidade de utilização de métodos extrajudiciais para a resolução de seus conflitos, como pode ser observado no art. 4º-A, parágrafo 5º, da Lei federal nº. 9.984/2000, no art. 93, inciso XV, da Lei federal nº. 9.472/1997, art. 20 da Lei federal nº. 9.478/1997, dentre outras.

Nesse ponto, a Lei nº. 13.848/2019, a qual dispôs sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, previu de forma expressa a possibilidade de utilização da mediação e da arbitragem quando da solução de conflitos, como pode ser observado no art. 29, parágrafo 2º.

Nesse contexto, observa-se que o regramento processual civil passou a ser norteado pela cooperação, pelo debate e pela busca da solução mais adequada ao conflito, não necessariamente impondo que a resolução se dê pelo Judiciário.

Todo esse movimento indica o paulatino desenvolvimento dos meios mais adequados para a solução de conflitos, de forma que está sendo observada a transição de uma cultura de intensa judicialização de conflitos para uma de constante promoção à pacificação social, conferindo maior autonomia às partes, o que as empodera e as incentiva a cooperar, almejando-se, com isso, uma justiça coexistencial (MARTINS; POMPEU, 2015, p. 571-586).

Diante disso, é importante enfatizar que a Administração Pública não foi deixada à margem desse processo pelo legislador, o qual previu a necessidade de criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no seio dos entes federados.

2. UTILIZAÇÃO DOS MÉTODOS ADEQUADOS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA POR MEIO DAS CÂMARAS DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONFLITOS

No cenário de inserção dos métodos alternativos ao Judiciário, a Administração Pública não foi esquecida, na medida em que Lei nº. 13.140/2015, marco regulatório da mediação no Brasil, regulamentou a mediação em conflitos envolvendo pessoa jurídica de direito público, determinando, inclusive, a necessidade de criação, pelos entes federados, de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, as quais deveriam ser gerenciadas pelos órgãos da Advocacia Pública.

No capítulo II da Lei n.º 13.140/2015, foram fixados os regramentos para a utilização da mediação em conflitos que envolvessem a Administração Pública, de modo que o artigo 32 estabeleceu que os entes da federação podem criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, as quais devem ser gerenciadas pelos órgãos da Advocacia Pública.

Maurício Morais Tonin (2019, p. 1) ressalta que as alterações legislativas ocorridas em 2015 deram respaldo aos gestores e advogados públicos para buscarem outras formas de solução de controvérsias para além do processo judicial. Neste sentido, o novo Código de Processo Civil, a Lei de Mediação e a Lei de Arbitragem, com a alteração da Lei n.º 13.129/2015, somados à Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), constituem, hoje, um microsistema de solução alternativa de conflitos.

Essas câmaras funcionariam como pontos focais de gerenciamento dos conflitos que envolvessem os próprios entes federados, os quais se valeriam do método mais adequado para solucionar o conflito (CENTENO, 2017, p. 174f).

Nesse cenário, a advocacia pública passou a ser um ator ainda mais fundamental para a efetivação da utilização dos métodos adequados de solução de conflitos pela Administração Pública, já que a gestão e efetivação de tais câmaras dependia primordialmente do trabalho dos advogados públicos.

É importante frisar a necessária ruptura cultural que está havendo no seio da advocacia pública brasileira, a qual transita da intensa litigiosidade para a adoção de ferramentas cooperativas, dialógicas e pacificadoras.

Além disso, é de extrema relevância o fato de a Administração Pública estar gerindo seus próprios conflitos internos, recuperando um poder decisório que sempre foi seu, mas que há muito vinha sendo transferido para o Judiciário por meio da judicialização constante de conflitos envolvendo pessoas jurídicas de direito público.

Diante disso, o advogado público torna-se não apenas um operador frequente de ferramentas alternativas para a resolução de litígios, mas também deve exercer o papel fundamental de orientar os entes públicos no sentido de uma necessária mudança comportamental quanto à forma como os conflitos são analisados e solucionados (GARCIA, 2020, p. 33-54).

No âmbito da Administração Pública Federal, esse movimento teve início quando a AGU, baseada nos dispositivos legais constantes no art. 11 da Medida Provisória n.º 2.180-35/2001 e no art. 4º, incisos I, X, XI, XIII, XVIII e 2º, da Lei Complementar n.º 73/93, passou a realizar experiências conciliatórias no âmbito da Consultoria-Geral da União, experiências estas que foram muito bem-sucedidas.

Com isso, em 2007, houve a efetiva instalação de uma câmara especializada na utilização dos métodos adequados de solução dos conflitos, a qual passou a compor a estrutura institucional da AGU, com a denominação de Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal (CCAF).

A criação da CCAF foi uma atitude proativa e pioneira da AGU, já que instituída pelo Ato Regimental nº. 05, de 27 de setembro de 2007, ou seja, antes até da Resolução nº. 125/2010 do CNJ.

A referida câmara tem como principal finalidade reduzir a litigiosidade da União por meio da utilização do método mais adequado para a solução dos conflitos, já que a União, segundo levantamento do CNJ (BRASIL, 2012), figura como a principal litigante do País.

3. EVOLUÇÃO DA COMPETÊNCIA DE ATUAÇÃO DA CÂMARA DE CONCILIAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL (CCAF) NO SEIO DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU)

Como já destacado linhas acima, a criação da CCAF foi um movimento inovador feito pela AGU. Todavia, o crescimento da referida câmara no âmbito da instituição foi se desenvolvendo de forma paulatina, respeitando o tempo de maturação necessário a possibilitar sua expansão.

A CCAF foi instituída pelo Ato Regimental nº. 05, de 27 de setembro de 2007, o qual reestrutura a Consultoria-Geral da União. De acordo com o normativo, a câmara somente poderia atuar para identificar os litígios entre órgãos e entidades da Administração Federal, manifestar-se quanto ao cabimento e à possibilidade de conciliação, buscar a conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito de outros órgãos da AGU¹.

Nota-se que, nesse primeiro momento, a atuação da CCAF estava circunscrita à própria Administração Pública Federal, não podendo atuar em casos que envolvessem a Administração estadual ou municipal, bem como entes ou pessoas privadas.

A câmara funcionava como um ponto condensador de conflitos existentes entre os diversos órgãos e pessoas jurídicas atreladas à Administração Pública Federal direta e indireta

1 Ato Regimental nº. 05, de 27 de setembro de 2007: Art. 17. Compete à Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF:

I - identificar os litígios entre órgãos e entidades da Administração Federal;

II - manifestar-se quanto ao cabimento e à possibilidade de conciliação;

III - buscar a conciliação entre órgãos e entidades da Administração Federal; e

IV - supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito de outros órgãos da Advocacia-Geral da União.

Essa atuação se mostrava fundamental para possibilitar que o Executivo gerenciasse seus próprios conflitos, reduzindo a ingerência do Judiciário em suas querelas internas e aumentando o poder decisório da própria Administração.

Nessa linha, a Portaria AGU n.º 1.281, de 27 de setembro de 2007, solidificou a instituição da CCAF como setor competente para promover, em sede administrativa, o deslinde de conflitos entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal por meio de conciliação ou arbitramento.

A competência da CCAF foi ampliada com a Portaria AGU n.º 1099/2008, de 28 de julho de 2008, a qual possibilitou a atuação da câmara em procedimento conciliatório entre a Administração Pública Federal e Administração Pública estadual e do Distrito Federal.

A partir desse momento, a câmara passava a poder atuar em conflitos não só intra muros da Administração Pública Federal, mas em todos aqueles que também envolvessem entes públicos componentes da estrutura dos estados e do Distrito Federal.

Essa alteração influenciou não apenas a utilização de métodos consensuais entre a União, os estados e o Distrito Federal, mas também possibilitou a ampliação do cenário cooperativo entre as advocacias públicas de tais entes.

A possibilidade de atuação da CCAF em conflitos envolvendo municípios se deu a partir da Portaria AGU n.º. 481/2009, de 6 de abril de 2009, no entanto esses municípios deveriam ter mais de duzentos mil habitantes. Tal atribuição foi ampliada, no ano de 2010, pelo Decreto n. 7.392/2010 para eliminar o limitador de número de habitantes para as controvérsias da Administração municipal.

Quanto ao Decreto n.º 7.392/2010, é importante ressaltar que esse diploma legislativo, no art. 18 do Anexo I, regulamentava a atuação da CCAF².

2 Decreto n.º. 7.392/2010: Art. 18. A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal compete: I - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União;

II - requisitar aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal informações para subsidiar sua atuação;

III - dirimir, por meio de conciliação, as controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre essas e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios;

IV - buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, ou por proposta dos órgãos de direção superior que atuam no contencioso judicial;

V - promover, quando couber, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta nos casos submetidos a procedimento conciliatório;

VI - propor, quando couber, ao Consultor-Geral da União o arbitramento das controvérsias não solucionadas por conciliação; e

VII - orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas nos Estados.

A partir de então, a CCAF passou a ter competência para atuar nos conflitos envolvendo a Administração Pública Federal e as Administrações Públicas estadual, distrital e municipal.

Nesse contexto, é importante atentar que essa ampliação de competências da CCAF gera uma necessidade de maior integração entre as advocacias públicas de todos os entes federativos. O debate e a cooperação entre os órgãos da advocacia pública têm especial importância em todo esse processo de fomento à solução pacífica de conflitos pelo Estado, já que é ela a responsável por gerir as câmaras e por orientar a escolha do método mais adequado para a resolução do conflito.

A atuação da CCAF, porém, não abrangia as práticas conciliatórias nas execuções fiscais, as quais representam um enorme volume de conflitos entre os entes federativos. Tal fato foi alterado com a Portaria AGU n.º 595/2013 que regulamentou a prática de conciliações prévias no âmbito das execuções fiscais.

Outra evolução de competência de atuação pode ser observada quando se analisa que, pela redação originária da Medida Provisória n.º 1.561-6/1997, convertida na Lei federal n.º 9.469/1997, somente o Advogado-Geral da União e os dirigentes máximos das autarquias, das fundações e das empresas públicas federais poderiam autorizar a realização de acordos ou transações, já judicializados, em causas de valor até R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Essa disposição foi alterada pela Lei federal n.º 13.140/2015 para fazer constar que o Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, podem autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

Com essa nova redação, verifica-se a possibilidade de o Advogado-Geral da União delegar a autorização para a realização de acordos ou transações, além de não haver mais a necessidade de esses conflitos já estarem judicializados.

Quanto aos valores de alçada em que podem ser realizados acordos, estes foram majorados pelo Decreto n.º 10.201/2020, de forma que os acordos ou transações com valor igual ou superior a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto, com valor de até R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) podem ter a autorização, direta ou por delegação, do Procurador-Geral da União, do Procurador-Geral Federal e do Procurador-Geral do Banco Central.

Nesse sentido, a Portaria AGU n.º 173/2020 regulamentou a delegação de competência para autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios judiciais ou extrajudiciais.

Outras autoridades, além do Advogado-Geral da União, passaram a ter essa competência, sendo elas o Secretário-Geral de Contencioso, o Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil, o Procurador-Geral da Fazenda Nacional e o Consultor-Geral da União.

O impacto dessa portaria também foi direto em relação a atuação da câmara federal, na medida em que ela delegou ao Diretor da CCAF a competência de homologação de termo de conciliação lavrado no âmbito da Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal.

Até esse momento, apenas o Advogado-Geral da União tinha competência para homologar o termo de conciliação lavrado na CCAF. A delegação acima mencionada representa mais um passo da advocacia pública federal no sentido de cada vez mais facilitar e incentivar a utilização dos mecanismos consensuais de solução de conflitos, desburocratizando procedimentos e desconcentrando atos para um maior número de autoridades.

Um último ponto que merece destaque foi a alteração legislativa recente em que o Decreto 10.608/2021 revogou o Decreto n. 7.392/2010, passando a regulamentar a Lei Complementar n.º 73/1993.

Essa alteração manteve a CCAF na estrutura organizacional da Consultoria-Geral da União, mas agora sendo chamada de Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Pública Federal.

Ademais, o novo decreto regulamentador especificou ainda mais as competências da CCAF no art. 18 do Anexo I³. Dentre essas especificações podemos destacar o inciso II do art. 18 do Anexo I, que

3 Decreto 10.608/2021: Art. 18. À Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Federal compete: I - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da Advocacia-Geral da União;

II - requisitar aos órgãos e às entidades da administração pública federal envolvidos ou não no conflito submetido à Câmara diligências, cooperação técnica e manifestação sobre a oportunidade e conveniência de sua atuação administrativa na solução do conflito;

III - dirimir, por meio de mediação, as controvérsias:

a) entre órgãos públicos federais, entre entidades públicas federais ou entre órgão e entidade pública federal;

b) que envolvam órgão ou entidade pública federal e Estados, o Distrito Federal ou Municípios ou suas autarquias ou fundações públicas;

c) que envolvam órgão ou entidade pública federal e empresa pública ou sociedade de economia mista federal; ou

d) que envolvam particular e órgão ou entidade pública federal, nos casos previstos no regulamento de que trata o § 2º do art. 32 da Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015;

IV - buscar a solução de conflitos judicializados, nos casos remetidos pelos Ministros dos Tribunais Superiores ou por outros membros do Poder Judiciário, ou por proposta dos titulares dos órgãos de direção superior, de execução e vinculados da Advocacia-Geral da União;

V - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta nos casos submetidos a procedimento de mediação;

previu expressamente a possibilidade de requisição aos órgãos e às entidades da administração pública federal, sejam eles envolvidos ou não no conflito submetido à Câmara, diligências, cooperação técnica e manifestação sobre a oportunidade e conveniência de sua atuação administrativa na solução do conflito.

Outro ponto importante que foi alvo de alteração foi o constante no inciso III do art. 18 do Anexo I⁴. A redação anterior dada pelo Decreto n. 7.392/2010 previa a atuação da CCAF por meio de conciliação e apenas em controvérsias entre órgãos e entidades da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal, e dos Municípios.

A nova redação trazida pelo Decreto n. 10.608/2021 determinou que a atuação da CCAF será feita por meio da mediação, além de ter ampliado essa competência para atuar com conflitos envolvendo órgão ou entidade pública federal com autarquias, fundações públicas, empresa pública federal, sociedade de economia mista federal e particular, este último nos casos previstos no regulamento do ente federado.

Quanto aos conflitos envolvendo órgão ou entidade pública federal e particulares, é importante mencionar que estes somente puderam provocar a CCAF para iniciar procedimentos conciliatórios a partir de 2015, com a Lei federal nº. 13.140/2015. No entanto, antes de 2015, havia demandas entre dois entes públicos com a participação de associação ou pessoa jurídica, como associações indígenas e quilombolas, as quais eram ouvidos no decorrer do procedimento.

O inciso IV do art. 18 do Anexo I do referido decreto ampliou a possibilidade de atuação da CCAF em conflitos judicializados, posto que além dos Ministros dos Tribunais Superiores e demais membros do Judiciário, os titulares dos órgãos de direção superior, de execução e

VI - encaminhar, quando couber, ao Consultor-Geral da União as controvérsias jurídicas não solucionadas por procedimento de mediação para os fins do disposto no § 1º do art. 36 da Lei nº 13.140, de 2015; e

VII - coordenar, orientar e supervisionar as atividades conciliatórias no âmbito das Consultorias Jurídicas da União nos Estados.

4 Decreto nº. 10.608/2021: Art. 18. À Câmara de Mediação e de Conciliação da Administração Federal compete:

(...)

III - dirimir, por meio de mediação, as controvérsias:

- a) entre órgãos públicos federais, entre entidades públicas federais ou entre órgão e entidade pública federal;
- b) que envolvam órgão ou entidade pública federal e Estados, o Distrito Federal ou Municípios ou suas autarquias ou fundações públicas;
- c) que envolvam órgão ou entidade pública federal e empresa pública ou sociedade de economia mista federal; ou
- d) que envolvam particular e órgão ou entidade pública federal, nos casos previstos no regulamento de que trata o § 2º do art. 32 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015;

órgãos vinculados da AGU também poderão remeter pedidos solicitando a participação da câmara na busca pela solução do litígio.

Os incisos V e VI têm apenas uma mudança pontual, que é a de destacar que o procedimento principal desenvolvido na câmara é atinente à mediação, mantendo os demais termos como era previsto no decreto revogado. O inciso VII também teve uma mudança pontual para destacar que a coordenação, orientação e supervisão das atividades conciliatórias se dará no âmbito das Consultorias Jurídicas da União nos Estados.

Diante desse cenário de ampliação da competência de atuação da CCAF, realizou-se um levantamento, em números, do quantitativo de demandas postas à apreciação da CCAF desde a sua criação em 2007 até o ano de 2019 com o fim de verificar se houve crescimento, estabilização ou decréscimo da atuação da câmara federal.

4. A TENDÊNCIA DE CRESCIMENTO DA ATUAÇÃO DA CCAF DESDE A SUA CRIAÇÃO EM 2007 ATÉ O ANO DE 2019

A inserção e utilização dos métodos adequados de solução dos conflitos no âmbito da Administração Pública é temática que já vem sendo objeto de estudo há algumas décadas no Brasil, como já destacado anteriormente.

A criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos gerenciadas pela advocacia pública também tem se tornado cada vez mais frequente no cenário administrativo da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Nesse cenário, foi realizado estudo de dados relacionados à atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Pública Federal desde a sua criação em 2007 até o ano de 2019 para verificar se houve crescimento, estabilização ou decréscimo da sua atuação.

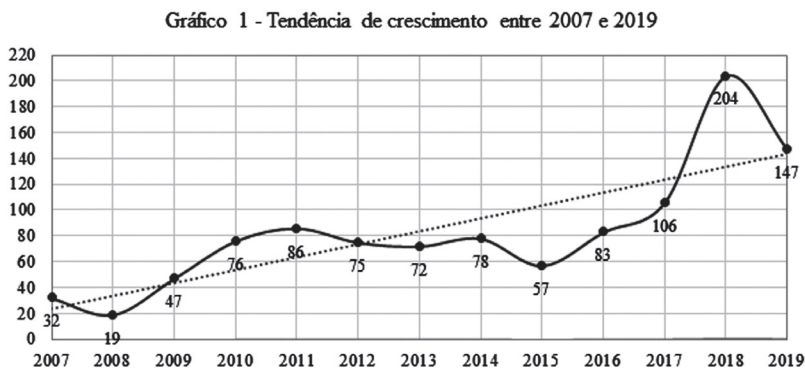
Esse foi o período escolhido em virtude de a câmara ter sido instituída no ano de 2007 e de as informações até o ano de 2019 já estarem consolidadas, o que reduz a possibilidade de alteração dos dados utilizados nesta pesquisa.

Os dados analisados foram obtidos a partir de solicitação realizada diretamente à Advocacia-Geral da União, especificamente ao apoio da CCAF, por meio de correio eletrônico. A disponibilização dos dados se deu pelo acesso ao endereço eletrônico <<https://agudf.sharepoint.com/sites/ccaf2>>.

No presente estudo, foram analisados os quantitativos totais anuais de demandas recebidas pela CCAF nos anos de 2007 a 2019, levando em consideração a data de entrada da demanda na câmara.

A partir dessa análise, constatou-se uma tendência de crescimento da atuação da CCAF ao longo dos anos, conforme indicado no gráfico 1.

Gráfico 1 - Tendência de crescimento entre 2007 e 2019



Fonte: dados obtidos junto à Advocacia-Geral da União, especificamente ao apoio da CCAF, com a disponibilização do endereço eletrônico <<https://agudf.sharepoint.com/sites/ccaf2>>.

O gráfico 1 contém o quantitativo de processos no eixo Y e os anos no eixo X. Além disso, foi pontuado o volume de processos em que a câmara federal atuou em cada ano.

Nota-se que no gráfico 1 há oscilações com relação ao montante de processos recebidos pela CCAF em cada ano. Não obstante isso, há uma tendência de crescimento da atuação da CCAF ao longo dos anos, como fica evidenciado pela linha de tendência constante no gráfico 1.

Outro ponto que merece ser enfatizado é o fato de ter se acentuado a atuação da CCAF a partir do ano de 2016, com um crescimento considerável dos quantitativos recebidos pela câmara.

Nesse ponto, interessante observar que esse crescimento se deu após a vigência tanto da Lei nº. 13.140/2015, marco regulatório da mediação no Brasil, como da Lei nº. 13.105/2015, Código de Processo Civil.

Esses diplomas legais, além de representarem marcos de extrema relevância no ordenamento jurídico brasileiro, dispuseram sobre a necessidade de uma maior atuação do Estado referente à utilização de tais ferramentas.

A Lei de Mediação dispôs de capítulo próprio para tratar da autocomposição de conflitos envolvendo pessoa jurídica de direito público, além de possibilitar, de forma expressa, a atuação estatal por meio de câmaras de prevenção e resolução administrativa.

O Código de Processo Civil, por sua vez, estabeleceu a solução consensual dos conflitos como um princípio fundamental, além de impor que o Estado promoverá, sempre que possível, tal espécie de resolução.

Ademais, a Lei Processual Civil também dispôs sobre a necessidade de criação pelos entes federativos de câmaras de mediação e conciliação com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo.

Em um segundo momento, foi realizada uma análise dos dados referentes aos anos de 2016 a 2019. O termo inicial em 2016 foi estabelecido em razão de ser o ano em que passou a vigorar o CPC. Já o termo final em 2019 foi escolhido pelo fato deste ano já estar com os dados consolidados.

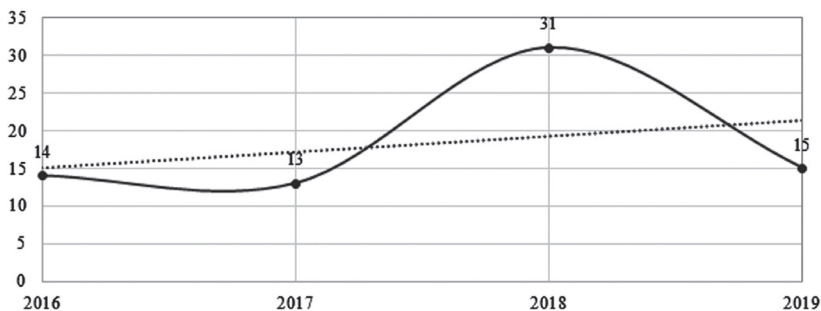
Para a compreensão dos gráficos a seguir, é necessário destacar que a planilha disponibilizada de acompanhamento de dados da CCAF classificava a situação da demanda da seguinte forma: conciliados, conciliados sem Termo de Conciliação (T.C), conflito solucionado, homologado pelo AGU, conflito parcialmente solucionado, inadmitidos, arquivados sem conciliação, descentralizado, desconcentrado, perda do objeto, admitido, sobrestado, em conciliação, em diligência, arquivo provisório, admissibilidade pendente, encaminhamento indevido e conflito não configurado.

Diante disso, no presente estudo foi construída a seguinte classificação:

- Solucionados: conciliados, conciliados sem T.C, conflito solucionado e homologado pelo AGU.
- Parcialmente Solucionados: conflito parcialmente solucionado.
- Não Solucionados: inadmitidos, arquivados sem conciliação, descentralizado, desconcentrado e perda do objeto.
- Pendentes: admitido, sobrestado, em conciliação, em diligência, arquivo provisório, admissibilidade pendente.
- Encaminhamento indevido: encaminhamento indevido.
- Sem conflito: conflito não configurado.

Realizada a análise dos dados referentes aos anos de 2016 a 2019, percebe-se também uma tendência de crescimento do quantitativo de demandas solucionadas no âmbito da CCAF, como evidenciado no gráfico 2.

Gráfico 2 - Tendência de crescimento de demandas solucionadas entre 2016 e 2019



Fonte: dados obtidos junto à Advocacia-Geral da União, especificamente ao apoio da CCAF, com a disponibilização do endereço eletrônico <<https://agudf.sharepoint.com/sites/ccaf2>>.

Desse modo, percebe-se uma tendência de crescimento tanto do quantitativo como do êxito da atuação da CCAF, o que gera um aumento de credibilidade tanto dentro da estrutura institucional da Advocacia-Geral da União, como evidenciada com a constante ampliação das competências da câmara, como em relação aos entes federativos e às pessoas jurídicas que os compõem, os quais têm cada vez mais buscado a solução extrajudicial nos litígios envolvendo a Administração Pública Federal.

Essa tendência de crescimento também evidencia um maior amadurecimento da advocacia pública quanto ao seu papel nessa nova conjuntura processualística brasileira.

Esse amadurecimento é reflexo da transição gradual que está ocorrendo no âmago das advocacias públicas de uma cultura calcada na intensa litigiosidade para uma cultura de pacificação, em que se dá primazia ao diálogo, à cooperação e à integração entre as partes conflitantes.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar se houve uma ampliação das atribuições da CCAF ao longo dos anos, bem como se há uma tendência de crescimento, estabilidade ou decaimento da atuação da câmara federal desde a sua criação em 2007 até o ano de 2019.

Para alcançar o objetivo proposto, primeiramente foi realizada pesquisa bibliográfica e documental, com objetivo exploratório e descritivo. Em seguida, foram analisados dados específicos da atuação da CCAF desde 2007 até 2019. Esses dados foram obtidos junto a AGU, especificamente ao setor de apoio da CCAF.

Tendo em vista as ações acima destacadas, foi possível concluir que houve uma ampliação gradual das atribuições da CCAF ao longo dos anos, resultando, inclusive, na delegação, pelo Advogado-Geral da União, ao Diretor da câmara do ato de homologação dos termos conciliatórios lavrados, o que demonstra que a atuação da CCAF tem se tornado cada vez mais essencial dentro da estrutura institucional da AGU.

Além disso, com a análise dos dados referentes ao período entre 2007 e 2019, constatou-se uma tendência de crescimento da atuação da CCAF, o que reflete um aumento de credibilidade tanto dentro da própria AGU como em relação aos entes federativos e às pessoas jurídicas que os compõem, os quais têm progressivamente buscado a solução extrajudicial nos litígios envolvendo a Administração Pública Federal.

No estudo, também foi possível verificar um aumento considerável do quantitativo de demandas a partir do ano de 2016, ano em que entrou em vigor o Código de Processo Civil e o subsequente à vigência da Lei de Mediação, diplomas legais que dispuseram de forma incisiva sobre a necessidade de fomento pelo Estado às soluções consensuais de conflitos.

Nesse lapso temporal referente aos anos de 2016 a 2019, foi constatada uma tendência de crescimento também quanto aos conflitos que foram solucionados a partir da atuação da CCAF, o que também é um reflexo do amadurecimento da advocacia pública quanto à transição da cultura de intensa litigiosidade para uma cultura de pacificação.

Portanto, com base nas informações apresentadas, demonstra-se que a atuação da CCAF tem se tornado cada vez mais importante para a prevenção e solução de conflitos envolvendo a Administração Pública Federal. As perspectivas postas neste trabalho não esgotam todos os fatores envolvidos no processo de atuação da CCAF, de forma que outros estudos podem ser realizados para aprofundar os conhecimentos aqui apresentados, bem como para oferecer novas perspectivas de abordagem.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Maisa Bernachi. Análise do papel da advocacia pública na mediação e conciliação tributária. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 137, p. 223-234, nov. 2018. Disponível em <Análise do papel da Advocacia Pública na mediação e conciliação tributária | *Revista Tributária e de Finanças Públicas* (abdt.org.br)>. Acesso em: 15 fev. 2021.

BERGAMASCHI, André Luís. *A resolução dos conflitos envolvendo a administração pública por meio de mecanismos consensuais*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015, 290 p. Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde->

21032016-140915/pt-br.php>. Acesso em: 08. mar. 2020. DOI: 10.11606/D.2.2016.tde-21032016-140915.

BOUERES, Luciana Anchieta. Impacto nas condições de trabalho dos usuários do sistema AGU de inteligência jurídica (SAPIENS). *Revista da AGU*, Brasília-DF, v. 18, n. 03. p. 121-142, jul./set.2019.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007. Dispõe sobre a competência, a estrutura e o funcionamento da Consultoria-Geral da União e as atribuições de seu titular e demais dirigentes. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF. 28 set. 2007.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Portaria nº 173, de 15 de maio de 2020. Delega a competência para autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios judiciais ou extrajudiciais às autoridades que menciona. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF. 22 maio. 2020.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Portaria nº 481, de 6 de abril de 2009. Alterar o art. 1º da Portaria nº 1.099, de 28 de julho de 2008. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF. 07 abr. 2009.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Portaria nº 595, de 23 de setembro de 2013. Disciplina o procedimento de conciliação prévia à propositura das execuções fiscais de créditos das autarquias e fundações públicas federais. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF. 04 out. 2013.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Portaria nº 910, de 4 de julho de 2008. Estabelece procedimentos para a concessão de audiências a particulares no âmbito da Advocacia-Geral da União e dos órgãos a ela vinculados. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF. 07 jul. 2008.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Portaria nº 1.099, de 28 de julho de 2008. Dispõe sobre a conciliação, em sede administrativa e no âmbito da Advocacia-Geral da União, das controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF. 29 jul. 2008.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Portaria nº 1.281, de 27 de novembro de 2007. Dispõe sobre o deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, no âmbito da Advocacia-Geral da União. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF. 28 set. 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº. 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. Brasília, DF, 29 nov. 2010. Disponível em <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>>. Acesso em: 09 mar. 2020.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *100 Maiores Litigantes*. Brasília/DF. 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2020.

BRASIL. Decreto nº. 7.392, de 13 de dezembro de 2010. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Advocacia-Geral da União, aprova o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão da Procuradoria-Geral Federal e remaneja cargos em comissão para a Advocacia-Geral da União e para a Procuradoria-Geral Federal. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF. 14 dez. 2010.

BRASIL. Decreto nº. 10.608, de 25 de janeiro de 2021. Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Advocacia-Geral da União, aprova o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Procuradoria-Geral Federal, remaneja e transforma cargos em comissão e funções de confiança e substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE. *Diário Oficial da União*. Brasília/DF. 26 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 23 set. 1996.

BRASIL. Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 16 mar. 2015.

BRASIL. Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 26 jun. 2015.

CARDOSO, Deiser Mara Rezende. A advocacia pública: instituição essencial à justiça com autoridade para solucionar conflitos no âmbito da jurisdição

administrativa. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 19-26, jan./abr.2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.71.02.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2020.

CENTENO, Murilo Francisco. *Câmara de prevenção e resolução administrativa de conflitos do estado do Tocantins: diretrizes contributivas para a sua instalação e o seu funcionamento*. 2017.174f. Dissertação (Mestrado profissional e interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) – Universidade Federal do Tocantins, Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos, Palmas, 2017. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11612/663>>. Acesso em: 15 fevereiro 2021.

DAVI, Kaline Ferreira. Solução de Litígios pela Administração Pública sem intervenção do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, v. 247, p. 156-166, 2008.

DE JESUS, Marcela do Amaral Barreto. Mediação e conciliação no âmbito da jurisdição administrativa no Brasil. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 47-53, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.71.05.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2020.

EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e a possibilidade de sua aplicação no âmbito da Administração Pública. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul* (PGE-RS), Porto Alegre, v. 36, n. 75, p. 55-74, 2015. Disponível em: <<https://www.pge.rs.gov.br/upload/arquivos/201703/22160420-rpge75.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2020.

GARCIA, Flávio Amaral. Notas sobre mediação, conciliação e as funções da Advocacia Pública: uma perspectiva à luz do Direito Administrativo contemporâneo. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 11, p. 33-54, 2020. Disponível em: <*Direito_do_Estado_em_Debate 2020 V28-09-2020.indd (pge.pr.gov.br) >. Acesso em: 20 jan. 2021.

JUNIOR, Cesar Jackson Grisa. Princípios gerais do novo código de processo civil e atuação proativa da Advocacia-Geral da União (AGU). *Publicações da Escola da AGU*, v. 8, n. 3, Brasília, jul./set. 2016, p. 103/119. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Publ-Esc-AGU_v.08_n.03.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2020.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A cultura da litigância e o poder judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da justiça brasileira*. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI, Tema: Sistema Jurídico e Direitos fundamentais individuais e Coletivos, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. P. 35-36. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/?evento=37>>. Acesso em: 01 maio 2020.

MARTINS, Dayse Braga; POMPEU, Gina Vidal Marcílio. *A essencial participação da advocacia no processo de mediação judicial para a efetivação do acesso à justiça e da segurança jurídica*. *Revista Thesis Juris – RTJ*, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 571-586, set./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.revistartj.org.br/ojs/index.php/rjt/article/view/284/0>>. Acesso em: 01 maio 2020.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Ferreira. Kaline. *A mediação e a arbitragem dos conflitos no setor de saneamento básico à luz da Lei Federal nº 14.026/20*. Novo marco do saneamento básico no Brasil, organizado por Maria Luiza Machado Granziera e Carlos Roberto de Oliveira, Indaiatuba, SP: Editora Foco, 1ª ED, 2021; ePUB.

SALES, Lilia Maia de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. *Mediação e conciliação judicial - a importância da capacitação e de seus desafios*. *Sequência*, Florianópolis, n. 69, p. 255-279, dez. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552014000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 15 fev. 2021. <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2014v35n69p255>.

TONIN, Maurício Moraes. *Mediação e Administração Pública: A participação estatal como parte e como mediador de conflitos*. Temas de Mediação e Arbitragem III, 2019. Disponível em: <https://www.academia.edu/39981038/Media%C3%A7%C3%A3o_e_Administra%C3%A7%C3%A3o_P%C3%BAblica_A_Participa%C3%A7%C3%A3o_Estatal_como_Parte_e_como_Mediador_de_Conflitos>. Acesso em: 08 mar. 2020.

VARELLA, Marcelo & FILHO, Marcílio. (2018). Políticas públicas consensuais e o estímulo à negociação pelo agente público. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. 19. 147. 10.21056/aec.v19i74.929. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/929>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

ADVOCACIA PÚBLICA DE ESTADO E A SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A REDUÇÃO DA COMPLEXIDADE

STATE'S ATTORNEY AND ITS CONTRIBUTION TO THE REDUCTION OF COMPLEXITY

Alexandre Moreira de Souza Anaguchi

Doutorando em Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela FDSM. Especialista em Direito Público pela PUC/MG. Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU). Procurador do Estado de Minas Gerais com atuação na Advocacia Regional do Estado em Varginha/MG sendo coordenador do Núcleo Tributário Fiscal

SUMÁRIO: Introdução; 1. Conceitos da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann; 2. Da possível topografia da Advocacia Pública de Estado na teoria dos sistemas; 3. A Advocacia Pública de Estado e a decisão jurídica; 4. Considerações finais; Referências.

RESUMO Este artigo trata da possível contribuição da Advocacia Pública de Estado, por meio da sua atuação na construção da decisão jurídica, para a redução da complexidade. O método utilizado na pesquisa é bibliográfico analítico, tendo como marco teórico a teoria dos sistemas de Luhmann. De início, serão apresentados os conceitos básicos sobre as organizações sociais e a função do Direito para Luhmann. No segundo momento, será efetuado um estudo sobre a Advocacia Pública de Estado com o objetivo de identificar em qual sistema social (sistema político ou sistema jurídico) tal função pode ser inserida. Na terceira seção, o foco é a delimitação do que é decisão jurídica e, a partir de tal ponto, promove-se a discussão sobre a atuação da advocacia de Estado como sistema de organização e a sua relação com a possível redução da complexidade ao modificar sua atuação na construção da decisão jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia de Estado. Organização Social. Redução da Complexidade. Decisão Jurídica. Niklas Luhmann.

ABSTRACT: This article deals with the possible contribution of State's Attorney, through its performance in the construction of legal decision, to reduce complexity. This research uses the bibliographic analytical method, setting as a theoretical guideline the Systems Theory, from Luhmann. Firstly, it will be presented the basic concepts about social organizations and the function of Law according to Luhmann. Secondly, it will be carried out a study about State's Attorney, aiming to identify in which social system (political or legal) this function can be inserted. Thirdly, the focus is on the delimitation of what is legal decision and, from that point on, it is promoted the discussion on the performance of State's Attorney as an organization system and its relation to the possible reduction of complexity by modifying its performance in the construction of legal decision.

KEYWORDS: State's Attorney. Social Organization. Complexity Reduction. Legal Decision. Niklas Luhmann.

INTRODUÇÃO

Este trabalho é uma continuação da pesquisa sobre a Advocacia Pública de Estado iniciada com a dissertação de mestrado em Direito, será feito em parte o caminho trilhado naquela pesquisa no que tange a atuação da Advocacia Pública de Estado, posteriormente, será cotejado a possível reconstrução da citada atuação da Advocacia Pública de Estado em relação a redução da complexidade¹.

“No final, tudo começa com ideias” (CARVALHO, 2015, p. 16). Li essa frase em artigo em que o autor analisa Kafka e o Sistema Tributário Brasileiro. No referido texto, Carvalho (2015, p. 13) menciona que “não é de surpreender a complexidade irracional de nosso ordenamento, tampouco a imensa dificuldade do particular em conhecer, compreender e finalmente obedecer à legislação”.

Ao terminar a leitura do citado trabalho, a crítica à complexidade no Direito Tributário deu início à ideia exposta neste artigo, principalmente quando Carvalho (2015, p. 14), em outro momento, aduz “ora, um sistema simples e objetivo prescindiria de tantos advogados especializados na área, sendo que a sua complexidade gera bons negócios, cria oportunidades (teses tributárias; mecanismos criativos para elisão fiscal)”.

Considerando a atual hipercomplexidade das relações do direito público, em especial as relações do Direito Tributário e Financeiro, o presente artigo visa a despertar a discussão sobre os modos de construção da decisão jurídica, portanto, pretende inserir no âmbito da ciência jurídica e ainda da atuação da advocacia de Estado uma nova perspectiva, o que poderá estabelecer benefícios a toda a sociedade.

No modelo brasileiro, a advocacia de Estado é função essencial à justiça, que exerce a representação jurídica e presta consultoria aos entes públicos². Neste trabalho, por meio do método analítico bibliográfico, perquire-se se a função pode atuar no momento da tomada da decisão jurídica, com o objetivo de que seja reduzida a complexidade.

Não se tem a pretensão neste artigo de discutir a teoria dos sistemas de Luhmann, até mesmo por não ser possível isto dentro de um único

1. A dissertação apresentada como requisito do título de Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul Minas (FDSM) foi publicada em livro com o título NOVA ADVOCACIA PÚBLICA E DECISÃO JURÍDICA: legalidade, legitimidade e atuação pela Editora Juruá em 2021 após a apresentação e defesa deste trabalho.

2. É o que consta da Constituição Federal nos artigos 131 e 132: “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” e “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” (BRASIL, 1988).

trabalho. Muito menos é possível abordar toda a parte que envolve o direito da sociedade ou ainda a concepção de política. No primeiro tópico, serão abordados os conceitos de complexidade e organização social, tudo com o intuito de proporcionar o entendimento deste artigo.

Com os conceitos de Luhmann e as contribuições de Viana (2017), a segunda parte do trabalho é dedicada ao estudo da Advocacia Pública de Estado como função no contexto da teoria dos sistemas, principalmente para identificar a sua topografia. O objetivo é perquirir em qual dos sistemas sociais a Advocacia Pública de Estado pode ser incluída, se está inserida na função política (legislativo) ou na função judicial (judiciário).

Na terceira parte do presente artigo, será abordado o conceito de decisão jurídica para Luhmann, principalmente pelo destaque que tal conceito tem nas ideias de sistema social do Direito para a teoria dos sistemas. Será estabelecida a diferença entre decisão jurídica e decisão judicial. Ao final da seção, serão relacionados os conceitos de organização social e decisão jurídica, correlacionando-os com a advocacia pública.

Após demonstrar em qual sistema social a Advocacia Pública de Estado está inserida e partindo da ideia de que é uma organização social, será tematizado como a advocacia pública de Estado, inserida no sistema de organização, pode, por meio de sua atuação, proporcionar a redução da complexidade. A análise será com base no Direito Tributário.

Nas considerações finais, será revisto todo o caminho percorrido neste trabalho e tentar-se-á responder se a advocacia de Estado no Brasil pode e deve participar do processo de tomada da decisão jurídica no âmbito das relações de direito público, em especial do Direito Tributário, com o objetivo de reduzir a complexidade e gerar maiores possibilidades de segurança jurídica.

1. CONCEITOS DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN

Inicialmente, neste tópico serão feitas menções a conceitos utilizados na teoria do sistema de Luhmann dentro do que é necessário para o entendimento deste artigo. A título de introdução, para Luhmann (2016, p. 204), “a função do direito consiste apenas em possibilitar a segurança da expectativa, precisamente diante de decepções previsíveis e que não podem ser evitadas”.

Sobre expectativas, Luhmann (1983, p. 109) diz “na dimensão temporal essas estruturas de expectativas podem ser estabilizadas contra frustrações através da normatização”. Em outro ponto, traz que “frente à crescente complexidade social isso pressupõe uma diferenciação entre expectativas cognitivas (disposição à assimilação) e normativas”; em outro

momento, conclui “além da disponibilidade de mecanismos eficientes para o processamento de desapontamentos, frustrações” (LUHMANN, 1983, p. 109).

Luhmann (2016) leva em consideração a complexidade da sociedade e, como maneira de tentar minimizar essa complexidade, utiliza-se da técnica de distinção. Inicialmente, faz a distinção entre sistema e ambiente³, neste sentido, o Direito, para ele, seria “um sistema que normatiza expectativas, que a si mesmo se atesta ao inserir uma diferença no ambiente, que existe somente nessa forma deliberada e não pode existir sem o sistema” (LUHMANN, 2016, p. 191).

A complexidade é algo inerente às mais variadas ciências sociais, especialmente no sistema social do Direito. Para Luhmann (1983, p. 12), “complexidade deve ser entendida aqui e no restante desse texto como a totalidade das possibilidades de experiência ou ações, cuja ativação permeia o estabelecimento de uma relação de sentido”.

Ainda discorrendo sobre complexidade, em outra obra, Luhmann (2005b, p. 80) entende que “os sistemas sociais têm por função a apreensão e a redução da complexidade. Servem como mediação entre a extrema complexidade do mundo e a capacidade muito menor”. O Direito, como ciência social, está inserido nos sistemas sociais a que Luhmann faz referência.

Viana (2017, p. 11), com base em Luhmann, propõe que a sociedade se realiza por meio de sistemas sociais parciais que se diferenciam por se ocuparem de funções especializadas para resolver situações sociais específicas. Em outro ponto, menciona que as referidas situações, também chamadas por ele de problemas, são constituídas por meio da comunicação, a sociedade então seria um grande sistema de comunicação.

Viana (2017, p. 11) defende que “esses sistemas de comunicação (sistemas sociais de função) regem-se pela lógica binária (código binário) que funciona como mecanismo seletivo”, e conclui que a seletividade da comunicação se estabelece, por sua vez, como processo de redução da complexidade, o qual cria a “racionalidade sistêmica de cada sistema função, por isso fala-se em racionalidade econômica, razões jurídicas, em debates políticos, entre outros” (VIANA, 2017, p. 12).

3 Viana (2017, p. 12) defende que: “Nesta separação entre o sistema e seu ambiente social, coloca-se o problema da função exercida pelos subsistemas da sociedade em termos gerais na teoria de Luhmann, podendo-se dizer que aquela (função) surge da necessidade de redução da complexidade do ambiente social. Sobre complexidade do sistema social, deve ser observada a multiplicidade incomensurável de eventos e de comunicações referidas aos mais variados objetos que emergem simultaneamente no ‘mundo’, gerando um quadro de complexidade inobservável e não processável, porque desestruturada e despida de organização segundo uma lógica de sentido, apta a gerar uma comunicação minimamente funcional”.

Luhmann (2016, p. 191) menciona que “o direito é mantido como sistema autopoietico e operativamente fechado, de modo a garantir sua função”. Viana (2017, p. 13) aduz que autopoiese é utilizada “para postular teoricamente que os sistemas sociais se produzem”. Em outra obra, Luhmann (2005b, p. 100) menciona que “em um sistema só existem elementos e estruturas enquanto ocorre a autopoiese do sistema”⁴.

Segundo Luhmann (2016, p. 67), “somente o próprio direito pode dizer o que o direito é”, ou, como dito anteriormente, somente o Direito pode produzir o Direito. Dessa forma, o sistema do Direito é operativamente fechado⁵, porque “o direito tem de se manter sistema funcional determinado por estruturas, com capacidade de operação, devendo prever internamente a continuidade do cumprimento de sua própria função” (LUHMANN, 2016, p. 191).

Ainda com base na teoria de Luhmann (1991), deve ser destacado que, além dos sistemas sociais (Direito, Política, Economia, etc.) que são considerados um típico modo de formação sistêmica que pode possuir subsistemas, ocorre também a formação sistêmica em decorrência da organização, a qual ele nomeia de sistema de organização, sendo que tais organizações se comunicam por meio das chamadas interações, mecanismo que ele nomeia de sistema de interações⁶.

Segundo Schabbach (2008, p. 64), o conceito de organização de Luhmann surgiu na década de 1970 como um sistema cujos componentes são decisões que envolvem um processo de reflexão. Por ser contingente, implica uma opção ajustada entre alternativas; posteriormente, foi dito que os sistemas organizacionais geram seus próprios elementos (autopoiese)⁷. Por

4 Tradução livre da versão em espanhol.

5 Simioni (2014, p. 669): “sistema operativamente fechado é sempre um sistema que opera com referência a si mesmo e que pressupõe, por isso, seu estado anterior para efetuar seu estado futuro, logo se pode observar que o sistema tem que saber distinguir as operações que já ocorreram das operações que estão ocorrendo, para projetar as que ainda não ocorreram. O sistema precisa ter a capacidade de auto-observação”.

6 Luhmann (1991, s/p, nota 1): “Dejamos de lado un tercer tipo, la organización, un modelo de formación de los sistemas sociales que no es reducible ni a la sociedad ni a la interacción, porque no es tan relevante como diferencia. Dicho de outro modo: en todas las relaciones sociales, puede surgir una diferencia entre sociedad e interacción, pero no todas las sociedades conocen los sistemas sociales organizados. Con ello, sólo excluimos a la organización en su carácter de teoría general de los sistemas sociales. Por lo tanto en el siguiente nivel de concretización de la teoría, habrá que distinguir entre sistemas sociales, sistemas organizativos y sistemas de interacción, además de desarrollar las respectivas teorías, ya que estas tres formas especiales de la formación de los sistemas sociales -es decir, del trato de la doble contingencia- no puede reducirse una a la otra”.

7 Autopoiese foi adicionada à teoria de Luhmann em outro momento, após conhecer a teoria dos chilenos Maturana e Varela. O conceito de autopoiese já mencionado em outro capítulo foi criado também na década de 1970 pelos biólogos Maturana e Varela. Quanto à autopoiese nas organizações, Simioni (2012, p. 89) destaca que “uma decisão possui a possibilidade de manter as mesmas premissas já sedimentadas dentro da organização, ou mesmo de produzir uma nova premissa, modificando as estruturas internas dentro do sistema”.

fim, não são os indivíduos que decidem, mas os processos organizacionais, impulsionados pela comunicação.

Corsi (2001, p. 175) descreve as organizações como “aquele tipo de sistema social que produz decisões e que, para fazê-lo, elabora seus próprios critérios, tais como: regras de pertinência, procedimentos, hierarquias, programas, etc.”. Luhmann (2005b) faz o destaque de que os sistemas organizacionais tematizam decisões enquanto produtos de outras decisões, vinculando decisões mutuamente entre si por meio de interações⁸.

Com base nas considerações expostas cabe perquirir se a Advocacia Pública de Estado pode ser considerada uma típica organização social, possuindo regramentos próprios, atuação específica, modos de assunção ou pertencimento ao grupo, processos operacionais de retroalimentação e ainda em qual sistema social poderia ser inserida, temática que será objeto da próxima seção.

2. DA POSSÍVEL TOPOGRAFIA DA ADVOCACIA PÚBLICA DE ESTADO NA TEORIA DOS SISTEMAS

Inicialmente, há que ser esclarecido que Luhmann, no decorrer de sua obra, não abordou a temática da Advocacia Pública de Estado, mas, a partir dos conceitos utilizados no tópico anterior e que são oriundos da teoria do sistema de Luhmann, podemos tentar responder sobre qual a possível topografia da Advocacia Pública de Estado.

As perguntas que se pretende responder neste tópico são: em qual subsistema social a Advocacia Pública de Estado está inserida? É vinculada ao sistema social do Direito? Ou ao sistema social da Política? A partir da descoberta de qual subsistema ela está inserida, cabe ainda perguntar se a Advocacia Pública de Estado pode ser considerada uma organização social?

Buscando responder a qual sistema social a Advocacia Pública de Estado está atrelada, Viana, com base nas ideias de Luhmann, inicia sua discussão. Neste sentido, aduz que “talvez se torne mais clara a ideia de Luhmann no sentido de sua concepção teórica em que a Administração Pública é um subsistema dentro do sistema político” (VIANA, 2017, p. 16)⁹.

8 Tal ponto é bem destacado por Schabbach (2008, p. 65) quando escreve que “a organização abrange um complexo de decisões que a unem às outras organizações, instituindo-se, assim, uma rede de relações interorganizacionais”.

9 Como caminho para a construção de tal conclusão, demonstrando os motivos passo a passo, Viana (2015, p. 15) esclarece que “aqui, por necessidade concisão, passa-se a observar a distinção entre política e Administração Pública, como simultaneamente de sua imbricada relação, a partir do pensamento luhmaniano, no qual o sistema social da política é concebido dentro da seguinte estrutura tridimensional: política (politik); Administração Pública (öffentliche Verwaltung); Público (Publikum)”.

Partindo da ideia de que a administração pública é um subsistema da política, Viana (2017, p. 14-19) a relaciona com a advocacia de Estado e conclui que, apesar da atuação da Advocacia Pública de Estado envolver prestações à administração pública, a atividade é mais ampla, caracterizando “atividade essencialmente jurídica referida ao funcionamento juridicizado da administração pública, ou seja, submetido a programas condicionais do sistema jurídico” (VIANA, 2017, p. 18).

Dessa forma, Viana (2015) aduz que a Advocacia Pública de Estado não se constitui nem em sistema autopoietico e nem como subsistema de função, e sim como uma organização, já que possui modos específicos de acesso e regras próprias, sendo descrita como uma função essencial à justiça, concluindo que “sua atuação é regida pelo código comunicativo e por uma racionalidade precipuamente jurídica” (VIANA, 2017, p. 18), e que não é regida pelo código binário da política¹⁰.

Mesmo em âmbito administrativo, as manifestações proferidas pela Advocacia Pública de Estado são pautadas “por programas decisórios jurídicos como regras e princípios: legais e constitucionais e procedimentos jurídicos” (VIANA, 2017, p. 18), e ainda “por reger-se por essa racionalidade sistêmica do direito, a Advocacia Pública radica-se como uma organização (instituição jurídica) no interior do sistema social parcial do direito ao lado de outras organizações judiciárias” (VIANA, 2017, p. 19).

Viana (2017, p. 19) ressalta que, no modelo de tripartição dos poderes, a advocacia de Estado, apesar de ser organização jurídica que é, no interior do sistema funcional do Direito (sistema jurídico), de modo algum integra a estrutura organizacional judiciária. Por outro ângulo, o Poder Judiciário, apesar da posição central, não representa o sistema do Direito¹¹, que alberga outras organizações que atuam na solução de problemas e temas jurídicos e se submetem à sua autopoiese.

A Advocacia Pública de Estado possui atuações específicas, características estas que não são encontradas em nenhuma das outras organizações judiciárias (Ministério Público, Defensoria Pública, Juízes e Tribunais e ainda advocacia em geral), isto porque a Advocacia Pública de Estado tem a importante missão de intermediar ou mediar o político e o jurídico.

10 O código binário da política é governo/oposição ou correligionário/opositor, já o do código do Direito é lícito/ilícito, juridicamente válido/juridicamente inválido, constitucional/inconstitucional, proibido/não proibido, etc.

11 Esta definição de que os Tribunais (judiciário) ocupam o centro do sistema jurídico é do próprio Luhmann (2005a) e será discutida no próximo tópico que tratará da decisão jurídica e da Advocacia Pública de Estado.

Luhmann (2016) trabalha com a ideia de acoplamento estrutural¹² como uma técnica de troca comunicativa¹³ de um sistema com o outro como maneira de ser possível o processo autopoietico. A Constituição é um exemplo de acoplamento estrutural entre a política e o Direito citado por Luhmann (2016, p. 631), bem como a regulação do direito de propriedade é citado como um acoplamento estrutural entre a economia e o jurídico (LUHMANN, 2016, p. 649).

Viana (2017), partindo dessa inegável influência do jurídico e do político em seu atuar, menciona que cabe à Advocacia Pública de Estado efetivar o acoplamento estrutural entre o jurídico e o político, dizendo que no trabalho dessa organização “coloca-se o papel de comunicar o jurídico para o sistema político e canalizar, por sua atuação cognitiva em casos concretos, problemas tipicamente político-administrativos” (VIANA, 2017, p. 25).

Na teoria dos sistemas de Luhmann, o Direito (ciência jurídica) é visto como sistema social que tem como objetivo a redução da complexidade das relações jurídicas, com o intuito de gerar confiança¹⁴ por meio de normatização das expectativas. Para tanto, utiliza do código de referência através da distinção do que é jurídico/permitido/lícito e antijurídico/proibido/ilícito, o que é feito por meio da decisão jurídica.

3. A ADVOCACIA PÚBLICA DE ESTADO E A DECISÃO JURÍDICA

Como se viu, a advocacia de Estado faz a mediação entre o sistema social político e o sistema social jurídico e, por meio das decisões jurídicas, busca-se estabelecer expectativas e fixar sanções por eventuais frustrações, ou seja, não se trata apenas de lei, decisão judicial, etc. Simioni (2017, p. 265) destaca que “uma decisão jurídica é muito mais do que isso. É a operação nuclear do sistema jurídico. É a operação que atualiza a identidade - e a diferença - do próprio direito da sociedade”.

A positividade do direito para a teoria dos sistemas não está na lei, nem na norma fundamental, nem nos princípios ou na sentença, e sim na própria decisão jurídica. Em tradução literal, Luhmann (2005, p. 95) aduz que “o conceito de positividade ajuda, para fins de clareza, o conceito de decisão. A lei positiva é válida enquanto decisão”¹⁵.

12 A ideia de acoplamento também foi adotada a partir da teoria de autopoiese criada por Maturana e Varela.

13 A troca comunicativa entre os sistemas sociais como maneira de interação é chamada de irritação por Luhmann (2016).

14 “Confiança: um mecanismo de redução da complexidade social” (MOTA, 2016, p. 188).

15 “El concepto de positividad se ayuda, para efectos de claridad, del concepto de decisión. El derecho positivo es válido en cuanto decisión.” (LUHMANN, 2005, p. 95).

Portanto, a positividade do Direito em Luhmann está na decisão jurídica e na comunicação que essa decisão jurídica proporciona, como explicam Luz e Simioni (2016, p. 323): “essa positividade está na operação que realiza a comunicação do direito. Está na operação de produção de sentido do direito, que não acontece na lei ou na norma, mas sim na decisão jurídica”.

Há que distinguir a decisão jurídica da decisão judicial. Segundo Simioni e Bahia (2009, p. 72), “qualquer decisão que utiliza o direito como sistema de referência já é uma decisão jurídica, ainda que decidida no âmbito de sistemas de organização que não fazem parte das instituições jurídicas tradicionais”, portanto, decisão judicial seria a decisão jurídica proferida no âmbito judicial.

Luhmann¹⁶, em teoria, efetua a distinção entre sistemas sociais, sistemas de organização e sistema de interação para os fins de identificarmos a atuação da Advocacia Pública de Estado na redução da complexidade; cabe perquirir ainda quais são os principais sistemas de organização da ciência jurídica, para depois ser verificado se a advocacia de Estado pode ser considerada um sistema de centro ou de periferia.

Segundo Luhmann (1991), a sociedade moderna pode ser descrita como um grande sistema social estruturado primordialmente sobre a base de uma diferenciação funcional que tem a particularidade de distinguir o entorno¹⁷, dessa forma, como já exposto anteriormente, por meio da decisão jurídica é feita a distinção entre o que é direito ou não direito, lícito/ilícito.

Ainda com base em Luhmann (1991), deve ser destacado que, além dos sistemas sociais, típica maneira de formação sistêmica, também ocorre a formação sistêmica em virtude da organização, a que ele nomeia de sistema de organização, sendo que tais organizações se comunicam por meio das interações, mecanismo que ele nomeia de sistema de interações¹⁸.

16 “Por lo tanto en el siguiente nivel de concretización de la teoría, habrá que distinguir entre sistemas sociales, sistemas organizativos y sistemas de interacción, además de desarrollar las respectivas teorías, ya que estas tres formas especiales de la formación de los sistemas sociales –es decir, del trato de la doble contingencia- no puede reducirse una a la otra” (LUHMANN, 1991).

17 Luhmann (1991) enumera como principais sistemas sociais a Política, a Economia, a Arte, entre outros.

18 “Dejamos de lado un tercer tipo, la organización, un modelo de formación de los sistemas sociales que no es reductible ni a la sociedad ni a la interacción, porque no es tan relevante como diferencia. Dicho de otro modo: en todas las relaciones sociales, puede surgir una diferencia entre sociedad e interacción, pero no todas las sociedades conocen los sistemas sociales organizados. Con ello, sólo excluimos a la organización en su carácter de teoría general de los sistemas sociales. Por lo tanto en el siguiente nivel de concretización de la teoría, habrá que distinguir entre sistemas sociales, sistemas organizativos y sistemas de interacción, además de desarrollar las respectivas teorías, ya que estas tres formas especiales de la formación de los sistemas sociales –es decir, del trato de la doble contingencia- no puede reducirse una a la otra” (LUHMANN, 1991, p. 405, nota 1).

Ao tratar dos sistemas de organização, Luhmann estabelece a distinção entre a organização que tem primazia no sistema¹⁹, chamada de sistema de centro, e os que constam do entorno, chamados de sistema de periferia, cada um desses grupos possuem requisitos para que as pessoas possam integrar ou se retirar de tais organizações.

O sistema de interação é decorrente das relações que ocorrem entre o alter e o ego, ainda entre o ambiente (sistema da periferia) e o sistema (sistema de centro). Tais interações podem se dar de modo usual ou informal, podem ter duração longa ou breve, mas que influem no sistema social, como uma forma do sistema se alimentar, atualizar, etc.

A organização de centro, ou seja, aquela que teria a primazia no sistema social da ciência jurídica, para Luhmann (1990, p. 160), seria o judiciário, no dizer do próprio autor, os tribunais²⁰, que são quem efetua a distinção entre o que é jurídico e não jurídico, produzindo a decisão jurídica; dessa maneira, a Advocacia Pública de Estado seria uma organização de periferia.

A complexidade no Direito Tributário é objeto de pesquisa tanto em âmbito internacional quanto nacional. No âmbito internacional, pode ser citado o estudo de Evans e Tran-nam (2014, p. 3): “a complexidade tributária é um conceito multidimensional e, como tal, não pode ser facilmente definida ou medida exclusivamente”²¹.

Paula (2018), em tese de doutorado, destaca que existem seis dimensões da complexidade no Direito Tributário brasileiro, seriam elas: complexidade política, cumprimento da legislação (complexidade jurídico-positiva ou jurídica em sentido estrito), compreensibilidade (complexidade jurídico-positiva ou jurídica em sentido estrito), complexidade de compliance ou de conformidade, complexidade gerencial e de conformidade e complexidade jurídica em sentido amplo ou efetiva complexidade.

Ainda sobre a complexidade, segundo Valadão e Santos (2015, p. 215), “apontam-se alguns problemas estruturantes, decorrentes, em especial,

19 A primazia seria inerente àquela organização que faz a distinção dentro do sistema social, por exemplo, no sistema social da Economia, os bancos têm essa primordialidade na atual conjuntura. Cabendo destacar que, em sua Sociologia del Riesgo, Luhmann destaca a importância da atuação dos bancos para a consideração dos riscos econômicos: “Conforme a las perspectivas precedentes, hasta ahora partimos del supuesto de que a los bancos como organizaciones, o sea, al sistema bancario como jerarquía institucional en el centro del sistema económico, les incumbe trabajar con los riesgos y llevarlos a las formas aceptables que resultan de la expansión temporal del acontecimiento económico” (LUHMANN, 1992, p. 132).

20 “Talvez possamos tomar como ponto de partida o fato não-questionado de que só o sistema jurídico coage os Tribunais à decisão, por conseguinte nem o legislador nem as partes privadas contratantes o fazem. Com base nessa regra, os Tribunais constituem o centro de sistema jurídico. Tudo mais, inclusive a legislação, representa a periferia” (LUHMANN, 1990, p. 160).

21 No original: “It is widely agreed that that tax complexity is itself a complex concept. This is so because tax complexity is multi-dimensional and interactive.”

da complexidade normativa, a demandar constante atuação do Poder Judiciário”. Em outro ponto, já falando da atuação da advocacia pública, defendem que “por fim, outro avanço extremamente relevante que se tem verificado em termos de segurança jurídica relaciona-se com a atuação judicial da advocacia pública” (VALADÃO; SANTOS, 2015, p. 232).

A importância da redução da complexidade no Direito Tributário é demonstrada por Derzi (2009, p. 79), posto que, no contexto da “extrema mobilidade do mundo e da alta complexidade das sociedades de risco contemporâneas, o sistema jurídico se presta a fornecer estabilidade”. Em outro ponto, em continuidade do raciocínio, conclui “e, portanto, a proteger a confiança” (DERZI, 2009, p. 79).

Outro destaque importante da necessária atuação da advocacia pública na redução da complexidade está no fato de conseguir impedir ou reduzir os fenômenos da elisão e evasão fiscal. Paula (2011, p. 184) faz este destaque: “é verdade que é difícil acompanhar a legislação tributária, não é menos verdade que a criatividade humana na tentativa de realização de economia de tributos é inabarcável”.

Godoy aduz que “a própria advocacia pública se vê em face de dúvida aparentemente insuperável, relativa à sua identidade, nesse contexto pluralista de atribuições”. O referido autor levanta importantes aspectos sobre a questão da advocacia pública no contexto da litigância intragovernamental, tal raciocínio pode ser considerado no conflito (irritação) entre os sistemas sociais, podendo a advocacia pública atuar.

Como exemplos da atuação da advocacia pública de Estado como mediadora do conflito entre o sistema social jurídico e sistema social político é a edição de normas ou súmulas administrativas para que precedentes judiciais sejam seguidos ou ainda a orientação para que a cobrança de determinado tributo seja suspensa até decisão final em sede de controle de constitucionalidade.

Portanto, mesmo sendo organização de periferia, a participação do advogado do Estado na decisão jurídica torna-se fundamental, pois pode auxiliar o sistema social da política na formulação ou revisão das leis e ainda o sistema social jurídico na formulação da decisão jurídica abarcando aspectos de conhecimento do político, neste sentido, até mesmo a atuação da Advocacia Pública como *amicus curiae* em ações de inconstitucionalidade pode auxiliar na redução da complexidade.

Guimarães (2012) entende que o papel ativo da advocacia de Estado depende inclusive do rompimento de paradigma construído pelo mito positivista de que a administração pública deve em sua atuação apenas ser cumpridora de leis. O mito em questão necessita ser desmitificado, a

atuação da Advocacia Pública de Estado nas decisões jurídicas com fulcro de reduzir a complexidade é algo que precisa ser implementado.

Aliás, a mudança de paradigma é defendida em diversas searas da atuação da Advocacia Pública. Lima (2015, p. 193) defende que, em relação à defesa do meio ambiente, a Advocacia Pública deve mudar o seu paradigma de atuação em duas frentes: a primeira em relação à prestação de consultoria e assessoramento jurídico e a segunda na cobrança das multas ambientais.

Souza e Simioni (2021, p. 50) destacam que essa nova forma de atuar deve partir da própria organização e ainda ser respaldada pelos demais atores construtores da decisão jurídica, assim dizendo: “modificação esta que deve partir da própria advocacia de Estado, com assunção efetiva de suas funções, mas que também depende da alteração do comportamento dos atores”.

O que se pretende neste estudo é iniciar a discussão de uma maior participação da advocacia de Estado na construção da decisão jurídica, já que esta exige, segundo Luz e Simioni (2016, p. 328), “uma espécie de proteção cognitiva especial, uma blindagem operativa recursiva. Ele exige uma orientação da decisão jurídica ao seu próprio contexto organizacional”.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo propor a discussão sobre a necessidade da atuação da advocacia de Estado junto à tomada da decisão jurídica e à redução da complexidade. Dessa maneira, após conceitos básicos da teoria do sistema, estudou-se a advocacia pública no contexto dos sistemas sociais de Luhmann, identificando as nuances do exercício de tal função.

A complexidade é algo inerente das sociedades atuais e o Direito é um dos sistemas sociais que visam regular as relações sociais com o fito de estabilizá-las, possibilitando a geração de segurança jurídica. Para Luhmann a função do Direito seria justamente a redução da complexidade. No âmbito do Direito Público, em especial no Direito Tributário isto é uma busca, por ser marcado por uma hipercomplexidade.

Neste sentido, no sistema brasileiro, foi identificado que a advocacia pública de Estado é uma organização social que exerce o papel de mediador entre os sistemas sociais políticos e jurídicos, já que está umbilicalmente ligada ao poder executivo mas atua diretamente no poder judiciário e ainda auxilia o poder legislativo por meio da consultoria, podendo reconstruir seu modo de atuar, com o fulcro de participar da decisão jurídica e minimizar a complexidade.

A participação do advogado do Estado na decisão jurídica é fundamental, pois pode auxiliar o Estado na elaboração de planejamento e análise dos aspectos jurídicos e políticos permitindo uma melhor consideração da complexidade, o que pode gerar uma melhora na produção das decisões jurídicas. Isso demonstra, claramente, que o papel de consultoria efetiva e ativa e atuação judicial construtora é fundamental.

Mesmo que possa parecer ambivalente, a advocacia pública de Estado como mediador do sistema social jurídico e sistema social político pode atuar nos dois sistemas sociais, contribuindo para a redução da complexidade, cabe aos advogados públicos reconstruir o seu modo de atuar em busca de tal desiderato, esta é a provocação que esta pesquisa quer proporcionar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília/DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 de fevereiro de 2019 às 18h39.

CARVALHO, Cristiano Rosa de. Kafka e o sistema tributário brasileiro: uma visão pela perspectiva do direito e economia. *Revista Contas Abertas*, Campo Grande, ano 1, nº 1, nov. 2015. Disponível em <http://www.tce.ms.gov.br/portal/revistaeletronica2/doc1/01.pdf> Acesso em: 14 mar. 2021.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da constituição. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte: UFMG, n. 39, jan./jun. 2001. p. 169-189.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Modificações da Jurisprudência no Direito Tributário*. São Paulo: Noeses, 2009.

EVANS, Christopher; TRAN-NAM, Bihn. Towards the development of tax system complexity index. *Fiscal Studies*, v. 35, n. 3, 2014.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Domesticando o Leviatã: Litigância Intragovernamental e Presidencialismo de Articulação Institucional*. 2012. Tese (Livre Docência) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GUIMARÃES, Guilherme Francisco Alfredo Cintra. *Advocacia de estado, administração pública e democracia: a função da consultoria jurídica na formulação e execução de políticas públicas*. In: ANTERO, Samuel A.; SALGADO, Valéria Alpino Bigonha (org.). *Democracia, Direito e Gestão Pública: textos para*

discussão. Brasília-DF: Editora IABS, 2012. p. 9-46. Disponível em: <https://www.terrabrasil.org.br/ecotecadigital/images/abook/pdf/1sem2015/fevereiro/Fev.15.09.pdf.pdf> Acesso em: 10 mar. 2021.

LIMA, Thiago Emmanuel Chaves de. A proteção do meio ambiente pela Advocacia Pública. *Revista da AGU*, Brasília-DF, ano 14, n. 1, p. 169-194, jan./mar. 2015.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n° 49, julho de 1990, p. 149-168.

LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate, Brunhilde Erker, Silvia Peppe e Luis Filipe Segura. Ciudad de México: Herder, 2005a.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una Teoría General*. México: Alianza/Iberoamericana, 1991.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia como teoria dos sistemas sociais*. In: SANTOS, José Manuel (org.). O pensamento de Niklas Luhmann. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005b.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. Trad. Silvia Peppe, Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura e Javier Torres Nafarrete. Guadalajara: Universidad Iberoamericana, 1992.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Trad. Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUZ, Cícero Krupp da; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, Organização e Risco: a Positividade do Direito na Forma da Decisão Jurídica. *Conpedi Law Review*, Uruguai, v. 2, n. 4, p. 318-334, jul./dez. 2016.

MOTA, Rodrigo. Confiança e complexidade social em Niklas Luhmann. *PLURAL - Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP*, São Paulo, v. 23, n. 2, p.182-197, 2016.

PAULA, Daniel Giotti de. *A Praticabilidade no Direito Tributário: controle jurídico da complexidade*. Rio de Janeiro: Ed. Multifoco, 2018.

PAULA, Daniel Giotti de. O dever geral de vedação à elisão: uma análise constitucional baseada nos fundamentos da tributação brasileira e do direito comparado. *Revista da PGFN*, Brasília, ano 1, n. 1, jan./jun. 2011.

SCHABBACH, Leticia Maria. Exclusão, ilegalidades e organizações criminosas no Brasil. *Revista Sociologias*, Porto Alegre, ano 10, n. 20, p. 48-71, jul./dez. 2008.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Como os juízes decidem? Proximidades e divergências entre as teorias da decisão de Jürgen Habermas e Niklas Luhmann. *Revista Sequência*, n. 59, p. 61-88, dez. 2009.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Decisão, organização e risco: a forma da decisão jurídica para além da segurança e da legitimidade. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza, v. 37, n. 1, p. 259-279, sem. 2017.

SOUZA, Alexandre Moreira de Souza; SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Quebrando o mito da advocacia de estado como mera executora das leis: em busca de uma atuação ativa em relação às políticas públicas. *RJLB - Revista Jurídica Luso Brasileira*, Lisboa, ano 7, n. 2, p. 29-58, 2021.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira; SANTOS, Guilherme Ribas da Silva. Aspectos constitucionais e processuais da segurança jurídico-tributária. *Revista de Estudos Jurídicos do STJ*, v. 1, p. 211-238, 2020.

VIANA, Ulisses Schwars. Advocacia de Estado: perspectivas a partir da teoria dos sistemas. *Revista Brasileira da Advocacia Pública*, Belo Horizonte, ano 3, n. 4, 2017.

NORMAS BRASILEIRAS SOBRE *IMPEACHMENT* À LUZ DA TEORIA DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA

IMPEACHMENT UNDER BRAZILIAN LAW IN ACCORDANCE WITH THE THEORY OF SYMBOLIC CONSTITUTIONALIZATION

Amanda Pinto Neves

Procuradora do Estado do Maranhão. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Piauí. Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU).

SUMÁRIO: Introdução; 1. A constitucionalização simbólica e seus efeitos na modernidade periférica; 2. Bases históricas e natureza do *impeachment*; 3. O *impeachment* no direito brasileiro; 4. Função hipertroficamente simbólica das normas brasileiras sobre *impeachment* e a modernidade periférica brasileira; 5. Considerações finais; Referências.

RESUMO: O artigo analisa a teoria da constitucionalização simbólica, correlacionada às normas brasileiras que tratam sobre o *impeachment* de Chefe do Executivo, considerando o contexto de modernidade periférica em que se insere o Brasil. Através de revisão bibliográfica, apresenta-se a abordagem teórica traçada por Marcelo Neves, levantando-se a hipótese de que o instituto do *impeachment*, importado do direito norte-americano, é marcado, no sistema jurídico brasileiro, por hipertrofia da função simbólica, não conseguindo se concretizar plenamente. Sob esta análise, as normas mencionadas são utilizadas como álibi para diminuir a tensão social e, ao mesmo tempo, contribuem para obstruir os caminhos para transformações sociais necessárias à realização do modelo textual democrático importado de países centrais.

PALAVRAS-CHAVE: *Impeachment*. Direito brasileiro. Teoria da Constitucionalização Simbólica. Modernidade Periférica. Legislação Álibi.

ABSTRACT: This article analyzes the theory of Symbolic Constitutionalization, correlated to the impeachment process in Brazil, its relevant laws and constitutional provisions, considering the peripheral modernity Brazilian context. This study was based on a bibliographic research about Marcelo Neves' work, thus raising the hypothesis that the impeachment, imported from North American law, is characterised, in the Brazilian legal system, by hypertrophy of the symbolic function, in a way that it cannot be completely achieved. From this perspective, the mentioned norms are used as an alibi to diminish social tension and, at the same time, contribute to obstructing the paths to social transformations necessary for the realization of the democratic textual model imported from central countries.

KEYWORDS: Impeachment. Brazilian law. Theory of Symbolic Constitutionalization. Peripheral Modernity. Alibi Legislation.

INTRODUÇÃO

Como explicita Amaral (2005), no sistema presidencialista, o *impeachment* é o instrumento mais drástico de controle político confiado ao Parlamento contra o chefe do Poder Executivo.

O *impeachment* originou-se no direito inglês, nos séculos XIII e XIV (PINTO, 1992, p. 25). Através desse instituto, a Câmara dos Comuns formulava acusações contra os ministros do rei, e a Câmara dos Lordes as julgava, com jurisdição plena, com liberdade para escolher e fixar penas, que podiam variar da destituição do cargo à prisão, ao confisco, à desonra, ao exílio e à morte (PINTO, 1992, p. 22).

Com o passar do tempo, o *impeachment* sofreu metamorfose, expandindo-se para ganhar dimensões políticas. Posteriormente, a partir da vitória do Parlamento inglês sobre o poder real em 1688, até a consolidação do governo de Gabinete, o *impeachment* perdeu utilidade, sendo substituído pela responsabilidade política, essência do governo parlamentar, como aponta Amaral (2005).

A Constituição Americana de 1787 adotou o *impeachment* como instrumento de controle político, tomando por base o modelo inglês. Contudo, como explicita Pinto (1992, p. 32), “a solução americana, enclausurada pela codificação, fixa um instante da evolução institucional britânica, que prosseguiu e foi além da fórmula legislada”.

No direito norte-americano, o *impeachment* é um processo político que tem por finalidade afastar o agente do cargo, sem prejuízo de outras sanções eventualmente cabíveis (FAVER, 2016, p. 324). Por outro lado, no sistema europeu, vinculado à antiga tradição britânica, trata-se de processo de natureza mista, político-penal, pois admite a aplicação de penalidades cíveis e criminais (PINTO, 1992, p. 26).

No Brasil, a Constituição de 1824 previu o *impeachment* em bases semelhantes àquela do instituto britânico. A Lei de 15 de outubro de 1827, que regulamentou o *impeachment* no período imperial, previa a responsabilidade de Ministros e Secretários de Estado e Conselheiros, sujeitos a sanções de natureza criminal aplicáveis pelo Senado (FAVER, 2016, p. 327). Conforme Pinto (1992), o processo atingia a autoridade e o homem, em sua liberdade e seus bens.

A Constituição de 1891, por sua vez, adotou o *impeachment* conforme o modelo norte-americano. O Presidente da República, ao contrário do Imperador, é legalmente responsável e seu mandato passou a ser objeto de controle político pelo Poder Legislativo. Como aponta Faver (2016), a Constituição de 1934 estabeleceu um complexo sistema de *impeachment*, com tribunal especial composto por juízes, senadores, deputados e ministros da

Corte Suprema. Posteriormente, as Constituições de 1946, 1967, 1969 e 1988 vincularam o *impeachment* à ocorrência de crime de responsabilidade cometido pelo Presidente da República, a ser afastado do cargo uma vez declarada procedente a acusação pelo voto de dois terços dos membros da Câmara dos Deputados. Essas características são algumas das principais distinções entre o instituto brasileiro e aquele norte-americano, que serviu de inspiração ao primeiro.

A disciplina atualmente vigente dos crimes de responsabilidade consta da Lei nº 1.079/1950, parcialmente recepcionada pela Constituição de 1988, conforme declarou o Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 21.564-DF-1992 e na ADPF nº 378-DF-2015. No último julgamento, a Corte Suprema tratou sobre a cadeia procedimental exigível para desenvolvimento do processo de *impeachment*, qualificando-a como jurídico-política. Para o Supremo Tribunal Federal, compete-lhe:

O controle de estrita legalidade procedimental do processo de *impeachment*, assegurando que o juízo jurídico-político de alçada do Parlamento, passível de controle judicial apenas e tão somente para amparar as garantias judiciais do contraditório e ampla defesa, se desenvolve dentro dos estritos limites do devido processo legal (BRASIL, 2016, p. 38).

Assim, o mérito da decisão seria insindicável, cabendo apenas controle judicial de aspectos procedimentais, para a garantia do direito de defesa do Chefe do Executivo.

O último *impeachment* de Presidente da República brasileiro, contra Dilma Rousseff, foi objeto de diversos estudos sobre a atuação dos Poderes Judiciário e Legislativo no caso.

O presente trabalho pretende contribuir para o estudo da legislação em sentido amplo sobre o tema (Lei nº 1.079/1950, disposições constitucionais respectivas e decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, notadamente aquelas proferidas no Mandado de Segurança nº 21.564-DF-1992 e na ADPF nº 378-DF-2015), apresentando o tema sob mais uma perspectiva de análise, a teoria da constitucionalização simbólica.

Proposta por Marcelo Neves (1994), a teoria mencionada observa os efeitos da hipertrofia da função simbólica nas normas legais e constitucionais. Isto é, analisam-se as normas não apenas sob uma ótica normativo-jurídica, mas, também, à luz de aspectos político-ideológicos, para averiguar a eficácia e a efetividade dos textos.

Pretende-se, assim, a partir de revisão bibliográfica, investigar a existência de caráter hipertroficamente simbólico nas normas brasileiras

que tratam do *impeachment* de Chefe do Executivo, a partir do estudo do processo de concretização do texto normativo. Esse processo abrange as interações com a norma por parte de diversos atores: população, agentes políticos e órgãos estatais, que observam, usam, aplicam, executam a legislação.

Diante disto, analisa-se a existência de emprego simbólico da legiferação em contradição com a função específica do sistema jurídico de orientar expectativas normativas e controlar comportamentos. Este quadro apresenta-se especialmente em países que, segundo um critério econômico, integram a modernidade periférica¹ e adotam, formalmente, instituições democráticas. Como ressalta Neves (2018), na tentativa de criar confiança no governo ou no Estado, são editadas legislações-álibi que contribuem para atenuar e conter tensões sociais, bem como para criar a convicção de veracidade do modelo democrático importado.

Especificamente em relação às normas brasileiras sobre o *impeachment*, podem-se vislumbrar tais características. O texto normativo trata de responsabilização política de agentes públicos e se relaciona intrinsecamente a instituições constitucionais básicas, como direitos fundamentais, separação de poderes e eleições democráticas, inseridas no núcleo do sistema jurídico. Todavia, sobretudo diante da presente crise constitucional brasileira (nesse sentido, NEVES, 2018; PALMA, 2018; CARVALHO E PALMA, 2020), é possível detectar falta de correspondência entre as normas postas e a práxis dos órgãos estatais, bem como a conduta e as expectativas da população. Tem-se, portanto, uma normatividade restrita, de modo que as instituições consagradas pela Constituição permanecem mais relevantes como referências simbólicas do discurso do poder (NEVES, 1994). Nesse sentido, é possível detectar um dos efeitos decorrentes da recepção irrefletida de ideias e instituições jurídicas da modernidade central pela modernidade periférica do capitalismo no Ocidente, tendo em vista a insuficiente autonomia do direito e sua exploração pela política (NEVES, 2018).

1 Neves (2018) defende que os países desenvolvidos e subdesenvolvidos não compõem uma dualidade, respectivamente, de modernidade e tradição, mas, antes, integram dimensões sincrônicas da sociedade moderna mundial, de forma que, do ponto de vista político-jurídico, existe uma cisão da modernidade em centro e periferia. O autor explicita que, conforme o modelo luhmanniano, uma sociedade torna-se moderna na medida em que atinge alto grau de complexidade, contingência e abertura para o futuro. Os países subdesenvolvidos integram-se na modernidade, estão integrados ao mercado mundial e participam das relações internacionais. Por outro lado, essa integração é subordinada, pois a reprodução autopoietica dos sistemas jurídico e político regionais da periferia é bloqueada tanto por outros subsistemas, como a economia, quanto pelos sistemas regionais jurídico-político do centro (Estados). As sociedades regionais periféricas mostram-se hipercomplexas e hipercontingentes, de modo que os sistemas sociais se mostram relativamente incapazes de estruturar a complexidade determinável de seus respectivos ambientes, o que implica acoplamentos insuficientemente complexos entre sistema e ambiente e, assim, insegurança de expectativa (NEVES, 2018).

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO SIMBÓLICA E SEUS EFEITOS NA MODERNIDADE PERIFÉRICA

Nas últimas décadas do século XX, autores do direito alemão discutiam o caráter simbólico da legislação, de acordo com o conteúdo das normas jurídicas. No direito brasileiro, Neves (1994) retomou essa discussão, apontando que a legislação simbólica pode ser definida como aquela que apresenta predomínio ou hipertrofia da função simbólica em sentido típico-ideal, em detrimento da função jurídico-instrumental, de caráter normativo-jurídico. Assim, a legislação simbólica é marcada pela produção de diplomas legais que integram o sistema jurídico, mas que se voltam antes a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.

Com base na obra de Kindermann (1988), Neves (1994) indica três tipos de legislação simbólica, tendo em vista o conteúdo das normas analisadas: a) legislação voltada à confirmação de valores sociais; b) legislação construída para demonstrar a capacidade de ação do Estado (legislação-álibi); c) legislação editada com o fim de adiar a solução de conflitos sociais através de compromissos sociais dilatórios.

Neves (1994) explicita diversos pontos relevantes para a reflexão sobre a legislação simbólica, ressaltando-se a discussão sobre a efetividade como realização da finalidade da lei. De acordo com o autor, a legislação simbólica mostra-se inefetiva ou, por vezes, antiefetiva². Contudo, as normas mencionadas produzem efeitos em sentido negativo (ausência de eficácia normativa e de vigência social) e em sentido positivo (decorrentes de sua própria função simbólica).

A legislação simbólica não se delinea, quanto aos efeitos, tão-somente num sentido negativo: falta de eficácia normativa e vigência social. Há atos de legislação e textos normativos que têm essas características, sem que desempenhem qualquer função simbólica. Basta lembrar o fenômeno do desuso, o qual atinge a própria “validade” (pertinência)

² Neves (1994) ressalta que a legislação simbólica produz efeitos sociais latentes que, em muitos casos, são muito mais relevantes do que os efeitos manifestos, isto é, que a eficácia normativa, que lhe faltam. Diante disto, o autor apresenta eficácia como a concretização normativa do texto legal, abrangendo situações como observância, execução, aplicação e uso do direito, para indicar conformidade dos comportamentos ao conteúdo da norma. Por outro lado, a efetividade é compreendida como realização da finalidade da lei. Deste modo, é possível observar efetividade, inefetividade e antiefetividade da atuação das normas jurídicas, de acordo com os fins a que estas se dirigem. Neves (1994) adverte que tanto eficácia quanto efetividade são conceitos relativos, graduais. Contudo, nos casos em que ineficácia e a inefetividade atingem grau tão elevado ao ponto em que, de forma generalizada, as expectativas normativas das pessoas e dos órgãos estatais não se orientem pelos dispositivos legais, verifica-se uma situação de falta de vigência social da lei ou de carência de normatividade do texto legal, quadro que caracteriza a legislação simbólica.

da norma em sentido técnico-jurídico. A legislação simbólica define-se também num sentido positivo: ela produz efeitos relevantes para o sistema político, de natureza não especificamente jurídica. Não se distingue da legislação instrumental por não exercer influência sobre a conduta humana, mas sim pela forma como exerce essa influência e pelo modelo de comportamento que influencia. Conforme o tipo de legislação simbólica, variará, porém os seus efeitos (NEVES, 1994, p. 51).

Além de analisar a tipologia da legislação simbólica e seus aspectos mais relevantes, Neves (1994) trata do fenômeno da constitucionalização simbólica, mais abrangente, apoiando-se no modelo sistêmico proposto por Luhmann (1990), segundo o qual a Constituição pode ser definida como ferramenta que permite a autonomia operacional do direito na sociedade moderna e como *acoplamento estrutural* entre os sistemas político e jurídico³.

Com base neste conceito, a Constituição em sentido especificamente moderno trata-se de uma via de prestações recíprocas e, sobretudo, de mecanismo de interpenetração (ou interferência) entre dois sistemas sociais autônomos, a política e o direito. Através da Constituição, cresce a possibilidade de influência recíproca e condensam-se as chances de aprendizado para os sistemas participantes (NEVES, 1994, p. 65-66).

Sobre estas bases, Neves (1994) enfrenta a relação entre texto e realidade constitucional como concretização das normas constitucionais. Tomando os modelos teóricos de Müller (1990) e Härbele (1980), Neves (1994) define a constitucionalização simbólica a partir da insuficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional, que gera a perda de capacidade deste para a orientação generalizada das expectativas normativas. Todavia, assim como a legislação simbólica, a constitucionalização simbólica também

3 Luhmann (2011) propõe que a sociedade seja compreendida como um sistema composto de diversos subsistemas dotados de racionalidade própria (como a política, o direito, a economia etc.), que operam fechados em sua própria base operativa, mas, ao mesmo tempo, abertos ao ambiente e às interações entre si. O sistema social diferencia-se do entorno, assim como os subsistemas que nele coexistem diferenciam-se entre si. Esta diferenciação faz do sistema um objeto autorreferente (que opera com base em suas próprias operações constituintes) e autopoietico (que se autorreproduz ou produz a si mesmo enquanto unidade sistêmica).

O sistema social convive com a incerteza e a contingência, necessitando reduzir a complexidade a níveis compatíveis de operacionalização. Para tanto, cada um dos subsistemas tem um papel a cumprir. No caso do direito, cumpre-lhe comunicar expectativas de comportamento e assegurar que elas sejam reconhecidas, tratando-se, portanto, de uma estrutura de generalização congruente. O subsistema político, por outro lado, tem como função realizar os fins coletivos por meio de decisões vinculantes, com o objetivo de criar na sociedade um elevado nível de legitimação e aceitação das condutas generalizadas pelo direito, ou seja, um ambiente democrático.

Embora os sistemas operem fechados em sua própria estrutura, é necessário que se estabeleçam relações entre o sistema e o entorno, entre o sistema e outros sistemas ou subsistemas. Estas relações são chamadas de acoplamentos estruturais. Estes são mecanismos de interpenetração entre os sistemas, aumentando as possibilidades de influência recíproca e condensando as chances de aprendizado para os sistemas participantes.

possui um sentido positivo, na medida em que a atividade constituinte e a linguagem constitucional desempenham relevante papel político-ideológico. Dessarte, a Constituição simbólica não direciona as condutas ou orienta as expectativas conforme as determinações jurídicas das suas disposições constitucionais, mas responde a exigências e objetivos políticos concretos, encobrendo problemas sociais e obstruindo transformações efetivas na sociedade (NEVES, 1994).

Cabe ressaltar que, como aponta Neves (1994), o problema da constitucionalização simbólica não se confunde com a ineficácia de alguns dispositivos específicos da Constituição, ainda que, em tais situações, a ausência de concretização normativa esteja relacionada com a função simbólica (NEVES, 1994).

O fenômeno da constitucionalização simbólica pressupõe o comprometimento do sistema constitucional em suas linhas mestras. Assim, há constitucionalização simbólica quando os alicerces do sistema jurídico constitucional são afetados pelo funcionamento hipertroficadamente político-ideológico da atividade e do texto constitucionais. Isso ocorre quando as instituições constitucionais básicas (direitos fundamentais, separação de poderes e eleições democráticas) não são efetivadas, diante da falta de correspondência entre o texto constitucional e a práxis dos órgãos estatais, a conduta e as expectativas da população. Também acontece, e de maneira ainda mais evidente, quando não se verifica a inclusão de toda a população no sistema jurídico, de forma que institutos previstos abrangentemente na linguagem constitucional são deturpados no processo de concretização das normas, especialmente quanto à generalização, já que sua aplicação se submete a uma filtragem por critérios particularistas de natureza política, econômica, entre outros (NEVES, 1994).

Nesses casos, haverá, quando muito, normatividade restrita da Constituição, e as instituições por ela consagradas permanecem relevantes apenas como referências simbólicas do discurso de poder. Em situações extremas, como aponta Neves (1994), a constitucionalização simbólica pode conduzir à desconfiança pública no sistema político e nos agentes estatais (NEVES, 1994).

Na obra *Constituição e Direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, publicada por Marcelo Neves originalmente em alemão em 1992 e traduzida para o português em 2018, o autor defende que os países desenvolvidos e subdesenvolvidos não compõem uma dualidade, respectivamente, de modernidade e tradição, mas, antes, integram dimensões sincrônicas da sociedade moderna mundial, de forma que, do ponto de vista político-jurídico, existe uma cisão da modernidade em centro e periferia (NEVES, 2018).

Como destaca Neves (2018), esta divisão da modernidade em centro e periferia é, primordialmente, uma questão econômica, mas possui implicações para todos os sistemas funcionais da sociedade. Na perspectiva sistêmico-teórica, a modernização periférica pode ser compreendida como integração subordinada de um país na sociedade mundial, organizada em hierarquia que se orienta, primordialmente, pela economia. Nesse contexto, o direito e a política sujeitam-se a uma diferenciação segmentária nos níveis regional e local, conforme a heterogeneidade estrutural da sociedade. Diante disto, observa-se a diferente capacidade sistêmica entre os países do centro e da periferia em processar a complexidade dos conflitos que demandam a estabilização de expectativas ou respostas coletivamente vinculantes (NEVES, 2018).

No âmbito da modernidade periférica, a reprodução autopoietica dos sistemas jurídico e político é bloqueada tanto por outros subsistemas funcionais, como a economia, quanto pelos sistemas regionais jurídico-políticos (Estados) da modernidade central, sendo duvidoso falar em independência nacional ou soberania dos países periféricos. Nestes, como frisa Neves (2018), o *constitucionalismo* é diretamente afetado em dois aspectos. Em algumas situações, o modelo constitucional democrático válido nos países centrais é copiado, sem que existam as condições para sua realização, configurando o que o autor, reinterpreta a classificação proposta por Karl Loewenstein⁴, denomina nominalismo constitucional.

⁴ Conforme a classificação ontológica de Karl Loewenstein (1975), as Constituições distinguem-se em normativas, nominalistas e semânticas. As Constituições normativas caracterizam-se pela concordância com a realidade do processo de poder. Nas Constituições nominalistas, por sua vez, observa-se profunda discrepância entre as normas constitucionais e a realidade social, o que não se confunde com o fenômeno da “*distinção entre práxis constitucional e teor literal da Constituição*”, conforme aponta Loewenstein (1975), isto é, a metamorfose da Constituição mediante sua interpretação e concretização, promovendo-se a adaptação da Constituição à realidade. Finalmente, as Constituições semânticas caracterizam-se por tornarem-se instrumento de estabilização e perpetuação dos detentores fáticos do poder, em vez de servirem à limitação do poder político.

Neves (2018) propõe uma reinterpretação da classificação de Loewenstein. Para o autor, a Constituição normativa é formada por normas que correspondem a expectativas de comportamento congruente generalizadas e estabilizadas em termos contrafáticos, sendo regra nas democracias centrais, onde há os pressupostos para sua concretização. Nas Constituições nominalistas, por outro lado, o texto constitucional tem, primordialmente, função simbólica. Como destaca Neves (2018), não se trata de uma função educativa da Constituição, relativa à esperança de que a realidade do processo de poder corresponda ao modelo estabelecido na Constituição (LOEWENSTEIN, 1975), mas de constitucionalização-álibi, processo em que os países periféricos adotam, formalmente, instituições democráticas. Nesse caso, o problema ideológico consiste no fato de que o modelo adotado só pode ser realizado sob outras condições sociais, o que, por um lado, contribui para controlar a tensão social, ao tempo em que cria a convicção de veracidade do modelo democrático importado. Por fim, no que se refere à Constituição semântica, Neves (2018) sugere a nova denominação de Constituição instrumentalista, como forma de indicar que esta é utilizada pelos detentores do poder como meios de imposição de dominação. Isto é, os soberanos dispõem dos instrumentos constitucionais e podem reformá-los ou substituí-los sem nenhuma limitação jurídica. Como conclui Neves (2018), a Constituição nominalista tem por característica a função político-ideológica ou simbólica; a Constituição instrumentalista

Por outro lado, em regimes autoritários, a forma constitucional é utilizada instrumentalmente a serviço dos detentores do poder como puro meio de dominação, em benefício da integração periférica desses países na sociedade mundial, caracterizando o instrumentalismo constitucional⁵.

Neves (2018) explicita que a alternância de Constituições nominalistas e instrumentalistas caracteriza a modernização periférica. É dizer, mediante a utilização de fórmulas como *restabelecimento da ordem e restabelecimento da democracia*, alternam-se nos países periféricos instrumentalismo e nominalismo constitucional, ou autoritarismo e democracia aparente. Nas duas situações falta autodeterminação do direito e, também, do sistema político-nacional.

No contexto de democracia aparente, é possível destacar dois dos efeitos e implicações do nominalismo constitucional para o sistema jurídico apontados por Neves (2018): a importação de modelos democráticos dos países centrais e a constitucionalização simbólica.

Como já se salientou nas linhas anteriores, uma das formas de integração dos países periféricos, ainda que de maneira subordinada, na sociedade mundial é o recurso à cópia de modelos constitucionais democráticos dos países centrais. Neves (2018) aponta que essa importação representa uma das mais importantes expressões do imperialismo político e “implica uma discrepância estrutural entre o texto constitucional posto e o vivenciar/agir jurídico da população”. Nesse sentido, as normas constitucionais são concretizadas de forma deformante ou insuficiente, sendo incapazes de atuar para regulamentar condutas e assegurar expectativas.

Há, assim, ruptura sistêmico-interna da circularidade entre legiferação constitucional e concretização constitucional. O texto normativo não se concretiza, seja porque se observam danos indiretos ao direito constitucional, ou porque são verificadas ofensas diretas e regulares contra os preceitos constitucionais, sob a proteção da práxis estatal. Além disso, faltam acoplamentos suficientemente complexos entre sistema e ambiente. Como explica Neves (2018):

O modelo constitucional imitado não é apropriado para assegurar o comportamento previsto, na medida em que a ‘heterogeneidade estrutural’ e a ‘marginalização das massas’ agravam-se na modernização periférica. Direitos fundamentais, divisão dos poderes e eleição democrática perdem significado *primariamente* não em

evidencia a instrumentalização unilateral do texto constitucional e, desta forma, do sistema jurídico pela política.

5 Neves (2018) ressalta que os conceitos de Constituições instrumentalistas, nominalistas e normativas compõem tipos ideais, pois, na realidade social, encontram-se diversos graus de normatividade, nominalismo e instrumentalismo constitucional.

virtude da presença de padrões tradicionais de comportamento, mas em consequência da extrema estratificação social e, em última análise, da enorme desigualdade econômica que se desenvolve no âmbito da modernização periférica (NEVES, 2018, p. 130-131).

Considerando esse ponto, Neves (2018) indica que a formulação de Luhmann (1981b) sobre a positividade do direito como pressuposto de uma sociedade moderna deve ser revista. É dizer, nos países periféricos que vivenciam o nominalismo constitucional, inobstante a existência de uma sociedade moderna (e não tradicional), o direito positivado falha em sua função de generalização congruente de expectativas de comportamento e em sua prestação na solução de conflito (NEVES, 2018).

Esta falha do direito positivado está intimamente relacionada ao fenômeno da constitucionalização simbólica. Ainda que tenham sido postos textos constitucionais democráticos, importados dos países centrais, os modelos copiados não se concretizam, pois a situação social não o permite e falta disposição dos agentes políticos detentores do poder para superar tal obstáculo (NEVES, 2018).

Como frisa Neves (2018), nos países centrais, as normas também possuem função simbólica, mas isso “não implica o fracasso da Constituição como instância reflexiva no interior de um sistema jurídico vigente e eficaz, pois, como compensação, realizam-se – seja como for que se queira dizer, as ‘funções instrumentais’ dos preceitos constitucionais”.

Esse não é o caso das Constituições nominalistas, às quais falta força normativa, falhando na função especificamente jurídica da generalização congruente de expectativas normativas de comportamento. Nesse quadro, o texto constitucional serve à legitimação simbólico-ideológica do poder através de efeitos que ocultam a realidade e eliminam possibilidades (NEVES, 2018). Trata-se de uma constituição-álibi, que atua como ideal a ser atingido através da disposição e da boa vontade dos detentores do poder, sem, contudo, prejudicar os grupos privilegiados. Ao mesmo tempo, o diploma constitucional é invocado como estrutura normativa que assegura direitos fundamentais, divisão de poderes e eleições democráticas, apontando tais instituições como conquistas do governo ou do Estado e provas da existência de democracia no país (NEVES, 2018).

Vê-se, assim, que a constituição simbólica não possui apenas efeitos negativos (falta de eficácia normativa – controle de condutas – e de vigência social – assecuração de expectativas), mas também serve para atenuar tensões sociais, contribuindo para a obstrução de vias para a transformação social e imunizando o sistema político contra outras alternativas (NEVES, 1994).

É dizer, no âmbito da modernidade periférica, o modelo textual constitucional é construído como expressão do princípio da igualdade, pressuposto da generalização do direito positivado a toda a população. Contudo, no cotidiano da população e na práxis estatal, o texto constitucional não consegue se realizar, ou é deturpado no processo de concretização, de modo que a democracia é apenas aparente. Nesse sentido, opera-se uma filtragem das normas segundo critérios particularistas. Ao mesmo tempo, o sistema político é imunizado contra mecanismos que possibilitem a generalização do direito e, por conseguinte, a criação de um ambiente efetivamente democrático.

Diante da falta de concretização da constituição nominalista, da heterogeneidade estrutural e da ineficiência do aparelho estatal frente às necessidades da maioria da população, há uma tendência geral para a politização de variados temas, discutindo-se até mesmo a legitimidade da ordem social como um todo. O constante questionamento da estrutura social e o surgimento de tendências reformistas ameaçam interesses privilegiados internos e externos ao país periférico e dão lugar a mecanismos para o *restabelecimento da ordem*, mediante golpes ditatoriais (NEVES, 2018).

Dessa maneira, como elucida Neves (2018), é introduzido o instrumentalismo constitucional. Neste cenário, não se trata mais de bloqueios políticos do sistema jurídico através de concretizações constitucionais deformantes, como ocorre no nominalismo constitucional. Há, nesse caso, instrumentalização política do direito, negando-se, de forma primária, a institucionalização de direitos fundamentais, divisão dos poderes e eleições democráticas, para possibilitar a intervenção juridicamente ilimitada ou incontrolada da política no sistema jurídico com base em princípios como *razão de Estado e segurança nacional* (NEVES, 2018). Com o tempo, a repressão manifesta, que assegura privilégios a alguns e se volta contra a maioria da população, conduz a movimentos de oposição contra o governo ou a resistências contra a ordem social dominante, provocando, igualmente, indignação internacional em decorrência de violação a direitos fundamentais.

Assim, é restabelecida a democracia, retornando-se ao nominalismo constitucional, em uma alternância de autoritarismo e democracia aparente. Conforme Neves (2018, p. 155-156), “em ambos os casos falta autodeterminação do direito, mas também do sistema político nacional”, o que faz persistir a condição moderno-periférica. A superação desse estado de coisas, de acordo com a teoria exposta, pressupõe o desmonte de privilégios e a integração horizontal do país na sociedade mundial, a partir de transformações sociais radicais que revertam o quadro de exclusão dominante e massiva, mediante a afirmação da inclusão, para

viabilizar o adequado funcionamento do direito e da Constituição no agir e no viver cotidiano da população (NEVES, 2018).

2. BASES HISTÓRICAS E NATUREZA DO IMPEACHMENT

Originado no direito inglês, o *impeachment* nasceu como meio de responsabilização a que se submetiam todos os súditos do reino, à exceção da Coroa, como explicita Pinto (1992). Inicialmente, o instituto foi um processo puramente criminal que corria perante o Parlamento. Entretanto, sem perder o caráter penal, o *impeachment* logo ganhou vastas dimensões políticas, passando a ser livremente admitido em relação aos chamados *high crimes and misdemeanors*, isto é, crimes e atos que, embora não constituíssem crimes, representavam faltas prejudiciais ao país, independentemente de enunciação ou caracterização legais (PINTO, 1992).

Na Inglaterra, a Câmara dos Lordes era competente para julgar a acusação formulada pela Câmara dos Comuns com jurisdição plena. Por simples maioria, os Lordes poderiam infligir quaisquer penas, até mesmo as mais graves, como confisco de bens, prisão, exílio e morte (PINTO, 1992). O *impeachment* inglês, assim, atinge a autoridade enquanto ocupante de cargo público e, também, alcança a pessoa do acusado, através da imposição de sanções penais.

Como explicita Amaral (2005, p. 7), “a partir da vitória do Parlamento inglês sobre o poder real em 1688, até a consolidação da prática do governo de Gabinete, o *impeachment* perdeu, paulatinamente, utilidade e, enfim, foi substituído pela responsabilidade política que constitui a essência do governo parlamentar”. A sanção criminal deixou de ser solução ordinária de governo e a responsabilidade não mais se submetia a longa apuração, típica dos processos judiciais, passando a se operar em termos de confiança política (PINTO, 1992).

Neste quadro, conforme anota Pinto (1992), “o *impeachment*, quando na Inglaterra chegava à senectude, ingressava no elenco das jovens instituições americanas”.

Ao adotar o instituto inglês, os convencionais da Filadélfia reduziram o *impeachment* a um expediente político, com a separação do juízo parlamentar da instância criminal (PINTO, 1992), mas mantiveram, em essência, a morosidade do procedimento, iniciado na Câmara e com julgamento a ser proferido pelo Senado.

Nos Estados Unidos, o *impeachment* possui menor espectro, aplicando-se ao presidente, ao vice-presidente e a todos os funcionários civis dos Estados Unidos, prevendo a Constituição que “serão afastados de suas funções quando indiciados e condenados por traição, suborno ou

outros delitos ou crimes graves” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1787, tradução livre)⁶. Foi mantida a competência da Câmara Alta para o julgamento, mas as sanções terão natureza meramente política, limitando-se à destituição da função e à inabilitação para o exercício de outro cargo, sem prejuízo da instauração de processo judicial para a imposição de sanções penais, quando cabíveis (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1787, tradução livre)⁷.

Trata-se, ademais, de instituto que combina elementos políticos e jurisdicionais, em especial quanto às garantias ao acusado. Tribe (2000) sustenta que o *impeachment* é um mecanismo de preservação das fronteiras constitucionais do relacionamento entre os poderes e um limite imposto para evitar os abusos de poder praticados pelos agentes públicos. Além disso, considerando a disposição constitucional de que apenas o Senado poderá julgar crimes de responsabilidade, nos Estados Unidos não houve tentativa de controle judicial para definir os limites do processo de *impeachment* (TRIBE, 2000).

Sobre o tema, Sunstein (2017) argumenta que, constituindo-se como ferramenta para promover a destituição de representantes legais eleitos, o *impeachment* é recurso de uso excepcional, a ser acionado apenas em situações extremas, especialmente se considerados os desafios que se apresentam atualmente, como a disseminação de notícias falsas e a intensa polarização política, que podem levar à formação de processos injustos e gerar instabilidade política.

Nesse sentido, os *graves crimes e contravenções* a ensejar *impeachment* não necessariamente serão fatos típicos penais, mas devem ser suficientemente sérios para promover a responsabilização política. Portanto, não autoriza pedido de *impeachment* o fato de o governo ser considerado ruim, a discordância com as ideias ou desempenho do mandatário (SUNSTEIN, 2017).

Diante disso, Sunstein (2017) defende que o *impeachment*, ao tempo em que se constitui como ferramenta que organiza as atribuições do sistema político, também está diretamente relacionado aos princípios estruturantes da sociedade norte-americana. Deste modo, no contexto norte-americano, o

6 Constituição Norte-americana, artigo II, seção 4. No original: “Section 4. The President, Vice-President and all civil officers of the United States, shall be removed from office on Impeachment for, and conviction for, treason, bribery, or other high crimes and misdemeanors”.

7 Constituição Norte-americana, artigo I, seção 3. No original: “The Senate shall have the sole Power to try all Impeachments. When sitting for that Purpose, they shall be on Oath or Affirmation. When the President of the United States is tried, the Chief Justice shall preside: And no Person shall be convicted without the Concurrence of two thirds of the Members present. Judgment in Cases of Impeachment shall not extend further than to removal from Office, and disqualification to hold and enjoy any Office of honor, Trust or Profit under the United States: but the Party convicted shall nevertheless be liable and subject to Indictment, Trial, Judgment and Punishment, according to Law”.

impeachment continua a ser um recurso legítimo e operante de que dispõem o povo, a sociedade civil e as instituições do Estado para se opor à tirania e à violação dos direitos fundamentais e defender os valores que alicerçam o Estado democrático de direito (SUNSTEIN, 2017).

3. O IMPEACHMENT NO DIREITO BRASILEIRO

Como já delineado na introdução deste trabalho, o *impeachment* foi introduzido no direito brasileiro pela Constituição de 1824, seguindo bases semelhantes àquela do instituto britânico. O regime imperial não permitia a responsabilização do monarca, mas estabeleceu a responsabilidade de Ministros e Secretários de Estado e Conselheiros, sujeitos a sanções de natureza criminal aplicáveis pelo Senado (FAVER, 2016, p. 327).

Com a adoção da forma republicana, a Constituição de 1891, por sua vez, importou o modelo norte-americano. O Presidente da República, ao contrário do Imperador, é legalmente responsável e seu mandato passou a ser objeto de controle político pelo Poder Legislativo. Entretanto, diferentemente do que dispõe a Constituição dos Estados Unidos, cabe a lei infraconstitucional definir os crimes de responsabilidade do Chefe do Executivo, bem como o procedimento a ser adotado para o processamento e julgamento da autoridade (ANDRADE CATTONI, MELO FRANCO, BACHA E SILVA, 2016).

A disciplina atualmente vigente dos crimes de responsabilidade consta da Lei nº 1.079/1950, parcialmente recepcionada pela Constituição de 1988, conforme declarou o Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 21.564-DF-1992 e na ADPF nº 378-DF-2015.

Consoante apontam Andrade Cattoni, Melo Franco, Bacha e Silva (2016), “ao contrário da prática constitucional norte-americana, os contornos do *Impeachment* no nosso constitucionalismo sempre contaram com a intervenção da jurisdição constitucional, instrumento apto a aparar as ilegalidades cometidas pelo Parlamento”.

Nesse sentido, Pinto (1992) dedica um capítulo de sua obra para tratar sobre a experiência brasileira até então. Conforme indica o autor, tomando por base decisões relativas a processos de *impeachment* instaurados no âmbito dos Estados-membros brasileiros, “o Supremo Tribunal Federal, repetidamente, se negou a intervir em processos de responsabilidade. Mais tarde admitiu fazê-lo e, efetivamente, interferiu em alguns casos. Sempre se recusou, porém, a revisar decisões congressuais” (PINTO, 1992, p. 153).

O primeiro caso de aplicação do *impeachment* de Presidente da República no Brasil se deu em 1992, atingindo o ex-presidente Fernando Collor. Naquela ocasião, o Supremo Tribunal Federal (STF) consignou,

no julgamento do MS 21.623, que cabe à Câmara realizar o juízo de admissibilidade da denúncia, competindo ao Senado, após juízo prévio de admissibilidade, o processamento e o julgamento (BRASIL, 1993).

Mais recentemente, o STF reafirmou esse entendimento. Na ADPF 378, a Corte Suprema tratou sobre a cadeia procedimental exigível para desenvolvimento do processo de *impeachment*, qualificando-a como jurídico-política. Ao Supremo Tribunal Federal, cabe exercer o controle de estrita legalidade procedimental do processo de *impeachment*, de modo a assegurar que o juízo jurídico-político a ser exercido pelo Parlamento se desenvolva conforme os limites do devido processo legal, respeitando o contraditório e a ampla defesa do acusado (BRASIL, 2016). Deste modo, o mérito da decisão seria insindiciável ao Judiciário, competindo a este Poder apenas controle judicial de aspectos procedimentais, para a garantia do direito de defesa do Chefe do Executivo.

Na formação da jurisprudência e da doutrina brasileiras sobre o *impeachment*, Pinto (1992) assevera que apreciada a natureza do instituto, apurou-se que se trata de uma medida política aplicada a um problema político, ainda que através de procedimento semelhante ao processo criminal. Deste modo, para o autor, admitir recurso ou revisão judiciais das decisões do Parlamento, ou a ingerência dos tribunais nestes processos, importaria violação à ordem constitucional, pois a jurisdição do Senado nesses casos é original, definitiva e derradeira, absoluta e irreversível (PINTO, 1992).

A natureza jurídica do *impeachment* no direito brasileiro, todavia, não é unânime entre os juristas. Se Pinto (1992) defende que o instituto tem apenas caráter político⁸, há autores como Pontes de Miranda (1971) que advogam a tese de que o *impeachment* possui natureza essencialmente penal.

Outros estudiosos entendem que a ferramenta constitucional possui natureza mista, político-administrativa, tendo em vista as sanções de perda do cargo e de inabilitação para o exercício de função pública (MENDES, COELHO, BRANCO, 2009); ou político-criminal, diante da possibilidade de o ato ensejador do *impeachment* também ser descrito pelas leis penais, sujeitando o acusado a condenação no juízo penal (BASTOS, 2002).

Como indicam Andrade Cattoni, Melo Franco, Bacha e Silva (2016), discutir a natureza jurídica com *impeachment* é importante para determinar seus efeitos e que garantias se aplicam à autoridade acusada.

8 Nesse sentido, Pinto (1992, p. 75) aponta: “Entre nós, porém, como no direito norte-americano e argentino, o *impeachment* tem feição política, não se origina senão de causas políticas, objetiva resultados políticos, é instaurado sob considerações de ordem política e julgado segundo critérios políticos – julgamento que não exclui, antes supõe, é óbvio, a adoção de critérios jurídicos. Isto ocorre mesmo quando o fato que o motive possua ineludível colorido penal e possa, a seu tempo, sujeitar a autoridade por ele responsável a sanções criminais, estas, porém, aplicáveis exclusivamente pelo Poder Judiciário”.

Atribuir natureza simplesmente política ao *impeachment* conduz a dois efeitos: a impossibilidade de qualquer controle judicial do processo, bem como a inexistência de garantias de índole penal ao acusado, como legalidade, devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Sob outra perspectiva, compreender o *impeachment* como instituto de natureza política e jurídico-penal, pressupõe a observância de diversas garantias, já que o processo se destina à aplicação de uma pena (ANDRADE CATTONI, MELO FRANCO, BACHA E SILVA, 2016).

Sobre o tema, Galindo (2016) assevera:

Há vários fatores que fazem mais plausível falar-se, em termos teóricos, em uma natureza mista (político-criminal): se por um lado, o constituinte reforça o aspecto criminal ao denominar tais infrações político-administrativas de crimes, por outro, estipula penas fixas e tipicamente políticas; se, por um lado, as Casas parlamentares podem, p. ex., se recusar a prosseguir com o feito por análises políticas de conveniência, oportunidade ou necessidade, por outro, há a necessidade de constatação objetiva de fatos que constituam o crime de responsabilidade, sendo fundamental ter embasamento jurídico à pretensão punitiva, não podendo ser um mero juízo discricionário exclusivamente político por parte das duas Casas do Congresso Nacional (GALINDO, 2016, p. 63).

Ressalte-se, ainda, que as garantias e direitos fundamentais a serem tutelados não se limitam àqueles aplicáveis à autoridade acusada, mas também abrangem as instituições constitucionais básicas apontadas por Neves (1994): direitos fundamentais, separação de poderes e eleições democráticas.

Como concluem Andrade Cattoni, Melo Franco, Bacha e Silva (2016), o respeito e a garantia de observância aos direitos fundamentais viabilizam o reconhecimento de legitimidade e correção do resultado do processo perante os cidadãos eleitores. A autoridade processada, em especial aqui se tratando de Chefe do Executivo, ocupa o cargo por ter sido eleita e sua deposição sem observância das garantias aplicáveis não passa de golpe de Estado (ANDRADE CATTONI, MELO FRANCO, BACHA E SILVA, 2016).

Esta situação ganha ainda mais relevo no contexto da modernidade periférica, em que o modelo democrático importado dos países centrais não pode se concretizar plenamente, dada a hipertrofia da função simbólica das normas e, por conseguinte, a insuficiência de acoplamentos estruturais entre os sistemas jurídico e político.

4. FUNÇÃO HIPERTROFICAMENTE SIMBÓLICA DAS NORMAS BRASILEIRAS SOBRE IMPEACHMENT E A MODERNIDADE PERIFÉRICA BRASILEIRA

No sistema jurídico brasileiro, as instituições constitucionais básicas apontadas por Neves (1994), direitos fundamentais, separação de poderes e eleições democráticas, estão intimamente ligadas ao recurso constitucional do *impeachment* de Chefe do Executivo federal diante da ocorrência de crime de responsabilidade (artigo 51, inciso I; artigo 52, inciso I; artigo 85, todos da Constituição Federal de 1988). Isso porque a apuração de responsabilidade política atinge e envolve o núcleo do sistema jurídico, na medida em que volta-se contra autoridade eleita democraticamente para o exercício de cargo público. O processo de *impeachment* afeta, assim, os direitos e garantias fundamentais não apenas do acusado, mas, também, de todos os cidadãos eleitores. Por outro lado, há que se observar, igualmente, a separação de poderes prevista na ordem constitucional. Ao Legislativo cabe a pronúncia e o julgamento do Chefe do Executivo, que, por princípio do sistema presidencialista, não pode sofrer censura legislativa pelo não cumprimento de projetos de campanha ou pelo insucesso de ações, se esses fatos não configurarem crime comum ou de responsabilidade.

Entretanto, mesmo em um sistema jurídico em que o direito positivado cumpre sua função de generalização congruente de expectativas de comportamento e em sua prestação na solução de conflitos, os abusos podem ocorrer. Conforme destaca Pinto (1992), tanto a Câmara como Senado podem cometer abusos, ao acusar e condenar, ou ao abster-se de fazê-lo, quando for o caso. Com efeito, há diversas variáveis a se considerar na interação entre os subsistemas político e jurídico.

Ao importar um modelo democrático ou instituto jurídico de países centrais, as sociedades periféricas têm de lidar com desafios ainda maiores do que aqueles normalmente decorrentes da prestação do sistema jurídico, que, como explicita Neves (2018) baseado na teoria luhmanniana, expressasse, primordialmente, na regulação de conflitos e na disponibilização de institutos normativos voltados à asseguarção de estruturas e operações em outros subsistemas sociais. Especificamente no plano da Constituição, a referência do sistema jurídico ao sistema político consiste em disponibilizar institutos constitucionais para eleição política, divisão dos poderes e diferenciação entre política e administração (NEVES, 2018).

Sobre o caso brasileiro, as considerações formuladas por Neves em 1992 permanecem atuais. De um lado, dado quadro fático de exclusão social e alto grau de desigualdade, típico dos países de constitucionalismo periférico,

o procedimento eleitoral jurídico-constitucionalmente regulado, apesar da complexidade cada vez mais elevada da sociedade, não serve à imunização do código de poder perante os interesses concretos dos cidadãos, nem à generalização do apoio político para a circulação (e contracirculação) de público, política e administração, nem à autonomia do sistema político (NEVES, 2018, p. 256).

A eleição política, assim, dificilmente tem a possibilidade de constituir um novo ciclo de ação, pois os dispositivos constitucionais para o sufrágio são distorcidos na concretização, tendo em vista as necessidades dos subintegrados e os interesses particulares dos sobreintegrados (NEVES, 2018).⁹

Diante deste cenário, fica comprometida a separação entre política e administração. Mediante o direito constitucional, a administração deveria ser neutralizada contra interesses concretos e particulares, atuando segundo princípios e preceitos racional-burocráticos com pretensão de generalidade. Nos países periféricos, todavia, isso não ocorre, tendo em vista a particularização ou a politização da administração.

Nesse panorama, como aponta Neves (1992), são distribuídos privilégios, como cargos e subvenções, aos membros de estratos superiores, os sobreintegrados, e auxílios às massas miseráveis da população, os subintegrados. Assim, a administração funciona sob a pressão de necessidades concretas e interesses particulares, sendo explorada como meio de compensação para a falta generalizada do apoio político, isto é, de legitimação democrática (NEVES, 2018).

A este problema relaciona-se à insuficiente divisão dos poderes. Neves (2018) entende que, na experiência brasileira, o princípio da divisão

9 Neste ponto, cabe esclarecer o que o autor entende por sobreintegração e subintegração. Conforme Neves (2018), o modelo constitucional predominante na modernidade periférica não impedido de se realizar não apenas pela integração subordinada dos países na sociedade mundial, mas também a heterogeneidade estrutural e a marginalização das massas. Deste modo, fala-se em subintegração e sobreintegração no sistema constitucional. Os subintegrados são os marginalizados, pois, como aponta Neves (2018, p. 132), “os direitos fundamentais não fazem diferença no horizonte de seu agir e vivenciar”. Para estes grupos, que correspondem à maioria da população, a integração ao sistema jurídico se dá quase sempre como devedores, réus, não como detentores de direitos, autores no processo. Além disso, como ressalta Neves (2018), o problema da subintegração adquire dimensão especial, pois as violações dos direitos fundamentais em relação aos membros dos estratos subalternos são executadas particularmente por atividade repressiva do aparelho estatal. Consoante ressalta Neves (2018), a subintegração de amplas parcelas da população é inseparável da sobreintegração dos grupos privilegiados, que, como classe ou burguesia estatal, ou com base nela, executam ações que minam e violam a Constituição; é dizer “ainda que eles invoquem – em princípio, na medida em que seja de seu interesse ou para proteção da ‘ordem social’ – de modo regular o texto constitucional democrático, a tendência é que a Constituição não seja levada em conta quando colocar limites significativos ao espaço de possibilidades políticas e econômicas de sua ação. A Constituição não atua, então, como horizonte do agir e vivenciar jurídico-político dos detentores do poder, mas como uma oferta a ser usada, abusada ou desusada por eles conforme a constelação concreta de interesses” (NEVES, 2018, p. 133).

dos poderes sempre foi distorcido, considerando preponderância do Executivo em face do Legislativo e do Judiciário. O fenômeno, como indica o autor, associa-se ao fato de que a administração é mais apropriada para a manipulação de necessidades concretas e distribuição de privilégios, de modo que, sem vinculação à lei e sem suficiente controle judicial, o Executivo age segundo exigências concretas e particulares, sendo, ainda, via das intervenções moderadoras e inconstitucionais já perpetradas pelos militares na política (NEVES, 2018).

Todos os elementos apontados associam-se às insuficientes contraprestações da política perante o sistema jurídico. Como explica Neves (2018), no âmbito da modernidade central, as Constituições normativas servem à interpenetração dos sistemas político e jurídico, de modo que se exclui a influência direta de um pelo outro, aumentando-se a possibilidade de influências recíprocas e de chances de aprendizado para ambos os sistemas. No contexto de modernidade periférica que marca o desenvolvimento constitucional brasileiro, contudo, em vez de interpenetração, observa-se a imposição recíproca de bloqueio dos sistemas, pois a política se desenvolve amplamente sem consideração pelo seu ambiente jurídico; assim como o sistema jurídico não observa adequadamente seu ambiente político (NEVES, 2018).

A situação não parece ter sofrido melhora significativa nas últimas décadas. No posfácio incorporado à edição brasileira da obra *Constituição e Direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, Neves (2018) avalia a atualidade de sua teoria desde a publicação do original, em 1992.

Como reitera o autor, inexistindo certas condições sociais mínimas, um modelo textual de Constituição tem pouca relevância prática. Assim, havendo ampla exclusão social, expressa em relações generalizadas de subinclusão e sobreinclusão, a força normativa da Constituição torna-se improvável (NEVES, 2018).

No Brasil, assim como em outros Estados periféricos, a importação do modelo de constitucionalismo democrático-social não garante sua concretização, pois persistem as condições de exclusão de amplas parcelas da sociedade e de privilégios concedidos a uma parte minoritária da população (NEVES, 2018).

Inobstante os avanços do constitucionalismo democrático no Brasil, com impacto na ampliação dos direitos fundamentais, não houve mudança significativa na desigualdade social¹⁰. Deste modo, como afirma Neves

10 Neves (2018) aponta diversos indicadores sobre a redução da exclusão social, especialmente após 2003, nos dois mandatos presidenciais de Luís Inácio Lula da Silva. Uma parcela relevante da população saiu da situação de extrema pobreza (FAO, 2015), houve redução do índice de analfabetismo (IBGE, 2016a), o Sistema

(2018), ainda perduram no Brasil as condições de um constitucionalismo periférico, pois estão ausentes os pressupostos não constitucionais da Constituição.

Neste panorama de inserção e permanência do sistema jurídico brasileiro na modernidade periférica, questiona-se a capacidade de concretização das normas que tratam sobre o instituto do *impeachment*, importado primeiramente nas bases do direito inglês, na Constituição de 1824, e, a partir da Constituição de 1891, conforme o modelo norte-americano.

Não é objetivo deste trabalho avaliar a qualidade do *impeachment* como instrumento de responsabilização política de agentes públicos. Não se pretende travar, assim, uma discussão abstrata sobre qual seria o melhor recurso para garantir a democracia, ou se o *impeachment* é adequado para o sistema jurídico brasileiro ou de outros Estados.

O objetivo deste artigo é investigar a existência de caráter hipertroficamente simbólico das normas brasileiras sobre *impeachment* de Presidente da República, sob a perspectiva da eficácia e da efetividade das normas não apenas em sentido jurídico, mas, igualmente, em aspecto político-ideológico. A partir deste enfoque, pode-se vislumbrar, talvez, contribuições ao processo de concretização normativa da legislação.

Como já se apontou na seção 2 deste artigo, para Neves (1994), a legislação simbólica pode ser definida como aquela que apresenta predomínio ou hipertrofia da função simbólica em sentido típico-ideal, em detrimento da função jurídico-instrumental, de caráter normativo-jurídico. Desta feita, a legislação simbólica é marcada pela produção de diplomas legais que integram o sistema jurídico, mas que se voltam antes a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.

Vê-se, assim, que a função simbólica é definida a partir de uma perspectiva político-ideológica, contrapondo-se à função jurídico-instrumental, de caráter normativo-jurídico.

Quando a legislação é caracterizada pela hipertrofia de face política-ideológica, em detrimento da função normativa-instrumental, verificam-se efeitos latentes que se sobrepõem aos efeitos manifestos. Ou seja, os efeitos da legislação simbólica são predominantemente político-ideológicos, em vez

Único de Saúde – SUS contribuiu sobremaneira para as minorar as limitações desta área social. A situação, todavia, não melhorou significativamente e dados mais recentes confirmam aqueles já mencionados por Neves (2018). Conforme pesquisas promovidas pelo IBGE, a taxa de desemprego atingiu 14,6% no terceiro trimestre de 2020, enquanto a pobreza extrema já atinge 6,5% da população, índice que passou a crescer desde 2015 (IBGE, 2019). Há, ainda, diversos outros problemas que afetam o país, como as condições do sistema penitenciário (DEPEN, 2017; CNJ, 2017), o alto grau de criminalidade violenta (WHO, 2017) e deficiências dos sistemas de saúde (CNDSS – Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde, 2008) e de educação (IBGE, 2016b). Com a pandemia de COVID-19 que atualmente assola o país, o quadro tende a se agravar, com o aprofundamento da desigualdade social (IBGE, 2020).

de normativo-instrumentais, pois sua ação sobre a realidade é secundária quanto à sua relevância político-valorativa ou político-ideológica (NEVES, 1994). Assim, a legislação simbólica não possui eficácia normativa ou vigência social, já que não orienta as condutas e expectativas dos agentes e órgãos estatais, mas apresenta efeitos positivos de acordo com seu conteúdo, destinando-se a, por exemplo, sustentação do grupo político dominante e de seus valores, alívio de tensões políticas ou fórmula de compromisso dilatório para aliviar a resolução de conflitos políticos.

Tratando do tema, cumpre ressaltar novamente a importante discussão sobre a eficácia e a efetividade das normas jurídicas trazida por Neves (1994).

A eficácia é tida pelo autor como concretização normativa do texto legal, especialmente em sentido *empírico*, isto é, relativa à conformidade das condutas à norma, analisando se essa foi realmente *observada, aplicada, executada ou usada*. Deste modo, a consonância entre a produção e a aplicação de normas gerais não é suficiente para caracterizar a eficácia do Direito. A falta de execução, de uso ou de observância da norma pode, também, promover a quebra da cadeia de concretização normativa. Assim, em todas as situações em que o conteúdo do texto legal abstratamente positivado é rejeitado, desconhecido ou desconsiderado nas interações concretas travadas pelos cidadãos, pelos grupos, pelos órgãos estatais ou organizações, o processo de concretização normativa sofre bloqueios que comprometem a eficácia da norma.

Por outro lado, a efetividade é abordada como realização da finalidade da lei. Para Neves (1994), quanto aos fins das normas jurídicas, distinguem-se, assim, efetividade, inefetividade e antiefetividade da sua atuação. A lei pode ser efetiva quando se implementar o vínculo *meio-fim* que decorre do texto legal. De outra banda, a norma será inefetiva se os fins da lei não se realizam, ou, até mesmo, antiefetiva, caso a realização da lei resulte em efeitos contrários à finalidade inicialmente estabelecida pela norma.

A eficácia e a efetividade são conceitos relativos e graduais. Como alerta Neves (1994), quando se atingem graus mais elevados, as expectativas normativas da população e dos órgãos e agentes estatais, de forma generalizada, não se orientam pela norma legislativamente posta, apresentando-se a falta de vigência social ou a carência de normatividade do texto legal.

A legislação simbólica é, assim, normativamente ineficaz. Ademais, também falta a tais normas vigência social. Há, contudo, produção de efeitos em sentido positivo. Isto é, a legislação simbólica também gera efeitos relevantes para o sistema político, não especificamente jurídicos.

De acordo com o tipo de legislação simbólica, as normas podem confirmar valores sociais, induzindo instituições sociais a servir de sustentação a grupos dominantes e seus valores; podem descarregar o sistema político de pressões sociais, expondo simbolicamente as instituições como dignas de confiança; podem adiar a solução de conflitos políticos e encenar uma conciliação, que, na realidade, apenas reassegura o *status quo* social.

Quando a função hipertroficamente simbólica domina a Constituição, haverá insuficiente concretização normativo-jurídica generalizada do texto constitucional, diante da falta de normatividade das normas constitucionais. Em sentido positivo, a Constituição simbólica imuniza o sistema político contra outras alternativas, isto é, contra mecanismos que possibilitem a generalização do direito e, por conseguinte, a criação de um ambiente efetivamente democrático, levando, em casos extremos, à desconfiança pública no sistema político e nos agentes estatais. Este quadro certamente pode contribuir para o aprofundamento de crises políticas e institucionais, atingindo especialmente os institutos constitucionais básicos: separação de poderes, direitos fundamentais e eleições democráticas.

Considerando os pontos expostos, pode-se vislumbrar nas normas brasileiras sobre *impeachment* hipertrofia da função simbólica, na medida em que representam álibi para produzir e fortificar a confiança nos sistemas jurídico e político.

Como aponta Neves (1994), a legislação-álibi serve para que o legislador se descarregue de pressões políticas ou apresente o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos. Além disso, esse tipo de legislação simbólica também serve à exposição abstrata do Estado como instituição merecedora da confiança pública (NEVES, 1994).

Nos países periféricos, a exemplo do Brasil, a função de álibi de normas jurídicas é comum especialmente naquelas que importam de países centrais instrumentos destinados à preservação da democracia, como é o caso da responsabilização política que se apura através do *impeachment*.

Como já se discutiu em detalhes neste trabalho, na modernidade periférica, tendo em vista a ausência de generalização do direito, o princípio da igualdade é proclamado simbólico-ideologicamente na Constituição. A democracia é apenas aparente e a realidade constitucional, particularista, inclusive no que tange à prática dos órgãos estatais. Os direitos fundamentais, a separação de poderes, a eleição democrática e a igualdade perante a lei, institutos constitucionais básicos, são deturpados na práxis do processo concretizador, uma vez que as normas não se generalizam, submetendo-se a uma filtragem por critérios particularistas de natureza política, econômica etc. Há, portanto, normatividade restrita e as instituições jurídicas consagradas no modelo textual importado pela Constituição

nominalista não se realizam, permanecendo relevantes como referências simbólicas do discurso do poder (NEVES, 1994).

No Brasil, o *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff expôs a deturpação das normas sobre o tema, agravando o quadro de progressiva desintegração da democracia no país, que já não conseguia se realizar com plenitude¹¹.

A peça inicial do processo, formulada por juristas, apresentou como fundamentos para a deposição da Chefe do Executivo violações a regras fiscais. Contudo, apesar da ampla campanha midiática e das manifestações públicas ocorridas à época, não há consenso de que os fatos afirmados configuram crime de responsabilidade. Na realidade, a destituição da presidente, inobstante ter recebido um *verniz de legalidade*, tratou-se de verdadeira ruptura institucional viabilizada pelas elites políticas, econômicas e sociais e apoiada na atuação de agentes públicos, especialmente do Judiciário, fora dos parâmetros constitucionais¹².

Em primeiro lugar, como destacam Bahia, Bacha e Silva, Cattoni de Oliveira (2015), o instituto constitucional do *impeachment* não se confunde com a moção de censura parlamentarista¹³ ou com o instrumento norte-americano de *recall*¹⁴. Isso porque a responsabilização política de Chefe de Executivo a partir de processo de *impeachment* não possui caráter simplesmente político, mas pressupõe a tipificação de crime de responsabilidade. Além disso, o procedimento deve observar garantias e direitos fundamentais que cabem não apenas à autoridade acusada, mas, também, aos cidadãos eleitores. Deste modo, a deposição de Presidente da República sem a caracterização de crime de responsabilidade ou sem observância das garantias processuais aplicáveis, representa deturpação das normas vigentes, abuso de poder, violação da separação de poderes e comprometimento da democracia.

11 Sobre o tema, Carvalho e Palma (2020) discorrem sobre o papel desempenhado pelo sistema de justiça no processo de corrosão da democracia representativa brasileira, com a instrumentalização das formas jurídicas manifestada através da retórica da moralidade como fator regente do direito e da política.

12 Nesse sentido, Neves (2018), Fernandes (2017), Palma (2018) e Carvalho e Palma (2020).

13 Como ressaltam Moraes e Verde Sobrinho (2016), ao contrário do *impeachment*, o voto de desconfiança parlamentarista não pressupõe a ocorrência de violação à Constituição para destituir o Chefe de Governo, bastando a proposta de um grupo de membros da Câmara de representação popular, aprovada pela maioria absoluta dos pares, concluindo que o governo não é mais capaz de satisfazer o interesse público. Deste modo, fundamento de legitimidade do voto de desconfiança é a satisfação do interesse público, independentemente de causas jurídicas positivadas.

14 Conforme define Ávila (2009, p. 138), "o recall é um mecanismo de democracia semidireta, típico dos Estados Unidos da América, adotado no início do século XX em determinados Estados da Federação norte-americana para combater a corrupção e incompetência das autoridades públicas, principalmente em nível local". Trata-se de direito político do cidadão, vedada sua utilização contra autoridades federais. Atualmente, o instrumento jurídico vigora em 18 dos Estados norte-americanos, sendo utilizado, por exemplo, para promover a destituição excepcional de diretores de escolas.

Conforme destaca Sunstein (2017), o fato de o governo ser considerado ruim não autoriza o *impeachment*. Do mesmo modo, a discordância sobre as ideias e as ações políticas do Chefe do Executivo não autoriza a sua deposição.

No caso brasileiro, dois fatores apontam para a ausência de concretização e mesmo a deturpação das normas que importaram o modelo norte-americano de *impeachment* ao direito nacional: a) o desenvolvimento de um presidencialismo formado por coalizões múltiplas, arcanas e não apenas ligadas à política, caracterizado por confusão entre o público e o privado, bem como por articulações que beneficiam os detentores do poder¹⁵; b) a judicialização da política e a politização do Judiciário¹⁶.

De um lado, no contexto brasileiro de modernidade periférica, o direito positivado falha em sua função de generalização congruente de expectativas de comportamento e em sua prestação na solução de conflitos. Conforme aponta Palma (2018), no Brasil, há:

assimetrias estruturais geradas e retroalimentadas por pactuações à margem das instituições e pelo desenho institucional-constitucional, bem como que as relações entre o poder público e entidades privadas, fundamentalmente econômicas, historicamente viscerais, seguem lógicas globais e embebem as dinâmicas políticas estatais (PALMA, 2018, p. 13).

Nesse cenário, as articulações beneficiam aqueles que detêm o poder, político ou não, mantendo a dominação dos subintegrados, com privilégio das demandas particularistas dos sobreintegrados:

os efeitos dessa sobreintegração no acesso aos bens jurídicos constitucionalmente definidos obedecem a uma seletividade própria, pois os sobrecedadãos usurpam o discurso normativo quando em

15 Palma (2018) trata sobre o tema e avalia que o presidencialismo brasileiro não se limita a uma coalizão no singular, mas caracteriza-se por diversas coalizões, não apenas políticas, que contam com variados setores, inclusive redes parasitas, que se arranjam e governam com a finalidade de cumprir suas respectivas lógicas segmentárias.

16 Neves (2018) aponta que, nos países centrais, a judicialização aponta para um excesso de significado das variáveis jurídicas, significando uma dimensão fundamental da juridificação. No caso brasileiro, entretanto, a judicialização indica o envolvimento do Judiciário, especialmente o STF, como parte interessada em temas de conflitos políticos. Associados a isso, tem-se uma situação de abuso dos princípios como panaceia para a concretização constitucional e mesmo a judicialização simbólica em prejuízo da concretização da Constituição. Este último fenômeno é apontado pelo autor como nova dimensão da constitucionalização simbólica, tendo em vista a articulação da linguagem constitucional pelo Judiciário que não afeta de maneira fundamental as relações e práticas anticonstitucionais, mas, em realidade, forja crenças e movimentos políticos em torno do figurino constitucional.

jogo os seus interesses, mas o descartariam caso esbarrem em limites constitucionais a sua esfera de interesses políticos e econômicos. Logo, o texto constitucional não regula o horizonte do agir e vivenciar jurídico-político dos “donos do poder”, mas sim como uma oferta que, a depender da constelação de interesses, será usada, desusada ou abusada por eles (NEVES, 1994, p. 261).

Foi precisamente o caso quando da deturpação das normas sobre o *impeachment* em 2016, em que, como aponta Neves (2018), “a ruptura constitucional ganhou aparência de legalidade e constitucionalidade, tendo um revestimento parlamentar simbólico e retórico, com respaldo do Judiciário” (NEVES, 2018, p. 412). Consoante destaca o autor, a oposição política não aceitou a derrota eleitoral em 2014 e, além disso, os membros da *base aliada* não se sentiam contemplados por ações presidenciais capazes de atender às suas demandas particularistas. De outra banda, também analisa Neves (2018) que, em lugar de judicialização simbólica, houve abstinência judicial, já que o Supremo Tribunal Federal nem mesmo apreciou alegações consistentes da defesa sobre a ocorrência de falhas jurídico-formais no processo¹⁷.

Há que se considerar, ainda, que o Judiciário brasileiro tem contribuído para a deterioração da democracia representativa no país. Consoante argumentam Carvalho e Palma (2020), a Constituição de 1988 fortaleceu o poder dos magistrados, na medida em que foram conferidas à classe prerrogativas legais e constitucionais. Também as carreiras construíram uma imagem pública que relacionava o sistema de justiça ao combate à corrupção, alçando membros do Judiciário e do Ministério Público envolvidos na investigação e julgamento de casos de corrupção a uma posição de destaque no cenário político-institucional, como típica elite dirigente, passando a ser vistos como opinantes qualificados na definição jurídica do que seria a *boa política*.

De acordo com os autores, verifica-se que a aproximação entre as elites judiciais e políticas favorece à convergência de interesses na manutenção de ambos os grupos nas posições de domínio que caracterizam o conceito de sobreintegração utilizado por Neves (1994). Os subintegrados permanecem dependentes de benefícios do sistema jurídico, mas não são dele excluídos, pois sujeitam-se às estruturas punitivas e ao cumprimento de deveres. A esta subintegração de amplos setores da população está associada à sustentação de privilégios dos sobreintegrados. Com a atuação das elites judiciais e políticas brasileiras e considerando a fragilidade das estruturas normativas e do modelo democrático importado dos países

17 O autor se refere aos Mandados de Segurança nº 34.441/DF e 34.371/DF.

centrais, a semântica do constitucionalismo moderno pode ser usada como fachada útil à realização de objetivos não democráticos.

Enquanto país periférico, essa parece ser a situação brasileira em relação às normas sobre o *impeachment*. No processo de concretização, o direito positivado falha na sua função de generalização e não se realiza ou é deturpado em benefício de interesses particularistas, servindo a legislação como álibi para provar a capacidade de ação do Estado e a existência de democracia no país.

Como ressalta Neves (1994), há, nessa hipótese, deturpação pragmática da linguagem constitucional que serve para diminuir a tensão social e, ao mesmo tempo, obstrui os caminhos para transformações sociais necessárias à realização do modelo textual democrático importado de países centrais, na espécie, a responsabilização política através de processo de *impeachment* concebida no direito norte-americano.

Em casos extremos, a falta de generalização do direito positivado e a hipertrofia da função simbólica das normas constitucionais podem conduzir à desconfiança pública no sistema político e nos agentes públicos (NEVES, 1994). Nesse sentido, como destacam Carvalho e Palma (2020), a repetição de atos inconstitucionais e a ausência ou insuficiência de controle judicial destas ações levam à corrosão de expectativas normativas e à instrumentalização das formas jurídicas, contribuindo para um quadro de crescente desvirtuamento da Constituição (CARVALHO, PALMA, 2020).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O *impeachment* foi importado ao sistema jurídico brasileiro seguindo as bases delineadas primeiro pelo direito inglês e, posteriormente, pelo direito norte-americano. O instituto voltado à apuração de responsabilidade política de agentes públicos segue, assim, o modelo textual estabelecido por uma democracia inserida na modernidade central, segundo o conceito proposto por Neves (2018).

Diante da importação do *impeachment* e considerando que o Brasil integra a modernidade periférica, questiona-se a concretização das normas sobre o tema. O conjunto normativo sobre a ferramenta é capaz de concretizar-se? É dizer: o direito positivado cumpre sua função de generalização de comportamentos e expectativas, ou a legislação posta é marcada por hipertrofia da função simbólica, não conseguindo se realizar ou sendo deturpada no processo concretizador?

Ao longo desse estudo, a questão foi explorada, chegando-se à conclusão de que as normas brasileiras sobre o *impeachment* funcionam antes como álibi, na tentativa de provar capacidades operativas do Estado e

mesmo a existência de democracia no país. A importação do modelo textual, como ressaltava Neves (2018), não garante a sua concretização, que só poderia ocorrer mediante profundas transformações sociais capazes de reverter o quadro de exclusão dominante e massiva e a lógica de subintegração de amplas parcelas da população e sobreintegração de grupos privilegiados que instrumentalizam o direito para atender a interesses particularistas. A Constituição, embora regularmente invocada pelos sobreintegrados, não atua efetivamente como horizonte do agir e vivenciar jurídico-político dos detentores do poder, servindo antes como oferta a ser usada, abusada ou desusada de acordo com os interesses particularistas do grupo de sobreprivilegiados.

Nesse contexto, o caráter hipertroficamente simbólico das normas brasileiras sobre o *impeachment* não se traduz apenas em efeitos negativos, concernentes à falta de eficácia normativa (controle de condutas) e de vigência social (asseguração de expectativas). Em sentido positivo, o instituto, importado da modernidade central, serve para assegurar a capacidade de ação do Estado na responsabilização política de agentes públicos, *provando* a existência de democracia no país. Diante disto, atenuam-se tensões sociais e são atendidos interesses particularistas de grupos sobreintegrados, o que contribui para a obstrução de vias para a transformação social e imuniza o sistema político contra outras alternativas (NEVES, 1994), isto é, contra mecanismos que possibilitem a generalização do direito e, por conseguinte, a criação de um ambiente efetivamente democrático.

A constitucionalização simbólica, que atinge, entre outras formas jurídicas, o *impeachment*, produz problemas de legitimação do direito brasileiro. No processo concretizador, as normas constitucionais são filtradas por critérios particularistas e o direito positivado falha em eficácia e efetividade. Falta, ainda, interpenetração entre os sistemas jurídico e político, pois o jogo de poder e as relações de dominação se desenvolvem acima e à margem da Constituição (NEVES, 2018).

Diante deste quadro, se ao *impeachment* puder ser atribuída função hipertroficamente simbólica, regulado por normas constitucionais que atuam como *álibi*, a sua concretização não depende de mudanças legislativas ou de aprimoramento textual da Constituição. Na realidade, como conclui Neves (2018), seria necessário reorientar as expectativas jurídicas estabilizadas, deixando para trás o padrão de conduta jurídico-política à margem da Constituição (segundo um princípio de exclusão), para se voltar a um modelo de ação político-jurídica dentro do horizonte constitucional (adotando-se um princípio de inclusão), o que pressupõe transformações estruturais da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

AMARAL JR., José Levi Mello do. O Poder Legislativo na democracia contemporânea: a função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 168, out./dez. 2005.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de “O espírito das leis”. *Revista dos Tribunais*, v. 97, n. 868, p. 53-68, fev. 2008.

AVILA, Caio Marcio de Brito. *Recall - a revogação do mandato político pelos eleitores: uma proposta para o sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. 152 p.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco Moraes; BACHA E SILVA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Impeachment: Apontamentos à decisão do STF na ADPF n. 378*. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/impeachment-apontamentos-a-decisao-do-stf-na-adpf-n-378-por-alexandre-gustavo-melo-franco-de-moraes-bahia-diogo-bacha-e-silva-e-marcelo-andrade-cattoni-de-oliveira>. Acesso em: 01 fev. 2021.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos editor, 2002.

BRASIL. Comissão Nacional sobre Determinantes Sociais da Saúde – CNDSS (2008). *As causas sociais das iniquidades em saúde no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz. Disponível em: https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/causas_sociais_iniquidades.pdf. Acesso em 20/02/2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2017). *Relatório de gestão: supervisão do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF*. Brasília: CNJ. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/10/23902dd211995b2bcba8d4c3864c82e2.pdf>. Acesso em 20/02/2021.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN (2017). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização -Junho de 2017*. Brasília: DEPEN. Disponível em: <https://www.gov.br/depem/pt-br/sisdepem/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017.pdf>. Acesso em 05/02/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378*, Tribunal Pleno. Relator originário Ministro Edson Fachin, Redator do acórdão Ministro Roberto Barroso. Brasília, publicado no Diário do Judiciário eletrônico de 08/03/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>. Acesso em 28/01/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 21.623*, Tribunal Pleno. Relator Carlos Velloso. Brasília, publicado no Diário do Judiciário eletrônico de 28/05/1993. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85565>. Acesso em 07/01/2021.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; PALMA, Maurício. *Juristas contra a democracia: usos do direito e desintegração democrática no Brasil pós-2014*. Rev. Urug. Cienc. Polít., Montevideo, v. 29, n. 1, p. 80-108, 2020.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição dos Estado Unidos*. 1787.

FAO – Food and Agriculture Organization of United Nations. *Regional Overview of Food Insecurity Latin America and the Caribbean*. 2015. FAO. Disponível em: <http://www.fao.org/3/i4636e/i4636e.pdf>. Acesso em 20/02/2021.

FAVER, Marcus. Impeachment: evolução histórica, natureza jurídica e sugestões para aplicação. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 271, jan./abr. 2016.

FERNANDES, Pedro de Araújo. *A Judicialização da “Megapolítica” no Brasil: O Protagonismo do STF no Impeachment da Presidente Dilma Rousseff*. Pedro de Araújo Fernandes; orientador: José Maria Gómez. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2017. 98 p.

GALINDO, Bruno. *Impeachment: à luz do constitucionalismo contemporâneo: incluindo análises dos casos Collor e Dilma*, 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE (2016a). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD*. Rio de Janeiro: IBGE. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101390>. Acesso em 20/02/2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE (2016b). *Síntese de Indicadores Sociais – SIS*. Rio de Janeiro: IBGE. Disponível

em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=298965>. Acesso em 20/02/2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE (2019). *Síntese de Indicadores Sociais – SIS*. Rio de Janeiro: IBGE. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101678>. Acesso em 03/02/2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE (2020). *Síntese de Indicadores Sociais – SIS*. Rio de Janeiro: IBGE. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101760>. Acesso em 20/02/2021.

KINDERMANN, Harald. Symbolische Gesetzgebung. In: GRIMM, Dieter, MAIHOFFER, Werner (orgs.). *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik: Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1988.

LOEWENSTEIN, Karl. *Verfassungslehre*. Tradução alemã de Rüdiger Boerner. 3. ed. Tübingen: Mohr, 1975.

LUHMANN, Niklas. *Inclusão e exclusão*. Tradução de Stefan Fornos Klein. In: Bachur, João Paulo & Dutra, Roberto (orgs.). Dossiê Niklas Luhmann. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Herder, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Teoría política en el Estado de Bienestar*. Madri: Alianza, 1993.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Filomeno; VERDE SOBRINHO, Luis Lima. Quedas democráticas de governo: o impeachment no presidencialismo brasileiro comparado ao voto de desconfiança nos sistemas parlamentaristas. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 21, n. 21, Edição Temática: impeachment, 2016.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, 1ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

NEVES, Marcelo. *Constituição e Direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro*, 1ª ed., Guarulhos: Acadêmica, 1994.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA, Diogo Bacha e. Os contornos do Impeachment no Estado Democrático de Direito: historicidade e natureza da responsabilização jurídico-política no presidencialismo brasileiro. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. 22, p. 17-32, 2016.

PALMA, Maurício. As coalizões do “presidencialismo de coalizão” no Brasil: a gênese legislativa na experiência constitucional de 1988. *Revista de Direito Brasileira*, v. 20, n. 8, p. 408-428, ago. 2018.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República*. São Paulo: Saraiva, 1992.

PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1967 com a EC 1/69*, 2ª ed., Tomo III. São Paulo: RT, 1971.

SUNSTEIN, Cass. *Impeachment: A Citizen's Guide*. Cambridge: Harvard University Press, 2017.

TRIBE, Laurence. *American Constitutional Law*, 3ª ed. New York: New York Foundation Press, 2000.

WHO - World Health Organization. (–2017)–. *World health statistics 2017: monitoring health for the SDGs, sustainable development goals*. World Health Organization. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/255336>. License: CC BY-NC-SA 3.0 IGO. Acesso em 03/02/2021.

VIABILIDADE JURÍDICA DA
MEDIÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR
FEDERAL E O PRINCÍPIO DA
CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVA:
TEMÁTICA FEDERAL INERENTE AO
PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

*LEGAL FEASIBILITY OF MEDIATION IN THE FEDERAL
DISCIPLINARY ADMINISTRATIVE PROCEDURE LAW AND
THE PRINCIPLE OF ADMINISTRATIVE CONSENSUALITY:
FEDERAL THEMATIC INHERENT IN THE ROLE OF THE
ATTORNEY GENERALS OFFICE*

Carlos Antônio Corrêa de Viana Bandeira

Especialista em Advocacia Pública, pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU). Procurador da Fazenda Nacional, com atuações como Coordenador-Geral Jurídico da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Subcorregedor de Procedimentos Preliminares Substituto da Corregedoria-Geral da Advocacia da União, e presidente de comissões disciplinares do Ministério da Fazenda e da Corregedoria-Geral da Advocacia da União.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Sistema Multiportas de Acesso à Justiça; 1.1. Mediação em tempos remotos; 1.2. Tribunal Multiportas (*Pound Conference*, 1976); 1.3. Ondas de acesso à justiça (1978); 1.4. Classificações e

principais distinções relativas aos métodos de solução de controvérsias; 1.5. Mecanismos de consensualidade no Brasil; 1.6. Métodos consensuais de solução de controvérsias na AGU; 2. Direito Processual Administrativo Disciplinar federal, *em construção*; 2.1. Características básicas do processo administrativo disciplinar da Lei nº 8.112, de 1990; 2.2. O fenômeno da manualização do processo administrativo disciplinar federal e as integrações normativas subsidiárias e supletivas de ordem processual; 2.3. Inovações infralegais em consensualidade administrativa disciplinar federal; 3. Aspectos jurídicos da consensualidade em processos disciplinares federais pelo método de mediação, à luz da Constituição e da lei; 3.1. Valor constitucional de solução pacífica de conflitos, como forma de efetivo acesso à justiça; 3.2. Legalidade da consensualidade e da mediação administrativas; 3.3. Eficiência e interesse público – instrumentalidade da sanção disciplinar, do processo de mediação e do acordo administrativo, como mecanismos de gestão pública efetiva; 3.3.1. Suspensão do prazo prescricional (arts. 17 e 34, § 1º, da Lei da Mediação); 3.3.2. Escopo investigativo e conciliatório do processo de mediação; 3.3.3. Estabelecimento de obrigações em acordo administrativo, com possibilidade de previsão de sanção em caso de descumprimento (arts. 26 e 27 da LINDB); 3.4. Limites objetivos – razoabilidade, proporcionalidade e critérios gerais do processo administrativo; 3.5. Interpretação do art. 36, § 3º, da Lei de Mediação; 3.6. Publicidade; 4. Ponderações concernentes às atuais limitações infralegais à consensualidade administrativo-disciplinar federal. 4.1. Valores, princípios e regras gerais; 4.2. Acordo de Não Persecução Cível; 4.3. Reflexões sobre eficácia e eficiência em governança administrativa, e o cabimento de revisão das limitações infralegais à consensualidade administrativo-disciplinar federal; 5. Conclusões; Referências.

RESUMO: A análise de aspectos jurídicos da consensualidade administrativa, à luz de normas vigentes no ordenamento jurídico pátrio, induz a reflexões sobre a celebração de acordos da Administração como

mecanismo autocompositivo de solução alternativa à via do processo administrativo disciplinar federal e, também, como instrumento de gestão administrativa, inclusive devido à possibilidade legal de previsão de sanção em caso de descumprimento do acordado. Nesse contexto, é efetiva a participação da Advocacia-Geral da União, como instituição essencial à administração da Justiça. O estudo também aborda o reconhecimento de aspectos do Direito Processual Administrativo Disciplinar federal, *em construção*, com destaque à relevância do papel do detentor do poder normativo infralegal, em particular, para decidir sobre os rumos da modernização do sistema processual pertinente, e preconizar limites objetivos à aplicação da consensualidade em temas administrativo-disciplinares federais sob a via da mediação administrativa.

PALAVRAS-CHAVES: Consensualidade. Mediação administrativa. Autocomposição. Solução alternativa ao processo administrativo disciplinar federal. Instrumentalidade do acordo, como mecanismo de gestão administrativa. Relevância do poder normativo infralegal.

ABSTRACT: The analysis of legal aspects of administrative consensuality, in the light of rules in force in the national legal system, leads to reflections on the conclusion of Administration agreements as a self-composing mechanism for an alternative solution to the federal disciplinary administrative process and, also, as a management instrument administrative, including due to the legal possibility of providing for sanctions in case of non-compliance with the agreement. In this context, the participation of the Attorney Generals Office is effective, as an essential institution to the administration of Justice. The study also addresses the recognition of aspects of Federal Disciplinary Administrative Procedural Law, under construction, highlighting the relevance of the role of the holder of the infralegal normative power, in particular, to decide on the directions of the modernization of the relevant procedural system, and to advocate objective limits to the application of consensuality in federal administrative-disciplinary issues through administrative mediation.

KEYWORDS: Consensuality. Administrative mediation. Self-composition. Alternative solution to the federal disciplinary administrative process. Instrumentality of the agreement, as an administrative management mechanism. Relevance of the infralegal normative power.

INTRODUÇÃO

O sistema processual disciplinar federal, como instrumento de apuração, julgamento e aplicação de penalidade em razão da prática de falta funcional de servidores da Administração Pública federal direta, autárquica e funcional, é basicamente disciplinado por regras da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, cujas fases de instauração, apuração e julgamento são preponderantemente caracterizadas pelo método *dialógico-documental*.

Por outro lado, em célebre pioneirismo na área de consensualidade administrativa, a Advocacia-Geral da União – doravante AGU –, criou, por intermédio do Ato Regimental AGU nº 5, de 27 de setembro de 2007, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal¹ – CCAF-AGU –, constituindo-a como relevante canal de aproximação do poder público federal com litigantes dos mais variados temas, judicializados ou não, tornando possível a prática da mediação administrativa como *método autocompositivo de solução de conflitos administrativos*.

Inclusive, mais recentemente, o processo de mediação administrativa tornou-se alvo de disciplina preconizada pelos arts. 174 e 175 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015² – Código de Processo Civil ou CPC/2015–, e art. 32 e seguintes da Lei nº 13.140, de 26 de julho de 2015 – Lei de Mediação ou LM.

Referidos diplomas legais constituem marcos nacionais relevantes do Sistema Multiportas de Acesso à Justiça³ do país, também conhecido no idioma britânico por *Alternative Dispute Resolutions* ou ADR, que compreende a *arbitragem*, a *conciliação*, a *negociação* e a *mediação*, como principais métodos alternativos à via judicial para solução de controvérsias.

Visando demonstrar a importância do tema, a *primeira parte* do estudo sedia informações históricas, conceitos e distinções inerentes aos principais métodos de solução de controvérsias existentes, acompanhados de citações não exaustivas de marcos contidos em normas gerais e especiais pertinentes ao tema, com destaque à plena vigência de normas disciplinadoras de meios consensuais de resolução de litígios da Administração Pública.

A segunda visa demonstrar que o arcabouço de dispositivos em matéria processual disciplinar estabelecidos na Lei nº 8.112, de 1990, combinados com princípios e regras do ordenamento jurídico em vigor, caracterizam sistema jurídico *em construção*, devendo-se reconhecer,

1 A CCAF-AGU é atualmente intitulada de Câmara de Mediação e Conciliação da Administração Pública Federal, por força do Decreto nº 10.608, de 25 de janeiro de 2021.

2 O CPC/2015 entrou em vigor um ano após a respectiva publicação.

3 Procedimentos Alternativos de Solução de Controvérsias ou PASC, em nossa tradução.

notadamente, a relevância do papel do titular do poder normativo infralegal na edificação dos rumos desse sistema processual, inclusive quanto aos respectivos aspectos da consensualidade, como forma de resolução de litígios administrativo-disciplinares.

Na *terceira*, ganha relevo – como alvo precípua da pesquisa desenvolvida neste trabalho –, a viabilidade, sob a ótica jurídica, do uso da mediação em temas administrativo-disciplinares regidos pela Lei nº 8.112, de 1990, com destaque ao papel da AGU, órgão essencial à administração da Justiça.

Na *quarta*, aplicam-se reflexões jurídico-administrativas sob o enfoque de normas de governança administrativa, mediante análise dos fundamentos constitucionais e legais em comparação aos limites e condicionantes traçados pelo detentor do poder normativo infralegal para a solução de conflitos administrativo-disciplinares da esfera federal.

1. SISTEMA MULTIPORTAS DE ACESSO À JUSTIÇA

Preliminarmente, no intuito de esclarecer a importância da consensualidade como meio efetivo de solução de controvérsias, são adiante relacionados significativos fatos históricos que propiciaram o desenvolvimento dos mecanismos processuais integrantes do hoje chamado Sistema Multiportas de Acesso à Justiça.

1.1. Mediação em Tempos Remotos

A consensualidade, como meio disponível de acesso à justiça, é comum a diversos povos e nações desde os tempos antigos. Citando Spengler (2010, p. 24), Neiva (2019, p. 7) relata, em especial, que “o instituto da mediação é tão antigo, que ‘sua existência remonta aos idos de 3000 a.C., na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos entre as Cidades-Estados”.

Conforme menções realizadas por Moore (2014, p. 1966; tradução nossa) – cujo autor também é referido por Neiva (2019, p. 7) –, as raízes históricas da mediação possuem fortes influências religiosas e culturais, como verdadeiras fontes de normas para solução de disputas ou conflitos, em termos de procedimentos, regras de comportamento, modelos e critérios visando ao atingimento de aceitáveis e justos resultados.

A atuação de terceiro era caracterizada pelo uso da combinação de mecanismos de *mediação* e *arbitragem*⁴, com autoridade outorgada

⁴ Nos tempos atuais, existe possibilidade de previsão em contratos administrativos da chamada cláusula escalonada, que estabelece a aplicação sucessiva da mediação e da arbitragem, como meios solucionadores

pela sociedade e governantes locais para oferecer recomendações aos interessados, e até mesmo emitir decisões vinculantes que abrangiam o mérito do conflito e o futuro das relações entre as partes envolvidas no litígio (MOORE, 2014, p. 1966; tradução nossa).

As culturas judaica⁵, cristã⁶, hinduísta, budista, confucionista, islâmica⁷, além de outras indígenas, eram detentoras de efetivas e extensivas tradições de mediação. Em suma, o citado autor faz alusão casuística a procedimentos de mediação no Afeganistão, áreas tribais do Paquistão, Indonésia, Índia, Sri-Lanka, Tailândia, Nepal, Tibet, China, Japão, além de comunidades indígenas do Oceano Pacífico, como Austrália, Nova Zelândia, Papua Nova Guiné, Fiji, Ilhas Salomão e Samoa; na América, também menciona o Canadá, Estados Unidos da América, México, Guatemala (MOORE, 2014, p. 1966-2194).

Conforme as duas subseções seguintes, observa-se que o desenvolvimento do chamado Sistema Multiportas de Acesso à Justiça sofreu importantes influências acadêmicas na década de 70 do século passado.

1.2. Tribunal Multiportas (Pound Conference, 1976)

Exsurge, como relevante marco acadêmico para a formação do Sistema Multiportas de Acesso à Justiça, a célebre exposição do Professor Frank E. A. Sanders da Faculdade de Direito de Harvard, do tema *Varieties*

de eventuais disputas de contratos administrativos, mediante o estabelecimento de que o segundo método é utilizável após eventual insucesso do primeiro. Gabbay e Yamamoto (2019, p. 202), além de elencar exemplos de contratações com *cláusulas escalonadas*, demonstram que o Regulamento da Câmara de Resolução de Conflitos da Administração do Município de São Paulo, instituído pela Portaria PGM nº 26, de 22 de novembro de 2016, determina a obrigatoriedade de participação de integrante da carreira de Procurador do Município como mediador.

- 5 Destaque-se que as comunidades bíblicas judaicas eram efetivas praticantes da mediação, como meio de solução de divergências religiosas e civis, sendo que, mais tarde, na Espanha, Norte da África, Itália, Centro e Oeste Europeu, Império Turco e Oriente Médio, foram rabinos e cortes rabínicas essenciais para mediar e resolver disputas internas das comunidades judaicas, sobretudo em determinados sociedades dotadas de regras excludentes de membros de ascendência judaica (MOORE, 2014, p. 1979; tradução nossa).
- 6 Em última análise, as tradições judaicas foram transferidas para as comunidades cristãs, que viam Cristo como supremo mediador, evidenciando a passagem bíblica da epístola paulina de I Timóteo: “Porque há um só Deus e um só Mediador entre Deus e os homens: Cristo Jesus, homem que se deu a si mesmo em resgate por todos, para servir de testemunho a seu tempo” (BÍBLIA, 2014, p. 1378). Continuando o raciocínio, o citado autor indica que a posição de intermediário foi eventualmente adotada para definir o papel de clérigos como mediadores entre indivíduos, congregações religiosas, e Deus, e entre crentes (MOORE, 2014, p. 1979; tradução nossa).
- 7 Moore também descreve ser muito comum a prática da intermediação de conflitos, pelo método de mediação e arbitragem, no mundo islâmico, explicando que as reuniões são dirigidas por notáveis líderes de alto prestígio individual, com poderes de mediação e arbitramento, citando diversos países (2014, posições 2003, 2020 e 2036; tradução nossa).

*of Dispute Processing*⁸, na *Pound Conference*⁹ – também intitulada *National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*¹⁰ (FRANKSANDER, 2018?) –, realizada no ano de 1976, em Saint Paul, capital de Minnesota, Estados Unidos da América.

Na ocasião, Frank Sanders defendeu a ideia de funcionamento de um Tribunal Multiportas em que “as disputas não necessariamente seriam resolvidas pela via contenciosa”, pois haveria oferta de outros métodos de resolução de conflitos aos interessados, como “arbitragem, mediação, conciliação, negociação, facilitação, serviços de ombuds e adjudicação” (SALVO, 2020, p. 342).

Bonizzi e Alves reconhecem que “o modelo proposto seria de adequação do litígio às soluções apropriadas, levando-se em consideração a natureza da disputa, relacionamento das partes, valor da disputa, custo na resolução da disputa, velocidade na resolução da disputa” (2020, p. 237), e que, em desdobramento do desenho de Tribunal apresentado de Sanders, que consistia na vinculação de centros de solução de controvérsias ao Tribunal Multiportas, as ideias evoluíram, em segundo momento, para a criação de “centros autônomos de resolução de conflitos” (2020, p. 238).

Importante frisar que o tribunal em questão não existe na atualidade, não obstante, as ideias acadêmicas pertinentes são fundamentais para a análise e reconhecimento do fenômeno denominado Sistema Multiportas de *Acesso à Justiça*.

1.3. Ondas de Acesso à Justiça (1978)

Salientem-se, outrossim, as observações registradas em 1978 por Capelletti e Garth, na obra intitulada *Acesso à Justiça*, em que reportam a revisão do conceito de acesso à Justiça e os consequentes movimentos de reformas nos meios até então disponíveis para efetivação de solução de litígios em países da Europa e da América do Norte. As motivações para a realização do citado trabalho são a seguir descritas (1988, p. 8):

A expressão acesso à justiça é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema

8 Variações do Processamento de Disputas, em nossa tradução.

9 O nome da conferência escolhido em homenagem ao Professor Nathan Roscoe Pound, ex-reitor das Faculdades de Direito das Universidades de Nebraska e de Harvard, falecido em 1964 (FRANKSANDER, 2018?).

10 Conferência Nacional sobre as Causas da Insatisfação Popular com a Administração da Justiça, em nossa tradução.

deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não podemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.

Nossa tarefa, neste Relatório será a de delinear o surgimento e desenvolvimento de uma abordagem nova e compreensiva dos problemas que esse acesso apresenta nas sociedades contemporâneas. [...] Originando-se, talvez, da ruptura da crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas e inspirando-se no desejo de tornar efetivos – e não meramente simbólicos – os direitos do cidadão comum, ela exige reformas de mais amplo alcance e uma nova criatividade. Recusa-se a aceitar como imutáveis quaisquer dos procedimentos e instituições que caracterizam nossa engrenagem de justiça. Com efeito, os reformadores já tem avançado muito com essa orientação. Suas realizações, ideias e propostas básicas, bem como os riscos e limitações desse ousado mas necessário método de reforma serão discutidos nesse Relatório.

Das referidas pesquisas, extraem-se constatações dos fenômenos intitulados de *ondas de acesso à justiça* (CAPELLETTI e GARTH, 1988, p. 31-73), ora sintetizadas com apoio nos comentários de Bonizzi e Alves (2020, p. 238):

a) *primeira onda*: movimentos ocorridos principalmente nas décadas de 60 e 70 no sentido de proporcionar à população carente – hipossuficiente – o acesso à justiça, mediante prestação de serviços de Assistência Judiciária por Advogados patrocinados com recursos da iniciativa privada ou do poder público, observados na Alemanha Ocidental, Austrália, Áustria, Canadá, Estados Unidos da América, França, Holanda, Inglaterra, Itália e Suécia¹¹;

b) *segunda onda*: grande fenômeno mundial iniciado na década de 70 em prol do redimensionamento da tutela jurídica de direitos difusos e coletivos na seara do direito processual civil, que não deixava espaço para representação de direitos pertencentes a um grupo, ao público em geral ou a determinado segmento do público. Como resultado de eventos

11 No Brasil, pode-se perceber que esse movimento vem adquirindo elevado *status* nacional em especial com a Constituição Federal de 1988, que indicou expressamente a necessidade de criação e manutenção de defensorias públicas em todos os entes da Federação.

pioneiros nessa segunda onda proporcionou-se o surgimento das chamadas soluções pluralísticas de litígios¹²;

c) *terceira onda*: a que mais interessa ao presente estudo, é caracterizada pela mudança do paradigma de que a justiça somente pode ser obtida pela via judicial, movimento que preconizou o envolvimento de “advogados, partes e o conjunto de instituições, pessoas, mecanismos e procedimentos, na busca de uma solução mais moderna para os conflitos”.

Quanto à *terceira onda*, frisam Capelletti e Garth (1988, p. 72) a importância da *mediação e outros mecanismos consensuais* como os métodos mais apropriados para as partes envolvidas em litígios:

Tal como foi enfatizado pelos modernos sociólogos, as partes tendem a se envolver em determinado tipo de litígio também devem ser levadas em consideração. Elas podem ter um relacionamento prolongado ou complexo, ou apenas contatos eventuais. Já foi sugerido que a mediação ou outros mecanismos de interferência apaziguadora são os métodos mais apropriados para preservar os relacionamentos. [...]

Por oportuno, são a seguir apresentadas classificações e conceitos pertinentes aos principais métodos de acesso à Justiça existentes no Brasil.

1.4. Classificações e Principais Distinções Relativas aos Métodos de Solução de Controvérsias

As classificações dos principais métodos de solução de controvérsias praticáveis no país podem ser estabelecidas em dois grupos, sendo que um desses se divide em dois subgrupos, segundo Maia Neto (2020, p. 264):

a) *autocomposição*: grupo de métodos dotados de características cooperativas que inclui a *negociação*, a *conciliação* e a *mediação*;

b) *autocomposição direta*: esse subgrupo abrange a negociação, mediante aproximação e acordo diretamente pelas próprias partes;

c) *autocomposição indireta*: envolve a *conciliação* e a *mediação*, mediante processos dirigidos por terceiros;

d) *heterocomposição*: grupo caracterizado pela natureza decisória na solução de disputas, no qual figuram a *arbitragem*, que possui natureza voluntária, e a *jurisdição estatal*, de submissão compulsória.

12 Como referências de inovações da segunda onda de acesso à Justiça, cita-se a outorga de poderes para o Ministério Público em países onde não havia a common law, além das novas funções de Advogados Públicos e das atuações de Sociedades de Advogados particulares em defesa do interesse público, nos Estados Unidos da América, e do Ombudsman do Consumidor para atuar no Tribunal do Comércio da Suécia (CAPELLETTI; GARTH, 1988, p. 67).

Para Maia Neto (2020, p. 264), na medida em que se deixa de optar pelo método de autocomposição direta e se dirige aos métodos de autocomposição indireta, e, sucessivamente, ao de heterocomposição voluntária ou ao de submissão compulsória, denota-se o *crescimento da intervenção de terceiros, o aumento do formalismo, o acirramento da litigiosidade e o tempo de duração do processo tende a ser maior*.

A seu turno, Neiva (2019, p. 19) enfatiza que a solução da disputa nos métodos heterocompositivos é originada de terceiro imparcial, e nos autocompositivos, pelas próprias partes.

Por oportuno, ainda de acordo com Neiva (2019, p. 25), sintetizam-se as principais diferenças entre os métodos autocompositivos e heterocompositivos:

Processos autocompositivos	Processos heterocompositivos
Prospectivos, visando o futuro das relações	Retrospectivos, voltam-se para o passado
Foco em relações	Foco em culpa
Disputa deve ser resolvida	Disputa deve ser vencida
Enfoque pluralista, aceitam-se vários pontos de vista	Enfoque monista, existe apenas uma solução correta
Uso pragmático do Direito	Uso dogmático do Direito
Formalismo definido pelo usuário	Formalismo definido pelo prestador
Linguagem e regras simplificadas	Linguagem e regras tradicionais
Participação ativa das partes	Participação ativa dos operadores do direito
Advogados direcionados a contribuir com soluções negociadas	Advogados direcionados a atuar no processo para vencer
Foco em interesses	Foco em direitos e fatos
Processo humanizado	Processo positivado

Na próxima subseção, elencam-se disposições normativas de Direito Brasileiro a respeito da utilização de mecanismos alternativos à via judicial, especialmente aplicáveis à solução consensual de controvérsias, inclusive na seara de processos sancionadores de interesse direto da Administração Pública federal.

1.5. Mecanismos de Consensualidade no Brasil

No que diz respeito à *consensualidade* como forma de solução de controvérsias, observa-se que o incentivo constitucional e infraconstitucional não é recente. Inclusive é prolífica a quantidade de normas pertinentes em diversas searas até hoje introduzidas no sistema jurídico legal brasileiro,

conforme marcos normativos a seguir elencados de forma não exaustiva – *numerus apertus*.

Consoante apontamentos de Neiva (2019, p. 12), o art. 161 da Constituição Imperial de 1824 estabelecia, de modo expresso, a obrigatoriedade de indicar a prévia realização de tentativa de acordo como condição ao ajuizamento¹³.

Na esfera trabalhista, é de longa data a previsão de audiência conciliatória em ações individuais ou coletivas, conforme o teor do art. 764 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943¹⁴.

Em matéria penal, não se pode olvidar que a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, ao criar os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no respectivo art. 74, incentivou a composição de danos civis, mediante renúncia de direito de queixa ou representação por parte do ofendido. Além disso, o art. 76 do mesmo diploma permitiu que o Ministério de Público propusesse, nos limites de competência dos Juizados Especiais Criminais, a realização de transação em casos de ação penal pública incondicionada e condicionada à representação.

Ainda no campo criminal, cumpre realçar, que, recentemente, alterou-se a sistemática do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal ou CPP –, por intermédio de acréscimo do art. 28-A ao referido Código, implementado pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 – Pacote Anticrime. Referido dispositivo legal permite a celebração de Acordo de Não Persecução Penal – ANPP – mediante confissão do investigado quanto à prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, estabelecendo, entre outras condições ajustáveis, a necessidade de reparação do dano ou de restituição da coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo.

Na seara processual civil, em relação à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil de 1973 ou CPC/1973 –, Neiva (2019, p. 13-14) tece importantes comentários concernentes à realização de audiência como mecanismo de incentivo à prática da consensualidade entre litigantes na esfera judicial:

Especificamente no direito processual civil, a conciliação foi inserida no Código Buzaid pela minirreforma processual de 1994, trazida pela Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que alterou

13 “Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará Processo algum.”

14 “Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.”

vários dispositivos do Código de Processo Civil, incluindo dentre as obrigações do juiz, o poder-dever de tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes (art. 125, IV, do CPC/73), bem como instituiu a realização de audiência de conciliação, a ser realizada, no máximo trinta dias depois de terminado o prazo assinalado para resposta do réu, caso não promovesse o juiz a extinção prematura do feito (art. 331, CPC/73).

Concomitantemente veio a lume a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, cuja característica marcante é a busca da conciliação ou transação, orientando-se pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 2º).

No mesmo ano, a Lei nº 9.245, de 26 de dezembro de 1995, novamente alterou o Código de Processo Civil, dessa vez, para incluir a audiência de conciliação no rito sumário.

Posteriormente o art. 331 do revogado Código de Processo Civil sofreu modificação pela Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2002, alterando a nomenclatura da audiência de conciliação para audiência preliminar, de forma que o ato abrangesse, também, o saneamento do processo com a resolução de questões processuais pendentes, bem como vindo substituir a expressão “direitos disponíveis” por “direitos que admitam transação”. Essa modificação, como advertiu Alvim, levou à época alguns doutrinadores a afirmar que estaria limitada a designação da audiência preliminar quando uma das partes fosse a Fazenda Pública.

É de se destacar, outrossim, a Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que instituiu os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Ao lecionar sobre o tema, Neiva (2019, p. 15) observa que o citado diploma legal “nada dispunha sobre mediação, mas fazia expressa menção à possibilidade de conciliação nas causas cíveis que envolvessem o Poder Público até o valor de sessenta salários mínimos”.

Ainda sobre o incentivo à conciliação, Neiva (2019, p. 15) descreve, como importante marco normativo nacional, a edição da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ –, que tratou da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado aos conflitos, e estabeleceu, entre outras questões, a criação dos Núcleos Consensuais de Solução de Conflitos e da instalação dos Centros Judiciários de Soluções

de Conflito e Cidadania (CEJUSC), além de instituir o Código de Ética dos Conciliadores e Mediadores Judiciais.

O atual Código de Processo Civil – CPC/2015 –, editado nos termos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, com vigência um ano após, tornou obrigatória, no art. 334, § 8º, a presença das partes à audiência de conciliação, sob pena de configurar ato atentatório à dignidade da justiça e aplicação de multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida.

Straube (2020, p. 233-234), a seu turno, comenta sobre a existência de diversos diplomas legais inerentes à *atuação consensual do poder público em processos sancionadores*, enunciadores de normais gerais e específicas em matéria de celebração de acordos administrativos:

a) Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 – Lei da Ação Civil Pública ou LACP:

No artigo 5º, 6º, da Lei n. 7.347/1985, encontra-se a previsão expressa de os órgãos públicos legitimados a propor a ação civil pública comporem com o legitimado passivo um ajustamento de conduta. Essa composição é materializada no chamado “Termo de Ajustamento de Conduta” (TAC), que possui força de título executivo extrajudicial e pode evitar a propositura da ação (quando celebrado anteriormente, por exemplo, no bojo do inquérito civil) ou colocar fim a um processo em andamento.

b) Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993 – , Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União ou LAGU , cujo art. 4º, VI, prevê competência geral do Advogado-Geral da União para desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente;

c) Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 – Lei de Crimes e Infrações Administrativas Ambientais ou LCIAA:

A Lei n. 9.605/1998, ao dispor sobre as sanções penais e administrativas oriundas das condutas lesivas ao meio ambiente, prevê, em seu art. 79-A, a possibilidade de celebração de termo de compromisso entre quaisquer órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA e pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, que sejam efetiva ou potencialmente poluidores.

O termo de compromisso, portanto, objetiva preservar a continuidade da atividade empresarial ao mesmo tempo em que ameniza os seus

impactos no meio ambiente, razão pela qual tem, dentre as obrigações ao signatário, as correções necessárias para o cumprimento da legislação ambiental aplicável.

d) Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011 – Lei de Defesa da Concorrência ou LDC –, cujo diploma contém regras de celebração de acordo administrativo assim comentadas pela autora:

Mas é na Lei n.º 12.529/2011, a Lei de Defesa da Concorrência (LDC), que encontramos uma maior sistematização e detalhamento dos acordos administrativos. O Direito Concorrencial foi pioneiros na institucionalização desses instrumentos e isso tem lastro especialmente na sua função promocional. A defesa da concorrência trata de demandas e conflitos de difícil solução na concepção tradicional de Estado. A sofisticação e complexidade da sociedade geraram insuficiências desse modelo clássico, o que tornou a busca por métodos alternativos uma emergência latente. Não é à toa, portanto, que os acordos de leniência surgiram dentro do escopo da defesa da concorrência.

Nesse cenário evolutivo, o Estado é considerado não só guardião de direitos, com uma tarefa meramente protetora e que se realiza quase sempre mediante conflitos negativos, mas também dotado de uma tarefa promocional, materializada quase sempre por medidas positivas.

[...]

A LDC traz mecanismos para a utilização desses instrumentos, tanto no controle preventivo quanto repressivo da autoridade de defesa da concorrência. Trata-se do termo de compromisso de cessão da prática, do acordo de leniência, do acordo em controle de concentrações e do acordo de preservação de reversibilidade da operação, todos expressamente previstos em lei. Tais ferramentas se encontram regulamentadas pelo Regimento Interno do CADE (RICADE) e possuem algumas diretrizes nos Guias CADE correspondentes, quando aplicáveis.

e) Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013 – Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa:

A Lei n.º 12.846/2013, (...), prevê, em seu art. 16, a possibilidade de celebração de acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis

pela prática dos atos previstos na Lei e que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo.

f) regras gerais de conciliação e mediação veiculadas pela Lei da Mediação:

A Lei n.º 13.140/2015, também conhecida como Lei da Mediação, além de permitir a utilização desse meio alternativo de solução de controvérsias pela Administração Pública, dispõe de um capítulo inteiro a respeito da autocomposição de conflitos em que ela esteja envolvida (Capítulo II - arts. 32 a 40). Como a mediação muitas vezes pode levar a um acordo, a lei trouxe um capítulo dedicado ao instituto.

g) Lei n.º 13.506, de 13 de novembro de 2017, diploma legal que disciplina a celebração de acordo com pessoas físicas e jurídicas em processos administrativos sancionadores pelo Banco Central do Brasil – BACEN – e Comissão de Valores Mobiliários – CVM.

Impende ressaltar, por oportuno, que o art. 32, III, da Lei de Mediação, como regra geral, também faz expressa menção à possibilidade de celebração de Termo de Ajustamento de Conduta – TAC –, com finalidades extintiva ou preventiva de controvérsias da Administração Pública, com a efetiva participação de representantes da Advocacia Pública, conforme o dispositivo legal a seguir transcrito:

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Similar disposição legal acerca da viabilidade de celebração de TAC é também estabelecida nos termos do art. 174, III, do CPC/2015, também a título de regra geral da consensualidade administrativa:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Incrementando ainda mais o tratamento legal da consensualidade no Brasil, foram incluídos os novéis arts. 26 e 27 ao Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ou LINDB –, conforme redação dada pela Lei nº 13.665, de 25 de abril de 2018, estabelecendo, respectivamente, regras gerais sobre celebração de:

a) *acordo administrativo* de interesse geral, mediante prévia oitiva do órgão jurídico competente, com possibilidade de estipulação de sanção em caso de descumprimento;

b) *compromisso processual*, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, visando prevenir ou regular a compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes de processo ou conduta dos envolvidos.

Destaque-se que o Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019, ao regulamentar as referidas novéis disposições da LINDB, indicou fundamentos para a celebração de *termo de ajustamento de gestão* entre agentes públicos e órgãos de controle, com vistas à correção de falhas detectadas em ações de controle, aprimorar procedimentos, assegurar continuidade de execução do objeto, sempre que possível, e garantir o atendimento do interesse geral, no entanto, vedou, no respectivo art. 11, § 2º, a possibilidade de acordo na hipótese de dano ao erário praticado por agente público que tenha agido com dolo ou erro grosseiro.

Importante mencionar, ainda, outra inovação importante trazida ao ordenamento jurídico pela já mencionada Lei do Pacote Anticrime, ao prever a viabilidade de celebração de Acordo de Não Persecução Cível – ANPC – para casos de cometimento de ato de improbidade administrativa na sistemática da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 – Lei de Improbidade Administrativa ou LIA –, conforme nova redação dada ao § 1º do art. 17.

Pereira (2020, p. 59) assim comenta acerca do referido *instituto negocial administrativo*:

Configurando-se como um negócio jurídico, o acordo de não persecução cível consiste em um acordo (transação/negociação) firmado entre o Ministério Público ou outro legitimado (pessoa jurídica interessada) e o investigado ou demandado por atos de improbidade administrativa, de forma a prevenir o ajuizamento da ação ou sua extinção, por homologação judicial, caso já ajuizada, mediante o estabelecimento e o efetivo cumprimento de determinadas condições e sanções.

Com efeito, especialmente nos últimos anos, é de se reconhecer como notável e proeminente a percepção do legislador pátrio acerca da relevância da prática da consensualidade como método de solução de controvérsias em prol do interesse público.

Na subseção seguinte, são ainda evidenciados – também de forma não exaustiva – marcos normativos pertinentes à atuação consensual específica da AGU, que constitui, como é cediço, por expressa previsão constitucional, órgão essencial à administração da Justiça.

1.6. Métodos Consensuais de Solução de Controvérsias na AGU

Conforme estatui o art. 131, *caput*, da Constituição Federal, a AGU é a instituição que, diretamente ou por meio de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo federal.

Composta por Membros que exercem funções inerentes às atividades profissionais de Advocacia, classifica-se a AGU como *órgão essencial, indispensável, à administração da Justiça*, à luz da intitulação do Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça –, e dos arts. 131, *caput*, e 133, todos da Constituição Federal de 1988, c.c. art. 1º, § 1º, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil ou EOAB.

É de se destacar que a existência de previsões legais sobre a possibilidade de consensualidade em temas que envolvem interesse direto do poder público federal é *peculiar* à AGU desde a publicação da respectiva *Lei Orgânica*, em 1993, cujo diploma fixou, nos termos do art. 4º, VI, a supracitada *competência* geral do Advogado-Geral da União para “desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União, nos termos da legislação vigente”.

Passados alguns anos, a referida norma da LAGU tornou-se objeto de ampliada disciplina nos termos da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997,

da qual se extrai a interpretação de que o Advogado-Geral da União, diretamente ou por delegação, e os dirigentes máximos de empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, possuem *competência para extinguir processos administrativos ou judiciais, além de poder preveni-los*; colaciona-se o respectivo art. 1º, *caput*, com a atual redação dada pela LM:

Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

Merece destaque, outrossim, o próprio pioneirismo da AGU na criação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF-AGU¹⁵ –, por força do Ato Regimental AGU nº 5, de 27 de setembro de 2007, que passou a constituir relevante canal de aproximação do poder público federal com litigantes dos mais variados temas, judicializados ou não. O funcionamento da CCAF-AGU é disciplinado pela Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, entre outros atos infralegais. Recentemente, por meio do Decreto nº 10.608, de 25 de janeiro de 2021, atribuiu-se-lhe nova nomenclatura: *Câmara de Mediação e Conciliação da Administração Pública Federal*.

Saliente-se, por outro lado, que a Ordem de Serviço nº 13, de 9 de outubro de 2009, disciplinou a realização de acordos ou transações por órgãos de execução da Procuradoria-Geral da União – PGU –, para extinguir litígios em causas judicializadas no valor de até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), relativamente a créditos e débitos da União.

Alguns anos após, foram criadas, em caráter permanente, as chamadas Centrais de Negociação da PGU, nos termos da Portaria PGU nº 2, de 14 de dezembro de 2012¹⁶, sedimentando a aplicação do método

15 A CCAF-AGU, como órgão de variado atendimento do setor público, tornou-se centro de competência estratégico e propiciatório para a celebração de relevantes acordos, notadamente em relação à construção de soluções eficientes e adequadas sob o ponto de vista do interesse dos participantes, com efetiva mitigação de tempo. Aliás, cumpre registrar que, na esfera federal, a legitimidade da existência e atuação da CCAF-AGU harmoniza-se com os termos do art. 32, *caput*, da Lei da Mediação, cujo dispositivo preconiza a possibilidade de a União instituir câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos no âmbito dos órgãos da Advocacia Pública.

16 Atualmente, a atuação das Centrais de Negociação é objeto da Portaria PGU nº 11, de 8 de junho de 2020, que disciplina, no âmbito da PGU e seus órgãos de execução, o procedimento de celebração de acordos destinados a encerrar, mediante negociação, ações judiciais ou a prevenir a propositura destas, relativamente a débitos da União.

consensual de solução de litígios com importantes resultados de economia ao erário federal e abreviação de tempo de tramitações judiciais.

Mencione-se, outrossim, a Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020, preconizadora de requisitos e condições para que a União, as suas autarquias e fundações, e os devedores ou as partes adversas realizem transação resolutiva de litígio relativo à cobrança de créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, sendo que a viabilidade de transação por proposta individual dos créditos administrados pela Procuradoria-Geral Federal – PGF –, e também de créditos cuja cobrança compete à PGU, foi disciplinada pela Portaria AGU nº 249, de 8 de julho de 2020.

No âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN –, órgão da AGU, administrativamente vinculado ao hoje Ministério da Economia – ME –, encontram-se também reguladas, com amparo na citada Lei nº 13.988, de 2020, as recentes possibilidades de transação na cobrança da dívida ativa da União e do FGTS, segundo a disciplina da Portaria PGFN nº 9.917, de 14 de abril de 2020, e, ainda, para casos de tributos federais vencidos no período de março a dezembro de 2020, e não pagos em razão dos impactos econômicos decorrentes da pandemia relacionada ao coronavírus (COVID-19), em conformidade com a Portaria PGFN nº 1.696, de 10 de fevereiro de 2021.

Dessa forma, observa-se que a atuação da AGU, como órgão essencial à administração da Justiça, tem sido incrementada por intermédio de múltiplas e importantes atuações, que demonstram notável pioneirismo, contribuições e proeminência para o atual cenário de eficácia e aprimoramento do Sistema Multiportas de Acesso à Justiça do país.

No Capítulo seguinte deste trabalho, disserta-se, especificamente, sobre aspectos do Direito Processual Administrativo Disciplinar federal, *em construção*, abrangendo inclusive a consensualidade disciplinar federal, hoje praticada por intermédio de celebração de TAC.

2. DIREITO PROCESSUAL ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR FEDERAL, EM CONSTRUÇÃO

Algo que está em construção é incompleto, inacabado¹⁷. Doravante, pontuam-se argumentos no sentido de que o sistema processual em voga

17 Cite-se, aqui, a *Sagrada Família*, templo da Igreja Católica formado por 18 torres, símbolo turístico de Barcelona, capital da Catalunha, Espanha, cuja edificação, idealizada pelo famoso arquiteto Antoni Gaudí Cornet, iniciou-se em 1882, no entanto, ainda não possui data certa de conclusão (SAGRADAFAMILIA, 2021).

Sob outro ponto de vista, reformas imobiliárias são possíveis em edificações concluídas e, em determinadas situações, até mesmo imprescindíveis. Na linha de reformas corretivas, a *Torre de Piza*, situada no norte da Itália, cujas célebres e progressivas inclinações irregulares da estrutura de oito andares precisaram ser

constitui *obra inacabada*, considerando-se, sobretudo, os fundamentos encontrados nas normas jurídicas de regência do assunto.

2.1. Características Básicas do Processo Administrativo Disciplinar da Lei nº 8.112, de 1990

O processo administrativo disciplinar constitui instrumento que viabiliza o pleno exercício do *poder disciplinar*, cujo poder, na ótica de Carvalho (2014, p. 124), descreve-se do seguinte modo:

O Poder Disciplinar trata da atribuição pública de aplicação de sanções àqueles que estejam sujeitos à disciplina do ente estatal. Com efeito, é o poder de aplicar sanções e penalidades, apurando infrações dos servidores ou outros que são submetidos à disciplina da Administração, ou seja, a todos aqueles que tenham vínculo de natureza especial com o Estado, como é o exemplo daqueles particulares que celebram contratos com o Poder Público. [...]

Editadas sob a égide da Constituição Federal de 1988, as regras insertas nos arts. 142 a 182 da Lei nº 8.112, de 1990, constituem a base do atual sistema processual disciplinar aplicável a servidores públicos da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

Esse sistema processual é notabilizado pela *tecnologia de inquérito administrativo*, que sedia a realização de instrução persecutória, de maneira similar ao sistema jurídico-processual imediatamente anterior, que era então regido pelos arts. 217 a 239, da hoje revogada Lei nº 1.711, de 28 de outubro de 1952.

Tanto nos moldes da legislação anterior, de 1952¹⁸, como na atual, de 1990¹⁹, denota-se o império da obrigatoriedade de imediata instauração

corrigidas, somente foi reaberta ao público, com segurança, em 2001, após exitosa intervenção que durou cerca de 4 anos, a partir das ideias do engenheiro civil brasileiro Henrique Lindenberg, da Universidade de São Paulo (SUPER, 2011): “Os trabalhos começaram em 1997. ‘A proposta vencedora era simples e, ao mesmo tempo, extremamente eficaz: tirar, aos poucos, terra do lado inclinado e reforçar a fundação com placas de chumbo para evitar qualquer perigo de desmoronamento enquanto o trabalho era realizado’, diz o engenheiro civil Henrique Lindenberg, da USP. Além disso, foi injetado cimento nos muros que circundam a torre” (SUPER, 2011).

Essas digressões são proveitosas para nos conduzir à ideia de que o *Processo Administrativo Disciplinar federal infraconstitucional encontra-se, atualmente, em plena fase de construção, sobretudo considerando a vigência dos princípios e regras inseridas no ordenamento jurídico pelo legislador constitucional e infraconstitucional*, em que pese ser de grande utilidade e importância para a Administração no estado em que se encontra.

18 “Art. 217. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover-lhe a apuração imediata em processo administrativo, assegurando-se ao acusado ampla defesa.”

19 “Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado

de processo apuratório diante de ciência de irregularidade por autoridade administrativa.

Por exegese dos arts. 143, *caput*, e 145, da Lei nº 8.112, de 1990, admite-se a realização de *sindicância investigativa* de forma prévia à instauração de processo administrativo disciplinar, além de ser possível a chamada sindicância punitiva, esta com possibilidade de aplicação direta de sanção ao agente infrator até o limite da penalidade de suspensão que não seja superior a 30 dias, por exegese literal do inciso II do citado art. 145. Em ambos as hipóteses pauta-se pela aplicação do método de processamento *dialógico-documental*.

Ainda há opções infralegais de procedimentos de investigação prévia à própria sindicância e, também, ao processo administrativo disciplinar. No âmbito da Corregedoria-Geral da Advocacia da União – CGAU-AGU –, trata-se do *procedimento preliminar e da verificação correicional*, instrumentos fiscalizatórios e investigatórios disciplinados, respectivamente, pela Portarias CGAU-AGU nºs 46, de 27 de janeiro de 2017, e 523, de 23 de julho de 2019, adequados à coleta de elementos informativos²⁰, de forma preparatória à deliberação da autoridade competente quanto ao cabimento de instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar para apurar eventual cometimento de falta profissional por parte de Membro da AGU.

No processo administrativo disciplinar previsto no art. 148 e seguintes da Lei nº 8.112, de 1990, a Administração assume posições como *Parte e Juiz* nas seguintes fases:

- a) *instauração*, com a publicação do ato que constituir a comissão;
- b) *inquérito administrativo*, compreendendo a realização de atos de instrução, apresentação de defesa pela(s) pessoa(s) investigada(s) e elaboração de relatório final por parte da comissão de inquérito;
- c) *julgamento* pela autoridade julgadora competente, que pode acarretar em *arquivamento* – por absolvição, em caso de convicção de inocência do investigado, por ausência de provas, ou, ainda, pela consumação da prescrição da penalidade administrativa cabível²¹ – ou *julgamento condenatório*, com a consequente *aplicação de penalidade* de advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade,

ampla defesa.”

20 Saliente-se, no entanto, que a deflagração dos referidos instrumentos infralegais, prévios à decisão da autoridade instauradora quanto à instauração de sindicância ou processo administrativo disciplinar, não possui o condão de suspender *prazo prescricional* de penalidade disciplinar.

21 O atingimento dos objetivos da persecução disciplinar administrativa pode ser impedido pela consumação do *prazo prescricional*, cuja norma cogente atinge as investigações preliminares e também os processos disciplinares em curso, observada a contagem a partir da ciência do fato pela autoridade competente para deflagrar o processo.

destituição de cargo em comissão ou destituição de função comissionada, conforme o caso.

2.2. O Fenômeno da Manualização do Processo Administrativo Disciplinar Federal e as Integrações Normativas Subsidiárias e Supletivas de Ordem Processual

Observa-se, por outro lado, que o conjunto de normas inseridas nos arts. 142 a 182 da Lei nº 8.112, de 1990, não constitui sistema jurídico-processual hermético, fechado. Essa afirmação decorre da necessidade de aplicação dos ditames processuais disciplinares desse diploma legal de forma combinada com normas constitucionais, legais e infralegais que alcançam a matéria processual disciplinar. Aduz-se a essa tarefa a obrigatória observação de produção jurisprudencial, sobretudo quando, eventualmente, dotada de força vinculante.

Devido à complexidade técnica da matéria – em se tratando de relevante litígio administrativo passível de revisão judicial que envolve direitos individuais garantidos constitucionalmente ao agente público investigado²² –, e tendo em vista os altos custos envolvidos na tramitação do processo disciplinar, os feitos dessa natureza tornaram-se, tradicionalmente, na Administração Pública federal, objeto de cuidadosas explicações e orientações reunidas em manuais, o que chamamos de fenômeno da *manualização* do processo administrativo disciplinar federal.

No que concerne à complexidade e às múltiplas peculiaridades da matéria processual sob exame, frise-se, outrossim, que, por interpretação do art. 69 da Lei do Processo Administrativo Federal²³, as normas desse diploma legal foram destinadas, pelo legislador federal, a serem *subsidiariamente* aplicáveis ao processo administrativo disciplinar da Lei nº 8.112, de 1990.

Inclusive, mais recentemente, as normas do CPC/2015 foram também dedicadas ao propósito de suprir lacunas em diversas espécies de legislações processuais, à luz do respectivo art. 15, podendo alcançar, por conseguinte, de forma *subsidiária e supletiva*, o processo administrativo em geral e, por via de consequência, o próprio processo administrativo disciplinar:

22 A exemplo do princípio do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, insculpidos no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal.

23 “Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.”

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Moreira (2016, p. 316-317) comenta sobre o alcance da expressão “ausência de normas” versada no art. 15 do CPC/2015, nos seguintes termos:

Na medida em que o artigo 15 valeu-se da aplicação supletiva (aquela que completa, serve de suplemento) ao lado da subsidiária (que ajuda ou que reforça/aumenta), positivou a incidência do CPC/2015 a processos administrativos tanto nos casos em que se constatar omissão legislativa como naqueles em que o dispositivo a ser aplicado possa ser intensificado, valorizado ou aprimorado no caso concreto por meio da incidência de norma positivada no novo Código de Processo Civil.

Por outro lado, nem que diga que não se daria a incidência do CPC/2015 em vista do fato de que o art. 15 fala da “ausência de normas que regulem processos” — combinado com a já presente Lei nº 9.784/1999 (além de outras). O raciocínio não se sustenta.

A toda evidência, presume-se que o legislador tem conhecimento de que há leis a regular os processos eleitorais, trabalhistas e administrativos. Trata-se, quando menos, de exigência oriunda da Lei Complementar nº 95/1998 (que dispõe sobre a elaboração de leis). Este art. 15 não tem como requisito de aplicabilidade a ausência de leis ou de códigos (nem de “textos normativos”), mas sim de normas jurídicas: preceitos específicos, a serem construídos caso a caso pelo aplicador. Uma coisa é o texto (ou o conjunto de textos agrupados numa específica codificação); outra é a norma jurídica. Ou seja, e como adverte Eros Roberto Grau, “a norma é produzida, pelo intérprete, não apenas a partir de elementos colhidos no texto normativo (mundo do dever-ser), mas também a partir de elementos do caso ao qual será ela aplicada, isto é, a partir de dados da realidade (mundo do ser)”. É a esta ausência — a de normas — que se refere o CPC/2015.

Constatação que revela algo de suma importância: a hermenêutica processual não pode se circunscrever às teorias que preceituam ser o legislador a única e limitada fonte jurídica, combinada com a pessoa do juiz que privativamente diz o Direito (dentro da máxima da *mihi factum, dabo tibi ius*).

[...]

Mas, desde logo, deve-se sublinhar que o CPC/2015 tem plena aplicabilidade ao processo administrativo, em convivência harmônica com a Lei nº 9.784/1999 e outros diplomas administrativo-processuais. Não há exceção, salvo aquelas oriundas da incidência normativa ao caso concreto.

Parece-nos, a propósito, que as aplicações subsidiária e supletiva do CPC/2015 ao processo administrativo carecem de orientação normativa infralegal específica, sobretudo com o fito de atribuir maior clareza e segurança jurídica aos intérpretes e aplicadores do devido processo legal na esfera administrativa federal²⁴, a exemplo do que foi realizado pelo Plenário do Tribunal Superior do Trabalho – TST –, por ocasião da Resolução nº 203, de 15 de março de 2016, que aprovou a Instrução Normativa nº 39, dispondo sobre as normas do CPC/2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva.

Na subseção seguinte, têm-se como objeto de análise os avanços de normas infralegais editadas desde 2017, com enfoque específico no desenvolvimento da disciplina autorizativa de *celebração de TAC como meio alternativo, suspensivo ou extintivo de processo administrativo disciplinar federal*, corroborando, ainda mais, o pleno de estágio de *construção* da matéria.

2.3. Inovações Infralegais em Consensualidade Administrativa Disciplinar Federal

Em histórico recente, mediante evidente inovação normativa infralegal, foi estabelecida pelo então Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União, nos termos da Instrução Normativa nº 2, de 30 de maio de 2017, a possibilidade de celebração de TAC²⁵, como medida alternativa à instauração de processo disciplinar e à própria aplicação da penalidade de advertência, mediante autocomposição de litígio administrativo-disciplinar com servidores públicos federais da Administração direta, autárquica e fundacional.

24 No âmbito do Poder Executivo federal, a sugerida produção normativa pode ser levada a efeito por intermédio de edição de: a) decreto presidencial, com fundamento no art. 84, IV, da Constituição Federal; b) ato regimental do Advogado-Geral da União, para efeitos fins de disciplinar procedimentos administrativos tramitáveis na AGU, na forma do art. 45, *caput* e § 3º, da Lei Complementar no 73, de 1993.

25 Na CGU, a consensualidade administrativo-disciplinar, via TAC, é fundamentada no comando legal do art. 14 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e nos princípios e diretrizes preconizados no art. 2º, *caput*, e parágrafo único, VI, VIII e IX, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 – Lei do Processo Administrativo Federal ou LPAF.

Atualmente, a matéria passou a ser regida pela Instrução Normativa nº 4, de 21 de fevereiro de 2020, da Corregedoria-Geral da União – CGU –, com avanços substanciais:

a) no que tange ao limite sancionatório, a celebração de TAC passou a ser cabível também em casos de condutas puníveis com *suspensão de até 30 dias*, nos termos do art. 129 da Lei nº 8.112, de 1990, ou com penalidade similar, prevista em lei ou regulamento interno, ressalvadas as situações de servidor público não ocupante de cargo efetivo e de empregado público, limitando, nesses casos, a celebração de TAC aos casos passíveis de penalidade de advertência;

b) *supressão de previsão de limite de eventual dano causado a ser ressarcido ao erário*, como condição para celebração de TAC com o agente público confesso, aventando-se que o limite previsto na primeira regra correspondia ao valor estabelecido para licitação dispensável, nos termos da lei de licitações e contratos aplicável.

No âmbito da AGU, a utilização do TAC como meio alternativo à instauração de processo disciplinar foi expressamente autorizada pela Portaria AGU nº 248, de 10 de agosto de 2018, e pela Portaria CGAU-AGU nº 154, de 12 de março de 2019, da Corregedoria-Geral da Advocacia da União – CGAU-AGU²⁶ –, com vedação aos casos de evidências de prejuízo ao erário.

O assunto é hoje disciplinado pela Portaria AGU nº 156, de 19 de abril de 2020, e pela Portaria CGAU-AGU nº 440, de 3 de junho de 2020, respectivamente, com ampliação de possibilidade de celebração de TAC para a *fase de processo disciplinar*, sendo que a consensualidade em matéria disciplinar da AGU permanece restrita para hipóteses de advertência e vedada para casos com suspeita de prejuízo ao erário.

Adentrar-se-á, no próximo Capítulo deste estudo, no exame de aspectos jurídicos da consensualidade em temas disciplinares regidos pela Lei nº 8.112, de 1990, notadamente mediante a mediação administrativa, além do devido destaque aos possíveis efeitos decorrentes da previsão legal de celebração de Acordo de Não Persecução Cível, previsto no art. 17, § 2º, da Lei nº 8.429, de 1992.

²⁶ A CGAU-AGU constitui órgão de fiscalização e correição das atividades profissionais dos Membros da AGU, e de supervisão e correição dos órgãos vinculados à instituição, com atribuições e competências específicas, expressamente previstas nos arts. 5º, 6º, 32, 33 e 34 da LAGU.

3. ASPECTOS JURÍDICOS DA CONSENSUALIDADE EM PROCESSOS DISCIPLINARES FEDERAIS PELO MÉTODO DE MEDIAÇÃO, À LUZ DA CONSTITUIÇÃO E DA LEI

De modo a atingir o escopo proposto para o presente trabalho, cumpre agora abordar princípios e regras jurídicas hábeis para fundamentar a prática da consensualidade disciplinar federal em temas regidos pela Lei nº 8.112, de 1990, sobretudo pelo método autocompositivo indireto da mediação administrativa.

Saliente-se, a propósito, que o amparo jurídico da matéria reside em valores e normas expressas na Constituição Federal de 1988, além de possuir amplas e evidentes bases de sustentação legal, importando, senão, ao *detentor do poder normativo infralegal*, dispor sobre os limites e condicionantes à prática pertinente, segundo critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública federal, visando ao atendimento do interesse público.

3.1. Valor Constitucional de Solução Pacífica de Conflitos, como Forma de Efetivo Acesso à Justiça

É de se observar, inicialmente, que o legislador pátrio consagrou, no preâmbulo do Texto Constitucional, “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”.

A rigor, quando se trata da matéria processual de cunho administrativo-disciplinar dos agentes públicos da Administração Pública federal direta, autárquica e funcional, a maneira clássica de solução desses conflitos é caracterizada, preponderantemente, por certo distanciamento entre os envolvidos, antagonismo de interesses entre os participantes e demora para a conclusão processual e efetiva concretização de resultados práticos.

De outro lado, Braga Neto (2020, p. 33) assim reconhece as características eminentemente pacificadoras do processo de mediação de conflitos:

o conflito traz sempre o desrespeitar mútuo, que pode ser identificado tanto com relação à falta de reconhecimento sobre aspectos pessoais como com relação à imposição de vontade de um sobre o outro. A Mediação se propõe a ajudar os participantes a se reconhecerem mutuamente, oferecendo instrumentos que espelhem claramente o

momento que estão vivenciando e a forma como gostariam que o outro mudasse ou não. [...]

Desse modo, como método evidentemente *apaziguador*, depreende-se que o processo de mediação administrativa, como instrumento de aproximação para solução consensual de conflitos da Administração Pública, constitui mecanismo de efetivo acesso à Justiça que preenche as condições expostas no supracitado valor da Constituição Federal.

3.2. Legalidade da Consensualidade e da Mediação Administrativas

Conforme Davi (2012, p. 99), a desnecessidade de expressa previsão legal para a prática do consenso em solução de controvérsia administrativa, observado o necessário atingimento do interesse público, já foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal – STF –, nos seguintes termos:

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

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

No entanto, atualmente, aspectos processuais da mediação administrativa, como método de autocomposição de disputas de interesse direto do poder público, tornaram-se alvo de efetivas e expressas previsões legais, de caráter geral, nos termos dos arts. 174 e 175 do CPC/2015, c.c.

art. 32 e seguintes da LM, e arts. 26 e 27 da LINDB, eliminando qualquer possibilidade de questionamento quanto à devida satisfação do princípio da legalidade dos atos da Administração Pública na realização da referida prática consensual.

Os citados comandos legais serviram de chancela peremptória para a Administração Pública de todas as esferas da Federação utilizarem cada vez mais, de forma mais efetiva, o fenômeno da consensualidade administrativa – ora em franca ascensão no país –, inclusive motivando a revisão da clássica invocação da supremacia do interesse público como suposta razão jurídica para o poder público se privar de lançar mão da consensualidade para resolver controvérsias e disputas no próprio interesse.

Outrossim, o *devido processo legal* está presente no ordenamento jurídico vigente, especificamente nos arts. 32 e seguintes da Lei de Mediação, ainda que de forma *básica* ou *elementar*, tendo em vista as formalidades processuais mínimas estabelecidas nos citados comandos processuais aplicáveis à mediação administrativa²⁷.

Por outro lado, sob o prisma negocial, é também importante frisar que os supracitados arts. 26 e 27 da LINDB incrementaram ainda mais o tratamento legal da matéria de consensualidade do poder público, ao disporem, também de maneira *geral*, sobre a viabilidade jurídica do uso da consensualidade para solução de controvérsias administrativas, mediante prévia oitiva do órgão jurídico competente e com possibilidade de cominação de sanção em caso de descumprimento de acordo²⁸.

Desse modo, os comandos legais que exprimem os meios necessários para a prática da consensualidade administrativa no Brasil por intermédio da mediação administrativa, inseridos nos supracitados diplomas normativos – reprimem-se: arts. 174 e 175 do CPC/2015, c.c. art. 32 e seguintes da Lei de Mediação, e arts. 26 e 27 da LINDB –, representam tanto em termos processuais, como negociais, o *efetivo reconhecimento legal da via da mediação como caminho jurídico propício para o exercício da consensualidade administrativa, como efetiva e adequada porta para a prática de solução consensual de litígio administrativo*

27 É de se perquirir que o trâmite processual não expressamente indicado pelo legislador poderá ser objeto de deliberação e escolha pelos próprios interessados, entre o mediador e os sujeitos diretamente envolvidos no conflito.

28 Em face dos citados aspectos legais da consensualidade administrativa – tanto no plano processual, como no material –, é de se notar que a atuação da AGU é de fundamental importância na consecução dos objetivos do legislador pátrio. Eis que, além do próprio funcionamento da CCAF-AGU, no papel de órgão condutor da conciliação e mediação administrativa, as *atribuições inerentes à prévia análise jurídica de acordos e transações* para prevenção e extinção de litígios, ajuizados ou não, no interesse federal, também deverão ser desempenhadas por órgão jurídico da esfera federal, consubstanciando, por via de consequência, notável e efetiva convergência das atividades da AGU com o respectivo papel constitucional e legal de *órgão essencial à administração da Justiça*.

de natureza disciplinar; conformando-se, por via de consequência, o processo consensual da mediação administrativo-disciplinar com os princípios do devido processo legal – ainda que em aspectos básicos, elementares – e da *legalidade administrativa* de que tratam os arts. 5º, LIV, e 37, *caput*, da Constituição Federal, e o art. 2º, *caput*, da Lei do Processo Administrativo Federal.

3.3. Eficiência e Interesse Público – Instrumentalidade da Sanção Disciplinar, do Processo de Mediação e do Acordo Administrativo, como Mecanismos de Gestão Pública Efetiva

Ao tecer comentários sobre o poder disciplinar, Carvalho (2014, p. 124) compreende que “a função desse poder é sempre aprimorar a prestação do serviço público punindo a malversação do dinheiro público ou atuação em desconformidade com a lei”.

A seu turno, ao comentar sobre o direito sancionatório aplicável aos servidores públicos, Voronoff (2018, p. 97) menciona estas palavras de Cretella Júnior (1962, p. 131): “Não são as penas disciplinares castigos, no sentido do direito penal, mas meios de que dispõe o Estado para assegurar a boa ordem no serviço e a observância dos deveres prescritos”.

Referindo-se aos ensinamentos de Lima (1964, p. 215), Voronoff (2018, p. 97) aponta que:

[...] as sanções administrativas buscariam reprimir e prevenir pela punição aqueles que, “embora a consciência da nação algumas vezes os não qualifique como criminosos, opõem tropeços ao desenvolvimento regular da ação administrativa e prejudicam a causa pública”.

Assim, no que concerne à *instrumentalidade da sanção administrativa*, Voronoff (2018, p. 103) disserta:

O direito administrativo sancionador, como o direito em geral, é instrumento do Estado Democrático de Direito a serviço de finalidades protegidas e previstas no ordenamento jurídico. Não se trata, portanto, de fim em si mesmo.

Afirmar isso, contudo, não é óbvio nem irrelevante. Ao menos no campo do direito administrativo sancionador. É que, na literatura especializada, embora não se negue expressamente esse caráter instrumental, ele é usualmente negligenciado em função de construções teóricas que sugerem ser a sanção administrativa ora uma espécie de poder-dever implícito extraído do conjunto de competências da Administração

Pública; ora uma resposta automática e necessária do ordenamento jurídico ao cometimento de uma infração; ou até uma decorrência do “princípio” da supremacia do interesse público sobre o privado. Como se fosse um mal necessário.

Com efeito, a multicitada autora conclui, acerca da *instrumentalidade da sanção administrativa*, afirmando sua correspondência como meio ou medida de gestão administrativa (VORONOFF, 2018, p. 106):

Ela não se justifica como simples resposta a uma infração, mas como instrumento voltado à conformação de atividades e comportamentos. E sua legitimidade passa, sem dúvida, pela aptidão para produzir esses objetivos.

Aliás, essa abordagem instrumental permite caracterizar a sanção administrativa também como meio ou medida de gestão (das atividades materiais a cargo da autoridade administrativa) e como ferramenta institucional.

Essas lições doutrinárias são úteis para reconhecer, *in casu*, a ideia da *instrumentalidade do acordo administrativo e do próprio processo de mediação, como eficientes ferramentas para a efetiva ultimateção do interesse público*, adequados à obtenção de confissão espontânea do agente público investigado e à consequente assunção negocial de obrigações perante a Administração, visando à futura extinção da responsabilidade administrativo-disciplinar.

A propósito, Straube (2020, p. 234) enaltece a modernização legislativa em matéria de transação administrativa bilateral, como meio propício de solução de controvérsias e realização do próprio interesse público:

Objetivando a solução de controvérsias e a realização do interesse público, a legislação foi modernizada, permitindo ao Estado celebrar acordos administrativos, ou seja, transações administrativas decorrentes de ato bilateral, numa relação de quase-paridade entre Administração e administrado. Trata-se, portanto, de acordo de vontades celebrado entre a Administração Pública e o particular em que, numa relação quase-paritária, são feitas concessões recíprocas a respeito de um processo administrativo, ora para evitá-lo, ora para preservar o seu resultado, ou para solucioná-lo, sempre vinculado ao seu principal objeto, buscando-se uma solução ótima para ambas as partes.

Neves e Ferreira Filho (2018, p. 79) reconhecem o interesse público e a compatibilidade da consensualidade administrativa com os princípios da efetividade social:

O contexto histórico mostra que a consensualidade administrativa passou a fazer parte da atuação do Estado Democrático de Direito contemporâneo e que não mais se sustentam os entraves argumentativos pautados num interesse público absoluto que inviabilize sua atuação consensual. O interesse público, como conceito jurídico indeterminado, adequa-se à realidade social e econômica e passa a exigir atuações administrativas de acordo com o novo contexto jurídico e, especialmente, compatibilizado com os princípios e ditames constitucionais, notadamente aos da eficiência e da efetividade social.

Nas subseções adiante, examinam-se certos aspectos do processo de mediação e da consensualidade administrativa, que os qualificam como eficientes instrumentos de gestão para o atingimento da eficiência e do interesse público.

3.3.1. Suspensão do prazo prescricional (arts. 17 e 34, § 1º, da Lei da Mediação)

Importante anotar que a inauguração do processo de construção pacífica da solução negocial, via mediação administrativa, é suficiente para acarretar a suspensão do prazo prescricional, fenômeno previsto para ocorrer, especificamente, no momento do agendamento da reunião inaugural do processo de mediação, e ainda com retroatividade de efeitos da suspensão à data da formalização do pedido de solução consensual, por força dos arts. 17 e 34, § 1º, da LM:

Art. 17. Considera-se instituída a mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião de mediação.

Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.

[...]

Art. 34. A instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição.

§ 1º Considera-se instaurado o procedimento quando o órgão ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito.

Com efeito, em caso de eventual insucesso nas tentativas de acordo durante a tramitação da mediação disciplinar, não *haverá que se falar em transcurso de prazo prescricional durante o tempo de duração do processo de mediação*, que voltará a fluir normalmente somente após o encerramento das tentativas pacíficas de solução do litígio.

3.3.2. Escopo investigativo e conciliatório do processo de mediação

Por observação casuística, denota-se que o processo administrativo disciplinar da Lei nº 8.112, de 1990, não constitui a panaceia de resolução de todos os problemas consecutórios de possível falta funcional cometida por agente público. Em verdade, eis que outras irregularidades²⁹ podem, não raro, estar correlacionadas com os fatos objeto de apuração disciplinar, e que podem não se restringir, necessariamente, à apuração do suposto ilícito profissional, por exemplo:

- a) outros agentes públicos podem estar envolvidos na prática de irregularidade profissional;
- b) pode haver ofensas recíprocas entre os referidos agentes;
- c) prejuízos ao erário ou a terceiros podem ter sido causados, e precisam ser apurados e ressarcidos;
- d) o estado de saúde física ou mental do agente público investigado pode carecer de tratamento médico, acompanhamento e eventual readaptação funcional, podendo, inclusive, acarretar a excludente de ilicitude;
- e) até mesmo deficiências estruturais ou outros problemas imputáveis à Administração Pública estão à mercê de se revelarem presentes e se tornarem objeto de medidas administrativas de saneamento em sede distinta.

Não obstante, aspecto importante a ser reconhecido é que não há vedação para que o instrumento apaziguador de conflitos da Administração

²⁹ Logo, há possibilidade de uma série de aspectos e ocorrências correlacionáveis com fatos apuráveis em processo administrativo disciplinar que podem dar ensejo à abertura de outros processos ou incidentes administrativos, ensejando, por via de consequência, a multiplicação de tramitações em foros e sentidos distintos.

Ademais, as necessárias demandas derivadas da apuração também serão sobrepujadas pelo método dialógico-documental, por possíveis antagonismos entre os envolvidos e por considerável tempo de duração até o efetivo resultado final, tanto na esfera administrativa, como na judicial, se houver.

Pública, via processo de mediação administrativa disciplinar, venha a eventualmente abranger, legitimamente, objetivos mais amplos e diversificados, dentro de um só processo.

Nesse contexto, é de se salientar, primordialmente, que o processo de mediação também é caracterizado por relevantes conotações de *meio investigativo* – ou *persecutório* –, portanto, apropriado à busca da verdade real inerente ao conflito administrativo-disciplinar existente. Nesse contexto, os próprios interessados podem deliberar, em comum acordo, pela realização de diligências destináveis à reunião de elementos informativos relevantes à demonstração da verdade de fatos ou circunstâncias reputáveis como determinantes para a solução do conflito – ou dos conflitos recíprocos, se houver –, sem prejuízo da ampliação das tratativas visando atingir, *de forma eficiente*, objetivos mais amplos que se fizerem necessários³⁰.

3.3.3. Estabelecimento de obrigações em acordo administrativo, com possibilidade de previsão de sanção em caso de descumprimento (arts. 26 e 27 da LINDB)

Destaque-se, outrossim, que o novel comando do art. 26 da LINDB permite a celebração de compromisso administrativo de interesse geral, após análise do setor jurídico competente, em casos de situação contenciosa de aplicação do direito público, mediante identificação de razões de relevante interesse geral e viabilidade de previsão de cominação de sanção às partes envolvidas no acordo, por eventual descumprimento das respectivas obrigações.

Por outro lado, por interpretação do art. 27 da LINDB, depreende-se que a *composição processual administrativa* é pactuável, na esfera administrativa, em casos de composição inerentes a conduta irregular de agente público.

Por oportuno, a respeito da importância jurídica do princípio da consensualidade administrativa insculpida nos citados arts. 26 e 27 da LINDB, e quanto ao significado da expressão *interesse geral* de que trata o art. 26, § 1º, da mesma lei, colacionam-se os enunciados 9 e 21³¹, produzidos no seminário *Impactos da Lei nº 13.655/18 no Direito Administrativo*, realizado, em 2019, pelo Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA:

30 Assim, os participantes do processo de mediação disciplinar, envolvidos em determinada situação conflituosa, é que terão o poder de incluir questões, adicionar fatos – e decidir qual o rito deverá ser seguido nos trabalhos do processo de mediação, visando à solução pacífica de conflito. É válido reconhecer, por conseguinte, que o escopo do processo de mediação administrativo-disciplinar tende a ser mais amplo que o do processo administrativo disciplinar, e, portanto, mais apto para alcançar resultados mais eficientes para o atingimento do interesse público.

31 SEMINÁRIO..., 2019.

9. A expressão “interesse geral” prevista na LINDB significa “interesse público”, conceito que deve ser extraído do ordenamento jurídico.

[...]

21. Os artigos 26 e 27 da LINDB constituem cláusulas gerais autorizadoras de termos de ajustamento, acordos substitutivos, compromissos processuais e instrumentos afins, que permitem a solução consensual de controvérsias.

Pelas razões expostas neste subitem 3.3, e subseções 3.3.1 a 3.3.3 – notadamente tendo em vista o grande potencial de realização de gestão administrativa, devido às possibilidades dinâmicas de atingimento de resultados na persecução e solução dos interesses envolvidos, de maneira devidamente amparada em normas jurídicas de caráter geral –, é de se reconhecer também a instrumentalidade do acordo administrativo³² e do próprio processo de mediação, como mecanismos de solução de conflito disciplinar e de gestão pública, em assuntos de natureza administrativo-disciplinar, servindo-se, por conseguinte, como meio para ultimação dos princípios da *eficiência administrativa e do interesse público* – ou interesse geral –, por inteligência das normas contidas no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, e no art. 2º, *caput*, da Lei do Processo Administrativo Federal, c.c. art. 17 da Lei de Mediação, e arts. 26 e 27 da LINDB.

3.4. Limites Objetivos – Razoabilidade, Proporcionalidade e Critérios Gerais do Processo Administrativo

Não se pode olvidar, outrossim, que a Lei do Processo Administrativo Federal, estabeleceu, também como *normas gerais*, a necessidade de observação dos *princípios da razoabilidade* e da *proporcionalidade*, em matéria processual administrativa, além de determinar a aplicação dos seguintes critérios:

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.

³² Ressalte-se, portanto, que, em sendo a instrumentalidade da sanção administrativa reconhecida como verdadeiro mecanismo de gestão pública, assim também o são os compromissos administrativos – *como medidas de interesse público, ou interesse geral, dentro das concepções dos arts. 26 e 27 da LINDB* –, celebráveis com agente público confesso de eventual prática profissional irregular, que resolva assumir determinadas obrigações dentro de certo lapso temporal perante autoridade controladora competente.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

[...]

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

[...]

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

[...].

Aliás, prevê expressamente o art. 14 do Decreto-Lei nº 200, de 1967, que o trabalho administrativo deve ser racionalizado mediante “simplificação de processos e supressão de contrôles que se evidenciarem como puramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco”.

Desse modo, a utilização da via da mediação, como método autocompositivo de solução de litígios administrativo-disciplinares, deve assumir o escopo de cumprimento dos *princípios da razoabilidade e proporcionalidade*, além de respeitar os critérios processuais previstos no art. 2º, *caput*, parágrafo único, VI, VIII e IX, da Lei do Processo Administrativo Federal, c.c. art. 14 do Decreto-Lei nº 200, de 1967.

3.5. Interpretação do Art. 36, § 3º, da Lei de Mediação

Faz-se relevante notar que o art. 36 da Lei de Mediação³³ possui características peculiares que ensejam a análise particularizada quanto

33 Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos u entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 1º Na hipótese do *caput*, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta.

§ 2º Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

ao alcance da verdadeira intenção do legislador, notadamente por ser a única norma expressa da LM que se refere a efeitos da consensualidade em relação à responsabilidade administrativo-disciplinar de agente público, senão vejamos:

a) o *caput* do art. 36 versa sobre possibilidade de solução pacífica de controvérsia de natureza jurídica entre órgãos e entidades integrantes da Administração Pública federal;

b) o § 1º estabelece que, em caso de insucesso conciliatório, a solução jurídica deverá ser dirimida pelo Advogado-Geral da União, momento, a partir do qual, deixar-se-á de se resolver o litígio pelo método autocompositivo;

c) a redação do § 2º trata do possível reconhecimento de efeitos financeiros e o conseqüente encaminhamento, para fins orçamentários, relativo ao conflito resolvido para a necessária atuação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, cujas funções são hoje exercidas no âmbito do Ministério da Economia;

d) o § 3º, por sua vez, declara que a solução consensual e extrajudicial do litígio que venha a acarretar reconhecimento de dívida não possui o condão de impedir ou extinguir conseqüências jurídico-administrativas derivadas de eventual constatação de ilícito profissional, mediante apuração de suposta infração disciplinar por ação ou omissão imputável a agente público;

e) o § 4º dispõe sobre a necessidade de prévia aquiescência do Judiciário ou do Tribunal de Contas da União para adoção de solução pacífica cujo objeto seja alvo de ação de improbidade administrativa ou decisão da Corte de Contas.

Cumpra interpretar os dizeres da norma em questão à luz dos ensinamentos de Maximiliano (2020, p. 9):

13 – *Interpretar* é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém.

Pode-se procurar e definir a significação de conceitos e intenções, fatos e indícios, porque tudo se interpreta; inclusive o silêncio.

§ 3º A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o *caput* dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

A respeito da denominada interpretação restrita de norma jurídica, nas palavras de Maximiliano (2020, p. 183), cumpre ainda colacionar esta lição:

220 – [...]. a respeito da interpretação *restrita*: não reduz o campo da norma, determina-lhe as fronteiras *exatas*; não conclui de mais, nem de *menos* do que o texto exprime, interpretado à luz das ideias modernas sobre Hermenêutica. Rigorosamente, portanto, a exegese *restritiva* corresponde, na atualidade, à que outrora se denominava *declarativa estrita*; apenas declara o sentido *verdadeiro* e o alcance exato; evita a dilatação, porém não suprime coisa alguma. Abstém-se, entretanto, de exigir o sentido *literal*: a precisão reclamada consegue-se com o auxílio dos elementos lógicos, tomados em apreço todos os fatores jurídico-sociais que influíram para elaborar a regra positiva.

Observa-se que, na redação do art. 36, § 3º, da Lei de Mediação, o legislador não veda, de forma categórica ou genérica, a possibilidade de composição de acordo de natureza administrativo-disciplinar; ao contrário, tão somente preserva o cabimento da persecução e eventual responsabilização funcional de agente público pós-solução de litígio que tenha dado causa a reconhecimento de dívida.

Com efeito, é de se concluir que o alcance do sentido descrito no art. 36, § 3º, da Lei de Mediação, destina-se, especialmente, a *evitar que a solução administrativa de conflito entre órgãos e entidades da Administração federal, com consequências financeiras, acarrete, automaticamente, a extinção de responsabilidade disciplinar de agente público que tenha supostamente dado causa à dívida reconhecida*.

Logo, referido dispositivo legal não caracteriza empecilho à realização de mediação disciplinar.

3.6. Publicidade

A rigor, à luz do art. 37, *caput*, da Constituição, e do art. 2º, *caput*, da Lei do Processo Administrativo Federal, cumpre reconhecer que o *princípio da publicidade* dos atos da Administração Pública em geral é de ser observado nos processos de mediação administrativa disciplinar.

Com efeito, deve-se interpretar com reservas as previsões do legislador pátrio preconizadas a título de regra de confidencialidade processual nos arts. 2º, VII, 14, 30 e 31, localizadas no Capítulo I da Lei da Mediação.

No caso, a norma legal deve ser aplicada com a *finalidade de preservar os objetivos* conciliatórios, visando prevenir que a publicidade processual venha a atrapalhar a aproximação entre os envolvidos e a elaboração de solução adequada em ganhos mútuos até a solução final do conflito.

Assim, a confidencialidade é regra que deverá incidir somente durante a tramitação do processo de mediação administrativo-disciplinar tão somente de *forma episódica, temporária, enquanto perdurarem os momentos de tentativas de conciliação entre os envolvidos*, ressalvadas as exceções constitucionais e legais ao princípio da publicidade, que impõem restrição de acesso a determinados dados e informações.

Visando reforçar essa interpretação, mencionem-se os casos disciplinados em normas de Direito Público que determinam o sigilo episódico de processos administrativos:

a) o sigilo dos autos e das reuniões da comissão processante deve ser mantido no curso do próprio processo administrativo disciplinar, visando resguardar o interesse público dos trabalhos apuratórios, com fundamento no art. 150 da Lei nº 8.112, de 1990;

b) o sigilo provisório de orçamento em processos administrativos de licitação é preconizado no art. 6º, § 3º, da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011;

c) situações de sigilo provisório de informações orçamentárias são também utilizáveis de maneira similar em processos licitatórios regidos por normas do Banco Interamericano para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD – e do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID –, aplicáveis em licitações e contratações com recursos internacionais obtidos junto a esses organismos financeiros, com amparo no art. 42, § 5º, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Nesse diapasão, é de se concluir que o *princípio da publicidade* de que tratam o art. 37, *caput*, da Constituição, e art. 2º, *caput*, da Lei do Processo Administrativo Federal, deverá ser devidamente observado no processo de mediação administrativo-disciplinar, sendo que a regra de confidencialidade – pontuada nos arts. 2º, VII, 14, 30 e 31, da LM – é aplicável de forma episódica, temporária, i.e., enquanto perdurar o respectivo processamento, ressalvadas as situações nas quais o sigilo deverá ser mantido mesmo após o desfecho processual, por proteção constitucional ou legal.

4. PONDERAÇÕES CONCERNENTES ÀS ATUAIS LIMITAÇÕES INFRALEGAIS À CONSENSUALIDADE ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR FEDERAL

No presente estudo, há que se formular, ainda, especial ponderação quanto aos limites jurídicos *infralegais* à prática da consensualidade em

assuntos administrativo-disciplinares da Lei nº 8.112, de 1990, com vistas a identificar possibilidade de ampliação de balizas objetivas sobre a matéria, à luz de normas constitucionais e legais de regência.

4.1. Valores, Princípios e Regras Gerais

Primordialmente, entendemos ser pertinente reconhecer que o legislador constitucional e legal pátrio estabeleceu *princípios e regras gerais* que embasam o cabimento jurídico da prática da consensualidade administrativa pelo processo de mediação, *sem apresentar limitações relativas à natureza de ilicitude ou intensidade da conduta, e sem mencionar existência ou não de indícios de dano.*

Os princípios e regras gerais em questão que já foram objetos de comentários no presente estudo estão assim consubstanciados no ordenamento jurídico vigente:

a) vigência do valor constitucional de solução pacífica de conflitos, como forma de acesso à justiça, insculpido no preâmbulo da Constituição Federal de 1988;

b) conformação da consensualidade via processo de mediação administrativa com os princípios do devido processo legal – este quanto aos aspectos processuais mais básicos e essenciais inerentes ao tema – e da legalidade administrativa de que tratam os arts. 5º, LIV, e 37, *caput*, da Constituição Federal, e o art. 2º, *caput*, da Lei do Processo Administrativo Federal.

c) instrumentalidade do acordo administrativo para solução de conflito disciplinar e gestão pública, via mediação processual, como mecanismo apropriado para a ultimação dos princípios da eficiência administrativa e do interesse público – ou interesse geral –, por inteligência das normas contidas no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, e no art. 2º, *caput*, da Lei do Processo Administrativo Federal, c.c. art. 17 da Lei de Mediação, e arts. 26 e 27 da LINDB.

d) incidência do princípio da eficiência administrativa, preconizado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, e no art. 2º, *caput*, da Lei do Processo Administrativo Federal, sobretudo em matéria de eficácia de governança pública federal, com base nos arts. 2º, I, 3º, I, e 4º, IX, do Decreto nº 9.203, de 2017, combinados com os multicitados dispositivos do CPC/2015, da Lei da Mediação e da LINDB;

e) consensualidade em sede de mediação administrativo-disciplinar deve observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de respeitar os critérios processuais legalmente previstos no art. 2º, *caput*,

parágrafo único, VI, VIII e IX, da Lei do Processo Administrativo Federal, c.c. art. 14 do Decreto-Lei nº 200, de 1967;

f) princípio da publicidade de que trata o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, e art. 2º, *caput*, da Lei do Processo Administrativo Federal, estará devidamente preservado no processo de mediação administrativa disciplinar, desde que a regra da confidencialidade seja aplicada de forma episódica, temporária, até o desfecho da mediação, ressalvadas as situações nas quais o sigilo deva ser mantido por proteção constitucional ou legal;

g) normas gerais regentes do princípio da consensualidade administrativa, consubstanciadas nos aspectos processuais da mediação administrativa e na possibilidade de celebração de TAC, como forma extintiva ou preventiva de litígios da Administração Pública em geral, sem exclusão de outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais, conforme a dicção dos arts. 174 e 175 do CPC/2015 e art. 32 e seguintes da Lei da Mediação;

h) norma geral de consensualidade administrativa, que admite solução pacífica de controvérsias administrativas sob a forma de compromisso de interesse geral – interesse público –, com possibilidade de estipulação de obrigações perante a Administração Pública em geral, após análise do setor jurídico competente, com admissão de cominação de sanção por descumprimento, segundo o disposto no art. 26 da LINDB;

i) norma geral de consensualidade administrativa que estabelece o caminho jurídico do compromisso processual, celebrável nas esferas administrativa, controladora ou judicial, visando impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos, conforme a redação do art. 27 da LINDB.

4.2. Acordo de Não Persecução Cível

Além das supracitadas normas gerais, é merecedora de devido realce a expressa previsão legal de celebração de Acordo de Não Persecução Cível, instituto negocial administrativo tratado pelo art. 17, § 2º, da Lei nº 8.429, de 1992³⁴, que, por definição, é aplicável a casos de constatação de prática de ato de improbidade administrativa levada a efeito essencialmente com a participação de agente público:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

34 A redação antiga do § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa impedia a celebração de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade administrativa.

[...]

§ 2º As ações de que trata este artigo admitem a celebração de acordo de não persecução cível, nos termos desta Lei.

No exame detalhado da norma, denota-se que a Lei do Pacote Anticrime não faz acepção de condutas de improbidade administrativa ao preconizar a possibilidade de celebração de ANPC. Isso significa dizer, portanto, que não há condições ou limitações concernentes à extensão de danos ou da intensidade de violação ou ilicitude alcançada contra os bens jurídicos públicos protegidos por essa lei, sendo possível concluir pelo cabimento de celebração de ANPC em qualquer das hipóteses previstas nos arts. 9º a 11 da Lei de Improbidade Administrativa, e, conseqüentemente, pela eficiência do acordo em caso de ressarcimento de danos e recuperação de valores públicos de qualquer montante.

Nesse sentido, reverbera Pereira (2020, p. 56):

Destarte, o que antes era terminantemente proibido, agora passa a ser autorizado de forma expressa ope legis, dentro de uma evolução da cultura jurídica/normativa de se buscar a autocomposição dos conflitos, *in casu*, o acordo (transação) em sede de improbidade administrativa, com o desiderato de se assegurar de forma mais ampla, célere, eficaz e completa possível a recomposição do erário desfalcado.

Com efeito, com o advento da Lei nº 13.964/19, todas as modalidades de atos de improbidade administrativa, - os que importem enriquecimento ilícito, os que causem lesão ao erário ou os que atentam contra os princípios da administração pública -, admitem a realização de acordo de não persecução cível.

Assim sendo, diante desses aspectos, exsurge importante indagação jurídica sobre como compatibilizar as normais gerais e o próprio instituto da ANPC com os atuais limites à consensualidade em temas administrativo-disciplinares da esfera federal em normas infralegais, conforme veremos na subseção seguinte.

4.3. Reflexões sobre Eficácia e Eficiência em Governança Administrativa, e o Cabimento de Revisão das Limitações Infralegais à Consensualidade Administrativo-Disciplinar Federal

O dinamismo³⁵ – fenômeno presente nas relações sociais, no uso das tecnologias e no próprio Direito – tem acompanhado a Administração Pública federal em diversas áreas de atuação, por intermédio de melhorias e inovações que visam ao atingimento do interesse público, ao desenvolvimento social, à *eficácia* na aplicação de métodos gerenciais e recursos públicos e à eficiência na produção de resultados representativos de *boa governança administrativa*.

Como diretriz de governança pública³⁶, o Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, nos termos do respectivo art. 4º, IX, apregoa a necessidade de “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”, e, na forma do art. 3º, I e IV, do mesmo decreto, estabeleceu como princípios de governança federal a “capacidade de resposta” e a “melhoria regulatória”.

Desse modo, a *eficiência administrativa*, a título de princípio expressamente preconizado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, e no art. 2º, *caput*, da Lei do Processo Administrativo Federal, sobretudo em matéria de *eficácia de governança pública federal*, com base nos arts. 2º, I, 3º, I, e 4º, IX, do Decreto nº 9.203, de 2017, combinados com os multicitados dispositivos do CPC/2015, da Lei da Mediação e da LINDB, constituem fundamentos jurídicos válidos para o reconhecimento *da necessidade de adequações normativas em matéria de consensualidade, via processo de mediação, visando incrementar a capacidade de resposta a irregularidades administrativas, como boa prática regulatória*.

Com efeito, no intuito de registrar argumentos e ponderações jurídicas em prol do aperfeiçoamento da *eficiência* em governança administrativa federal, é se perquirir até que ponto as limitações infralegais à consensualidade em temas administrativo-disciplinares podem ou não ser vantajosas para a Administração Pública, considerando-se os seguintes aspectos:

a) em linhas gerais, a realização de mediação administrativa e a celebração de acordos em temas administrativo-disciplinares possuem

35 Conforme Cunha (2010, p. 220), etimologicamente, a palavra *dinamismo* deriva de *dinamo* (*δυναμις*), palavra grega traduzida por autoridade, capacidade, poder, potência, propriedade, virtude. A seu turno, Houaiss (2003, p. 239) registra que *dinamismo* significa ação, atividade, movimento, em sentido contrário a descanso, inatividade, inércia; tem ainda o sentido de energia, força, potência, vitalidade, diversamente de desânimo, inércia, ócio, ociosidade, passividade.

36 A política de governança da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional foi estabelecida nos termos do Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, cujo art. 2º, I, definiu a governança pública como “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”.

aptidão para alcançar resultados mais eficientes para a Administração Pública do que o próprio processo administrativo disciplinar, pois aqueles meios consensuais alternativos tendem a aumentar a capacidade de resposta administrativa a irregularidades detectadas, propiciando a consumação de benefícios em matéria de gestão regulatória de forma mais célere, simplificada e abrangente;

b) a limitação da consensualidade por ato normativo infralegal apenas aos casos de condutas de menor potencial ofensivo tende a excluir da utilização do sistema de solução consensual de litígios os casos sujeitos a penalidades mais severas, como a suspensão de 90 dias ou a própria demissão, reduzindo, por consequência, o alcance do tratamento dinâmico da consensualidade via processo de mediação para situações possivelmente mais graves e, por isso, também muito importantes para a Administração;

c) a vedação infralegal da consensualidade administrativa para apurações de ilícitos profissionais que tenham causado dano ou prejuízo ao erário também possui o condão de reduzir significativamente a eficácia administrativa na obtenção de ressarcimentos ou recuperações de valores;

d) outrossim, a proibição infralegal do uso da consensualidade administrativo-disciplinar nos casos de improbidade administrativa caracteriza contrariedade ao espírito proposto pelo legislador pátrio na previsão legal de celebração de ANPC;

e) previsões infralegais de colaboração premiada, pagamento de multas, reparações, realização de cursos de ética e aperfeiçoamento profissional, e sanções por descumprimento de obrigações pactuadas nos mecanismos negociais, poderão incrementar a solução de litígios.

É de se aquilatar, portanto, que o Direito Processual Administrativo Disciplinar federal, *em construção*, ainda é passível de revisões e aprimoramentos, especificamente por ato normativo de nível infralegal, considerando-se o cabimento de revisitação dos atuais limites e condicionantes à prática de consensualidade administrativa e matéria disciplinar, inclusive com o reconhecimento do uso do processo de mediação administrativo-disciplinar, como mecanismo de gestão administrativa eficiente para o atingimento do interesse público.

5. CONCLUSÕES

Do exposto no presente trabalho, decorrem conclusões importantes acerca do amplo crescimento da utilização de meios alternativos à via judicial de solução de controvérsias no Brasil, com destaque especial à consensualidade em diversas matérias administrativas hoje disciplinadas pelo legislador nacional.

Dentro dessa ótica, é de notável relevância a atuação da AGU, como órgão essencial à administração da Justiça, que tem cumprido seu papel constitucional por intermédio da implementação de importantes contribuições no atual cenário de desenvolvimento de métodos autocompositivos do Sistema Multiportas de Acesso à Justiça do país, a exemplo das implementações, em 2007, da CCAF-AGU – hoje denominada como Câmara de Mediação e Conciliação da Administração Pública Federal – e, em 2012, com a criação permanente das Centrais de Negociação da PGU.

Destaque-se, como tema precípua do estudo, o recente tratamento legal de aspectos processuais da mediação administrativa, como método de autocomposição de disputas de interesse direto do poder público, nos termos dos arts. 174 e 175 do CPC/2015, e art. 32 e seguintes da Lei de Mediação, juntamente com a previsão de celebração de acordos administrativos nos moldes dos arts. 26 e 27 da LINDB, caracterizam verdadeira autenticação por parte do Poder Legislativo federal ao princípio da consensualidade administrativa, via processo de mediação, com fundamento em conjunto de regras gerais do ordenamento jurídico pátrio destinadas para a Administração Pública solucionar litígios em que estejam envolvidos órgãos e entidades do poder público.

Aliás, em face dos citados aspectos legais da consensualidade administrativa – tanto no plano processual, como no material –, é de se notar que a atuação da AGU é de fundamental importância na consecução dos objetivos que foram previstos pelo legislador pátrio. Eis que, além do próprio funcionamento da CCAF-AGU, no papel de órgão condutor da conciliação e mediação administrativa, as *atribuições inerentes à prévia análise jurídica de acordos e transações* para prevenção e extinção de litígios, ajuizados ou não, no interesse federal, também deverão ser desempenhadas por órgão jurídico da esfera federal, consubstanciando, por via de consequência, notável e efetiva convergência das atividades da AGU com o respectivo papel constitucional e legal de *órgão essencial à administração da Justiça*.

Outra importante informação inferida nesta pesquisa reside no fato de que o Direito Processual Administrativo Disciplinar federal, *em construção* – basicamente regido por normas da Lei nº 8.112, de 1990, em harmonia com normas constitucionais, legais e infralegais de regência –, constitui sistema jurídico-processual atualmente passível de revisões, ampliações e edificações, a partir de novas e dinâmicas alternativas processuais, em especial, via produção de normas infralegais que ampliem as opções consensuais, inclusive pelo método de mediação.

Parece-nos que os atuais limites e condicionantes infralegais à prática de consensualidade em temas administrativo-disciplinares regidos pela Lei nº 8.112, de 1990, podem e precisam ser revisitados, considerando-se,

sobretudo, a ausência dessas condicionantes constitucionais ou legais em termos de aspectos subjetivos da conduta do agente responsável pela prática de ato ilícito e indícios de produção de danos ao erário, ou até mesmo no que concerne à gravidade da infração cometida, cabendo, senão, ao *legislador infralegal* refletir sobre quais casos devem ou não ser submetidos à celebração de acordo administrativo, como forma eficiente de solucionar pacificamente litígio administrativo, em últimação ao interesse público, observando-se, nesses casos, o processo da mediação administrativo-disciplinar.

O reconhecimento da instrumentalidade do acordo administrativo em matéria disciplinar, como relevante mecanismo de gestão e realização do interesse público, também é conclusão jurídico-administrativa que merece destaque no presente estudo, além das vantagens processuais dos mecanismos autocompositivos à disposição da Administração Pública, como a dinâmica e eficiência no tratamento pacífico de controvérsias e a celeridade no atingimento de resultados concretos no procedimento de mediação.

Deve-se destacar, ademais, que a redação atual da LIA, a partir do chamado Pacote Anticrime, admite consensualidade administrativa em casos de improbidade administrativa, admitindo a possibilidade de transação por meio do ANPC, em condutas de gravidade considerável, com possíveis resultados de enriquecimento ilícito e danos ao erário.

Com efeito, na seara do Direito Processual Administrativo Disciplinar federal, *em construção*, o detentor do poder normativo infralegal não pode olvidar a importância das normas gerais e da referida inovação da LIA, e os reflexos dos atuais marcos jurídicos, na interpretação e revisão de aplicação dos limites à consensualidade em matéria administrativo-disciplinar, conforme as reflexões e sugestões implementadas na subseção 4.3, *supra*.

Nesse sentido, o que se observa neste momento, é que, na edificação do Direito Processual Administrativo Disciplinar federal, a Administração Pública federal tem em suas mãos o poder de decidir por ampliar ou não a utilização dos métodos autocompositivos, dotados de aspectos de modernidade, criatividade e dinâmica na solução pacífica e eficiente de conflitos administrativo-disciplinares, de forma aliada e coexistente com o processo administrativo disciplinar da Lei nº 8.112, de 1990.

REFERÊNCIAS

BÍBLIA, A. Português. *Bíblia Thompson*: letra grande. Versão Almeida Edição Contemporânea. Compilado e redigido por Frank Charles Thompson. Tradução João Ferreira de Almeida. São Paulo: Editora Vida, 2014.

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação com a administração pública. In: MOREIRA, Antônio Júdice et al. (org.). *Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 31-51.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães; ALVES, Marcus Vinicius Armani. Breve análise dos meios alternativos de solução de conflitos envolvendo a administração pública no Brasil e em Portugal. In: MOREIRA, Antônio Júdice et al. (org.). *Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 237-258.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. Salvador: Jus Podivm, 2014.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

CUNHA, Antônio Geraldo da. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 4ª ed. revista pela nova ortografia. Rio de Janeiro: Lexicon, 2010.

DAVI, Kaline Ferreira. *Modos alternativos de um contencioso não jurisdicional e o papel a ser desempenhado por uma Advocacia-Geral da União cidadã*. Publicações da Escola da AGU: Trabalhos Vencedores do Concurso de Monografias da AGU em 2009-2010. *Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal*, Brasília, n. 15, p. 85-115, fev. 2012.

FRANCO, Álvaro da Costa. Tratados de fixação de limites territoriais. In: FGV - Fundação Getúlio Vargas: *Atlas Histórico do Brasil*. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://atlas.fgv.br/verbetes/tratados-de-fixacao-de-limites-territoriais>. Acesso em: 26 mar. 2021.

GABBAY, Daniela Monteiro; YAMAMOTO, Ricardo. Entre a norma e a prática: desafios na redação da cláusula de mediação em contratos administrativos. In: MOREIRA, Antônio Júdice et al. (org.). *Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 189-213.

HOUAISS, Instituto Antônio. *Sinônimos e antônimos*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2003.

FRANKSANDER. *Leading the alternative dispute resolution (ADR) field*. [S.I.]. [2018?]. Disponível em: <http://franksander.com/leading-the-alternative-dispute-resolution-field/>. Acesso em: 26 mar. 2021.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria Sulina Editora, 1964.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermeunêutica e aplicação do direito*. Apresentação Alyson Mascaro (Fora de Série), 22^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B089TTBDFB>. Acesso em: 26 mar. 2021. ISBN 978-85-309-9141-8.

MAIA NETO, Francisco. O uso da mediação e arbitragem nas desapropriações. In: MOREIRA, Antônio Júdice et al. (org.). *Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 259-275.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

MOORE, Christopher W. *The mediation process: practical strategies for solving conflict*. 4th ed. San Francisco: Jossey-Bass, 2014. E-book. Disponível em: <https://ler.amazon.com.br/?asin=B00H7JE6U2>. Acesso em: 26 mar. 2021. ISBN-13 978-1118304303.

MOREIRA, Egon Bockmann. O novo código de processo civil e sua aplicação no processo administrativo. *Revista de Direito Administrativo*: Rio de Janeiro, v. 273, p. 313/334, set./dez. 2016.

NEIVA, Geisa Rosignoli. *Conciliação e mediação pela administração pública: parâmetros para sua efetivação*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.

NEVES, Cleuler Barbosa das; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. Dever de consensualidade na atuação administrativa. *Revista de Informação Legislativa*: Brasília, v. 55, n. 218, p. 63-84, abr./jun. 2018. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/218/ril_v55_n218_p63.pdf. Acesso em: 26 mar. 2021.

PEREIRA, Leydomar Nunes. *Solução consensual na improbidade administrativa: acordo de não persecução civil*. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

SAGRADAFAMILIA. *Main Milestones* [S.I.]. 2021. Disponível em: <https://sagradafamilia.org/en/history-of-the-temple>. Acesso em: 26 mar. 2021.

SALVO, Sílvia Helena Picarelli Gonçalves Johonsom di. *Arbitragem de conflitos na administração pública brasileira e o sistema multiportas de resolução de disputas: um olhar revisitado e uma perspectiva para o futuro*. In: MOREIRA, Antônio Júdice et al. (org.). *Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 341-359.

SANTOS, Maurício Gomm; HLAVNICKA, Karin. *Arbitragem e mediação na administração pública: um aceno sobre a realidade no Brasil e nos Estados Unidos da América*. In: MOREIRA, Antônio Júdice et al. (org.). *Mediação e arbitragem na administração pública: Brasil e Portugal*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 419-445.

SEMINÁRIO promovido pelo IBDA aprova enunciados sobre a LINDB, 2016, Tiradentes. Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no direito administrativo. Tiradentes, MG: Instituto Brasileiro do Direito Administrativo, 2016. Disponível em: <https://ibda.com.br/noticia/seminario-promovido-pelo-ibda-aprova-enunciados-sobre-a-lindb>. Acesso em: 26 mar. 2021

SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação: um retrospecto histórico, conceitual e teórico*. In: SPENGLER, Fabiana Marion; NETO, Theobaldo (org.). *Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei*. Disponível em: <https://repositorio.unisc.br/jspui/bitstream/11624/1838/1/Media%C3%A7%C3%A3o%20enquanto%20pol%C3%ADtica%20p%C3%ABblica.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2021.

STRAUBE, Adriana Laporta Cardinali Straube. *Acordos administrativos no direito concorrencial brasileiro e o impacto da “operação lava jato”*. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (org.). *Acordos Administrativos no Brasil*. São Paulo: Almedina, 2020. p. 231-269.

SUPER. *Por que a torre de pizza é inclinada?* [S.I.]. 2011. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/por-que-a-torre-de-pisa-e-inclinada/>. Acesso em: 26 mar. 2021.

VORONOFF, Alice. *Direito administrativo sancionador no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. E-book. Disponível em: <https://digital.editoraforum.com.br/ler/livro/1688/1763/inicio>. Acesso em: 26 mar. 2021. ISBN 978-85-450-0487-5.

ATUAÇÃO DE UMA ADVOCACIA PÚBLICA CONSULTIVA DE ESTADO NA AGU EM FACE DE TECNOLOGIAS DE ROBOTIZAÇÃO E NOVOS CONCEITOS DE GESTÃO JURÍDICA: EM BUSCA DE UMA ADVOCACIA 4.0

*THE PERFORMANCE OF A STATE PUBLIC LEGAL
CONSULTANCY ADVOCACY OF ATTORNEY GENERAL'S
OFFICE IN FACE OF ROBOTIZATION TECHNOLOGIES AND
NEW CONCEPTS OF LEGAL MANAGEMENT: IN SEARCH OF
ADVOCACY 4.0*

Charlon Luis Zalewski

Advogado da União, com graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM e Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU). Consultor Jurídico da União em Santa Catarina.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Características de uma Advocacia 4.0; 1.1. Delimitação de um conceito; 1.2. O tratamento correto dos dados como uma das premissas básicas; 1.3. *Legal design thinking* (LDT) / *Visual Law*; 1.3.1. Visual law; 1.4. *Legal operations* / *CLOC*; 1.5. Automação, *machine learning* e IA e a experiência do SAPIENS como possível grande base das mesmas e da

atuação consultiva da AGU; 2. A atuação consultiva da AGU no contexto dessa nova advocacia; 2.1. Atribuição normativa como advocacia de Estado e não de governo; 2.2. Atuação em licitações e contratações públicas; 2.3. Assessoramento mais proativo, efetivo, disponível e personalizado aos órgãos; 2.3.1. *Chatbot* e *site* com base única de manifestações tanto para membros como para servidores; 2.4. Conciliação/ mediação de conflitos; 2.5. Atuação estratégica com o contencioso; 3. Conclusão; Referências.

RESUMO: A presente reflexão, impulsionada pela discussão da substituição dos humanos por máquinas e pela necessidade básica urgente de otimização dos trabalhos, busca demonstrar que a manutenção da existência, necessidade e prestígio institucional da Advocacia-Geral da União em sua atuação consultiva de Estado dependerá da mudança de paradigmas com a incorporação de tecnologias como ferramentas de robotização bem como de conceitos de uma Advocacia 4.0, que inclui uma gestão jurídica especialmente baseada em ideias de *legal design thinking* e do *CLOC*. O pressuposto é o correto tratamento de dados organizados. Como atribuições que podem ser potencializadas, além de ganharem novos contornos, destacam-se a atuação em licitações e contratos (com uso de minutas e pareceres padrão automatizados), conciliação/ mediação de conflitos, assessoramento mais proativo, efetivo, disponível e personalizado aos órgãos (com destaque para criação de ferramenta de *chatbot*) e maior sinergia estratégica com o contencioso.

PALAVRAS-CHAVE: Administrativo. Advocacia-Geral da União. Consultivo. Advocacia 4.0. Gestão. Dados. Robotização. Mudança de Paradigma.

ABSTRACT: This article, driven by the discussion of the substitution of humans for machines and the urgent need to optimize the work, seeks to demonstrate that the maintenance of the existence, need and institutional prestige of Attorney General's Office in its state public legal consultancy will depend on the change of paradigms with the incorporation of technologies as robotization tools as well as the concepts of Advocacy 4.0, which includes legal management especially based on ideas from legal design thinking and the CLOC. The basic assumption is the correct treatment of organized data. As attributions that can be leveraged, in addition to gaining new contours,

we highlight the performance in bids and contracts (using standard automated drafts and opinions), conflict reconciliation/mediation, more proactive, effective, available and personalized advice to the agencies (with emphasis on the creation of a chatbot tool) and greater strategic synergy with litigation's sector.

KEYWORDS: Administrative. Federal Attorney General. Advisory. Advocacy 4.0. Management. Data. Robotization. Paradigm Change.

INTRODUÇÃO

A era digital é uma realidade. A tecnologia tem avançado rapidamente, trazendo inúmeras possibilidades e facilidades, como ferramentas de automação, *machine learning* e inteligência artificial (IA) na realização de tarefas (robotização). Ao mesmo tempo, as pessoas vão tendo novas necessidades e perspectivas. Isso reflete diretamente em mudanças nas relações sociais, mercado de trabalho e forma de prestação dos serviços. Com a advocacia pública consultiva prestada pela Advocacia-Geral da União (AGU) não seria diferente, ainda mais com a instituição podendo ser considerada o maior escritório do País¹.

Um dos maiores autores e pensadores da atualidade, Yuval Noah Harari, especialmente em seu livro *21 lições para o século 21*, de forma bastante clara e perspicaz, correlaciona e desafia o atual e futuro do trabalho e das profissões com os avanços em tecnologia da informação (notadamente inteligência artificial, permeada pelo potencial do *Big Data* e biotecnologia. Afirma, dentre várias outras situações que hoje já se verificam, o desaparecimento de muitas profissões, o surgimento de outras, a necessidade de habilitação e atualização durante toda vida e o surgimento (ou crescimento) de uma imensa maioria e classe de “inúteis” e “irrelevantes” (HARARI, 2020, p. 40-69).

As primeiras lições estão baseadas no que ele chama de desafio tecnológico, dentre elas, a provocação a respeito do futuro do trabalho e das profissões, afirmando a hipótese de que “quando você crescer, talvez não tenha um emprego”, citando “advogados humanos” em muitas de suas colocações, como passíveis de substituição por máquinas.

¹ Aproximadamente 7.600 (sete mil e seiscentos) membros na ativa, dentre Advogados da União, Procuradores Federais, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central. O foco será a atuação de aproximadamente 600 (seiscentos) Advogados da União, atuantes nas unidades da Consultoria-Geral da União, que atendem a administração direta federal.

O mesmo alerta tem sido constante nas edições do Fórum Econômico Mundial. No último manifesto de Davos se conclama o empresariado para mudança de perspectivas com relação ao mercado, com foco abrangente e colaborativo com todos os agentes envolvidos (DAVOS, 2020).

Estudo apresentado em 2017 pela consultoria americana *McKinsey & Company* diz que cerca de 800 milhões de profissionais poderão perder seus empregos até 2030, mencionando que até um terço dos trabalhos atuais poderá ser automatizado. Sofrerão mais os profissionais que ocupam funções de trabalho repetitivo, como assistentes jurídicos, contadores e profissionais de setores administrativos. A *Dell Technologies e o Institute for the Futures* estimam que apenas 15% dos trabalhos atuais existirão em 2030, ou seja, cerca de 85% deles ainda não teriam sido criados.

Susskind (2017) já trouxe a provocação sobre o futuro da advocacia e como será (se houver) o advogado do amanhã, especialmente diante das facilidades e substituições que a tecnologia proporciona e das novas necessidades da clientela.

Nesse contexto, é bastante difícil atualmente pensar na atuação da advocacia dissociada dos avanços tecnológicos, sob três enfoques: a) novas questões jurídicas (novos “direitos”) que deles decorrem; b) otimização e racionalização de processos de trabalho pelo uso de todo ferramental tecnológico disponível e c) tendências e novos paradigmas de atuação decorrentes.

A Advocacia 4.0 é esta intimamente relacionada a esses avanços tecnológicos e que, inevitavelmente, impulsionam novas perspectivas de gestão jurídica (vide proliferação das *LawTechs e LegalTechs*²); guardadas as devidas especificidades, os conceitos se aplicam tanto na seara privada como na pública, tanto sob a perspectiva do público interno e externo da AGU³.

Soluções tecnológicas na atuação judicial têm tido o maior destaque, até diante da cultura do contencioso no Brasil e seus mais de 100 milhões de processos em andamento (CNJ, 2019). A seara consultiva, apesar da sua importância na própria prevenção dessa judicialização, precisa da devida atenção, possuindo amplo campo de atuação a ser consolidado e impulsionado.

2 Startups dedicadas ao desenvolvimento de serviços tecnológicos para o ecossistema jurídico. O conteúdo da Associação Brasileira de LawTechs e LegalTechs (AB2L) foi fonte constante no presente trabalho. Em seu radar constam categorias como analytics e jurimetria; automação e gestão de documentos; compliance; conteúdo jurídico, educação e consultoria através de portais de informação, legislação e notícias; extração e monitoramento de dados públicos; soluções de gestão de informações; IA para o setor público e resolução de conflitos online (AB2L, 2021).

3 Ao se mencionar clientes ou usuários das medidas poderá estar se tratando tanto de membros e servidores da AGU como dos órgãos e agentes públicos federais assessorados.

Com esse pano de fundo, o presente trabalho⁴ pretende responder essencialmente ao seguinte problema: os advogados do consultivo da AGU ainda serão necessários e relevantes diante dessas tecnologias de robotização? Se sim, como eles e a instituição como um todo podem e devem se adequar?

Para tanto, discorrer-se-á, primeiramente, sobre as características de uma Advocacia 4.0; seu conceito, o tratamento correto dos dados como uma das premissas básicas, ideias de gestão como *Legal design thinking/Visual law* e *Legal operations/CLOC*, e de tecnologia como automação, *machine learning* e a IA, ressaltando a experiência do sistema SAPIENS como base. Em um segundo momento, correlacionar-se-á a atuação consultiva da AGU no contexto dessa nova advocacia, descrevendo-se a atribuição normativa como advocacia de Estado e não de governo, a atuação em licitações e contratações, no assessoramento direto aos órgãos e agentes públicos (com destaque para a ideia de um *chatbot* e site), na conciliação/ mediação de conflitos e na relação com o contencioso.

1. CARACTERÍSTICAS DE UMA ADVOCACIA 4.0

1.1 Delimitação de um conceito

As chamadas revoluções industriais são assim tratadas porque significaram alguma mudança importante de paradigma para a humanidade, notadamente no campo econômico. A mecanização e uma pluralidade de invenções nos processos produtivos a partir do século XVIII inauguraram a Primeira; a energia elétrica, motor à explosão e o telégrafo permitindo a exploração de novos mercados e a otimização de processos viabilizaram o início da Segunda. A Terceira, também conhecida como Revolução Técnico-Científica e Informacional, caracterizou-se pelo avanço do processo de inovação tecnológica, em especial concernente ao campo da informática, robótica, telecomunicações, transportes, biotecnologia e nanotecnologia, a partir da década de 1970. A atual Indústria 4.0 alude ao uso de tecnologias para automação e troca de dados, além de sistemas ciberfísicos, internet das coisas e computação em nuvem (FEIGELSON, MALDONADO, 2019).

4 A premissa desta pesquisa já envolve a tendência verificada sobre a difusão, fragmentação e horizontalização das fontes de conhecimento, motivada em especial pela internet, em que o argumento histórico e estático de autoridade cede espaço para plataformas variadas e a uma gama de profissionais pulverizados e novos no mercado que têm se dedicado ao tema (artigos, científicos ou não, publicados em revistas, sites ou blogs especializados; entrevistas, notícias, palestras, vídeos, podcasts, cursos com profissionais da área, entre outros, disponíveis nas mais diversas plataformas). Ademais, a essência do tema envolve a inconstância gerada pela revolução tecnológica, em que a atualização de estudos e argumentos é bastante volátil.

Trata-se de momento marcado pelo crescimento exponencial da capacidade de computação e a combinação de tecnologias físicas, digitais e biológicas (ASSUNÇÃO, 2017).

É nesse contexto inovador, revolucionário e essencialmente tecnológico (baseado em dados) que se inserem os paradigmas de uma Advocacia 4.0, necessariamente aliada a modernos conceitos de gestão, estratégia, governança e interdisciplinaridade, focada nos usuários e no que realmente importa com mais praticidade e eficiência, forçando o profissional da área jurídica a uma mudança total de paradigma e mentalidade.

1.2. O tratamento correto dos dados como uma das premissas básicas

O mundo é virtual e resultado disso é o crescimento e capacidade exponencial da geração, captura e armazenamento de informações na forma de dados, ao que podemos chamar de *Big Data*. É comum se falar que nessa Era ou Sociedade da informação os dados são o novo petróleo, tamanha a sua riqueza e matéria prima universal.

No atual estágio de conhecimento, a robotização de processos e procedimentos não é solução mágica, mas produto da criatividade e interesse humanos, baseada em dados e algoritmos⁵.

Se esses *inputs* são incorretos, desorganizados, múltiplos para a mesma informação, sem unicidade ou padrão de uniformização ou que sejam de qualquer forma viciados, os resultados/*outputs* terão o mesmo destino de ilegitimidade, representando sério risco (KOROLOV, 2018). A correta classificação e taxonomia de dados de forma organizada é fundamental, como intervenções arquivísticas na classificação, descrição e avaliação (WATANABE; SOUSA, 2019).

Diante desse imenso e exponencial volume de dados, sua governança, controle e cuidado não são uma opção, mas sim uma necessidade. Eis a ideia de um jurídico *data driven*, que significa concluir e decidir baseado/ dirigido em dados.

Mais do que gerar soluções mais eficientes através de dados organizados, é preciso acompanhar sua execução e resultados, de forma dinâmica, em tempo real, intuitiva e célere, possibilitando uma visão mais estratégica⁶.

5 São as regras lógico-matemáticas que compõem as unidades de programação. Conforme artigo 3º da Resolução 332, de 21/08/2020, do CNJ, algoritmo é sequência finita de instruções executadas por um programa de computador, com o objetivo de processar informações para um fim específico.

6 No âmbito da AGU, o SAPIENS permite a geração de relatórios e se utiliza a ferramenta do Power BI (business intelligence) da Microsoft para gestão e acompanhamento. Todavia, outras ferramentas a torná-los mais completos, intuitivos e dinâmicos, em formato web, permeados pelo buscado conceito de visual

É basilar, por exemplo, que os sujeitos envolvidos em qualquer demanda e processo de decisão - órgãos assessorados, pessoas físicas e as próprias unidades de assessoramento - tenham identificação e cadastro únicos e completos nos sistemas, sem a indesejada duplicidade. A mesma uniformidade deve ocorrer na correta classificação de assuntos e temas, manifestações e orientações jurídicas, legislação, manuseio de tarefas e atividades a serem criadas e lançadas.

1.3. *Legal Design Thinking (LDT) / Visual Law*

Design Thinking é um conjunto de práticas, metodologias e conceitos operacionais para criação de aplicações, produtos e soluções orientados sempre à satisfação de exigências e necessidades do cliente ou usuário (FUTURE LAW, 2020). É uma abordagem para a inovação centrada no ser humano, que utiliza do kit de ferramentas do designer para integrar as necessidades das pessoas, as possibilidades da tecnologia e os requisitos para o sucesso do negócio (BROWN, 2018).

Esse processo costuma ser descrito em seis etapas dinâmicas, quais sejam: empatia/descoberta/entendimento (compreender as necessidades e prioridades do destinatário, colocando-se no seu lugar, levantando informações); definição/sintetização das necessidades em nível mais concreto; ideação/*brainstorm* (tradução das necessidades em ideias e possíveis soluções jurídicas); prototipação (desenvolver na prática algumas ideias); validação (teste para o destinatário) e implementação (LICHTY, 2019).

Importante destacar que esse produto, embora seja final, não deve guardar a característica de ser estático e definitivo; ele precisa ser constantemente reavaliado. A otimização de processos de trabalho melhorando a eficácia na prestação dos serviços jurídicos é potencializada pelo desenvolvimento de *softwares* ágeis.

O conhecido Manifesto para o Desenvolvimento Ágil de Software (ou apenas Manifesto Ágil) traz um pedido para que empresas, principalmente as de tecnologia, desenvolvam seus produtos e serviços (além de operar de forma geral) com base em valores e princípios, que, em suma, focam no usuário e na interação constante e dinâmica deste com os desenvolvedores (KENT, et al, 2001).

Essa metodologia para criação de *softwares* ágeis aplicada ao mundo jurídico pode ser chamada de *Lawgile* ou Metodologias Jurídicas Ágeis (FUTURE LAW, 2020), tanto sob o ponto de vista da criação do *software* como dos próprios fluxos da atuação jurídica.

law e para atendimento de necessidades específicas ou não, têm sido formuladas paralelamente, como da extensão SAPO.

Por certo que a razão de ser da advocacia pública consultiva são os órgãos e agentes públicos assessorados; todavia, deve ser incluído nessa visão de cliente/usuário, seja como sujeito de processos de gestão ou de tecnologia, o próprio advogado. A atual cultura organizacional interna precisa estar madura e ciente das novas necessidades para poder refletir isso ao público externo; de todo modo, essa simbiose pode ocorrer de forma simultânea.

1.3.1. *Visual law*

O tradicional raciocínio jurídico cartesiano precisa ser agregado e complementado a um contexto mais dinâmico de interação e comunicação (basta ter em mente que o Direito se insere nas ciências sociais e não nas exatas/naturais). A ideia é se fazer entender por meio de uma linguagem mais acessível, funcional, efetiva, compreensível, ágil e focando no usuário destinatário dessa mensagem e na sua experiência e nos problemas reais da relação jurídica estabelecida. Essa é a ideia do *visual law*, como um dos desdobramentos do LDT, que utiliza elementos visuais para tornar o Direito mais claro e compreensível (HAGAN, 2017).

Mais do que saber as ferramentas para se desenhar e colocar essas informações no ambiente digital (maior tarefa de especialistas em *design* e informática), é preciso saber o que é essencial na mensagem a ser emitida (papel do advogado conhecedor do direito).

A aproximação entre juristas e profissionais da área de TI exsurge mais essencial do que nunca, assim como entre as mais diversas áreas do conhecimento (basta pensar nas diversas áreas técnicas dos clientes assessorados), sendo a interdisciplinaridade fundamental.

Trazer esse conceito para a consultoria e o assessoramento jurídico não é novidade e sempre deveria estar presente, considerando que a própria essência dessa atuação é voltada para o gestor e suas equipes, que, de regra e naturalmente (já que para isso existe a AGU), são leigos na área jurídica. A Boa Prática Consultiva (BPC)⁷ já enuncia que as manifestações consultivas devem ser redigidas de forma clara, com especial cuidado à conclusão, a ser apartada da fundamentação e conter exposição especificada das orientações e recomendações formuladas, utilizando-se tópicos para cada encaminhamento proposto, a fim de permitir à autoridade pública consulente sua fácil compreensão e atendimento.

A advogado consultivo precisa se fazer entender, principalmente em uma de suas principais entregas, que é o parecer, muitas vezes prolixo,

7 Tratam-se de conceitos extraídos do Manual de Boas Práticas Consultivas, 4ª ed, consubstanciado na Portaria Conjunta CGU, CGAU, PGBC, PGFN, PGF e PGU 01, de 2 de dezembro de 2016.

excessivamente longo e sem qualquer formatação cativante aos olhos do leitor⁸.

1.4. *Legal Operations* / CLOC

Trata-se de reforçar a necessidade de uma gestão jurídica 4.0, cujo conceito se identifica com equipes/setores multidisciplinares a auxiliarem a área jurídica, como um *back office*, ao mesmo tempo também composto por advogados, em sinergia, a focarem nas suas atividades fins, visando mapeamento e melhoria de fluxos com mais eficiência e eficácia.

Descreve um conjunto de processos de negócios, atividades e profissionais que permitem que os departamentos jurídicos atendam seus clientes de maneira mais eficaz, aplicando práticas comerciais e técnicas à prestação de serviços jurídicos; fornecem planejamento estratégico, gerenciamento financeiro, gerenciamento de projetos e experiência em tecnologia que permitem que os profissionais jurídicos se concentrem em fornecer consultoria jurídica.

Baseia-se em um tripé composto de pessoas (equipe multidisciplinar), processos (mapeamento e dados dos fluxos e trabalhos) e tecnologia (ferramenta de otimização).

A mundialmente conhecida *Corporate Legal Operations Consortium* – CLOC, mais do que uma associação jurídica com objetivo de tornar os departamentos jurídicos de empresas mais eficientes, prontos para a transformação digital e as exigências dos negócios modernos, trata-se de uma metodologia e conceitos para *Legal Ops* (CLOC, 2020).

O CLOC definiu 12 competências essenciais para que a organização alcance melhores resultados, que podem assim ser apresentadas numa visão geral: gestão financeira; gestão de fornecedores; gestão e governança da informação disponível; gestão com compartilhamento e mútuo acesso ao conhecimento entre as várias áreas; equipe motivada, engajada e dirigida aos propósitos da organização, com identificação de líderes e valorização das carreiras; maior especialização de áreas dentro do jurídico, evitando dispersão desfocada das habilidades em tarefas outras (quase que o próprio objetivo final do conceito); gestão de projetos e iniciativas; definir modelos de entrega dos serviços, combinando o trabalho certo com o recurso certo; planejamento estratégico, com definição de objetivos maiores que realmente importem dentro de uma visão holística de longo prazo; treinamento e

8 Por meio da Portaria nº 328, de 30/06/2020, a Procuradoria-Geral Federal instituiu o Projeto Piloto Linguagem Jurídica Inovadora, que visa a confecção de petições no formato Visual Law, com utilização de elementos visuais para tornar o Direito mais claro e compreensível, além de vídeos, infográficos, fluxogramas, storyboards e bullet points e o uso de QR CODE.

desenvolvimento profissional e direcionado das equipes; *Business Intelligence*, com tomada de melhores decisões por meio de dados concretos; Tecnologia, a ser implantada de forma estratégica e uma visão geral da organização, útil e conectada com os reais fluxos de trabalho da equipe, para inovação, automatização e resolução de problemas, melhorando a velocidade e a qualidade dos trabalhos.

1.5. Automação, *machine learning* e IA e a experiência do SAPIENS como possível grande base das mesmas e da atuação consultiva da AGU

A Advocacia 4.0, ao lado dessa nova visão de gestão, no que se inclui uma basilar governança das informações e dados produzidos e disponíveis, tem a tecnologia como um de seus fundamentos para o auxílio das tarefas dos advogados, todas dependentes dos dados e *inputs* corretos que as alimentam.

A automação decorre de soluções algorítmicas mais simples, de operações de máquina para controle de fluxos, geralmente mediante pesquisa textual, em que se cria um conjunto de regras para gerar uma resposta a partir do processamento dos dados introduzidos.

Uma técnica intermediária é o *machine learning* ou aprendizado de máquina, na qual, a partir de um necessário volume de dados (por isso sua relação mais direta com o *Big Data*), os computadores têm a capacidade de aprender e criar intuitivamente algoritmos de acordo com as respostas esperadas por meio de associações desses diferentes dados, os quais podem ser imagens, números e tudo que essa tecnologia possa identificar (IBM, 2021).

Inteligência Artificial, em linhas gerais, como a mais avançada, pode ser definida como resultado de uma programação de computador que procura “imitar” as características humanas e sua inteligência. É um artefato construído pelo homem em um ambiente controlado e compreendido, ao longo de períodos sustentados de tempo, para que apresente um comportamento dito inteligente ou que mimetize o comportamento/a mente humana (ARKOUDAS; BRINGSJORD, 2014)⁹. Como unidade de software para reproduzir as ações humanas, ela se desenvolve por passos/camadas, até entrar na capacidade de decisão (NOGUEIRA, 2020).

⁹ Conforme artigo 3º da Resolução 332, de 21/08/2020, do CNJ, Inteligência Artificial é o conjunto de dados e algoritmos computacionais, concebidos a partir de modelos matemáticos, cujo objetivo é oferecer resultados inteligentes, associados ou comparáveis a determinados aspectos do pensamento, do saber ou da atividade humana.

A AGU funciona integralmente de forma digital¹⁰ dentro de um sistema chamado SAPIENS¹¹, que, ao fim e ao cabo, pode ser a plataforma base para essas tecnologias de apoio.

Em 2021, foi lançada sua versão 2.0, que contará com o apoio de várias Procuradorias estaduais e municipais interessadas no uso do sistema, com o objetivo de aprimoramento conjunto e compartilhamento de conhecimento, como plataforma e grande “laboratório” (ou pretende ser) de inovação.

A versão 2.0 do SAPIENS se propõe a oferecer uma nova e moderna interface, que facilita o controle de demandas, a pesquisa e a obtenção das informações; criada de acordo com os conceitos de *Material Design do Google*, com base na experiência do usuário, intuitiva e focada na simplicidade. É o que se defende neste trabalho, inclusive dentro do conceito de LDT.

Atualmente, iniciativas para facilitação e auxílio dos trabalhos dos membros e servidores administrativos, paralelas ao SAPIENS, extensões a este ou não, mas que com ele têm necessária integração para o resultado final, já existem na instituição¹². Destaca-se a extensão SAPO na atuação consultiva¹³. É essencial que essas iniciativas e conceitos sejam incorporados a fim de torná-lo mais intuitivo e simples aos usuários.

Segundo Nogueira (2020), esses “robôs” utilizados na AGU, em resumo, atuam na triagem (etiquetamento e direcionamento de tarefas ao setor/usuário adequado, com possíveis minutos), integração, peticionamento e carregamento automático de subsídios em alguns temas, com pouca ou nenhuma IA; fazem mais pesquisa textual, operações de máquina, controle de fluxos; utilizam um pouco de *machine learning* – não supervisionado por agrupamento, *clustering* ou por aglomeração –, onde o sistema extrai um padrão e retorna um resultado com grandes probabilidades de acerto quanto maior a base de dados.

10 Com exceção dos órgãos militares, em especial os situados fora de Brasília, todos os órgãos federais assessorados pela AGU já se utilizam do SEI (Sistema Eletrônico de Informações). Os processos físicos são digitalizados.

11 Trata-se de um gerenciador eletrônico de documentos, com possibilidade de integração com os sistemas informatizados do Poder Judiciário e do Poder Executivo (<https://sapiens.agu.gov.br/login>). A iniciativa foi vencedora na 17ª edição do Prêmio Innovare em 2020 na categoria Advocacia, com o tema Inteligência artificial.

12 No âmbito da PGF, como parte de um projeto chamado “Procuradoria Otimizada”, citem-se robôs de triagem, etiquetamento e distribuição (Optimus, Prime, Mercúrio e Thor - este último puxando dados de sistema judicial para cadastro automático do dossiê) e de consulta a sistemas (Loki, Camelo e Mast).

13 Trata-se de extensão, como um SAPIENS alternativo, criada pelo Advogado da União, Manoel Paz, que, em uma plataforma mais amigável, simples e interativa, possibilita, dentre outros: a produção de pareceres padronizados com o mero preenchimento de formulários; captação de dados do processo no documento e incorporação deles à peça; sistema de pesquisa de documentos de forma mais fácil; integração e upload de documentos do SEI; geração de relatórios rápidos, intuitivos e dinâmicos, com acompanhamento em tempo real dos fluxos, gerados com poucos cliques.

No âmbito do Poder Judiciário, o Conselho Nacional de Justiça tem dado bastante ênfase, sem receio de perda de atribuições, em soluções tecnológicas que vão além do processo eletrônico em si¹⁴ e da automatização, notadamente fomentando iniciativas de IA¹⁵, atento à necessidade de base única de dados¹⁶, já criando um verdadeiro *sandbox*¹⁷ na temática.

2. A ATUAÇÃO CONSULTIVA DA AGU NO CONTEXTO DESSA NOVA ADVOCACIA

2.1. Atribuição normativa como advocacia de Estado e não de governo

A advocacia pública consultiva federal é aquela prevista no artigo 131 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual, a AGU é a instituição que representa a União extrajudicialmente e à qual cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo¹⁸.

Situa-se dentro do Título sobre a Organização dos Poderes, ao lado do Executivo, Legislativo e Judiciário, em Capítulo apartado destes e destinado às chamadas funções essenciais à Justiça (Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia). Só esta configuração já denota a abstração conceitual e orgânica da instituição fora do Poder Executivo.

A atuação da Consultoria-Geral da União (CGU)¹⁹, como órgão de direção superior da AGU, envolve toda e qualquer matéria de direito demandada pelos órgãos da administração direta federal, notadamente na área de licitações e contratações diante da obrigatoriedade legal; a

14 Que já é uma realidade desde a Lei n. 11.419/2006 e Sistema Processo Judicial Eletrônico - Pje (Resolução CNJ nº 185 de 18/12/2013). O Código de Processo Civil tornou expressa a automação processual (artigo 194) e o escopo da incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos (artigo 196).

15 Destacam-se a Portaria nº 25, de 19/02/2019 e Resoluções nº 332, de 21/08/2020, e 335, de 29/09/2020.

16 Resolução nº 331, de 20/08/2020, institui a Base Nacional de Dados do Poder Judiciário – DataJud como fonte primária de dados do Sistema de Estatística do Poder Judiciário – SIESPJ.

17 Com a citada Resolução 332, que dispôs sobre a ética, transparência e governança na sua produção e uso. O *sandbox* é um arranjo regulatório em que se cria um espaço normativo flexibilizado para que se testem, sob constante supervisão e acompanhamento, soluções, produtos e tecnologias inovadoras, na ausência de regulação ou na incerteza sobre quais seriam seus parâmetros. Além da iniciativa do CNJ, exemplos pioneiros no Brasil são o edital lançado pela Superintendência de Seguros Privados-SUSEP e normativa da Comissão de Valores Mobiliários-CVM, notadamente em razão das *fintechs*.

18 BPC 45: Nos termos da legislação específica, a atividade de consultoria jurídica compreende pronunciamentos típicos exteriorizados em expedientes e mediante figuras de manifestação formais, ao passo que a atividade de assessoramento jurídico abrange outras atividades decorrentes do exercício das atribuições próprias da função de Advogado Público Federal, a exemplo de orientações jurídicas prestadas em reuniões, por interlocuções telefônicas, por mensagens eletrônicas ou por outros meios de exteriorização de menor formalismo, conforme também disciplinadas em lei ou norma específica da AGU.

19 Lei Complementar 73/93, artigos 11, 40 e 43 do Anexo I do Decreto 10.608/2021, Ato Regimental CGU 5, de 2007, e Portaria AGU 14, de 23/01/2020.

representação extrajudicial é da União e de seus agentes públicos de quaisquer de seus Poderes (no Executivo, apenas administração direta, porquanto a indireta é da PGF); a atividade de conciliação se dá quando presente na demanda a União, administração direta ou indireta.

A ideia de uma Advocacia de Estado a permear o presente trabalho é aquela não vinculada a nenhum Governo em específico, trabalhando suas atribuições num nível teórico anterior e mais elevado do que consta nas normas positivadas, tais como ideias de interpretação, defesa e concretização do ordenamento jurídico (todo conjunto normativo e hermenêutico a seu respeito) (GUIMARÃES, 2011), do Estado Democrático de Direito (GODOY, 2017) (baseado na Constituição e nas normas dela decorrentes, sob a égide da democracia e de governantes e legisladores eleitos), dos direitos fundamentais (ALMEIDA, 2012) e das políticas públicas (GUIMARÃES, 2011) (no sentido das realizações e ações concretas de atos tendo como base o ordenamento jurídico posto e pressuposto, com esteio no interesse público).

Nesse contexto, destacamos quatro atividades dos órgãos consultivos da AGU que podem ser potencializadas, além de ganhar novos contornos, diante do ganho de tempo que ferramentas de robotização utilizadas em tarefas menos intelectuais proporcionam, seja na própria execução das mesmas.

2.2. Atuação em licitações e contratações públicas

Trata-se da atividade de consultoria e assessoramento preponderante da AGU (especialmente no âmbito dos Estados), diante da obrigatoriedade legal de submissão das minutas para aprovação²⁰. Por esse motivo, soluções tecnológicas e de gestão para otimização dos trabalhos e satisfação dos usuários devem ter prioridade nessa área.

A utilização obrigatória de minutas padrão e listas de verificação já é uma realidade institucional²¹ e normativa²², mais do que uma boa

20 Artigo 38, VI e parágrafo único, da Lei 8.666/93.

21 Desde 2012, sendo a atual a Portaria CGU nº 03, de 14/06/2019, com esteio no Ato Regimental AGU nº 1, de 22/03/2019.

22 Artigo 19, IV, §2º; artigo 25, §1º, da Lei 14.133/21 (nova lei de licitações). Especificamente para as contratações de serviços, a utilização destes modelos tornou-se obrigatória, no âmbito federal, a teor dos artigos 29 e 35 da Instrução Normativa nº 5, de 2017, da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

prática²³, vinculante tanto aos órgãos consultivos da AGU²⁴ como para os órgãos da administração pública federal assessorados, que precisam justificar e destacar seu afastamento e alterações.

Nesse sentido, sem prejuízo da verificação prévia quanto à correção dos modelos e cláusulas principais, bem como a trechos devidamente destacados, possibilita-se uma análise mais focada no controle e verificação dos atos que compõem a fase interna e que resultam nas minutas, como justificativas, levantamento de preços, etc., situação que, a nosso ver, foi reforçada na nova legislação ao não mencionar expressamente apenas a aprovação de minutas²⁵.

Embora o advogado consultivo não possa adentrar em aspectos técnicos e nem de conveniência e oportunidade do gestor²⁶ (salvo patente ilegalidade em sentido amplo, por óbvio), com a devida cautela, são oportunos os conhecimentos técnicos alheios ao Direito, evitando-se uma alienação total quanto ao objeto da licitação, por exemplo.

A própria submissão desses processos é dispensável nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico²⁷.

Os pareceres parametrizados também já são uma realidade²⁸ que necessita ser definitivamente ampliada e fomentada. Sendo as bases de

23 Desde 2011, com a BPC 6, por exemplo. No Relatório de Fiscalização nº 443/2014, o Tribunal de Contas da União recomendou à AGU adoção de medidas para estimular a utilização, por parte das organizações incluídas na sua esfera de atuação, das listas de verificação e minutas disponibilizadas no seu sítio na internet.

24 Artigo 18 da Portaria CGU nº 03, de 14/06/2019; o que não dispensa o exame do caso concreto e a análise jurídica por parte do órgão de execução competente (artigo 28), de maneira que, diante das peculiaridades do caso, é possível, mediante motivação, que sejam promovidos ajustes nas minutas de modo a afeiçoá-las às especificidades de ordem técnica e jurídica do objeto perseguido.

25 Nos termos do artigo 52, ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

26 BPC 7: A manifestação consultiva que adentrar questão jurídica com potencial de significativo reflexo em aspecto técnico deve conter justificativa da necessidade de fazê-lo, evitando-se posicionamentos conclusivos sobre temas não jurídicos, tais como os técnicos, administrativos ou de conveniência ou oportunidade, podendo-se, porém, sobre estes emitir opinião ou formular recomendações, desde que enfatizando o caráter discricionário de seu acatamento.

27 Artigo 53, §5º, Lei 14.133/21. A medida (de dispensa de análise obrigatória em determinados casos) não é novidade no âmbito da AGU, como já se tinha quanto às contratações de pequeno valor (Orientação Normativa 46/2014) e pareceres referenciais (Orientação Normativa nº 55/2014); para estes, também já era normatizado no âmbito infralegal para a contratação de serviços na administração federal (Artigo 36, §2º, da Instrução Normativa nº 5, de 2017, da Secretaria de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão).

28 Também vinculantes aos órgãos jurídicos conforme artigo 18 da Portaria CGU 3, de 14/06/2019.

atuação nacionais - minutas, legislação e políticas públicas (notadamente dirigidas pelos órgãos centrais) – e, em sua maioria, repetitivas e sem maiores especificidades, não haver um padrão é ineficiente, além de ferir a própria essência da CGU em agir com uniformidade, garantindo segurança jurídica.

Assim, mais do que um mero parecerista burocrata e formalista que apenas atesta e aprova minutas (que já são previamente padrão aprovadas e podem ser perfeitamente sindicadas também por pareceres padrão parametrizados previamente aprovados) em uma etapa final (embora tenha analisado outros aspectos para se chegar a essa conclusão), o advogado pode participar mais proativamente nas fases internas da construção da licitação/contratação, inclusive no acompanhamento de suas recomendações (dentro do próprio conceito da última etapa do *design thinking* de validação de soluções), embora não haja obrigação para isso²⁹. Como dito, essa amplitude de entendimento já tem seus contornos positivados na nova lei, o que, registre-se, não significa uma imersão descontrolada nas questões técnicas.

Seria interessante pensar em uma plataforma *online* dinâmica composta pelas diversas minutas que o órgão assessorado pudesse preencher, inclusive com integração a sistemas³⁰ como *comprasnet* (que poderia correlacionar com o código do material/serviço a direcionar a minuta e determinadas recomendações, como as constantes no Guia Nacional de Licitações Sustentáveis da AGU). O mesmo raciocínio se aplica aos pareceres parametrizados a serem automatizados dentro do SAPIENS, de forma dinâmica, interativa e intuitiva, do tipo formulários, a dar mais rapidez e segurança jurídica na análise.

Deixando que a máquina faça essas tarefas manuais e mecânicas que pouco ou nada exigem intelecto, pode haver maior dedicação na própria construção dessas minutas e pareceres padrão. Por exemplo, ao invés de apenas se ter um parecer parametrizado genérico de compras, a constar de forma automatizada no sistema, podem-se (e até se devem) ter vários (mesmo que subespécies como opções dentro desse genérico), a depender de particularidades como objeto, órgão assessorado, tempo e política pública. Essas variantes são hoje pouco consideradas devido à ausência de tempo hábil para maior dedicação dos advogados e os clientes acabam

29 BPC 5: Ao Órgão Consultivo que em caso concreto haja exteriorizado juízo conclusivo de aprovação de minuta de edital ou contrato e tenha sugerido as alterações necessárias, não incumbe pronunciamento subsequente de verificação do cumprimento das recomendações consignadas.

30 A nova lei de licitações traz medidas que denotam o caminho sem volta da necessária virtualização dos atos relativos a licitações e contratações públicas (Artigo 12, inciso VI; artigo 17, §§2º e 5º), inclusive com a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas para fins de divulgação centralizada e obrigatória dos atos, inclusive para a própria realização das licitações (artigo 174).

por ter pareceres e orientações por demais genéricas. Mesmo raciocínio se aplica às minutas.

2.3. Assessoramento mais proativo, efetivo, disponível e personalizado aos órgãos

O Manual para Gestores Consultivos³¹ reforça a necessidade desse assessoramento mais direto e os ganhos decorrentes dessa maior sinergia, ao mencionar que se faz imperioso o aprimoramento do processo de comunicação, integração e relacionamento do órgão consultivo com a Administração para melhor conhecer as necessidades presentes dos gestores públicos e prever as necessidades, pontos sensíveis e estratégicos do assessorado, proporcionando segurança jurídica, notadamente quanto à materialização das políticas públicas, à viabilização jurídica das licitações e dos contratos, processos administrativos disciplinares, subsídios para o contencioso, e, ainda, na proposição e análise de medidas legislativas (leis, medidas provisórias, decretos e resoluções, entre outros) necessárias ao desenvolvimento e aprimoramento do Estado brasileiro.

Essa presença, virtual ou física, e interação em temas mais estratégicos, como da própria política pública em si³², com a difusão do conhecimento jurídico mediante treinamentos e discussões temáticas, é boa prática recomendada³³, mas que acaba sendo relegada pela falta de tempo diante da própria cultura organizacional hoje predominante do agir formal dentro de processos, notadamente em remessas de caráter obrigatório (como a aprovação de minutas em licitações e contratações), que precisam ser “despachados”.

Nesse contexto, a par de contatos e comunicações via processos, e-mail, telefonemas, aplicativos e plataformas de mensagem e videoconferência, visitas, etc. (todas exigindo uma atuação e disponibilidade humana específica, com o risco da ausência de uniformidade), destacamos a ferramenta *chatbot* que, se bem implementada, com bases de dados seguras, unidas e atualizadas, julgamos colocar a CGU/AGU vários passos à frente na sua atuação 4.0.

31 Portaria 48 de 28/12/2018, da CGU.

32 Esse assessoramento mais finalístico já ocorre com maior intensidade no âmbito central dos Ministérios em Brasília na consecução das políticas públicas, embora também possa em muito ser potencializado.

33 BPC 9: Visto que a interlocução entre o Órgão Consultivo e os assessorados é fundamental para uma atuação mais eficiente, deve-se realizar regularmente visitas consultivas às unidades administrativas atendidas, para assessoria direta sobre temas jurídicos que considerem importantes. BPC 38: Compete ao titular do Órgão Consultivo classificar os expedientes destinados a acompanhamento prioritário ou especial, quando versarem matéria relevante ou estratégica pelo seu aspecto econômico, político, social ou jurídico, segundo os valores envolvidos, a amplitude territorial, a complexidade implicada ou outro critério compatível com as peculiaridades do assessorado.

2.3.1. *Chatbot* e site com base única de manifestações tanto para membros como para servidores

É um *software* que simula e processa interações/conversas virtuais entre humanos, sem a presença específica de um deles. Pode ser bastante simples, baseado em árvores de decisão, ou agregar técnicas mais sofisticadas de *machine learning* e IA (verdadeiros assistentes virtuais), nos quais ele é treinado com palavras específicas predefinidas, com o objetivo de responder a alguma pergunta que contenha uma dessas palavras já conhecida pelo software (IBM, 2021).

Na atuação consultiva, a interação pode ir além de um sistema de buscas de entendimentos e legislação³⁴, mas simular um verdadeiro atendimento jurídico.

A utilização desses serviços no mercado privado já é bastante significativa³⁵ e vem crescendo exponencialmente, notadamente diante de grandes demandas e das recentes e forçosas medidas de virtualização e distanciamento social; no setor público, sua utilização ainda é bastante tímida³⁶.

Podemos citar como alguns dos benefícios a) a diminuição do tempo de resposta (com disponibilidade imediata, ininterrupta e isenta de burocracia), b) uniformidade e segurança jurídica (nem sempre garantida pelos mais diversos órgãos e advogados consultivos³⁷), c) dar o selo de oficialidade à pesquisa e resposta encontrada pelos usuários (pois será um ambiente virtual institucional, restrito ou não a usuários previamente cadastrados)³⁸, e d) a basilar liberação de força de trabalho para outras tarefas.

34 Carece a AGU, ainda hoje, da disponibilização à sociedade em geral dos entendimentos da instituição de uma forma interativa e fácil; este talvez seja um dos primeiros passos, afora algumas iniciativas individuais como o SAPO e a divulgação na internet de documentos apartados de forma estática. A ferramenta, a funcionar como um "oráculo" e "google" oficial da AGU, servirá tanto ao próprio advogado como ao cliente.

35 Citem-se canais de atendimento em diversas redes de comércio varejistas, companhias aéreas e de telecomunicações, instituições financeiras, seja via internet (desktops, apps) ou chamada telefônica.

36 Cite-se o programa de assistente virtual Helô do Meu INSS e a mais recente e bem-sucedida utilização do canal de atendimento via whatsapp do TSE para facilitar o acesso do eleitor a informações relevantes sobre as Eleições Municipais de 2020.

37 Se sofisticado, o chatbot pode trazer taxas de precisão e acurácia extremamente altas, equivalente ao que um ser humano advogado retornaria (IBM, 2021).

38 O que se busca hoje é facilidade e celeridade de soluções; o cliente da AGU (feito por pessoas) não é diferente. A experiência demonstra que dificilmente ele busca as soluções jurídicas para suas demandas em pesquisa a e mentários, manuais, cartilhas, etc (mesmo que institucionais), mas recorre a sites de busca como o Google ou outros jurídicos especializados; quando precisa de certeza e um posicionamento oficial, recorrerá à AGU.

A ferramenta pode auxiliar, consabido o grande volume de trabalho consultivo em questões jurídicas repetitivas, já consolidadas³⁹ (em que a atuação consultiva se resume a informar o entendimento ou a própria legislação aplicável) ou que não demandam maior esforço intelectual numa análise do caso concreto. Pode ainda, ser um buscador oficial da legislação federal especialmente pensado para, ao menos, as necessidades mais básicas e personalizadas de advogados e órgãos assessorados, consabida a dificuldade dessa fonte; basta pensar no fundamento da atuação consultiva jungida ao princípio da legalidade⁴⁰.

Uma construção e atualização constante da árvore de decisão ou dos algoritmos, pensando em todas as variantes do caso (resultado que pode ser aprendido pela própria máquina após considerável número de interações), pode garantir a maior personalização possível para a orientação jurídica, estando, por óbvio, sempre aberta a possibilidade, de forma subsidiária e até pelo próprio sistema, do direcionamento da demanda para análise específica do membro.

Com o uso correto os *chatbots* podem tornar as interações em todos os *touchpoints* (pontos de contato) em uma experiência rápida, intuitiva e eficiente (FINA, 2018).

Ademais, segundo a empresa de consultoria *Gartner*, reconhecida por seu viés voltado a tecnologias, os chatbots virão como os modernos trabalhadores, sugerindo que, por volta de 2022, 70% dos trabalhadores de “colarinho branco”⁴¹ irão interagir diariamente nessas plataformas de conversação (GOASDUFF, 2019).

2.4. Conciliação/mediação de conflitos

A CGU atua conciliando litígios, judicializados ou não, que envolvam a Administração Pública Federal⁴², sendo que internamente é obrigatória a prévia composição extrajudicial do conflito, por força do artigo 36 da Lei nº 13.140/2015.

39 Como pareceres vinculantes do Presidente da República, manifestações dos órgãos de uniformização como DECOR. Poderia ser um primeiro passo.

40 Pode-se citar o exemplo do Ross, chamado de primeiro robô-advogado do mundo, capaz de fazer uma consulta avançada - em busca de padrões de contextos mais do que de palavras-chave - nas mais pertinentes possíveis normas e casos julgados pelas cortes americanas, retornando em segundos hipóteses capazes de solucionar a questão apresentada. Baseado na plataforma de Inteligência Artificial da IBM - Watson (avançada em computação cognitiva) (ROSS INTELLIGENCE, 2020).

41 Essa expressão indica os trabalhos intelectuais, administrativos, de escritórios, que exigem maior esforço mental do que físico (decorrente do uso de gravatas) (CAMBRIDGE).

42 Artigo 11, VI, e 18, do Anexo I do Decreto 10.608/2021.

Um dos objetivos estratégicos da AGU é a prevenção e redução da litigiosidade por meio da negociação, conciliação, transação e mediação. Por certo que a atuação consultiva, por si só, já privilegia essa ideia e não está necessariamente contabilizada em um acordo como título executivo formal extrajudicial. Todavia, o número de acordos celebrados pode aumentar consideravelmente tendo o Advogado mais tempo para dedicação nessa tarefa, como na identificação de demandas passíveis de atuação junto à Administração Federal, Poder Judiciário e o próprio contencioso da AGU. Essa radiologia já poderia ser mais facilmente obtida se houvesse ferramentas de extração de relatórios em base de dados fidedigna ou por integração de sistemas, inclusive do Judiciário.

A figura clássica do mediador inerte, como tradicionalmente se advoga no conceito de mediação, deve ceder espaço a um agente mais proativo, criativo, instigador de soluções e com maior conhecimento do caso/conflito posto (FERREIRA, 2020). Eis uma das funções intelectuais que a máquina dificilmente suplanta o ser humano, pois exige o diálogo, presença e construção criativa.

Ela poderia ocorrer de forma mais dinâmica e concentrada em uma plataforma online própria⁴³, nos moldes das *Online Dispute Resolution – ODRs*⁴⁴, como inevitável alternativa à jurisdição estatal no mercado de disputas (SUSSKIND, 2017).

Mais do que um meio de comunicação, elas podem se tornar uma quarta parte que aparecerá como auxiliar de um terceiro (mediador ou árbitro) através do uso de IA (ANDRADE; CARNEIRO; NOVAIS, 2010).

2.5. Atuação estratégica com o contencioso⁴⁵

43 Um primeiro passo foi a facilitação o acesso e solicitação da resolução de conflitos na página da AGU na internet.

44 Citem-se as plataformas governamentais em matéria consumerista de mediação brasileira (consumidor.gov) e europeia (RLL - Resolução de Litígios em Linha, em português), com a diferença de que, não havendo acordo entre as próprias partes, há a possibilidade de se recorrer a uma “entidade de resolução de litígios” dentro do próprio sistema, como terceiro auxiliar imparcial) e a iniciativa privada Sem Processo (criada pela lawtech de mesmo nome, cujo CEO é Bruno Feigelson, como uma plataforma de negociação online, exclusiva e gratuita para advogados, conduzida diretamente pelas partes através de chat, abrangendo toda a cadeia de tratativas, desde o convite para negociar, que é enviado ao e-mail do advogado da parte autora, até o envio do protocolo do acordo.

45 Nos termos da Portaria AGU nº 1.547/2008, no tocante ao recebimento e cumprimento de decisões judiciais, a atuação consultiva é apenas subsidiária quanto a eventuais dúvidas jurídicas na implementação das medidas orientadas pelo contencioso em seu Parecer de Força Executória, no qual é informada qual ação deverá ser tomada pelo órgão para dar cumprimento ao comando judicial e seus limites temporais e subjetivos. Ao agir em juízo, o órgão de contencioso pode requerer ao consultivo elementos de direito, na ausência de parecer, súmula ou qualquer outra orientação normativa já existente na instituição; até para subsídios de ordem fática ainda se estabelece uma burocrática intermediação dos órgãos consultivos em Brasília-DF.

Um acompanhamento maior decorrente de um assessoramento jurídico mais direto e proativo antes, durante e depois da prática dos atos administrativos certamente contribui para evitar a sua judicialização ou, ela ocorrendo, para o sucesso da União na demanda ou minoração de seus prejuízos⁴⁶. Mesmo após, interessante que se observem estrategicamente os desdobramentos em juízo e o que vem entendendo a jurisprudência sobre a questão, notadamente a vinculante, a fim de aprimorar ou corrigir a atuação administrativa em casos semelhantes. Por outro lado, necessária ciência do contencioso quanto a esses posicionamentos jurídicos, seja no caso concreto ou não.

Nesse sentido, poderiam ser estabelecidas ferramentas de automação e IA que possibilitassem essa simultaneidade, tanto ao órgão consultivo ciência e acompanhamento das demandas judiciais, como ao órgão contencioso ciência de eventuais manifestações consultivas, notadamente no caso concreto.

É necessário que as searas consultiva e contenciosa da AGU atuem uniformemente⁴⁷, o que é potencializado por maior diálogo institucional entre ambas e pelo conhecimento recíproco de seus entendimentos. A falta de uma base única, de fácil acesso e interativa de consulta dificulta esse procedimento, gerando retrabalhos.

Ressentem-se muitos membros da ausência de tempo para buscar agir estrategicamente com o contencioso, o que, no atual momento de reconfiguração institucional faz bastante sentido, auxiliado pela tecnologia.

3. CONCLUSÃO

Da análise exposta, é possível confirmar a hipótese de que os advogados do consultivo da AGU ainda serão necessários e relevantes diante das tecnologias de robotização, que devem ser utilizadas, ganhando-se tempo e eficiência para a realização de outras atividades mais importantes e intelectuais que a máquina ainda não resolve integral e satisfatoriamente. Para tanto, necessária a mudança de paradigmas com a incorporação de conceitos de uma Advocacia 4.0, que inclui uma gestão jurídica *data driven* com ideias de *legal design thinking* e do *CLOC*.

Todo o ecossistema jurídico está e continuará sendo influenciado, cada vez mais, pelas novas tecnologias de robotização, seja sob o prisma

46 Quando, por exemplo, está presente o hoje o tímido e facultativo auxílio jurídico na prestação de informações em mandados de segurança.

47 A ideia vem reforçada no inciso V do art. 14 do Anexo I do Decreto 10.608/2021, segundo o qual cumpre ao Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR articular-se com os órgãos de representação judicial da União para a uniformização e consolidação das teses adotadas nas atividades consultiva e contenciosa.

do considerável ganho de tempo obtido com a otimização de tarefas, seja sob os novos paradigmas de atuação decorrentes.

É fundamental que a AGU acompanhe e se aproprie dessas ferramentas⁴⁸, sob pena de obsolescência e ineficiência⁴⁹, o que já tem se iniciado desde a implantação do SAPIENS e aos poucos se consolidado no planejamento estratégico da instituição^{50 51}. A prestação de serviços jurídicos de forma virtual na AGU tem sido destacada⁵².

O cenário de tecnologia e inovação está presente, ao menos no campo normativo, na seara da prestação de serviços públicos federais como um todo⁵³.

A prestação de consultoria e assessoramento jurídico proativo, propositivo e uniforme, com soluções jurídicas seguras, efetivas e inovadoras para o Estado brasileiro, só será alcançada com o apoio da tecnologia e a incorporação de novos conceitos de uma gestão jurídica 4.0, como do LDT e CLOC. A criação das Consultorias Jurídicas Especializadas virtuais – e-CJUs nos Estados, cujo postulado fundamental é a uniformidade de posicionamento jurídico, se bem executadas e imbuídas desses novos paradigmas, pode representar grande sucesso.

Antes de tudo⁵⁴ é preciso realizar um esforço maior para o tratamento dos dados e informações a nível nacional (sujeitos envolvidos em qualquer demanda e processo de decisão, assuntos e temas, manifestações e orientações jurídicas, legislação, espécies de tarefas e atividades, etc.), a constarem em base una, sem duplicidades, fidedigna, intuitiva, rápida, segura, atual e de fácil acesso, já que se deve agir e decidir com base em dados (jurídico *data driven*). Inputs ilegítimos gerarão *outputs* ilegítimos. Trata-se de medida organizacional que antecede a própria criação de

48 BPC 34: Incumbe aos Órgãos Consultivos adotar medidas de eficiência na gestão processual, buscando adaptar suas rotinas aos avanços tecnológicos e fomentando a mesma conduta junto aos assessorados.

49 Corroborada pelo natural incremento de demandas e diminuição da força de trabalho.

50 Algumas das colocações deste trabalho vão ao encontro dos projetos estratégicos prioritários definidos para o consultivo recentemente no decorrer desta pesquisa, como os pareceres automatizados, chatbot e assessoramento mais direto aos gestores, conforme Resolução 3, de 21/12/2020, do Comitê de Governança da AGU, publicada no Suplemento A do Boletim de Serviço Eletrônico 52, de 30/12/2020.

51 Citem-se dentre os valores a eficiência, inovação, integração e uniformidade de atuação; dentre os objetivos estratégicos, quanto ao fortalecimento da governança e atuação, desenvolver mecanismos de gestão do conhecimento para atuação uniforme e eficaz, fomentar a transformação digital, desenvolver inteligência de dados para a atuação jurídica e tomada de decisão.

52 Como intensamente noticiado quanto ao aumento da produtividade pelos meios de atendimento exclusivamente virtuais durante as medidas de isolamento da pandemia de coronavírus em 2020/2021.

53 Citem-se: artigo 3º, I e IV, da Lei 13.971/19; Decreto 10.332/2020; Decreto 9.319/2018; Decreto 10.534/2020; artigo 4º, I, Decreto 9.203/2017 e Planejamento Estratégico do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, que resultou no Mapa Estratégico – MCTIC 2020-2030.

54 Segundo COELHO (2020), ainda parece estarmos na fase da catalogação e organização.

ferramentas de automação e IA⁵⁵, mas que por elas pode ser auxiliada simultaneamente.

Partindo-se do pressuposto de que o SAPIENS é o sistema consolidado na AGU, o foco deve ser no seu aprimoramento, na busca de *softwares ágeis*, a exemplo da incorporação dos conceitos e facilidades da ferramenta *SAPO*.

O foco na experiência do usuário e suas necessidades, com acompanhamento dinâmico dos resultados, como cerne do LDT, precisa ser realizado pelos advogados consultivos, no que se inclui um *visual law* na produção de suas manifestações, especialmente dentro dos pareceres padronizados e automatizados.

Não só entre sistemas que a interação/integração/interoperabilidade é fundamental, mas entre os advogados e entre as diferentes áreas de conhecimento, notadamente operador do direito e o profissional da tecnologia.

Como já enuncia uma das premissas do CLOC, é necessário melhorar a comunicação, compartilhamento e mútuo acesso de conhecimento e informações entre os advogados e órgãos consultivos. A regra na consultoria e assessoramento são situações comuns (sempre lembrando que a legislação é nacional), motivo pelo qual se devem evitar retrabalhos, buscando sempre a curadoria das orientações a nível nacional, com fortalecimento dessas equipes (como DECOR).

A criação/fortalecimento/incremento/qualificação de carreira de apoio/servidores da área de tecnologia da informação na AGU (como cientistas e analistas de dados, programadores, desenvolvedores, etc.) ou o próprio aproveitamento dessas habilidades entre agentes do quadro, deve ter prioridade em relação a qualquer outra⁵⁶. O advogado não precisa necessariamente ter a *expertise* em informática (talvez uma mínima noção seja interessante), porquanto ele terá ao seu lado ou um profissional humano capacitado ou já um robô (assim como enuncia o CLOC⁵⁷). Susskind (2018) já alerta para a necessidade de intimidade entre o profissional do meio jurídico e a engenharia.

O advogado pode agir como um curador estratégico dessas tecnologias, alimentando-as com o conteúdo jurídico constantemente. Há um processo de criação de carreiras jurídicas alternativas, onde o

⁵⁵ Note-se que muito do que aqui pensado se resolve por simples automação.

⁵⁶ O esforço maior da instituição deve ser menos na criação de uma carreira de apoio de assessores jurídicos, por exemplo, e mais em uma carreira de apoio desses profissionais da tecnologia. A assessoria do membro e da instituição, hoje, inegavelmente, é e deve ser mais focada na tecnologia. A imensa maioria das tarefas de cunho meramente administrativo que hoje são feitas são passíveis de execução mais eficiente por robôs.

⁵⁷ Não só na área da informática, mas necessária maior comunicação entre os vários setores de gestão da AGU, como DGE, DTI, SGA, Escola.

conhecimento jurídico em si deixa de ser suficiente, motivo pelo qual a ampliação do repertório de competências através do investimento em *soft skills*, tecnologia e inovação passam a ser decisivos (DRUMMOND, 2020).

A robotização vem para auxiliar, complementar, potencializar, reinventar e substituir atividades consultivas. Ser menos demandado não significa subutilização e perda de espaço institucional. O ganho de eficiência (notadamente de tempo⁵⁸) liberará os advogados para agirem de forma mais estratégica e coordenada, em tarefas menos burocráticas e repetitivas, mais intelectuais e que realmente importam, como em aspectos outros das demandas de licitações e contratações (cuja essência de aprovação final de minutas pode melhor ser realizada com um maior repertório de minutas e pareceres padrão automatizados), atividades de conciliação/ mediação, maior aproximação e sinergia estratégica com o contencioso e o assessoramento mais proativo, efetivo, disponível e personalizado aos órgãos (um *chatbot* será útil não apenas para essa, mas para todas as demandas jurídicas, internas e externas).

Como verificado pela Mckinsey (2017), tarefas que demandam trabalhos repetitivos irão desaparecer, mas empregos que requerem interação humana, como médicos, advogados e professores têm menos chance de serem substituídos por robôs.

A presença da IA é inevitável, assim como a requalificação constante da força de trabalho, com foco num treinamento em adaptabilidade, inteligência social, comunicação e resolução de problemas, com melhor desenvolvimento de habilidades para promover empatia, criatividade, capacidade de decisão e liderança, que provavelmente continuarão sendo atividades exclusivamente humanas (INSEAD e GOOGLE, 2020).

Treinamento nesse processo todo é fundamental, no que se inclui o esforço de mudança na cultura organizacional⁵⁹; tudo que aqui posto é feito por pessoas, as quais precisam ser motivadas e treinadas para saberem lidar com as ferramentas que lhes são postas à disposição.

58 Importante destacar que é direito e garantia fundamental prevista na Constituição Federal, individual e coletiva, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (artigo 5º, LXXVIII). Em reforço, a eficiência é um dos princípios constitucionais que a administração pública deve obedecer (artigo 37). Na seara infraconstitucional, por todos, ele está expresso na lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal (artigo 2º, caput, da Lei 9.784/99), que também prevê, a necessidade de observância de critérios, por exemplo, de adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (IX).

59 A *Mckinsey* cita dez armadilhas de uma transformação digital em uma empresa (aplicável ao setor público), cujo segredo estaria em ter um entendimento claro do que realmente importa – e do que não importa – para o sucesso de um programa de mudança, e que envolvem questões relacionadas a cultura, disciplina e mentalidades (ARORA, et al, 2017).

Harari (2020), citando “advogados humanos” em muitas de suas colocações, como passíveis de substituição por máquinas, reconhece que sua atuação com viés cognitivo ainda o preservará. No mesmo sentido, o papel interpretativo desempenhado por eles (INSPER, 2017).

Com o bom uso dos recursos tecnológicos, aliado às qualidades essenciais, o direito é capaz de trazer ganhos à sociedade como um todo e de elevar o ser humano à sua máxima potencialidade (FEIGELSON, MALDONADO, 2019).

O advogado consultivo precisa mudar completamente seus paradigmas de atuação, sem prejuízo da devida reflexão (STRECK, 2019), pensando “fora da caixinha” de sua realidade individual de prestação de serviços, com um olhar mais estratégico e sistêmico do todo.

Segundo Feilgelson (2019), o amadurecimento da advocacia passa pela reformulação integral do *mindset* do profissional, que agrega agora outras tantas qualidades, dentre as quais postura colaborativa, empatia, capacidade analítica e organizacional, bem como preocupação com a segurança de dados e exploração de formas alternativas de solução de conflitos, tudo sob os ditames do princípio maior da ética e dos relevantes fins.

Por certo, isso encontra muitas resistências, principalmente dos próprios membros. Resistências, incompreensões, rivalidades e medos são ingredientes que contaminam os esforços de mudança e determinam o seu fracasso (CGU, 2018).

Segundo estudos e pesquisas, aproximadamente 70% das transformações pretendidas nas empresas falham (ROBINSON, 2019). Algumas das razões são a ausência de convicção e aspiração suficiente de sua diretoria e, por sua vez, de sua equipe, a respeito da importância das mudanças. Transformações de sucesso requerem uma mudança de narrativa e de paradigma e a equipe precisa ser treinada, instigada, engajada e estar ciente das dificuldades para tanto (ROBINSON, 2020).

A manutenção da existência, necessidade e prestígio da advocacia pública consultiva de Estado da AGU dependerá de sua definitiva entrada na era de uma Advocacia 4.0, permeada essencialmente pelo uso da tecnologia na facilitação dos trabalhos, comunicação e tarefas que não exijam maior esforço intelectual, e por uma gestão jurídica especialmente baseada em ideias de *legal design thinking* e do *CLOC*. Com a imersão honesta ao inegável e presente paradigma digital e tecnológico, buscando uma maior eficiência na atuação e na satisfação dos resultados e clientes, a AGU, sem dúvida, pode se consolidar ainda mais como o maior e melhor escritório de advocacia do País.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU (BRASIL). *AGU aperfeiçoa Sistema de Inteligência Jurídica e lança Sapiens 2.0*. Brasília, 04 dez. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-aperfeicoa-sistema-de-inteligencia-juridica-e-lanca-sapiens-2.0>. Acesso em: 22 dez. 2020

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU (BRASIL). *AGU e procuradorias públicas assinam acordo para compartilhamento de sistema digital*. Brasília, 15 out, 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/agu-e-procuradorias-publicas-assinam-acordo-para-compartilhamento-de-sistema-digital--823226>. Acesso em: 22 dez. 2020.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU (BRASIL). *Em ano de pandemia, gestão, tecnologia e inovação são destaques da AGU*. Brasília, 21 dez. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/em-ano-de-pandemia-gestao-tecnologia-e-inovacao-sao-destaques-da-agu>. Acesso em 21 dez 2020.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU (BRASIL). *Obter a resolução de conflitos através de procedimento de mediação (CCAF/CGU/AGU)*. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/servicos/obter-mediacao-de-conflitos-atraves-de-procedimento-de-conciliacao>. Acesso em: 16 jan. 2021.

ALMEIDA, Lilian Barros de. *A atividade consultiva da Advocacia-Geral da União na promoção dos direitos fundamentais*. Revista da AGU, v. 11, n. 32, 30 jun. 2012.

ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco; CARNEIRO, Davi de; NOVAIS, Paulo. *A inteligência artificial na resolução de conflitos em linha*. Scientia Iurídica, tomo LIX, nº 321, 2010. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/55619821.pdf>. Acesso em 02 dez. 2020.

ARAÚJO, Fabiano de Figueiredo. *Políticas públicas, legística e a AGU: o papel do advogado público federal na efetividade normativa*. Revista da AGU, v. 14, n. 4, 3 fev. 2016.

ARKOUDAS, Konstantine; BRINGSJORD, Selmer. Philosophical foundations. In: FRANKISH, Keith; RAMSEY, William M. (Edit). *The Cambridge Handbook of Artificial Intelligence* (English Edition). eBook Kindle. Cambridge University Press, 2014.

ARORA, Arun; et al. *Um guia para CEOs evitarem as dez armadilhas que atrapalham as transformações digitais*. In Mackinsey Digital. 27 nov. 2017. Disponível em:

<https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/a-ceo-guide-for-avoiding-the-ten-traps-that-derail-digital-transformations/pt-br>. Acesso em: 28 dez. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS & LEGALTECHS – AB2L. *Interação com robôs sobe até 200% durante a pandemia de coronavírus*. São Paulo, 12 ago. 2020. Disponível em: <https://ab2l.org.br/interacao-com-robos-sobe-ate-200-durante-a-pandemia-de-coronavirus/>. Acesso em: 21 dez. 2020

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS & LEGALTECHS – AB2L. Radar de LawTechs e LegalTechs. Disponível em <<https://www.ab2l.org.br/radar-lawtechs/>> Acesso em: 16 jan. 2021.

ASSUNÇÃO, Luis. *Machine learning, big data e inteligência artificial: qual o benefício para empresas e aplicações no Direito?* 2017. Disponível em: <https://www.lexmachinae.com/2017/12/08/machine-learning-big-data-e-inteligencia-artificial-qual-o-beneficio-para-empresas-e-aplicacoes-no-direito/>. Acesso em: 12.01.2020.

BECKER, Daniel; FEIGELSON, Bruno; RAVAGNANI, Giovani. *O Advogado Do Amanhã – Estudos Em Homenagem Ao Professor Richard Suskind*. Future Law e Revista dos Tribunais, 9ª Edição, eBook Kindle, 2019.

BECKER, Daniel; FERRARI, Isabela. *A prática jurídica em tempos exponenciais*. 2017. Disponível em: <https://jota.info/artigos/a-pratica-juridica-em-tempos-exponenciais-04102017>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BERTÃO, Naiara. *Funções típicas de advogados já são feitas por softwares e robôs*. Revista Exame, Jan. 2017. Disponível em: <https://exame.com/revista-exame/deixa-que-o-robo-resolve/>. Acesso em: 10 dez. 2020.

BROWN, Tim. *Design Thinking Defined*. 2018. Disponível em: <https://designthinking.ideo.com/>. Acesso em 07 jan. 2021.

CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS. *Dicionário Cambridge Inglês-Português*. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/>. Acesso em: 22 dez 2020.

CLOC (Corporate Legal Operations Consortium). *What is Legal Operations?*. Disponível em: <https://cloc.org/what-is-legal-operations/>. Acesso em: 23 dez. 2020.

COELHO, Alexandre Zavaglia. *A ciência de dados e a inteligência artificial no Direito em 2018*. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-01/zavaglia-ciencia-dados-inteligencia-artificial-direito>. Acesso em: 05 fev. 2020.

COELHO, Alexandre Zavaglia. *As 7 tendências para o uso de inteligência artificial no Direito em 2018*. 2017. Disponível em: https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/white-paper/As_7_Tend%C3%AAs_para_o_uso_da_Inteligencia_Artificial_EM_2018.pdf. Acesso em 02 set. 2020.

COELHO, Alexandre Zavaglia. *Painel Business Intelligence e Gestão de Dados*, apresentado no evento Semana da inovação AGU, promovido pela Escola da AGU, transmitido ao vivo em 12 de nov. de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=NgcYHoXi8eQ>. Acesso em 12 nov. 2020.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS-CVM (BRASIL). *Norma estabelece constituição e funcionamento de ambiente regulatório experimental*: CVM lança regras para sandbox regulatório. Brasília, 15 mai. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cvm/pt-br/assuntos/noticias/cvm-lanca-regras-para-sandbox-regulatorio-f457f034e596454b92b15f5c29371195>. Acesso em 15 out. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ (BRASIL). *Relatório Justiça em Números 2019 (ano-base 2018)*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 14 fev. 2020.

CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU (BRASIL). *Manual para Gestores Consultivos*. Portaria 48 de 28/12/2018

DAVOS. Manifesto 2020: The Universal Purpose of a Company in the Fourth Industrial Revolution. Disponível em <https://www.weforum.org/agenda/2019/12/davos-manifesto-2020-the-universal-purpose-of-a-company-in-the-fourth-industrial-revolution/>. Acesso em: 12 fev. 2020.

DELL TECHNOLOGIES; INSTITUTE FOR THE FUTURES. *Realizing 2030: A Divided Vision of the Future: Global business leaders forecast the next era of human-machine partnerships and how they intend to prepare*. Disponível em: <https://www.delltechnologies.com/content/dam/delltechnologies/assets/perspectives/2030/pdf/Realizing-2030-A-Divided-Vision-of-the-Future-Summary.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2021.

DEUBEUX, Rafael Ramalho. O papel da advocacia pública consultiva no enfrentamento da corrupção. *Revista da AGU*, v. 9, n. 26, 6 set. 2017.

DRUMMOND, Marcílio Guedes. *O que você precisa saber sobre as novas profissões jurídicas*. Disponível em: <https://www.mtostes.com.br/protacao-de-dados-alem-do-obvio-2/>. Acesso em: 15 out. 2020.

EUROPEAN COMISSION. *Resolve your consumer complaint*. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumer-rights-and-complaints/resolve-your-consumer-complaint_en. Acesso em 20 nov. 2020.

FEIGELSON, Bruno. *Widetalk com Bruno Feigelson*. Future Law. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zkmORdHRG6o&feature=youtu.be>. Acesso em: 19 jan. 2020.

FEIGELSON, Bruno; MALDONADO, Viviane (coord.). *Advocacia 4.0*. eBook Kindle. Revista dos Tribunais, 2019.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel; WOLKART, Erick Navarro. Arbitrium ex machina: panorama, riscos e a necessidade de regulação das decisões informadas por algoritmos. Revista dos Tribunais (online), vol. 995/2018, set. 2018.

FERREIRA, Kaline dos Santos. Paine 1 apresentado no evento online *Práticas voltadas à Redução da Litigiosidade no Setor Público*, promovido pela Escola da AGU, transmitido ao vivo em 1 de set. de 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=oRxjs2sGYuA>. Acesso em 08 dez. 2020.

FINA, Bruno Dalla. *Chatbots, inteligência artificial e a capacidade de fazer mais com menos*. Fev. 2018. Disponível em: <https://computerworld.com.br/inovacao/chatbots-inteligencia-artificial-e-capacidade-de-fazer-mais-com-menos/>. Acesso em: 15 dez. 2020.

FUTURE LAW. *Curso Advocacia 4.0: Lawgile*. 2020. Disponível em: <https://cursos.futurelaw.com.br/turma/advocacia-4-0-online/turma-2020>. Acesso em: 2020.

FUTURE LAW. *Curso Advocacia 4.0: Legal Design*. 2020. Disponível em: <https://cursos.futurelaw.com.br/turma/advocacia-4-0-online/turma-2020>. Acesso em: 2020.

GOASDUFF, Laurence. *Chatbots Will Appeal to Modern Workers*. Jul. 2019. Disponível em: <https://www.gartner.com/smarterwithgartner/chatbots-will-appeal-to-modern-workers/>. Acesso em: 22 dez 2020.

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, 30 jun. 2017.

GUIMARÃES, Guilherme Francisco Alfredo Cintra. Advocacia de estado, administração pública e democracia: a função da consultoria jurídica na formulação e execução de políticas públicas. *Revista da AGU*, v. 10, n. 30, 31 dez. 2011.

HAGAN, Margaret. *A Visual Approach to Law*. Miscellaneous Law School Publications, 2017. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/miscellaneous/36>. Acesso em: 24 dez. 2020.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. 2 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

IBM. *Machine Learning e Ciência de dados com IBM Watson*. Disponível em: <https://www.ibm.com/br-pt/analytics/machine-learning>. Acesso em 13 jan. 2021.

IBM. Watson Assistant: *um chatbot inteligente, seu melhor assistente virtual*. Disponível em: <https://www.ibm.com/br-pt/cloud/watson-assistant>. Acesso em 13 jan. 2021

INSEAD, The Business school for the world; GOOGLE. *Global Talent in the Age of Artificial Intelligence Report*. 2020. Disponível em: <https://gtcistudy.com/wp-content/uploads/2020/01/GTCI-2020-Report.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2020.

INSPER. *Advogados não serão substituídos pela tecnologia*. Jun. 2017. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/noticias/advogados-nao-serao-substituidos-pela-tecnologia/>. Acesso em: 11 mar. 2020.

INSTITUTO INNOVARE. *Em cerimônia marcada pela emoção prêmio Innovare anuncia premiados de sua 17ª edição*. Brasília, 01 dez. 2020. Disponível em: <https://premioinnovare.com.br/noticia/em-cerimonia-marcada-pela-emocao-premio-innovare-anuncia-premiados-de-sua-17a-edicao>. Acesso em 22 dez. 2020.

JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo Vieira. Advocacia pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico-constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. *Revista da AGU*, v. 8, n. 19, 30 mar. 2009.

KENT, Beck; et al. *Manifesto para Desenvolvimento Ágil de Software*. 2001. Disponível em: <http://agilemanifesto.org/iso/ptbr/manifesto.html>. Acesso em: 24 dez. 2020.

KOROLOV, Maria. *Por que dados errados são o maior risco para a inteligência artificial?* Disponível em: <https://ab2l.org.br/por-que-dados-errados-sao-o-maior-risco-para-a-inteligencia-artificial/>. Acesso em 14 jan. 2021.

LICHT, Marshall. *Design Thinking for Lawyers*. Out. 2019. Disponível em: <https://lawyerist.com/blog/design-thinking-for-lawyers/>. Acesso em: 12 jan. 2021.

MADEIRA, Danilo Cruz Madeira. *O papel da advocacia pública no estado democrático de direito*. Revista da AGU, v. 9, n. 26, 6 set. 2017.

MAGALHÃES, Gabriel. *O Futuro do Direito Não é Só Tecnologia* - Gabriel Magalhães | Direito 4.0 Podcast #4. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=lb17E_Abkj8. Acesso em: 09 fev. 2020.

MCKINSEY & COMPANY. *McKinsey acquires Candid Partners, a leader in cloud Consulting*. Jan. 2021. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/about-us/new-at-mckinsey-blog/mckinsey-acquires-candid-partners>. Acesso em: 16 jan, 2021.

MCKINSEY & COMPANY. *Technology, jobs, and the future of work*. 2017. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/featured-insights/employment-and-growth/technology-jobs-and-the-future-of-work>. Acesso em: 23 jan. 2020.

NAKAGAWA, Marcelo. *Inovação será commodity*. Toda empresa que quiser ser inovadora vai conseguir. A questão é se isso será uma vantagem competitiva. 2020. < <https://www.projetodraft.com/inovacao-vai-virar-commodity/>. Acesso em: 06 fev. 2020.

NOGUEIRA, Mario Lúcio Baioneta. *Fórum Inteligência Artificial* - Uso de aplicativos (“Robôs”) na prática jurídica, promovido pela Escola da AGU, transmitido ao vivo em 28 de mar. 2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?app=desktop&v=sv9CjmxphHM>. Acesso em: 10 dez. 2020.

ROBINSON, Harry. *A transformação dá errado em 70% das empresas*. O que fazer para evitar o fracasso? Entrevista concedida à revista Época Negócios em 10/05/2019, por Daniela Frabasile. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2019/05/transformacao-digital-da-errado-em-70-das-empresas-o-que-fazer-para-evitar-o-fracasso.html>. Acesso em: 15 nov. 2020.

ROSS INTELLIGENCE (USA). *A Visual Guide to AI*. Disponível em: <https://www.rossintelligence.com/what-is-ai>. Acesso em: 27 dez 2020.

SEM PROCESSO (BRASIL). Disponível em: <https://www.semprocesso.com.br/>. Acesso em: 20 nov. 2020.

SENRA, Gabriel. *O futuro do direito*. Tedx Talks. Transmitido em 29 jun. 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0Oo26QvRY1k>. Acesso em: 06 fev. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Lawtechs, startups, algoritmos: Direito que é bom, nem falar, certo?* 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-16/senso-incomum-lawtechs-startups-algoritmos-direito-bom-nem-falar-certo>. Acesso em 03 fev. 2020.

SUPERINTENDÊNCIA DE SEGUROS PRIVADOS – SUSEP (BRASIL). *Susep lança edital para o sandbox*. Brasília, 20 mar. 2020. Disponível em: <http://www.susep.gov.br/setores-susep/noticias/noticias/susep-lanca-edital-para-o-sandbox>. Acesso em: 15 out. 2020.

SUSSKIND, Richard. *Precisamos de uma geração de engenheiros legais*. Jun. 2018. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br/precisamos-de-uma-geracao-de-engenheiros-legais-diz-richard/>. Acesso em: 13 jan. 2020.

SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's lawyers: an introduction to your future*. 2ª ed. eBook Kindle. Oxford University Press, USA, 2017.

THOMSON REUTERS. *Advogado do Futuro: Como advogados se tornam especialistas em dados e data-driven*. Ago. 2019. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/blog/advogado-do-futuro-como-advogados-se-tornam-especialistas-em-dados-e-data-driven.html>. Acesso em: 13 dez. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL – TSE (BRASIL). *Conheça o 'Tira-Dúvidas Eleitoral no WhatsApp'*, assistente virtual da Justiça Eleitoral. Brasília, 30 set. 2020. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2020/Setembro/conheca-o-2018tira-duvidas-no-whatsapp2019-assistente-virtual-da-justica-eleitoral>. Acesso em: 22 dez. 2020.

WATANABE, Eduardo; SOUSA, Renato Tarciso Barbosa de. *Processos Judiciais Eletrônicos: Desafios para a Gestão a partir da Arquivologia e da Ciência da Informação*. Anais do Encontro Nacional de Administração da Justiça. 2019. Disponível em: <http://www.enajus.org.br/anais/2019/processos-judiciais-eletronicos-desafios-para-a-gestao-a-partir-da-arquivologia-e-da-ciencia-da-informacao?q=a>. Acesso em: 09 mar. 2020.

SÚMULA 222 DO TRIBUNAL DE CONTAS
DA UNIÃO, FUNÇÃO CONSULTIVA DAS
CORTES DE CONTAS E USURPAÇÃO
DE COMPETÊNCIAS DA ADVOCACIA
PÚBLICA

*PRECEDENT 222 OF THE FEDERAL COURT OF ACCOUNTS,
INQUIRY FUNCTIONS OF COURTS OF ACCOUNTS AND
USURPATION OF PUBLIC ADVOCACY'S ATTRIBUTIONS*

Giovana Andréa Gomes Ferreira

*Procuradora do Estado de Pernambuco, Especialista em Direito Processual Civil e
Direito Sanitário. Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral
da União (EAGU)*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Tribunais de Contas: Competências constitucionais, poderes implícitos e impossibilidade de usurpar atribuições dos demais órgãos; 2. Competência exclusiva da Advocacia Pública para exercer a Consultoria Jurídica da Administração. Ato privativo de Advogado, incompatível com membros de Tribunais de Contas; 3. Inconstitucionalidade da Súmula 222 do TCU; 4. Conclusões; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem o escopo de analisar os limites implícitos à atuação dos Tribunais de Contas, os quais, segundo jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não podem ultrapassar a moldura dada pelo art. 71 da Constituição, nem invadir competências dos demais órgãos. Nesse sentido, ao impor à União, Estados e Municípios a interpretação do Tribunal de Contas da União sobre normas gerais de licitações e contratos, a Súmula 222, do referido Tribunal, é inconstitucional e usurpa competências da Advocacia Pública. No mesmo sentido, devem ser interpretadas conforme a Constituição as normas infraconstitucionais que atribuam funções consultivas aos Tribunais de Contas, não podendo englobar a consultoria jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunais de Contas. Limites Implícitos. Súmula 222. Inconstitucionalidade. Consultoria Jurídica. Advocacia Pública.

ABSTRACT: This purpose of this article is analyze the implicit limits of the Courts of Accounts, which, according to the jurisprudence of the Supreme Federal Court, cannot go beyond the frame of the article 71 of the the Federal Constitution of Brazil and cannot invade the competences of the other public bodies and entities. Imposing on the Union, States and Municipalities the interpretation of the Brazilian Court of Accounts on general rules for bidding and contracts, the Precedent 222 is unconstitutional and usurps Public Advocacy's attributions. Normative provisions that assign inquiry functions to the Courts of Accounts must be interpreted according to the Constitution, and cannot include legal advice.

KEYWORDS: Courts of Accounts. Implicit Limits. Precedent 222. Legal Advice. Unconstitutionality. Public Advocacy.

INTRODUÇÃO

O título do presente artigo, num primeiro olhar, pode levar à conclusão de que aborda dois temas distintos:

1 - A Súmula 222 do TCU, segundo a qual as decisões do Tribunal sobre a aplicação de normas gerais de licitação devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

2 - E a competência prevista nas Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas para responderem consultas formuladas pelos gestores.

Trata-se, entretanto, de duas facetas de um mesmo fenômeno – que é o tema central deste artigo: o *avanço* dos Tribunais de Contas sobre as competências constitucionais da Advocacia Pública como consultoria jurídica da Administração e o *recuo* da Advocacia Pública no exercício dessa competência, nos casos em que a Corte de Contas busca impor sua interpretação de normas jurídicas como a única correta e esta interpretação é aceita automaticamente por membros da Advocacia Pública por temor de responsabilização.

Ao longo dos anos, tem sido observada uma tendência dos Advogados Públicos – notadamente aqueles em atuação na área consultiva – de reprodução e adesão automática a entendimentos dos Tribunais de Contas em matéria de licitações e contratos administrativos.

Com efeito, não é incomum pareceres, orientações e súmulas administrativas de órgãos da Advocacia Pública utilizarem como fundamento ou limitarem-se a reproduzir trechos de acórdãos e súmulas de Cortes de Contas, em especial do Tribunal de Contas da União - TCU.

Outro aspecto digno de observação é a opção de alguns gestores por formular consultas aos Tribunais de Contas sobre a *correta* interpretação a ser dada a determinadas normas jurídicas, como se fora a esses Tribunais e não à Advocacia Pública a quem a Constituição atribuiu o papel de Consultoria Jurídica da Administração.

Numa completa inversão de papeis, há casos até mesmo de responsabilização de integrantes da Advocacia Pública pelo *erro grosseiro* de desconsiderar jurisprudência pacífica do TCU.

Nesse sentido, na edição nº 338 de seu Boletim de Jurisprudência, o TCU assim enunciou as conclusões do Acórdão 13.375/2020 – 1ª Câmara (BRASIL, 2020, p. 2):

Acórdão 13375/2020 Primeira Câmara (Pedido de Reexame, Relator Ministro Benjamin Zymler)

Responsabilidade. Culpa. Parecerista. Parecer jurídico. Fundamentação.

O parecer jurídico que não esteja fundamentado em razoável interpretação da lei, contenha grave ofensa à ordem pública ou deixe de considerar jurisprudência pacificada do TCU pode ensejar a responsabilização do seu autor, se o ato concorrer para eventual irregularidade praticada pela autoridade que nele se embasou.

O Acórdão acima citado é um dos muitos exemplos do avanço sobre as competências dos Advogados Públicos e das consequências danosas da adesão automática desses últimos aos entendimentos dos Tribunais de Contas.

O objetivo do presente artigo é traçar os limites à atuação dos Tribunais de Contas, bem como a constitucionalidade de normas ou entendimentos que lhes atribuam funções consultivas ou posição de supremacia interpretativa, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e das competências constitucionais da Advocacia Pública.

Para tanto, o artigo foi dividido em três partes.

Na primeira, são retratadas as competências constitucionais dos Tribunais de Contas, expostas no art. 71 da Constituição de 1988 e em suas Leis Orgânicas, abordando-se precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Na segunda parte, são abordadas as competências constitucionais da Advocacia Pública, expostas nos arts. 131 e 132 da Constituição, dentre as quais exercer a Consultoria Jurídica da Administração, competência essa irrenunciável, não passível de delegação ou avocação.

A terceira parte trata da já mencionada Súmula 222 do TCU, que expõe a tentativa desse Tribunal de atribuir a todas as suas decisões em matéria de licitações e contratos o caráter normativo e o efeito vinculante previstos para a competência consultiva atribuída em sua Lei Orgânica, que não tem assento na Constituição de 1988.

1. TRIBUNAIS DE CONTAS: COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS, PODERES IMPLÍCITOS E IMPOSSIBILIDADE DE USURPAR ATRIBUIÇÕES DOS DEMAIS ÓRGÃOS

As competências do Tribunal de Contas da União, exercidas em auxílio ao controle externo a cargo do Congresso Nacional, estão elencadas no art. 71 da Constituição de 1988.

De acordo com o art. 70 da Constituição, esse controle externo exercido pelo Poder Legislativo - ao qual o TCU cabe auxiliar - envolve “a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas” (BRASIL, 1988), devendo tal modelo ser seguido nos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e, onde houver, dos Municípios, por força do art. 75 da Constituição.

As competências do TCU são bem sintetizadas em artigo de Carlos Ari Sunfeld, Jacintho Arruda Câmara, Vera Monteiro e André Rosillo (2017, p. 869):

O Tribunal de Contas da União (TCU) é órgão de auditoria externa ao qual se atribuiu a tarefa de auxiliar o Congresso Nacional a fiscalizar a utilização, a arrecadação, a guarda, o gerenciamento e a administração de recursos públicos federais (CF, art. 70, parágrafo único, c/c art. 71, caput). Insere-se, assim, no conjunto das chamadas instituições superiores de auditoria externa (*Supreme Audit Institutions*).

A Constituição Federal, em seu art. 70, parágrafo único, fixa a abrangência do controle externo. Devem prestar contas: (a) todo aquele (pessoa física ou jurídica, pública ou privada, integrante ou não do aparelho estatal) que de alguma maneira gerencie (em sentido amplo) dinheiros, bens ou valores pertencentes à União; (b) todo aquele que gerencie (novamente em sentido amplo) recursos, mesmo que privados, pelos quais a União responda; e (c) todos aqueles que assumam obrigações de natureza pecuniária em nome da União. O Congresso Nacional e seu auxiliar, o TCU, podem aferir a lisura das receitas e despesas desses sujeitos.

É amplo o grau de abrangência do controle sob a responsabilidade do TCU. Ele basicamente poderá fiscalizar e auditar: (a) todos os órgãos e entes da administração pública federal (direta e indireta, incluindo fundações e empresas estatais); (b) órgãos e entes das administrações públicas estaduais e municipais (caso recebam transferências de recursos públicos federais); e (c) pessoas físicas e jurídicas privadas, em geral, que de algum modo recebam, administrem ou gerenciem recursos públicos federais. A regra, portanto, é que o TCU em tese estará legitimado a atuar sempre que o caso envolver utilização, arrecadação, guarda, gerenciamento ou administração de bens e valores públicos da União.

Segundo Frederico Pardini, citado por Marques (2020, p. 16):

As diversas tarefas e atividades do TCU podem ser classificadas em grupos principais conforme as características das funções exercidas: a) função opinativa, consultiva e informativa, pela qual o Tribunal aprecia sem julgar contas e atos, emite pareceres, responde a consultas e fornece dados e estudos realizados; b) função fiscalizadora, pela qual é exercida fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, verificando a legalidade, legitimidade e economicidade dos atos e contratos; c) função corretiva, visando corrigir ilegalidades e irregularidades mediante aplicação de penalidades, impugnação e sustação da execução de atos e contratos; d) função jurisdicional, quando o Tribunal, com exclusividade, julga e liquida definitivamente as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, e as contas daqueles que deram causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo financeiro, econômico ou material ao erário e ao patrimônio da União.

O já mencionado art. 71 da Constituição de 1988 elenca relevantes atribuições do Tribunal de Contas da União, extensíveis aos Tribunais de Contas dos Estados, em sua missão de auxiliar o Poder Legislativo no controle externo da Administração, fiscalizar a aplicação de recursos públicos e apreciar/julgar contas de responsáveis por sua aplicação.

E, conforme jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal, o TCU dispõe, além das competências explícitas do preceito acima citado, de implícito poder geral de cautela para tornar efetivo o exercício das competências que lhe foram diretamente outorgadas pela Constituição, conforme célebre voto proferido pelo Min. Celso de Melo no Mandado de Segurança nº 24.510 (BRASIL, 2004, p. 21):

[...] a atribuição dos poderes explícitos ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário público.

Esses poderes implícitos estão, todavia, limitados àqueles imprescindíveis à efetividade das competências explícitas, como é o caso

do poder geral de cautela, não havendo margem para ampliação da moldura estabelecida no art. 71 da Constituição.

Com efeito, no voto exarado no mesmo Mandado de Segurança 24.510, o Ministro Carlos Ayres Britto já consignava que, segundo lhe parecia, “ao inventariar as competências do Tribunal de Contas da União”, a Constituição de 1988 “o fez em números fechados, *numerus clausus*” (BRASIL, 2004, p. 8). Esse mesmo entendimento foi mantido pelo Min. Carlos Ayres Britto em trabalhos doutrinários (BRITTO, 2018, p. 7):

[...] os Tribunais de Contas têm quase todo o seu arcabouço normativo montado pelo próprio Poder Constituinte. Assim no plano da sua função, como respeitadamente às suas competências e atribuições e ainda quanto ao regime jurídico dos agentes que o formam.

Com efeito, o recorte jurídico-positivo das Casas de Contas é nuclearmente feito nas pranchetas da Constituição. Foi o legislador de primeiríssimo escalão quem estruturou e funcionalizou todos eles (os Tribunais de Contas), prescindindo das achegas da lei menor. É só abrir os olhos sobre os 6 artigos e os 40 dispositivos que a Lei das Leis reservou às Cortes de Contas (para citar apenas a seção de nº IX do capítulo atinente ao Poder Legislativo) para se perceber que somente em uma oportunidade é que existe menção à lei infraconstitucional. Menção que é feita em matéria de aplicação de sanções (inciso VIII do art. 71), porque, em tudo o mais, o Código Supremo fez questão de semear no campo da eficácia plena e da aplicabilidade imediata.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem reputado inconstitucionais tentativas de – pela via legislativa ou de interpretação – atribuir aos Tribunais de Contas competências diversas das expressamente fixadas na Constituição, em especial quando configurada usurpação de atribuições de outros órgãos.

Nessa linha, no Recurso Extraordinário 223.037, foi declarada inconstitucional norma da Constituição do Estado de Sergipe que conferia ao Tribunal de Contas Estadual competência para executar suas próprias decisões. Na oportunidade, entendeu o STF que tal previsão desbordava do modelo previsto na Constituição da República (ofensa ao princípio da simetria) e que a execução caberia aos Procuradores do Estado, como se extrai dos seguintes trechos do voto do Relator, Ministro Maurício Correa (BRASIL, 2002, p. 10):

[...]

20. Como dito antes, o princípio da simetria há de ser observado na estruturação das Cortes de Contas estaduais, conforme jurisprudência pacífica do Tribunal, inclusive quanto às atribuições do respectivo Ministério Público, ‘órgão de extração constitucional (...) que encontra-se consolidado na intimidade estrutural dessa Corte de Contas (...)’.

21. Sob qualquer ângulo que se examine a questão, não é possível admitir que o Tribunal de Contas promova, ele mesmo ou por meio do Ministério Público respectivo, a execução judicial de suas decisões. Dessa forma, em caso de ‘eventual imputação de débito ou multa com eficácia de título executivo (art. 71, §3º), cabe ao Tribunal [de contas] providenciar a cobrança, determinando à Advocacia-Geral da União [no caso a Procuradoria Geral do Estado] o ajuizamento da execução, sob pena de responsabilidade’ (José Afonso da Silva, ob. cit., p. 688)

A mesma diretriz foi recentemente seguida no julgamento do Mandado de Segurança 35410 – julgado conjuntamente com os Mandados de Segurança 35490, 35494, 35498, 35500, 35836, 35812 e 35824 – ocasião em que, superando sua antiga Súmula 347 – agora virtualmente revogada – o STF entendeu que o TCU não tem poderes de declarar a inconstitucionalidade de atos normativos ou afastar sua aplicação em casos concretos, por ausência de previsão expressa no art. 71 da Constituição e por usurpar as competências do próprio STF e do Congresso Nacional. Na oportunidade, foi seguido o voto do Min. Alexandre de Moraes, cujos principais trechos seguem transcritos, (BRASIL, 2021b, p. 14-21):

[...] Embora se reconheça a inexistência de submissão do Tribunal de Contas da União aos demais Poderes instituídos, tendo autonomia na realização técnica de sua função fiscalizadora, há de se reconhecer a limitação constitucional de tal competência ao exercício de atos de verificação, fiscalização e julgamento de contas, nos termos do art. 71 da Constituição Federal. É, assim, órgão técnico de fiscalização contábil, financeira e orçamentária, com competência funcional claramente estabelecida pela Constituição Federal, não se admitindo o extrapolamento de tais limites pena de usurpação, no caso, de competência específica do Poder Judiciário.

[...]

Assim como outros importantes órgãos administrativos previstos na Constituição Federal com atribuições expressas para defender princípios e normas constitucionais (Conselho Nacional de Justiça, artigo 130-B; Ministério Público – Constituição Federal, artigo 129, II e Conselho Nacional do Ministério Público, cuja previsão constitucional de atribuição é idêntica ao CNJ – Constituição Federal, artigo 130-A, § 2º, II), no exercício de sua missão e finalidades previstas no texto maior, compete ao Tribunal de Contas da União exercer na plenitude todas as suas competências administrativas, sem obviamente poder usurpar o exercício da função de outros órgãos, inclusive a função jurisdicional de controle de constitucionalidade.

[...]

Porém, a possibilidade de exercício do controle de constitucionalidade pelo TCU é mais grave do que somente a configuração de usurpação de função jurisdicional por órgão administrativo, em virtude da extensão dos efeitos de suas decisões para todos os procedimentos administrativos no âmbito da Administração Pública, como no caso em questão. Exatamente como na presente hipótese, o controle difuso exercido administrativamente pelo Tribunal de Contas traria consigo a transcendência dos efeitos, pois na maioria das vezes, ao declarar a inconstitucionalidade ou, eufemisticamente, afastar incidentalmente a aplicação de uma lei federal, o TCU não só estaria julgando o caso concreto, mas também acabaria determinando aos órgãos de administração que deixassem de aplicar essa mesma lei para todos os demais casos idênticos, extrapolando os efeitos concretos e intra partes e tornando-os erga omnes e vinculantes no âmbito daquele tribunal.

[...]

Tome-se como exemplo a presente hipótese, ao afastar a incidência dos §§ 2º e 3º dos artigos 7º e 17 da Medida Provisória 765/2016, convertida na Lei 13.464/2017, nos casos concretos submetidos à sua apreciação, o Tribunal de Contas da União está retirando totalmente a eficácia da lei, que deixará de produzir efeitos no mundo real.

Ao declarar incidentalmente essa inconstitucionalidade, o TCU estará impedindo a aplicação desses dispositivos jurídicos pelos órgãos de administração, não somente para o caso julgado, mas também para

todos os demais, ou seja, a decisão terá efeitos erga omnes e vinculantes no âmbito daquele órgão, a quem se aplica a lei.

[...]

Em verdade, nas hipóteses de afastamento incidental da aplicação de lei específica no âmbito da administração pública federal, o Tribunal de Contas da União, por via reflexa, estaria automaticamente aplicando a transcendência dos efeitos do controle difuso e desrespeitando frontalmente a competência para o exercício do controle concentrado reservada com exclusividade ao Supremo Tribunal Federal pelo texto constitucional, pois estaria obrigando, a partir de um caso concreto, toda a administração pública federal a deixar de aplicar uma lei em todas as situações idênticas (efeitos vinculantes).

[...]

Não bastasse a configuração do desrespeito à função jurisdicional e a competência exclusiva do STF, essa hipótese fere as funções do Legislativo, pois a possibilidade do TCU declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público incidentalmente em seus procedimentos administrativos atentaria frontalmente contra os mecanismos recíprocos de freios e contrapesos (check and balances) estabelecidos no texto constitucional como pilares à Separação de Poderes, e que se consubstancia em cláusula pétrea em nosso sistema normativo, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, III, da Constituição Federal, pois ausente a necessária legitimidade constitucional a que esse, ou qualquer outro órgão administrativo, possa afastar leis devidamente emanadas pelo Poder Legislativo.

Não restam dúvidas, portanto, de que permitir ao Tribunal de Contas da União, o exercício do controle difuso de constitucionalidade em relação às leis federais de regência de toda a administração pública federal, com conseqüente transcendência dos efeitos de suas decisões vinculando todos os órgãos de administração, seria o reconhecimento de novas e perigosas competências originárias de caráter jurisdicionais não previstas no texto constitucional, em usurpação às competências do Supremo Tribunal Federal.

Aceitar a possibilidade de exercício de controle difuso pelo Tribunal de Contas da União seria reconhecer substancial e inconstitucional

acrécimo à sua competência de controle da atividade administrativa e financeira da administração pública federal, quando o próprio legislador constituinte de 1988 não o fez.

[...].

Como se vê, a jurisprudência do STF consolidou-se na linha de que a competência do TCU – e, por simetria, dos demais Tribunais de Contas – é limitada “à verificação, fiscalização e julgamento de contas, nos termos do art. 71 da Constituição Federal, na condição de órgão técnico de fiscalização contábil, financeira e orçamentária”, não admitindo que seja extrapolada a competência funcional estabelecida pela Constituição (BRASIL, 2021b, p. 15).

Destarte, com exceção do poder geral de cautela, que lhe é implícito, é inconstitucional atribuir ao TCU competências não expressamente albergadas pelo art. 71 da Constituição.

Extrapolando esse preceito, o inciso XVII do art. 1º da Lei Federal nº 8.443, de 16 de julho de 1992 – Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, cujas disposições são similares às Leis Orgânicas dos Tribunais de Contas dos Estados – atribuiu ao TCU competência para “decidir sobre consulta que lhe seja formulada por autoridade competente, a respeito de dúvida suscitada na aplicação de dispositivos legais e regulamentares concernentes a matéria de sua competência, na forma estabelecida no Regimento Interno” (BRASIL, 1992).

Mais recentemente, essa competência consultiva das Cortes de Contas foi inserida na já revogada Lei nº 13.979/2020 - editada para, dentre outros fins, regulamentar as contratações para enfrentamento da pandemia de COVID-19 – prevendo-se, no parágrafo único de seu art. 4º-K, que os Tribunais de Contas deveriam atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação da aludida Lei, inclusive por meio de respostas a consultas.

Ocorre que, não havendo, no art. 71 da Constituição, atribuição de competência consultiva ao TCU e considerando que, como se verá adiante, a consultoria jurídica da Administração compete à Advocacia Pública, as normas infraconstitucionais que autorizam a formulação de consultas às Cortes de Contas devem ser interpretadas conforme a Constituição.

Destarte, as consultas aos Tribunais de Contas devem se limitar: i) às hipóteses que visem a preservar a eficácia de decisões do TCU, de forma conexa ao poder geral de cautela, como é o caso, por exemplo, de consultas que busquem aumentar a segurança jurídica das ações para enfrentamento à pandemia de COVID-19; ii) às controvérsias de ordem contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial, na forma

do art. 70 da Constituição, que não envolvam dúvidas de natureza jurídica, preservando a competência consultiva da Advocacia Pública, não podendo a resposta à consulta ter conteúdo típico de parecer jurídico.

2. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA ADVOCACIA PÚBLICA PARA EXERCER A CONSULTORIA JURÍDICA DA ADMINISTRAÇÃO. ATO PRIVATIVO DE ADVOGADO, INCOMPATÍVEL COM MEMBROS DE TRIBUNAIS DE CONTAS

Em seu capítulo IV, referente às Funções Essenciais à Justiça, a Constituição Cidadã dedica a seção II à Advocacia Pública, trazendo as seguintes disposições sobre a Advocacia-Geral da União e as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal (BRASIL, 1988, destaques nossos):

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

desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Assim, na expressa dicção dos arts. 131 e 132, acima transcritos, as atividades de Consultoria Jurídica da União, dos Estados e do Distrito Federal, cabem, respectivamente, à Advocacia-Geral da União e aos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal.

Relativamente à União, o art. 131 da Constituição prevê não somente as atividades de Consultoria, como também de Assessoramento Jurídico, assim distinguidas no Enunciado 45 do Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU (BRASIL, 2016, p. 92):

Nos termos da legislação específica, a atividade de consultoria jurídica compreende pronunciamentos típicos exteriorizados em expedientes e mediante figuras de manifestação formais, ao passo que a atividade de assessoramento jurídico abrange outras atividades decorrentes do exercício das atribuições próprias da função de Advogado Público Federal, a exemplo de orientações jurídicas prestadas em reuniões, por interlocuções telefônicas, por mensagens eletrônicas ou por outros meios de exteriorização de menor formalismo, conforme também disciplinadas em lei ou norma específica da AGU.

Quando a Constituição lhes destine Seção própria e tenham a qualificação de *públicos*, os membros da Advocacia-Geral da União e os Procuradores dos Estados são Advogados, de modo que, por força do art. 133 da Constituição, são invioláveis por seus atos e manifestações no exercício da profissão, tais como os pareceres emitidos no exercício da Consultoria Jurídica.

Ao regulamentarem os arts. 131 e 132 da Constituição da República, as Leis Orgânicas dos órgãos de Advocacia Pública têm englobado, sob o espectro da Consultoria Jurídica, a fixação de interpretação uniforme de normas jurídicas no âmbito do Poder Executivo, inclusive mediante a edição de súmulas e pareceres vinculantes para os demais órgãos e entidades da Administração.

No âmbito da Advocacia-Geral da União, a Lei Complementar nº 73, de 10/02/1993, elenca, no rol de atribuições do Advogado-Geral da União, “fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e demais atos normativos, a ser uniformemente seguida pelos órgãos e entidades da Administração Federal” (art. 4º, X), dispondo, em seu art. 40, que o parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República e publicado juntamente com o despacho presidencial, “vincula

a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento” (BRASIL, 1993).

Assim, seja em razão dos arts. 131 e 132 da Constituição Federal ou por força de suas Leis Orgânicas, regulamentadoras de tais disposições constitucionais, são os órgãos de Advocacia Pública que detêm competência para exercer a consultoria jurídica dos entes a que vinculados.

E, à luz do art. 11 da Lei Federal nº 9.784/1999, a competência é irrenunciável, devendo ser exercida pelos órgãos aos quais atribuída como própria, exceto nas hipóteses de delegação e avocação legalmente admitidas.

Sendo a consultoria jurídica da Administração competência própria da Advocacia Pública, é por ela que deve ser exercida, não havendo margem para delegação ou avocação por órgãos de controle.

A avocação é incabível, dada a manifesta inexistência de hierarquia entre a Advocacia Pública e os Tribunais de Contas, que possuem igual estatura constitucional.

Igualmente não há possibilidade de delegação, uma vez que:

A competência, no caso, é exclusiva, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, dentre outras, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.397, 5262, 5107, 5215 e 5393;

Não se vislumbram circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial que a tornem conveniente;

Há evidente impedimento legal. Isso porque na forma do inciso II do art. 1º da Lei 8.904/1994, as atividades de consultoria jurídica são privativas de advocacia e, por isso, jamais poderiam ser exercidas por membros de Tribunais de Contas, sob pena de nulidade, por se tratar de função incompatível com a advocacia (arts. 4º, parágrafo único, e 28, II, da Lei 8.906/1994).

Essa competência irrenunciável é, em regra, materializada pela emissão de pareceres, os quais, na lição do saudoso Moreira Neto (2007, p. 9-22, destaques nossos), são atos próprios da atividade advocatícia, constituindo, para os Advogados Públicos, atos exclusivos próprios de Consultoria de Estado, que não se confundem com atos administrativos e não estão sujeitos à sindicância dos Tribunais de Contas. Confira-se:

[...]

11. Cumpre, portanto, identificar as espécies de atos próprios tipificados para o exercício das funções constitucionais do Advogado de Estado. Ora, essa tipificação também está constitucionalizada, embora apresentando uma pequena diferença entre as funções atribuídas aos Advogados de Estado da União (art. 131) e aos dos Estados membros e do Distrito Federal (art. 132).

12. Assim, para os Advogados de Estado incorporados à Advocacia Geral da União, ficaram definidas quatro funções próprias e, em consequência, quatro espécies de atos próprios, a saber: 1º - a representação judicial da União – exercida por atos processuais de representação das pessoas jurídicas de direito público federais; 2º - a representação extrajudicial da União – exercida por atos negociais de natureza pública e privada; 3º - a consultoria do Poder Executivo – exercida por atos opinativos e 4º - o assessoramento jurídico do Poder Executivo – exercido por atos de assistência técnica em matéria jurídica.

13. Todavia, para os Advogados de Estado incorporados às Procuradorias Gerais dos Estados membros e à do Distrito Federal, estão constitucionalmente definidas apenas duas funções próprias e, em consequência, delas deduzidas duas espécies de atos próprios referidas ambas às respectivas unidades da Federação: 1º - a representação judicial – exercida por atos processuais forenses, e 2º - a consultoria jurídica – exercida por atos opinativos.

14. Não se afasta, em ambas as hipóteses, a possibilidade de as fontes infraconstitucionais lhes cometerem outras funções, obviamente desde que compatíveis com as constitucionalmente características da advocacia de Estado, ou seja: que essas funções não lhes retirem, a seus exercentes, a necessária independência de atuação. É, tipicamente, o caso do cometimento de certas funções de auto-administração interna referidas ao pessoal, bens e serviços afetos às mencionadas Procuradorias, enquanto órgãos corporativos, que lhes são implicitamente asseguradas em razão de sua autonomia.

[...]

3ª Parte: Os Pareceres Jurídicos como Atos Próprios de Consultoria de Estado e a Competência para o Controle sobre seus Prolores

1. Por caber constitucionalmente aos Advogados de Estado a função constitucional de consultoria jurídica pública, os atos de natureza opinativa

por eles praticados – denominados Pareceres jurídicos – constituem, em consequência, um tipo constitucional de atos próprios e deles exclusivos.

2. O exercício dessa função opinativa – de dizer o direito nas hipóteses concretas que se lhe são apresentadas – é um múnus público que recai sobre qualquer advogado apenas em razão de estar submetido a estatuto funcional próprio, ao qual adere voluntariamente, não respondendo, no seu exercício, senão à sua consciência e perante os órgãos de tutela profissional para tanto instituídos.

3. No caso específico do Advogado de Estado, a sujeição torna-se mais complexa, pois se remete a um duplo sistema estatutário, ambos de adesão voluntária, em que são previstos controles sobre seus atos profissionais, incluídos os de consultoria jurídica: (1) por um sistema geral a cargo de seus pares, através dos órgãos corporativos competentes da Ordem dos Advogados do Brasil, e (2) por um sistema especial, também a cargo de seus pares, através de órgãos corporativos competentes da Procuradoria ou Advocacia de Estado do respectivo ente estatal a que sirvam.

[...]

26. Com efeito, no caso das Cortes de Contas, operando no exercício de suas funções constitucionais, há uma nítida diferença na natureza dos distintos controles a seu cargo: (1) de um lado, o que se entende como controle de legalidade da atividade de órgãos da administração pública, que está estritamente dirigido à ‘fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial...’ (art. 70, caput) e (2) o controle referido a atos de gestão praticados por ‘... qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda ou que, em nome desta, assumam obrigações de natureza pecuniária’ (art. 70, parágrafo único, Constituição Federal). Vale dizer que este segundo tipo de controle se exerce estritamente sobre atos praticados por gestores públicos e sempre que estejam atuando nesta condição.

27. Distinto é, portanto, o que se entende como controle de juridicidade pleno da atividade dos órgãos de consultoria jurídica de Estado, na hipótese, o referido a atos próprios de consultoria, de previsão constitucional, praticados por Advogados de Estado, atuando nesta condição e no privativo desempenho de sua função opinativa de direito.

[...]

O Parecer jurídico é ato próprio da atividade advocatícia, privada ou pública, e não um ato próprio da Administração.

[...]. Por óbvio, não se questiona a competência das diversas Cortes de Contas do País de adotarem suas próprias interpretações do Direito, pois o critério de juridicidade contido nos Pareceres jurídicos dos Advogados de Estado não se lhes obriga, uma vez que são apenas atos opinativos estão sub censura, como, de resto, todos os atos interpretativos do Direito, até mesmo os judiciais, até que transitem em julgado.

3. Assim é que as Cortes de Contas, por se tratarem de órgãos constitucionalmente autônomos em suas respectivas funções, tanto quanto o são os órgãos exercentes das funções essenciais à justiça em suas funções próprias, estão livres para adotar as interpretações que lhes pareçam mais adequadas, divergindo, criticando e repudiando as conclusões de direito contidas em Pareceres jurídicos, mas, mesmo que os tenham como ineptos ou viciados, não podem impor aos Advogados de Estado as sanções administrativas de sua competência, reservada aos gestores, apenas por entenderem que os profissionais de direito, nesta qualidade, cometeram faltas.

Nessa toada, ao emitir pareceres, o membro da Advocacia Pública exerce competência constitucional própria – ato próprio da atividade advocatícia, nas palavras de Moreira Neto, anteriormente transcritas – atividade essa que não deve estar condicionada a interpretações realizadas por órgãos aos quais a Constituição não deu poderes para interpretar normas com efeitos vinculantes ou decidir em caráter de definitividade.

Todavia, são vários os relatos de casos em que as Cortes de Contas desconsideraram os pronunciamentos jurídicos dos membros da Advocacia Pública, desconsiderando, por via transversa – quando não verdadeiramente usurpando – a competência constitucionalmente atribuída à Advocacia-Geral da União e às Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal de exercerem a Consultoria Jurídica da Administração.

Muitas também – e mais graves – têm sido as tentativas de responsabilização de membros da Advocacia Pública pelos opinativos emitidos na área de licitações e contratos administrativos.

A tentativa dos Tribunais de Contas de impor aos advogados públicos determinada interpretação de normas jurídicas e, assim, a forma de exercício

da advocacia, caracteriza indevida intromissão no direito de exercer a profissão com liberdade, assegurado ao advogado no inciso I do art. 7º da Lei nº 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

Por outro lado, a fim de evitar eventual responsabilização pessoal, os Advogados Públicos, por vezes, adotam a postura defensiva de se filiarem automaticamente aos entendimentos jurídicos dos Tribunais de Contas, renunciando ao exercício da já mencionada competência constitucional de Consultoria Jurídica da Administração. Há casos, ainda, de buscar evitar responsabilização pessoal mediante a estratégia de condicionar a validade de determinado parecer jurídico ao resultado de consulta a ser formulada perante alguma Corte de Contas.

O temor de responsabilização pessoal tem acarretado uma atrofia na atuação consultiva de órgãos de Advocacia Pública, acarretando a edição de súmulas, orientações e pareceres que, muitas vezes, se limitam a reproduzir súmulas e orientações dos Tribunais de Contas, o que tem contribuído para a hipertrofia dos órgãos de controle, o que não se coaduna com os deveres, impostos nos §§1º e 2º do art. 31 da Lei 8.906/1994, de manter independência em qualquer circunstância e não se deixar deter por receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade.

3. INCONSTITUCIONALIDADE DA SÚMULA 222 DO TCU

Arvorando-se do papel de dizer, na via administrativa, a última palavra na interpretação de dispositivos da Lei no 8.666/93 e demais normas de licitações e contratos – afrontando a já mencionada competência consultiva exclusiva da Advocacia Pública – o Tribunal de Contas da União editou a Súmula 222, com a seguinte redação (BRASIL, 1994, p. 60):

As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A súmula evidencia a tendência do TCU de considerar as respectivas interpretações em matéria de licitações como as únicas corretas, mediante estratégia considerada como espécie de *normatização camuflada*. Nesse sentido, a lição de Amorim (2018, p. 3):

[...] paulatinamente, já sob a égide da Constituição Federal de 1988 e da Lei 8.666/1993, é de se constatar que o TCU passou

a reivindicar, de modo mais incisivo, seu papel de normatização ‘camuflada’. Para tanto, o enunciado da Súmula 222 da corte dispensa maiores digressões:

‘As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios’ [grifou-se].

Na mesma senda, em sede do Acórdão 177/2018-Plenário, extrai-se o seguinte trecho do voto do relator, ministro Aroldo Cedraz:

‘Compete ao gestor, ao assumir o cargo, tomar conhecimento das determinações desta Corte afetas à sua área de atuação e, no caso de descumprimento, arcar com o ônus decorrente’.

Assim entendendo, as Cortes de Contas vêm julgando irregulares atos e negócios administrativos praticados em desconformidade com sua *normatização camuflada*, ainda que tais atos e negócios estejam fundamentados em pareceres emitidos por órgãos de Advocacia Pública. Nesse sentido, no Acórdão 724/2021 – Plenário, da Relatoria do Ministro Bruno Dantas, consignou-se que a existência de parecer jurídico não seria suficiente para afastar a responsabilidade do agente público pela prática de ato reputado irregular pela Corte de Contas, sendo o parecer considerado tão somente como circunstância atenuante na dosimetria da pena.

Com o devido respeito, a Súmula 222 lastreia-se em vários pressupostos equivocados.

O primeiro é confundir as competências legislativas da União – que, evidentemente, não se limitam às normas gerais de licitação – e as atribuições de seu órgão de controle externo, estas relacionadas ao vínculo federal do agente público a ser fiscalizado ou à origem federal dos recursos, jamais à competência para legislar sobre a matéria. Em outras palavras, da competência legislativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação não decorre a competência do TCU para dizer como tais normas devem ser interpretadas.

O segundo é, ao tentar impor sua interpretação das normas gerais de licitação aos demais entes, ignorar o Princípio Federativo e a separação dos Poderes, não passíveis de serem afastados sequer por emenda à Constituição, porquanto cláusulas pétreas (CR/88, art. 60, §4º), muito menos por súmula de órgão de controle.

Foi justamente essa afronta às cláusulas pétreas dos incisos I e III do §4º do art. 60 da Constituição que resultou, em boa hora, no veto do Presidente da República ao art. 172 da Lei nº 14.133/2021 (nova Lei de Licitações), que impunha aos demais órgãos de controle a observância dos enunciados das súmulas do TCU relativos à aplicação da referida Lei, ao fundamento de que a medida garantiria uniformidade de entendimentos e propiciaria segurança jurídica. Eis as bem postas razões do veto ao dispositivo (BRASIL, 2021a):

MENSAGEM Nº 118, DE 1º DE ABRIL DE 2021

[...]

Razões do veto

A propositura estabelece que os órgãos de controle deverão orientar-se pelos enunciados das súmulas do Tribunal de Contas da União relativos à aplicação desta Lei, de modo a garantir uniformidade de entendimentos e a propiciar segurança jurídica aos interessados.

Entretanto, e em que pese o mérito da propositura, o dispositivo ao criar força vinculante às súmulas do Tribunal de Contas da União, viola o princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF), bem como viola o princípio do pacto federativo (art. 1º, CF) e a autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 18, CF).

O terceiro equívoco é presumir uma eficácia normativa em suas Súmulas administrativas, ignorando que, como entendeu o STF ao julgar a Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.899, “Súmula do TCU é mero verbete desprovido de eficácia normativa, que tão somente consolida entendimento do Tribunal” (BRASIL, 2018, p. 1).

Os problemas em torno dessa pretensão de normatividade a julgados do TCU são listados por Amorim (2018, p. 1-4):

De plano, sem maiores digressões e propondo apenas uma constatação da prática, o que se observa é a consideração dos julgados do TCU como verdadeiros enunciados normativos abstratos aptos a regularem todas as situações concretas da vida administrativa.

Como num verdadeiro jogo da Katchanga, agentes públicos trazem à tiracolo carradas de ‘acórdãos’ do TCU que — a seus olhos —

constituem o salvo-conduto personalíssimo ou o mapa mais seguro para a tomada (ou não!) da decisão.

[...]

Outrossim, tal prática conduz a conferir aos julgados do TCU caráter abstrato-normativo, vinculando os agentes públicos quando do enfrentamento de situações futuras. Entendidas como enunciados normativos especiais em relação às normas gerais editadas pelo Legislativo, tais conclusões da corte de contas seriam de aplicação obrigatória e independente das características e do contexto do caso concreto. Daí, se retira toda liberdade interpretativa do agente público e se fecham os caminhos alternativos não reputados pelo TCU como viáveis.

[...]

Tal problema torna-se ainda mais complexo diante da singularidade de determinados casos concretos nos quais a corte de contas faz, a partir das circunstâncias fáticas, uma avaliação meritória de controle e conformação acerca do caminho excepcional adotado por um administrador. Da conclusão do TCU quanto ao acerto ou desacerto da decisão administrativa não se pode extrair, em caráter abstrato, uma norma de aplicação apriorística e atemporal para casos futuros sem o devido cotejo de todas as circunstâncias incidentes sobre a nova situação.

[...]

Enfim, diante da contextualização apresentada, é de se questionar se, nos tempos atuais, a aplicação do Direito pela administração brasileira em matéria de licitações e contratos administrativos é orientada por um ‘realismo jurídico’ capitaneado pelo TCU e, cada vez mais, alimentado pelo temor de eventual punição a ser sofrida pelos agentes públicos cujos atos estão sujeitos à fiscalização da corte de contas.

É fato que o ‘direito administrativo do medo’ e a abstrativização intensiva dos julgados do TCU se não conduzem a um grave quadro de ineficiência da administração pública, ao menos, ao castrar a liberdade interpretativa dos agentes públicos, arrefecem a capacidade de desenvolvimento de outras soluções viáveis para a melhoria da gestão pública. Afinal, o controlador jamais poderá substituir o administrador.

Com efeito, com exceção às consultas em tese, os julgados do TCU analisam casos concretos, dotados de peculiaridades, aos quais não se pode dar ares de abstração e generalidade, impondo sua aplicação a outros contextos.

Por todo o exposto, forçoso concluir pela inconstitucionalidade da Súmula 222 do TCU, não podendo servir de fundamento para rejeição de contas, tampouco para a imputação de responsabilidades a integrantes da Advocacia Pública.

A despeito de não poder ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, justamente por não ter eficácia normativa, é recomendável que a desconformidade da aludida Súmula com a ordem constitucional seja reiteradamente apontada nas vias administrativa e/ou judicial, sempre que utilizada como fundamento para responsabilização de agentes públicos.

Relevante, outrossim, a atuação de representantes da Advocacia Pública nos procedimentos em curso nas Cortes de Contas, nos moldes estabelecidos no inciso X do art. 40 da Lei Orgânica da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, que prevê uma Procuradoria da Fazenda junto ao Tribunal de Contas Estadual, com poderes, para, dentre outras atribuições, representar ao Subprocurador Geral da Consultoria Geral do Estado acerca de mudanças de entendimento do Tribunal de Contas ou reiterada divergência entre as decisões do Tribunal e as orientações jurídicas da Procuradoria do Estado.

Nesse cenário, em que pese as controvérsias quanto à sua constitucionalidade, o art. 10 da Lei nº 14.133/2021, dispondo sobre a defesa, pela Advocacia Pública, do gestor que tenha atuado em estrita observância de orientação constante de parecer jurídico, é uma excelente oportunidade para a publicização e defesa dos entendimentos firmados pela Advocacia Pública no exercício de sua função constitucional de Consultoria Jurídica da Administração.

4 CONCLUSÕES

A atribuição de competência aos Tribunais de Contas para responder a consultas e a pretensão de dar caráter vinculante às respectivas decisões em matéria de licitações e contratos - como declarado na inconstitucional Súmula 222 - extrapolam as competências constitucionalmente atribuídas às Cortes de Contas e invadem competências da Advocacia Pública.

As súmulas dos TCU não têm eficácia normativa, somente consolidam entendimentos do Tribunal, não podendo ser impostos aos demais entes,

sob pena de afronta ao Pacto Federativo e à separação de Poderes, como apontado no veto presidencial ao art. 172 da Lei nº 14.133/2021.

Na forma dos arts. 131 e 132 da Constituição, compete à Advocacia Pública, de forma exclusiva, a Consultoria Jurídica da Administração, função à qual seus integrantes não podem renunciar e aderir automaticamente aos entendimentos dos Tribunais de Contas, por temor de responsabilização, considerando o dever de independência imposto no Estatuto da Advocacia.

Uma vez que seus cargos são incompatíveis com a advocacia e não podendo invadir as competências de outros órgãos, os membros dos Tribunais de Contas não podem responder consultas jurídicas, atividade privativa de advogado que, no âmbito da Administração, compete exclusivamente aos Advogados Públicos.

Nessa toada, as normas que estabelecem a competência das Cortes de Contas para responder consultas devem ser interpretadas em conformidade com a moldura do art. 71 da Constituição, limitando-se tal possibilidade às hipóteses de preservação da eficácia das decisões do Tribunal de Contas, envolvendo questões de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional ou patrimonial não caracterizadas como dúvidas jurídicas.

A Advocacia Pública deve atuar para a preservação de suas competências constitucionais, inclusive no âmbito dos procedimentos em curso nos Tribunais de Contas. No tocante às normas de licitações e contratos, a representação dos gestores que, tendo observado orientação constante de parecer jurídico, precisem se defender nas esferas administrativa, controladora ou judicial, na forma prevista no art. 10 da Lei 14.133/2021, é uma oportunidade para publicização e defesa dos entendimentos firmados pela Advocacia Pública.

REFERÊNCIAS

AMORIM, V. A. J. Julgados do TCU *em matéria de licitações e contratos não são jurisprudência*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/vitor-amorim-julgados-tcu-nao-sao-jurisprudencia>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CÂMARA, J. A.; MONTEIRO, V.; ROSILHO, A.; SUNDFELD, C. A. O valor das decisões do Tribunal de Contas da União sobre irregularidades em contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 866-89, set./ dez. 2017.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Manual de Boas Práticas Consultivas da AGU*. 4. ed. 2 dez. 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/assuntos-1/Publicacoes/cartilhas/>

ManualdeBoasPraticasConsultivas4Edicaorevistaeampliadaversaopadrao.pdf.
Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. *Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993*. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. *Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992*. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

_____. Presidência da República. Mensagem nº 118, de 1º de abril de 2021. *Diário Oficial da União*: 1 abr. 2021a. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-118.htm. Acesso em 02 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5899*. Rel. Roberto Barroso. Brasília, 27 ago. 2018. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748041274>. Acesso em: 10.mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 24.510*. Rel. Ellen Gracie. Brasília, 19 mar. 2004. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86146>. Acesso em: 10.mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança 35.410*. Rel. Alexandre de Moraes. Brasília, 6 maio 2021b. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755772012>. Acesso em: 10 mai. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 223.037*. Rel. Min. Maurício Correa. Brasília, 2 ago. 2002. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=250283>. Acesso em: 12 mar. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Boletim de Jurisprudência 338*. Nov. 2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/boletins-e-informativos/>. Acesso em 20 fev. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. *Súmulas nº 001 a 289*. Brasília: 1994, 290 p. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>. Acesso em 20 fev. 2021.

BRITTO, C. A. *O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas*. 21 set. 2018. Disponível em: <https://www.editoraforum.com.br/noticias/o-regime-constitucional-dos-tribunais-de-contas-ayres-britto/>. Acesso em: 02 abr. 2021.

MARQUES, D. B. *Importância da função consultiva dos Tribunais de Contas*. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54594/importancia-da-funcao-consultiva-dos-tribunais-de-contas>. Acesso em: 10 jan. 2021.

MOREIRA NETO, D. F. *A Responsabilidade do Advogado de Estado*. Disponível em: <http://abrap.org.br/wp-content/uploads/2012/12/res.pdf>. Acesso em: 18 mar. 2021.

(DES)VINCULAÇÃO DA UNIÃO À CLÁUSULA
COMPROMISSÓRIA CONSTANTE NO
ESTATUTO SOCIAL DA PETROBRAS: A
LEITURA CORRETA DO “CASO LAGE” E O
PRECEDENTE DO STJ – CC Nº 151.130/SP

*THE FEDERAL GOVERNMENT IS (NOT) SUBJECT TO THE
ARBITRATION CLAUSE PROVIDED IN PETROBRAS' BY-
LAWS: THE CORRECT INTERPRETATION OF “CASO LAGE”
AND THE PRECEDENT OF THE SUPERIOR COURT OF
JUSTICE – CONFLICT OF JURISDICTION N. 151.130/SP*

Gustavo Vicente Daher Montes

Advogado da União. Atuou na Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República e na Procuradoria-Regional da União da 3ª Região (Coordenador de Patrimônio Público, Subprocurador-Regional da União substituto, Coordenador-substituto da Divisão de Atuação Estratégica). Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU)

SUMÁRIO: Introdução; 1. Da cláusula compromissória constante no Estatuto Social da Petrobras; 1.1. Necessidade de lei específica; 1.2. Necessidade de autorização expressa da autoridade competente; 2. Utilização de arbitragem pelo Poder Público: admissão

legal e jurisprudencial. Administração direta x administração indireta: regimes jurídicos distintos; 3. A leitura correta do Caso Lage: confirmação da necessidade de lei específica; 4. Relativização do princípio da competência-competência: hipótese patológica. O Conflito de Competência nº 151.130/SP – precedente recente do Superior Tribunal de Justiça; 5. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a (des)vinculação da União à cláusula compromissória inserida no Estatuto Social da Petrobras no ano de 2002. Serão apresentados aspectos relevantes à arbitrabilidade (possibilidade jurídica da submissão de determinado conflito de interesses à jurisdição arbitral), em especial no aspecto subjetivo (diz respeito ao sujeito da arbitragem). Será, ainda, abordado o famoso “Caso Lage” – amplamente citado nos manuais quando se estuda o histórico da arbitragem envolvendo o poder público –, para se indicar a correta leitura do caso, conferindo ênfase ao panorama normativo existente à época. Ao final, serão feitos breves comentários acerca do recente julgamento (27 de novembro de 2019) do Conflito de Competência nº 151.130/SP, no qual o Superior Tribunal de Justiça encampou a tese defendida pela União.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Voluntariedade. União. Regime jurídico administrativo. Caso Lage. Relativização do princípio da Competência-Competência. Conflito de Competência nº 151.130/SP – STJ.

ABSTRACT: The purpose of this work is to analyze if Federal Government is subject to the arbitration clause provided in Petrobras' By-Laws included in 2002. Aspects relevant to arbitrability (legal possibility of submitting a certain conflict of interest to the arbitration jurisdiction) will be presented, specially in the subjective aspect (it concerns the subject of the arbitration). The famous “Caso Lage” will also be presented – widely cited in manuals when studying the history of arbitration involving the government – to indicate the correct interpretation of the case, emphasizing the existing normative panorama at the time. Finally, brief comments will be made about the recent judgment (November 27, 2019) of Conflict of Jurisdiction n. 151.130/SP, in which the Superior Court of Justice accepted the thesis defended by the Government.

KEYWORDS: Arbitration. Volunteerism. Federal Government. Administrative legal system. Precedent “Caso Lage”. Relativization of the Competence-Competence Principle. Conflict of Jurisdiction n. 151.130/SP – STJ.

INTRODUÇÃO

A arbitragem é um dos métodos alternativos ao Poder Judiciário que pode ser utilizado para resolução de conflitos envolvendo direitos patrimoniais disponíveis.

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de arbitragem) é o primeiro diploma legal brasileiro a tratar exclusivamente da arbitragem.

A natureza voluntária do instituto encontra-se expressa em diversos dispositivos de referida Lei, tal como o *caput* do art. 1º (“As pessoas capazes de contratar *poderão* valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”), seu §1º (“A administração pública direta e indireta *poderá* utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”) e o art. 3º (“As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”).

A voluntariedade ou consensualidade das partes pode ser considerada um dos pilares estruturantes dos meios alternativos de resolução de conflitos (dentre os quais se encontra a arbitragem). Vale dizer, ausente a consensualidade, as partes fatalmente levariam o conflito ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, no Brasil, não há arbitragem obrigatória: “A escolha do meio alternativo de solução de controvérsias é sempre voluntário, ou facultativo, eis que não existe no Brasil a arbitragem obrigatória (abolida entre nós em 1866)” (CARMONA, 2009, p. 36).

A forma pela qual as partes podem manifestar concordância ou consentimento em dirimir conflitos por meio da arbitragem é a convenção de arbitragem (gênero), que se subdivide em: cláusula compromissória e compromisso arbitral.

A diferença fundamental entre as espécies de convenção de arbitragem consiste no fato de ser a cláusula compromissória¹ prévia à existência do litígio, ao passo que o compromisso arbitral² lhe é posterior.

1 Lei nº 9.307, de 1996: Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

2 Lei nº 9.307, de 1996: Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

Feita essas breves considerações acerca do instituto, cumpre ressaltar que, desde a introdução da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, surgiram discussões acerca da possibilidade de utilização do instituto pelo poder público.

A origem dessa controvérsia encontra-se no fato de ser um mecanismo originariamente privado de resolução de conflitos e, ademais, diante (i) da ausência de norma expressa permitindo a utilização da via arbitral pelo poder público e (ii) do regime jurídico (de direito público) a que se submete a Administração Pública (pautado em normas e princípios específicos, tal como a legalidade e a indisponibilidade do interesse público).

No presente estudo, restará claro que nunca houve proibição à utilização de arbitragem pelo poder público, o que, evidentemente, não significa que era permitida sua utilização indistintamente pela administração (tal qual ocorre no âmbito exclusivamente privado, em que prevalece, em regra, a autonomia da vontade e a liberdade de contratação).

Mesmo após a reforma da Lei de arbitragem (implementada pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que, dentre outras disposições, alterou a Lei de arbitragem para prever expressamente a possibilidade de utilização do procedimento arbitral pela administração pública), a questão ainda comporta debates envolvendo determinadas questões (tal como o conceito de direito disponível para a administração e, portanto, apto a ser objeto de arbitragem).

Oportuno lembrar, também, que a presença do poder público em determinado procedimento arbitral atrai a incidência de normas específicas – inexistentes quando se analisa a arbitragem envolvendo exclusivamente particulares –, tendo em vista o regime jurídico de direito público a que está sujeito o poder público.

O próprio legislador positivo preocupou-se em diferenciar o tratamento conferido à administração pública na arbitragem, ao exigir o respeito ao princípio da publicidade (art. 2º, § 3º, da Lei de arbitragem³), além de vedar – implicitamente – a utilização da arbitragem de equidade (apenas há permissão expressa da arbitragem de direito).

Ao optar pela via arbitral, o ente público renuncia à jurisdição estatal e, portanto, a boa parte das normas processuais que lhe são favoráveis (prazo em dobro, reexame necessário, dentre outros).

Salles (2011, p. 237) lembra que “a renúncia à jurisdição estatal e a adoção da arbitragem para solução de controvérsias envolvendo a Administração Pública não são decisões, a princípio, inteiramente sujeitas à discricionariedade administrativa, dependendo de lei que as autorize”.

3 § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Essa exigência decorre, como já afirmado, do regime jurídico de direito público da administração, que possui o princípio da legalidade como núcleo essencial (em linhas gerais, segundo a legalidade, a administração pode fazer apenas aquilo que está previsto em lei; eventual discricionariedade ou liberdade de atuação também deve estar, necessariamente, prevista em norma legal).

Para Carvalho Filho (2012, p. 16), o princípio da legalidade é “certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração”.

Ao defender a necessidade de norma legal específica para eventual adoção do procedimento arbitral pelo poder público, Salles (2011, p. 239) destaca que “nem tudo que está disciplinado em lei e que pode ser utilizado pelo particular aplica-se, também, ao Poder Público. [...] Nesse sentido, a ação administrativa está condicionada à existência de permissivos legais específicos, não se reconhecendo a ela o mesmo espaço de liberdade reconhecida ao particular”.

Logo, a previsão genérica existente na redação originária da Lei de Arbitragem (“Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”) não produzia efeitos em relação à União. Esse, aliás, foi um dos motivos que ensejaram a reforma da Lei, para prever expressamente a possibilidade de utilização do instituto pela administração (em respeito à legalidade estrita).

Oportuno lembrar, também, que a atual carta constitucional – Constituição Federal de 1988 – inaugurou um capítulo específico (*Capítulo VII*) para tratar da administração pública e, no *caput* do art. 37^a, elencou expressamente os princípios que devem ser obedecidos, dentre os quais se encontra o da legalidade, o que demonstra a importância de referido princípio ao regime jurídico administrativo.

Logo, tendo em vista a natureza voluntária da arbitragem, os princípios e regras que norteiam a atuação do poder público e, por fim, a renúncia à jurisdição estatal, é certo que a vinculação da União a determinado procedimento arbitral deve ser fruto de inequívoca e expressa manifestação de vontade (a se materializar por meio de lei formal e específica).

A seguir, passa-se a analisar o panorama (fático e normativo) existente no momento da inclusão do art. 58 (cláusula compromissória) no Estatuto Social da Petrobras, com menções a dois precedentes emblemáticos envolvendo a participação da União em arbitragem: o caso Lage (julgado

4 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: [...]

pelo Supremo Tribunal Federal em 1973) e o Conflito de Competência 151.130/SP (julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no final de 2019).

1. DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA CONSTANTE NO ESTATUTO SOCIAL DA PETROBRAS

Em 22 de março de 2002 (antes, portanto, da reforma da Lei de Arbitragem), foi realizada Assembleia Geral (Ordinária e Extraordinária) no âmbito da Petrobras (sociedade de economia mista), na qual se optou por inserir o art. 58 em seu Estatuto Social, além de serem efetivadas outras alterações estatutárias. Mencionado dispositivo passou a prever que determinados conflitos entre os acionistas e a companhia deveriam ser resolvidos por meio de arbitragem, como se verifica a seguir:

Art. 58 - Deverão ser resolvidas por meio de arbitragem, obedecidas às regras previstas pela Câmara de Arbitragem do Mercado, as disputas ou controvérsias que envolvam a Companhia, seus acionistas, os administradores e conselheiros fiscais, tendo por objeto a aplicação das disposições contidas na Lei nº 6.404, de 1976, neste estatuto social, nas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil e pela Comissão de Valores Mobiliários, bem como nas demais normas aplicáveis ao funcionamento do mercado de capitais em geral, além daquelas constantes dos contratos eventualmente celebrados pela Petrobras com bolsa de valores ou entidade mantenedora de mercado de balcão organizado, credenciada na Comissão de Valores Mobiliários, tendo por objetivo a adoção de padrões de governança societária fixados por estas entidades, e dos respectivos regulamentos de práticas diferenciadas de governança corporativa, se for o caso.

Parágrafo único. As deliberações da União, através de voto em Assembleia Geral, que visem à orientação de seus negócios, nos termos do artigo 238 da Lei n 6.404, de 1976, são considerados formas de exercício de direitos indisponíveis e não estarão sujeitas ao procedimento arbitral previsto no *caput* deste artigo.

Com base nessa cláusula compromissória, foram instaurados três procedimentos arbitrais em desfavor da União⁵. Por envolver a administração, os procedimentos são, em regra, públicos, em respeito ao

5 Procedimento Arbitral CAM 75/2016, Procedimento Arbitral CAM 85/2017 e Procedimento Arbitral CAM 97/2017.

princípio da publicidade, previsto na Constituição Federal⁶ e reproduzido na Lei de Arbitragem (art. 2º, §3º⁷).

Os três procedimentos arbitrais acima referidos foram objeto de objeção (perante o Presidente da Câmara de Arbitragem do Mercado – CAM, perante a qual os procedimentos foram instaurados, uma vez que, à época, o Tribunal Arbitral não estava constituído) pela União, imediatamente após o recebimento das intimações informando a existência dos procedimentos. Nas objeções, a União externou as razões pelas quais entendia não estar vinculada à cláusula compromissória. Diante do indeferimento das objeções, o ente público federal ajuizou demandas judiciais (ações declaratórias de inexistência de relação jurídica⁸), questionando a instauração de arbitragens contra sua vontade, dentre outras ilegalidades e inconstitucionalidades.

Considerando que o processo judicial ajuizado a partir do processamento do procedimento arbitral nº 75/2016 ensejou a prolação do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no CC 151.130/SP, serão feitos breves apontamentos acerca desse procedimento.

Em referido procedimento arbitral, acionistas minoritários da Petrobras instauraram arbitragem em desfavor da União – e, também, da Petrobras –, com o objetivo de serem ressarcidos por supostos prejuízos sofridos em razão da desvalorização das ações da Companhia em decorrência dos impactos negativos gerados a partir dos fatos apurados e revelados ao público no âmbito da “Operação Lava Jato”.

Segundo os requerentes, a União estaria vinculada à cláusula compromissória contida no Estatuto Social da Petrobras pelo fato de ser acionista (majoritária) da companhia, e, também, por ter participado da Assembleia que incluiu o art. 58 no Estatuto Social da companhia, motivos pelos quais deveria figurar como requerida, juntamente com a Petrobras.

A seguir, passa-se a expor os motivos pelos quais se entende que não há vinculação da União à mencionada cláusula compromissória.

1.1. Necessidade de lei específica

Como já dito, à época em que realizada a Assembleia Geral da Petrobras que ensejou a inclusão do art. 58 ao seu Estatuto Social (22 de

6 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: [...].

7 § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

8 Processos judiciais nº 0025090-62.2016.4.03.6100, 5009098-39.2017.4.03.6100 e 0230623-98.2017.4.02.5101.

março de 2002), não havia lei específica que autorizasse a participação da União em procedimento arbitral.

A autorização legal apenas adveio com a publicação da Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015, que reformou a Lei de arbitragem, incluindo a permissão no § 1º ao art. 1º da Lei de Arbitragem: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

Evidentemente, a mera autorização legal acima transcrita não obriga o ente público federal – submetido, como já afirmado, a um regime jurídico de direito público – a participar de toda e qualquer arbitragem instaurada a seu desfavor.

Para que ocorra regular participação do ente público, faz-se necessário que a União manifeste consentimento nesse sentido, pois, como já dito, a característica essencial da arbitragem é a voluntariedade.

Portanto, tendo em vista o arcabouço legislativo (in)existente à época em que realizada mencionada Assembleia da Petrobras, conclui-se que a União não poderia comprometer-se a dirimir eventual conflito pela via arbitral. Não havia autorização legal, tampouco manifestação de vontade da União no sentido de se vincular à cláusula compromissória em análise.

1.2. Necessidade de autorização expressa da autoridade competente

Outro pressuposto necessário à regularidade da convenção de arbitragem envolvendo o Poder Público é a autorização da autoridade competente.

Salles (2011, p. 238) ressalta o seguinte: “uma vez autorizada em lei, abre-se a possibilidade de o Administrador, discricionariamente, decidir quanto a sua adoção em relação a determinado contrato. [...] mesmo nas situações nas quais o ordenamento jurídico autoriza a arbitragem para solução de controvérsias decorrentes de contratos administrativos, sua adoção e implementação deve obedecer alguns requisitos, em grande parte de ordem processual”.

Segundo a Lei de Arbitragem, a autoridade que possui competência administrativa para autorizar a instauração de arbitragem é a mesma que possui competência para a realização de acordos e transações no âmbito da Administração Pública Federal (§2º do art. 1º da Lei nº 9.307, de 1996).

No âmbito da União, para se aferir quem seria o agente competente para firmar convenção de arbitragem, devem ser observadas as alçadas previstas no Decreto nº 10.201, de 15 de janeiro de 2020 (regulamenta a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997), que, no §1º do art. 2º, dispõe que os acordos e transações que envolvam valores superiores a R\$ 50.000.000,00

(cinquenta milhões de reais) dependem de “prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto”.

Considerando que os procedimentos arbitrais instaurados em desfavor da União com base no art. 58 do Estatuto Social da Petrobras possuem valores superiores a bilhões de reais, far-se-ia necessário que a convenção de arbitragem tivesse sido autorizada pelo Advogado-Geral da União e pelo Ministro da Fazenda (à época, autoridade competente).

Ocorre que, no bojo do processo administrativo (que antecedeu a votação da Assembleia Geral) instaurado pela União para análise das alterações estatutárias que seriam feitas no Estatuto da Petrobras – dentre as quais se destaca a inclusão do art. 58 – não consta autorização expressa da autoridade competente à inclusão da cláusula compromissória.

A propósito, convém ressaltar que o procedimento para alteração estatutária foi iniciado exclusivamente pela Petrobras, com o objetivo de aperfeiçoar práticas de governança corporativa e migrar para o Nível 2 (um dos segmentos especiais), criado pela Bolsa de Valores de São Paulo – BOVESPA.

Sendo a Petrobras sociedade de economia mista⁹ (integrante da Administração indireta), com personalidade jurídica própria e diversa da União (que compõe a Administração direta), sua manifestação de vontade não se confunde com a manifestação de vontade da União.

No ano de 2002, aliás, e como já dito reiteradas vezes, sequer era permitido à União dirimir conflitos por meio de procedimento arbitral, tendo em vista a já mencionada ausência de lei autorizadora.

Não é demais lembrar que o Ministro da Fazenda não esteve presente na Assembleia de 22 de março de 2002, na qual se decidiu pela inclusão do dispositivo em análise; a União esteve representada por um Procurador que não possuía competência para firmar cláusula compromissória que viria a ser fundamento para a instauração de procedimentos arbitrais bilionários.

Nesses termos, a inclusão do art. 58 no Estatuto Social da Petrobras não foi autorizada expressamente pela autoridade que teria competência para firmar a cláusula compromissória. Não vincula, conseqüentemente, a União, mas apenas a própria Companhia e os demais acionistas.

9 Estatuto Social da Petrobras: Art. 1º- A Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras, doravante denominada “Petrobras” ou “Companhia”, é uma sociedade de economia mista, sob controle da União com prazo de duração indeterminado, que se regerá pelas normas da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) e pelo presente Estatuto.

2. UTILIZAÇÃO DE ARBITRAGEM PELO PODER PÚBLICO: ADMISSÃO LEGAL E JURISPRUDENCIAL. ADMINISTRAÇÃO DIRETA X ADMINISTRAÇÃO INDIRETA: REGIMES JURÍDICOS DISTINTOS

Dentre as cautelas adotadas pelo poder público ao firmar contratos administrativos encontra-se a busca pela previsibilidade e pela segurança jurídica, de modo a fomentar os particulares e as empresas (nacionais e estrangeiras) a investirem em negócios no país.

A arbitragem certamente contribui para a consecução desses objetivos, uma vez que seu procedimento é mais célere do que a solução de conflitos pela via judicial. Segundo Salles (2011, p. 148), a arbitragem “pode vir a ser útil em determinados contextos, sobretudo em matéria contratual e, muito especialmente, naqueles casos em que se pretenda atrair recursos privados para atividades do estado, situações nas quais a solução arbitral pode representar garantia de uma solução adequada para eventuais controvérsias que possam surgir”.

Portanto, buscando estabilidade das relações jurídicas, previsibilidade, segurança jurídica, e soluções céleres diante de óbices surgidos nas execuções de contratos administrativos, dentre outros motivos, houve a edição de leis (inclusive anteriores à reforma da Lei de Arbitragem) que permitiam a utilização de arbitragem pela administração nas contratações efetuadas em determinados setores, tais como: art. 62, §1º, da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013 (dispõe sobre a exploração direta e indireta pela União de portos e instalações portuárias e sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, dentre outras providências); art. 11, III, da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública); e art. 23-A, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências).

As normas acima mencionadas preveem a possibilidade de utilização da arbitragem diante de conflitos que viessem a surgir envolvendo o contrato ou, ainda o pagamento de eventuais débitos contratuais.

Entretanto, é necessário destacar que nenhuma dessas normas possuía comando específico e diretamente direcionado à União.

Em consequência, as normas anteriores à reforma da Lei de Arbitragem – que previam a utilização de arbitragem pelo poder público – tinham por destinatários poderes públicos enquanto entidades da administração indireta (mas não a União).

Havia, inclusive, jurisprudência admitindo a utilização da arbitragem pela administração pública para dirimir conflitos. Entretanto, dentre os

casos pesquisados, não se encontrou precedente específico envolvendo a União (à exceção do caso Lage, que será tratado em capítulo próprio), mas apenas antes da administração indireta, em especial sociedades de economia mista, que possuem personalidade jurídica de direito privado¹⁰.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE.

[...]

5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos.

[...]

9. A controvérsia estabelecida entre as partes – manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato – é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral.

10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere.

11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia.

12. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2011).

¹⁰ Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016: Art. 4º Sociedade de economia mista é a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações caom direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO.

[...]

6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, *in litteris*: ‘Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração.’ Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como ‘caso Lage’, no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente ‘a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.’ Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min, Amaral Santos. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público.” (in “Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória”, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, esclarece às páginas 398/399).

7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como ‘disponíveis’, porquanto de natureza contratual ou privada.

[...]

10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

12. As sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a incorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres.

13. Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, verbis: '[...] Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade. O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça.' (No sentido da conclusão Dalmo Dallari, citado por Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, em artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, à página 418).

[...]a

16. É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o «risco» de serem derrotadas na arbitragem. (Precedente: Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003)

[...]

21. Por fim, conclui com acerto Ministério Público, *verbis*: ‘*In casu*, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante. A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: ‘as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.’ (fls. 472/473)

22. *Ex positis*, concedo a segurança, para confirmar o teor da liminar dantes deferida, em que se determinava a conservação do *statu quo ante*, face a sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, porquanto o presente litígio deverá ser conhecido e solucionado por juízo arbitral competente, eleito pelas partes.

(BRASIL, 2008).

Como se nota, os precedentes envolvendo a participação do poder público em arbitragem dizem respeito à administração indireta, em especial, sociedades de economia mista.

Os entes da administração indireta são criados por lei¹¹, com o objetivo de permitir a atuação do Estado em diferentes setores da sociedade, buscando maior especialização e eficiência e, conseqüentemente, oferecendo obras ou serviços de melhor qualidade.

Conseqüentemente, a própria lei de criação de uma entidade integrante da administração indireta, invariavelmente, permite maior flexibilidade e a autonomia de atuação.

Por esse motivo nota-se a existência de inúmeros procedimentos arbitrais envolvendo entidades da administração indireta – inclusive em momento anterior à reforma da Lei de Arbitragem.

A própria Constituição Federal é expressa ao dispor que as sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem

11 Constituição Federal: Art. 37 [...]. XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

atividades econômicas terão estatutos jurídicos sujeitos ao “regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários” (art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal). Naturalmente, elas podem solucionar conflitos por meio de arbitragem (mecanismo tipicamente privado de solução de conflitos).

No precedente acima citado (BRASIL, 2008), o Supremo Tribunal Federal afirmou categoricamente que “as sociedades de economia mista encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais”, motivo pelo qual não há “quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses”.

Portanto, a participação de uma sociedade de economia mista em arbitragem é, há bastante tempo, admitida pela jurisprudência – o que não ocorre em relação à União – e o fundamento primordial é constitucional (art. 173, § 1º, II). Em consequência, pode-se dizer que a cláusula compromissória constante no Estatuto Social da Petrobras (sociedade de economia mista) era existente, válida e eficaz em relação à companhia (que possui personalidade jurídica própria); porém, não à União.

3. A LEITURA CORRETA DO CASO LAGE: CONFIRMAÇÃO DA NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA

O célebre “caso Lage” – mencionado na jurisprudência transcrita no capítulo anterior – é invariavelmente citado quando se analisa o histórico de arbitragens envolvendo o Poder Público (sobretudo a administração direta). Mencionado precedente, além de confirmar a possibilidade de utilização da arbitragem pela União (o que é comumente lembrado em diversos manuais), ratifica a necessidade de lei específica para isso.

O precedente foi julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 1973, e possui a seguinte ementa:

INCORPORAÇÃO, BENS E DIREITOS DAS EMPRESAS ORGANIZAÇÃO LAGE E DO ESPOLIO DE HENRIQUE LAGE. JUÍZO ARBITRAL. CLÁUSULA DE IRRECORRIBILIDADE. JUROS DA MORA. CORREÇÃO MONETÁRIA.

1. *Legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Precedente do Supremo Tribunal Federal.*

2. Legitimidade da cláusula de irrecorribilidade de sentença arbitral, que não ofende a norma constitucional.
3. Juros de mora concedidos, pelo acórdão agravado, na forma da lei, ou seja, a partir da propositura da ação. Razoável interpretação da situação dos autos e da Lei nº 4.414, de 1964.
4. Correção monetária concedida, pelo tribunal a quo, a partir da publicação da Lei nº 4.686, de 21.6.65. Decisão correta.
5. Agravo de instrumento a que se negou provimento. (BRASIL, 1973).

O caso é emblemático por diversos aspectos, sobretudo pelo pioneirismo em relação à temática envolvendo a administração direta, cujo julgamento ocorreu pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no ano de 1973 (BRASIL, 1973).

Ocorre que a mera leitura da ementa não é suficiente para esclarecer as especificidades presentes por ocasião do julgamento.

No precedente histórico, a União, no ano de 1942 – sob estado de guerra –, efetuou a desapropriação de patrimônio privado (por meio do Decreto-Lei nº 4.648, de 2 de setembro de 1942) e, após alguns anos, mediante o Decreto-Lei nº 9.521, de 1946, submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão patrimonial pendente com a Organização Lage.

Por meio do Decreto-Lei nº 4.648, de 1942, a União incorporou bens e direitos das empresas da chamada “Organização Lage” e do espólio de Henrique Lage (excetuados bens e direitos que não fossem relevantes para a economia e defesa nacionais, segundo previsto no art. 4^o¹² do Decreto-Lei).

Posteriormente, o Decreto-Lei nº 9.521, de 1946, especificou os bens e direitos relevantes para a economia e defesa nacionais e que, portanto, ficavam definitivamente incorporados ao Patrimônio Nacional (art. 2^o¹³),

12 Art. 4º Do plano de liquidação serão excluídos todos os bens e direitos que o Governo não considerar de interesse para a economia ou para a defesa nacional, os quais serão devolvidos a quem de direito, ou, na falta destes, alienados.

13 Art. 2º São considerados de interesse para economia e a defesa nacionais e ficam definitivamente incorporados ao Patrimônio Nacional os seguintes bens e direitos:

- a) acervo da Companhia, Nacional de Navegação Costeira;
- b) imóveis abaixo discriminados, cujo domínio pleno ou somente útil pertencia ao Espólio de Henrique Lage: [...]
- c) as benfeitorias, móveis, semo-ventes e demais instalações existentes nesses imóveis, que já não pertençam ao acervo das empresas indicadas nas letras a, d, e e f;
- d) acervo do Lloyd Nacional S. A.;
- e) acervo da Companhia Serras de Navegação e Comércio;

compreendendo acervos de companhias, imóveis (ilhas, fazendas e terrenos) e navio.

O Decreto-Lei nº 9.521, de 1946, ainda dispôs que a União pagaria indenização pelos pertences incorporados e que o *quantum* seria fixado por um juízo arbitral¹⁴.

Mencionado normativo ainda previu que o juízo arbitral seria instituído de acordo com o disposto no Decreto-Lei. O art. 12¹⁵ do Decreto-Lei instituiu expressamente o juízo arbitral; já os dispositivos seguintes regulamentavam a forma de composição do Tribunal Arbitral, bem como demais procedimentos a serem observados.

Ocorre que, dessa relação surgiram discordâncias envolvendo a fixação dos valores devidos a título de indenização, motivo pelo qual o caso foi judicializado – por meio de ação anulatória – e submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal, como lembrado por Rodi (2016, p. 29):

A primeira sentença arbitral foi proferida em 1948, mas quatro anos mais tarde teve de ser revisitada em função de um parecer do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, que argumentava pela inconstitucionalidade do juízo arbitral para dirimir questão pública. O caso foi decidido em 1973 pelo STF no sentido de restabelecer a sentença de primeiro grau, favorável à arbitragem. Interessante notar que o STF vem pautando toda sua jurisprudência sobre o assunto em um único julgado muito antigo, não parece ter atualizado a discussão nos anos mais recentes.

Pelo que se nota, o Caso Lage realmente confirmou a possibilidade de utilização de arbitragem pelo Poder Público (no caso, a administração direta federal). Tal fato é incontroverso e essa informação é propagada e difundida nos mais diversos manuais, artigos e julgados que analisam o assunto.

f) acervo da Sociedade Brasileira de Cabotagem Limitada:

g) navio “Araponga” registrado em nome de Henrique Lage.

14 Decreto-Lei nº 9.521, de 1946: (...)

Art. 4º A União pagará pela incorporação dos bens e direitos especificados no art. 2º uma indenização correspondente ao justo valor que ditos bens e direitos tinham na data em que entrou em Vigor o Decreto-lei nº 4.648, de 2 de 8 Setembro de 1942, e o respectivo “quantum” será fixado pelo Juízo Arbitral a ser instituído de acôrdo com o disposto no art. 12 do presente Decreto-lei.

15 Art. 12. Fica instituído o Juízo Arbitral para o fim especial de julgar, em única instância e sem recurso, as impugnações oferecidas pelo Espólio de Henrique Lage, sua herdeira e legatários, aos Decretos-leis ns. 4.648, de 2 de Setembro de 1942, e 7.024, de 6 de Novembro de 1944, com as seguintes atribuições: [...]

Contudo, faz-se necessária uma análise mais profunda das circunstâncias – em especial, as normas então vigentes – em que ocorreu a participação da União na arbitragem.

Como acima descrito, na época, a participação da União em arbitragem foi prevista no Decreto-Lei nº 9.521, de 1946 (art. 4º), que regulamentou, também, o procedimento a ser observado na condução do procedimento arbitral, tal como número de membros do Juízo Arbitral (art. 14), (im)possibilidade de recurso (art. 16), forma de remuneração dos árbitros (art. 17), dentre outros.

Naquele momento, encontrava-se vigente a Constituição de 1937 (Constituição dos Estados Unidos do Brasil), que trazia a seguinte previsão no capítulo Do Poder Legislativo:

Art 38 - O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição.

Nesses termos, o Decreto-Lei nº 9.521, de 1946, possuía *status* de lei e, desse modo, atendia os princípios da autonomia da vontade e da legalidade para possibilitar a utilização de arbitragem pelo poder público para dirimir conflito individualizado.

Em outras palavras, a autonomia da vontade e a autorização legal (expressa e específica) encontravam-se consubstanciadas pela edição de Decreto-Lei (que, como apontado, tinha força de lei).

No julgamento do Caso Lage, o Min. Relator, Bilac Pinto, do STF, consignou o seguinte:

O que se assegura é o direito à jurisdição, o acesso às Justiças regulares, a possibilidade ressalvada de poderem levar a juízo a sua pretensão ou de não responderem senão em juízo.

Ao inverso, o Juízo Arbitral supõe, no ato da sua constituição, o acordo das partes que consentem em subtrair a causa às Justiças regulares, estando pelo que decidirem os juízes-árbitros por eles escolhidos. Jamais se entendeu, aqui ou alhures, pudesse o compromisso arbitral constituir uma infração daquele princípio tradicional.

É certo que o negócio jurídico pode exigir (e isso só pode ocorrer, aliás, em se tratando de causa em que seja parte a Fazenda Pública)

uma autorização legislativa para a instituição do Juízo Arbitral, e, em tal caso, provindo da lei, como sucede na hipótese, a subtração do litígio às Justiças regulares.

Mas, o compromisso firmado com a outra parte importaria na aceitação por esta da via adotada em substituição à judiciária, conservando-se assim no plano consensual a solução arbitral. (BRASIL, 1973).

O Min. Rodrigues Alckmin, após pedido de vista, apresentou voto escrito, destacando que:

Friso, de início, que não há invocar, para combater a legitimidade do DL 9.521/46, textos de leis ordinárias que se consideram por ele desatendidas. Evidentemente é que, sendo o Decreto-Lei equiparado às mais leis, ao tempo; a eventual desconformidade entre seu texto e as regras de *diplomas* legais anteriores se resolveria pela prevalência daquele, no caso a que se aplica. [...] óbvio é que, se o espólio de Henrique Lage, herdeira e legatários não estivessem de acordo com o chamado “Juízo Arbitral” estabelecido no DL 9.521/46, este não seria possível (v. art. 14 sobre a indicação dos árbitros). Tal Decreto-Lei, na verdade, corresponde, materialmente, à manifestação de vontade da União, para o acordo com os interessados no sentido de que o valor da indenização fosse fixado por terceiros. (BRASIL, 1973).

Como se depreende, o Min. Rodrigues Alckmin ressaltou que o Decreto-Lei nº 9.521, de 1946, possuía *status* de lei, correspondendo, materialmente, à própria manifestação da vontade da União. A natureza jurídica do DL foi, também, lembrada na seguinte passagem de seu voto, ao equiparar as normas do Decreto-Lei àquelas previstas no Código de Processo Civil: “E – repito – alegação de ofensa a princípios do Código de Processo Civil é irrelevante, diante do texto do Decreto-Lei que, *estatuto da mesma categoria*, teria disposto diversamente”.

Em resumo, ao julgar o caso Lage, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a arbitragem poderia ser utilizada pela Administração Pública, desde que houvesse previsão em lei específica (requisito satisfeito, na hipótese analisada, pela edição do Decreto-Lei nº 9.521/46). No caso, inclusive, a lei autorizadora previu todo o procedimento que regeria a arbitragem, em especial a participação da autoridade competente (art. 14¹⁶).

16 Art. 14. O Juízo Arbitral será constituído de três (3) membros, dos quais um de nomeação do Ministro da Fazenda e outro indicado pela inventariante do Espólio de Henrique Lage, mediante autorização do Juízo

A partir desse julgado, há quem defenda o seguinte ponto de vista: diante desse precedente, não há vedação para a participação da administração pública em procedimento arbitral, sendo, *a contrario sensu*, perfeitamente possível. É necessário ressaltar, contudo, que a ausência de vedação legal não implica, automaticamente, na possibilidade de utilização do instituto pela administração pública de modo irrestrito (sobretudo quando se trata de administração pública direta, como já demonstrado).

4. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA-COMPETÊNCIA: HIPÓTESE PATOLÓGICA. O CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 151.130/SP – PRECEDENTE RECENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, convém analisar o CC 151.130/SP, em que o STJ entendeu que a cláusula compromissória contida no Estatuto Social da Petrobras é patológica, de maneira que o princípio da competência-competência deve ser relativizado para se reservar ao Poder Judiciário conhecimento imediato da controvérsia, como se passa a detalhar.

Segundo o princípio da competência-competência, cabe ao árbitro, de antemão, decidir questões afetas à existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem (parágrafo único do art. 8º da Lei de Arbitragem¹⁷).

Trata-se de regra geral que comporta exceção, quando se verifica a presença de uma hipótese patológica, situação em que pode o Poder Judiciário enfrentar a questão *prima facie*, a qualquer momento e independentemente de decisão anterior do Tribunal Arbitral.

Para Oliveira e Estefam (2019, p. 89), a administração deve tomar cuidados ao firmar convenção de arbitragem, evitando cláusulas patológicas:

Repise-se que a Administração não pode adotar providências inconsistentes, incoerentes e não planejadas. A escolha pela via Arbitral e a redação da convenção de arbitragem dependem de um planejamento estratégico específico e de uma decisão amadurecida.

do inventário, após audiência dos demais interessados. O terceiro será escolhido de comum acordo pelos dois primeiros, dentre os Ministros de Supremo Tribunal Federal, em exercício ou aposentados.

17 Lei nº 9.307, de 1996: Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

A propósito, é preciso que se avalie as vantagens em se prever a arbitragem no caso concreto de acordo com estudos e avaliações a serem levadas a cabo pela Administração e outros atores.

Oliveira e Estefam (2019, p. 90) assim definem cláusula patológica:

Diz que a cláusula arbitral é *patológica* (“*clauses pathologiques*”) quando ela não oferece com clareza a forma de instituição de arbitragem e não permite identificar a real intenção das partes em eleger o método arbitral. São aquelas cláusulas imperfeitas, confusas e defeituosas que, pela deficiência de seus elementos mínimos, provocam dificuldades ao desenvolvimento harmonioso da arbitragem, podendo gerar a sua nulidade.

Garcez (2007, p. 199–200), ao tratar das cláusulas compromissórias patológicas, defende que a convenção arbitral deve expressar, inequivocamente, a vontade das partes em resolver eventual conflito por meio de arbitragem:

Não é exigido que a convenção de arbitragem siga algum modelo formal, mas sim que expresse, de forma inequívoca, a vontade das partes em adotar a arbitragem como método para solução dos conflitos abrangidos ou a serem referenciados e abrangidos pelas partes para esse efeito.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido que o princípio da competência–competência pode ser relativizado diante de “hipóteses verdadeiramente patológicas”, como se verifica a seguir:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE FRANQUIA. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/96. DESCUMPRIMENTO. RECONHECIMENTO PRIMA FACIE DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA “PATOLÓGICA”. ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. NULIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.

[...]

4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* é identificado um compromisso arbitral “patológico”, i.e., claramente ilegal, declarar

a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral.

5. Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2016).

No bojo do (recente) julgamento do CC 151.130, essa posição foi novamente reafirmada pelo STJ. A Ministra Nancy Andriighi, apesar de ter sido vencida no julgamento do mérito, consignou a competência do Poder Judiciário para analisar a questão independentemente de manifestação prévia do Tribunal Arbitral, quando se estiver diante de cláusula compromissória patológica: “Portanto, apenas diante de cláusulas que sejam claramente ilegais, sem qualquer margem de interpretação ao contrário, pode ser declarada nula pelo Poder Judiciário, antes da manifestação do juízo arbitral acerca da controvérsia”.

O Ministro Luis Felipe Salomão (relator do voto vencedor), na mesma linha, entendeu que a regra *kompetenz-kompetenz* não se aplica ao caso, tendo em vista que a discussão compreende a análise pretérita atinente à própria existência da cláusula compromissória.

O Ministro destacou que a União jamais aderiu à cláusula compromissória, tendo se insurgido tão logo notificada acerca da instauração de procedimento arbitral, valendo-se, inclusive, de pedido de tutela de urgência perante a jurisdição estatal (após ver objeção direcionada ao Presidente da CAM denegada).

Destacou, também, que deve haver uma “convivência harmônica entre a jurisdição estatal e a arbitral”, ainda que diante de juízo de provisoriedade exercido pela jurisdição estatal, sob pena de se excepcionar indevidamente a garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição estatal (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Ao declarar voto no CC 151.130/SP, o Ministro Marco Aurélio Bellizze ressaltou a importância do princípio da legalidade quando se está diante de ato da administração pública, e acrescentou o seguinte:

A esse desfecho adiro integralmente, com as vênias à relatora, Ministra Nancy Andriighi, com acréscimo de fundamentação a seguir exposta, por também reputar que a hipótese dos autos retrata justamente situação excepcional que comporta imediata deliberação judicial, a contemporizar a aplicação do princípio do *kompetenz-kompetenz*, em razão da literalidade em que redigido o compromisso arbitral, expresso em delimitar a matéria passível de ser submetida à arbitragem e os sujeitos a ela adstritos, não se podendo aferir de seus termos a inclusão, por presunção, da União Federal.

[...]

No ponto, não se olvida, tampouco se dissuade da regra segundo a qual cabe ao Juízo arbitral, nos termos do art. 8º da Lei n. 9.307/1996 que lhe confere a medida de competência mínima, veiculada no Princípio da kompetenz kompetenz, deliberar sobre a sua competência, precedentemente a qualquer outro órgão julgador, imiscuindo-se, para tal propósito, sobre as questões relativas à existência, validade e eficácia (objetiva e subjetiva) da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Todavia, conforme adiantado, a doutrina especializada, assim como a jurisprudência desta Corte de Justiça, admite excepcionalmente e em tese que o Juízo estatal, instado, naturalmente, para tanto, reconheça a inexistência, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem sempre que o vício que a inquina revelar-se, *prima facie*, clarividente. (BRASIL, 2019).

Como se nota, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de admitir intervenção do Poder Judiciário em situação envolvendo cláusula compromissória patológica. E, nesse cenário, o Judiciário pode atuar independentemente (i) do momento em que se encontre o procedimento arbitral e (ii) de manifestação prévia do Tribunal Arbitral, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal, garantia fundamental prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).

Ultrapassada a prejudicial relativa à flexibilização do princípio da competência-competência – circunstância que permite o conhecimento da matéria pelo Poder Judiciário –, convém lembrar os argumentos utilizados pelo STJ no âmbito do CC 151.130/SP para fundamentar a não vinculação da União à cláusula compromissória em comento.

A instauração do CC 151.130/SP surgiu a partir de um conflito positivo de competência verificado entre Tribunal Arbitral (que proferiu sentença arbitral parcial reconhecendo a possibilidade de manutenção da União como requerida no procedimento arbitral nº 75/2016) e Justiça Federal (que concedeu liminar em ação declaratória desobrigando a União da participação no procedimento arbitral)¹⁸.

18 Constituição Federal: Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: [...] d) os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos;

Em maio de 2018, a Min. Nancy Andrighi suspendeu, monocraticamente, a eficácia da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região que obstava a participação da União no procedimento arbitral. Entretanto, houve uma reviravolta no julgamento.

Em novembro de 2019, na continuação do julgamento, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça declarou competente o Juízo Federal suscitado, nos termos do voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, acompanhado pelos seguintes Ministros: Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro (vencida a Min. Nancy Andrighi).

A tese defendida pela União sagrou-se vencedora com expressiva maioria da Segunda Seção do STJ: 8 (oito) votos favoráveis e apenas 1 (um) contrário.

E, segundo decidido pelo E. Superior Tribunal de Justiça: compete à Justiça Federal, com exclusividade, apreciar e decidir a questão referente à vinculação da União à cláusula compromissória contida no Estatuto Social da Petrobras, como, aliás, constou expressamente na ementa do julgamento:

4. Em tal contexto, considerando a discussão prévia acerca da própria existência da cláusula compromissória em relação ao ente público – circunstância em que se evidencia inaplicável a regra da “competência-competência” – sobressai a competência exclusiva do Juízo estatal para o processamento e o julgamento de ações indenizatórias movidas por investidores acionistas da Petrobrás em face da União e da Companhia. (BRASIL, 2019).

O voto vencedor conferiu bastante ênfase àquilo que foi incessantemente defendido pelo ente público: não havia lei autorizadora, tampouco manifestação de vontade da União para se submeter à cláusula compromissória em comento. Ademais, consignou-se que a vontade da sociedade de economia mista (Petrobras) não se confunde com a vontade da União.

As questões tratadas até o momento dizem respeito à arbitrabilidade subjetiva, isto é, aos motivos pelos quais a União não poderia ser parte (no caso, requerida) no procedimento arbitral em análise.

Inclusive, o Min. Luis Felipe Salomão destacou que a União jamais aderiu à cláusula compromissória, tendo se insurgido tão logo notificada acerca da instauração de procedimento arbitral, valendo-se, inclusive, de pedido de tutela de urgência perante a jurisdição estatal (após ver

objeção direcionada ao Presidente da CAM denegada). Tal atitude denota a manifestação de vontade do ente (postura adotada desde o início): não participar do procedimento arbitral.

O Ministro ressaltou, ainda, o seguinte:

Com efeito, a autorização legal extraída da Lei nº 13.129/2015 refere-se à consagração, no âmbito legislativo, da jurisprudência já sedimentada do STJ e do STF quanto à adoção da arbitragem à administração pública, mas isto desde que diante de previsão legal ou regulamentar próprios.

Dessa forma, observada a máxima vênia, penso que a melhor interpretação é no sentido de que, muito embora a arbitragem seja permitida nas demandas societárias e naquelas envolvendo a administração pública, não se pode afastar a exigência de regramento específico que apresente a delimitação e a extensão de determinado procedimento arbitral ao sócio controlador, notadamente em se tratando de ente federativo, no caso a União, em que a própria manifestação de vontade deve estar condicionada ao princípio da legalidade.

[...]

Assim é que o estatuto social da Petrobras, nos termos e contexto apresentados, expressa tão somente a vontade da companhia em submeter-se à arbitragem nas hipóteses expressamente indicadas – e não da União –, em razão da já pontuada ausência de regramento específico próprio.

[...]

Assim, em se tratando da Administração Pública, a própria manifestação de vontade do ente está condicionada ao princípio da legalidade, mediante interpretação restritiva, nos termos da cláusula. (BRASIL, 2019).

O Min. Marco Aurélio Bellizze fez questão de declarar voto por escrito, e, concordando com as razões expostas pelo voto vencedor, consignou que o consentimento da Administração Pública para participar de arbitragem deve ocorrer de maneira expressa e inequívoca, diferentemente da arbitragem estabelecida entre particulares, na qual se admite o consentimento tácito. Destacou, também:

Tampouco se poderia supor, para efeito de reconhecimento do consentimento à arbitragem, que uma pessoa jurídica de direito público integrante da Administração direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), adstrita, repisa-se, ao princípio da legalidade estrita, integre toda e qualquer arbitragem que uma empresa pública ou sociedade econômica a ela vinculada venha a participar, responsabilizando-se (como garante universal) diretamente pelos seus atos, o que ignoraria, a um só tempo, a autonomia e a personalidade jurídica própria de cada qual. (BRASIL, 2019).

Com efeito, não seria razoável admitir que a União viesse a integrar qualquer arbitragem que uma empresa pública ou sociedade de economia mista (a ela vinculada) participasse, pelo simples fato de ser acionista.

Além de discorrer sobre a arbitrabilidade subjetiva, o julgador do STJ também enfrentou a questão sob o ponto de vista da arbitrabilidade objetiva (isto é, se o litígio poderia ser objeto de arbitragem). Os Ministros Luis Felipe Salomão e Marco Aurélio Bellizze foram bastante enfáticos ao declararem que a pretensão dos requerentes (indenização) não se limitava a conflito societário, envolvendo discussão afeta à responsabilidade civil. Conseqüentemente, o objeto da arbitragem (responsabilização civil) não poderia ser enquadrado como “direito disponível” (requisito exigido pela própria Lei de Arbitragem para satisfazer a arbitrabilidade objetiva).

O Ministério Público Federal, ao manifestar-se sobre a discussão, lembrou que a pretensão dos particulares era mais abrangente do que “a consecução de atos praticados pela União Federal na estrita condição de acionista controladora da Empresa”. Ainda segundo o *Parquet*:

Há que se ponderar, ademais, os precisos termos do parágrafo único, que atribui às deliberações da União em assembleia geral, com fundamento no art. 238 da Lei 6.404/76, a natureza de direito indisponível, insuscetível, por conseguinte, de sujeição ao juízo arbitral, fls. (e-STJ) idem:

[...]

De fato, a pretensão ora formulada pelos acionistas que se sentiram lesados pela investigação criminal denominada “Operação Lava Jato” é extravagante ao universo estritamente societário, ultrapassa em muito a competência do juízo arbitral, nos precisos limites do estatuto da própria Companhia, como bem asseverou o douto Tribunal Regional Federal da 3ª. Região, pois a cláusula de arbitragem não alcança litígios

estabelecidos entre os próprios acionistas, tampouco estende-se à revisão das deliberações da União, tomadas nos termos do art. 238, § 2º da Lei 6.404/76.

[...]

Trata-se aqui da responsabilidade que se pretende atribuir a um ente da Administração Federal Direta não por ato por ele praticado, mas pelo simples fato de ser acionista majoritário de uma de suas sociedades de economia mista: é uma pretensão estranha ao universo societário que, por conseguinte, deve ser deduzida perante o juízo federal comum. (BRASIL, 2019).

Como se verifica, o precedente em comento analisou a questão sob diferentes óticas (arbitrabilidade subjetiva e arbitrabilidade objetiva), e concluiu que a União não está vinculada à cláusula compromissória inserida pela Petrobras em seu Estatuto.

5. CONCLUSÃO

Como demonstrado, atualmente encontra-se superado o entendimento no sentido que a União não poderia participar de procedimento arbitral. A participação é, não apenas possível, mas também desejável em determinadas situações, tendo em vista a celeridade do instituto.

A União, inclusive, possui, atualmente, um Núcleo Especializado em Arbitragem (NEA) para tratar exclusivamente de procedimentos arbitrais.

Evidentemente, o assentimento para resolução de determinado conflito por meio da via arbitral deve ocorrer de maneira expressa e inequívoca por parte do ente público, além de serem observados os princípios e normas atinentes ao regime jurídico de direito público.

Nesse sentido, a inclusão do art. 58 (cláusula compromissória), em 2002, no Estatuto Social da Petrobras não vinculou automaticamente a União, uma vez que, à época, não havia lei nem manifestação de vontade da União no sentido de se sujeitar à referida cláusula; além de não restar satisfeito o requisito relacionado à autorização expressa da autoridade competente. Ademais, a iniciativa para promoção dessa alteração estatutária foi, única e exclusivamente, da Petrobras, sociedade de economia mista com personalidade jurídica própria e autônoma, distinta da União.

Também sob a perspectiva da arbitrabilidade objetiva a cláusula compromissória não vincula a União, uma vez que a pretensão de responsabilização civil não se enquadra dentro do conceito de conflito

societário e, conseqüentemente, não pode ser objeto de procedimento arbitral.

Nos casos em que foi chamada a participar de procedimento arbitral com fundamento no art. 58 do Estatuto da Petrobras, a União, por diversas vezes (e desde que cientificada inicialmente das demandas), manifestou-se no sentido de não estar vinculada à cláusula compromissória. A contrariedade foi externada não apenas diante do Presidente da Câmara de Arbitragem do Mercado e, posteriormente, diante do Tribunal Arbitral, mas, também, mediante o ajuizamento de ações judiciais (e interposição de recursos) perante diferentes órgãos e instâncias do Poder Judiciário.

A análise do caso demonstra que, ao se obrigar a União a participar de um procedimento arbitral, desrespeitou-se a mais importante característica do instituto: a voluntariedade, que deveria ser o ponto de partida para que as partes tentassem resolver determinado conflito por meio de um método alternativo à jurisdição estatal. A imposição feita ao ente público desrespeitou normas legais e, inclusive, a própria Constituição Federal, o que gerou a judicialização da questão.

As ilegalidades foram reconhecidas pelo STJ no bojo do CC 151.130/SP, em julgamento que reconheceu a patologia da cláusula compromissória, circunstância que permitiu a flexibilização do princípio da competência-competência (que não é absoluto, como evidenciado por todos os Ministros do STJ que participaram do julgamento e apresentaram voto por escrito) e o conhecimento da matéria, *prima facie*, pelo Poder Judiciário, que encampou a tese incessantemente defendida pela União.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. 3ª Turma. Recurso Especial nº 904.813-PR. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 20/10/2011. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=18381542&num_registro=200600381112&data=20120228&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Primeira Seção. Mandado de Segurança nº 11.308-DF. Relator: Ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 09/04/2008. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3891216&num_registro=200502127630&data=20080519&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Segunda Seção. Conflito de Competência nº 151.130-SP. Relator para acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão. Data do julgamento:

27/11/2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1667167&num_registro=201700431738&data=20200211&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.602.076-SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 15/09/2016. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=65269959&num_registro=201601340101&data=20160930&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Agravo de Instrumento nº 52.181-Guanabara. Relator: Ministro Bilac Pinto. Data do Julgamento: 14/11/1973. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur157298/false>. Acesso em: 04 ago. 2021.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo*: um comentário à lei nº 9.307/96. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Arbitragem Nacional e Internacional*. Belo Horizonte: DelRey, 2007.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; ESTEFAM, Felipe Faiwchow. *Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública*. São Paulo: Thomsom Reuters, 2019.

RODI, Rodrigo Mota. *Cabimento da Arbitragem na Administração Pública*: estudo da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União. Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2018/04/Rodrigo-Rodi-D.-Administrativo.pdf>. Acesso em: 03 ago. 2021.

SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

EFEITOS DO TEMPO NA IMPUNIDADE:
ANÁLISE EMPÍRICA DAS DECISÕES
SOBRE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
PROFERIDAS PELO TRIBUNAL
REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO NO 2º
SEMESTRE DE 2020

*EFFECTS OF TIME ON IMPUNITY: EMPIRICAL ANALYSIS OF
DECISIONS ON ADMINISTRATIVE MISCONDUCT ISSUED BY
THE FEDERAL REGIONAL COURT OF THE 1ST REGION IN
THE 2ND HALF OF 2020*

Larissa Foelker

*Advogada da União, com atuação na Coordenação Regional de Probidade da 1ª Região.
Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU).*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Do regime de prescrição nas ações de improbidade; 2. Estratégias de abordagem: universo de pesquisa; 3. Resultados obtidos; 4. Considerações finais; Referências.

RESUMO: O presente estudo pretendeu analisar todas as decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região no segundo semestre de 2020 tratando do tema da improbidade administrativa, com o fim de contrastar com as conclusões da Comissão de Especialistas do MESICIC (OEA), delineadas no Relatório da 4ª Rodada de visitas, a respeito do papel relevante da prescrição na impunidade dos réus em ações de improbidade administrativa. Após a análise de 427 julgados, os dados obtidos demonstraram a ausência de ações inteiramente prescritas, sugerindo que a prescrição não teria papel relevante na configuração de impunidade nas ações de improbidade administrativa, cuja ocorrência se daria por outros fatores, destacando-se a ausência de provas da conduta ou do elemento subjetivo. Também foi analisado o tempo levado para o julgamento destas ações naquele Tribunal, cujos resultados sugerem tempo de julgamento reduzido, se comparadas com os resultados obtidos pela Comissão. Em conclusão, os resultados sugerem um cenário mais favorável do que aquele constatado pela comissão, considerando-se a ausência de impunidade absoluta ocasionada pela prescrição, bem como um menor tempo de julgamento destas ações nos tribunais. Entretanto, não é possível afirmar se isso apenas demonstra um equívoco da comissão ou uma efetiva melhora do cenário institucional, dado o tempo decorrido desde a elaboração do relatório e a presente pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Improbidade. Prescrição. Corrupção. MESICIC. OAS

ABSTRACT: The present study aimed to analyze all the decisions given by the Federal Regional Court of the 1st Region in the second half of 2020 dealing with the theme of administrative improbity, in order to contrast with the conclusions of the Mesicic Committee of Experts (OAS), outlined in the Report of the 4th Round of visits, regarding the relevant role of the statute of limitations in impunity of defendants in actions of administrative improbity.. After the analysis of 427 judgments, the data obtained demonstrated the absence of fully prescribed actions, suggesting that the prescription would not have a relevant role in the configuration of impunity in administrative improbity actions, the occurrence of which would be due to other factors, highlighting the absence of evidence of the conduct or subjective element. The time taken to the trial of these actions in that Court was also analyzed, the results of which suggest reduced judgment time, compared to the results obtained by the Commission. In conclusion, the results suggest a more favorable scenario than that found by the

committee, considering the absence of absolute impunity caused by the prescription, as well as a shorter time of judgment of these actions in the courts. However, it is not possible to state whether this only demonstrates a misunderstanding of the committee or an effective improvement of the institutional scenario, given the time elapsed since the preparation of the report and the present research.

KEYWORDS: Misconduct. Prescription. Corruption. MESICIC. OAS.

INTRODUÇÃO

A União é Estado Parte da Convenção Interamericana contra a Corrupção, firmada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA)

A Convenção representa um esforço comum dos 34 Estados membros no combate à corrupção, estabelecendo medidas para prevenir, detectar, investigar e sancionar atos de corrupção, bem como recuperar ativos eventualmente desviados.

Nesta toada, o art. XIV, 2, da Convenção Interamericana Contra a Corrupção previu a implementação de mecanismos de cooperação entre os Estados, *verbis*:

Artigo XIV

Assistência e cooperação

1. Os Estados Partes prestarão a mais ampla assistência recíproca, em conformidade com suas leis e com os tratados aplicáveis, dando curso às solicitações emanadas de suas autoridades que, de acordo com seu direito interno, tenham faculdades para investigar ou processar atos de corrupção definidos nesta Convenção, com vistas à obtenção de provas e à realização de outros atos necessários para facilitar o processo; e as diligências ligadas à investigação ou processo penal por atos de corrupção.

2. Além disso, os Estados Partes prestarão igualmente a mais ampla cooperação técnica recíproca sobre as formas e métodos mais efetivos para prevenir, detectar, investigar e punir os atos de corrupção. Com esta finalidade, facilitarão o intercâmbio de experiências por meio

de acordos e reuniões entre os órgãos e instituições competentes e dispensarão atenção especial às formas e métodos de participação civil na luta contra a corrupção. (OEA, 2021b).

Um dos mecanismos de colaboração criados em decorrência dessa previsão é o Mecanismo de Acompanhamento da Implementação da Convenção Interamericana contra a Corrupção (MESICIC), que consiste na criação de uma comissão de especialistas para analisar os países membros no tocante ao cumprimento da convenção e às medidas tomadas para o combate à corrupção.

Ao final dessa análise, a comissão de peritos elabora um relatório sobre o estado atual das medidas de combate à corrupção vigentes naquele país, sugerindo providências para o melhoramento das instituições de um modo geral.

Os resultados desta análise são revisados periodicamente pela Comissão, que poderá proceder ao acompanhamento do tema no país analisado, visando avaliar se as providências recomendadas foram efetivamente acatadas.

O Brasil já foi objeto de análise da comissão do MESICIC por algumas vezes. Dentre elas, destaca-se o quanto fixado no Relatório da 4^a Rodada de Visitas dos Especialistas (OEA, 2021a)¹, resultado da averiguação dos seguintes órgãos de controle brasileiros: a Controladoria-Geral da União (CGU); o Tribunal de Contas da União (TCU); o Departamento de Polícia Federal (DPF); o Ministério Público Federal (MPF); e o Supremo Tribunal Federal (STF).

Naquela oportunidade, a elaboração do relatório foi baseada nas respostas apresentadas pelo Brasil ao questionário da comissão, em visita in loco realizada entre 20 e 23 de março de 2012 e entrevistas à sociedade civil².

Especificamente quanto ao tema das ações de improbidade administrativa, a comissão do MESICIC obteve acesso a relatório realizado pelo CNJ acerca das condenações por ações de improbidade ocorridas em 2010, analisando o teor de todas as decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas naquele período, bem como o percentual de inscritos no cadastro de condenados por atos de improbidade do CNJ, comparando-se com o número de ações acerca do tema ajuizadas naquele ano.

1 Este relatório, bem como os demais documentos produzidos em outras rodadas sobre o Brasil, pode ser obtido em: <http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/paises-rondas.html?c=Brasil&r=4>. Acesso: 18 mar. 2021a. É importante observar que o relatório final da quarta rodada, aprovado na sessão plenária de 14 de setembro de 2012, e ao qual este artigo se refere, é obtido quando se acessa o informe da rodada 4, na versão em espanhol.

2 Vide documentação disponível no Portal Anticorrupción de las Américas (OEA, 2021c).

De posse desses dados, a comissão do MESICIC concluiu que uma das grandes causas da impunidade dos acusados no âmbito do Poder Judiciário seria o tempo excessivo levado para o julgamento destas ações, com a deflagração de prescrição. Diante disso, foi sugerido que o Poder Judiciário buscasse implementar medidas que permitam agilizar a conclusão dos processos, a fim de evitar a prescrição e a impunidade dela decorrente:

[240] O tempo médio para o julgamento dos processos relativos a improbidade administrativa foi de aproximadamente cinco anos nos Tribunais Regionais Federais e o número total de condenações foi de 181. Não foram apresentados os tempos médios do STJ nos casos relativos a improbidade administrativa.

[...]

[243] Com base nessas informações, a Comissão observa em geral uma média elevada de tempo para o julgamento dos processos relativos a improbidade administrativa no âmbito dos Tribunais Regionais Federais. A situação é ainda mais grave nos Tribunais Estaduais, o que resulta em um elevado número de decisões declarando a prescrição da ação penal. A Comissão considera que o Estado analisado deveria buscar maneiras de agilizar o julgamento de crimes relativos a atos de corrupção e improbidade administrativa, a fim de evitar a impunidade daqueles que os praticam. Nesse sentido, a Comissão sugere ao Estado analisado considerar a criação de órgãos especializados na matéria no âmbito do Poder Judiciário e formulará recomendação a esse respeito (ver recomendação 5.4.5 na seção 5.4 deste relatório).

[...]

[247] Em vista dos comentários formulados na referida seção, a Comissão sugere que o Estado analisado considere as recomendações seguintes:

5.4.1. *Considerar a possibilidade de implementar reformas no sistema de recursos judiciais ou buscar outros mecanismos que permitam agilizar a conclusão dos processos no Poder Judiciário e o início da execução da sentença, a fim de evitar a impunidade dos responsáveis por atos de corrupção* (ver seção 5.2. do capítulo II deste relatório). (OEA, 2021a, p. 47-48)³.

3 Em resposta ao relatório, a União apresentou os seguintes esclarecimentos: “Esclarecemos que o Supremo Tribunal Federal não é originariamente competente para o julgamento de ações civis por ato de improbidade

Como se vê, a Comissão do MESICIC concluiu que existe demora excessiva no julgamento das ações por atos de improbidade administrativa nos Tribunais Regionais Federais, bem como há perigo de prescrição em função do elevado tempo decorrido no processamento das demandas em juízo.

Ora, referida conclusão parece se equivocar no que se refere às condutas de improbidade, uma vez que as ações de improbidade administrativa estão sujeitas a regime diverso de prescrição das ações penais.

Em verdade, parece tratar das condutas civis e penais genericamente, dentro do conceito de “condutas de corrupção”, desconSIDERANDO a possibilidade de que existam regimes diversos de prescrição aplicáveis a cada uma delas, a exemplo da prescrição intercorrente, prevista apenas para as ações penais, o que se passa analisar mais detidamente no capítulo seguinte.

1. DO REGIME DE PRESCRIÇÃO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE

A Lei nº 8.429/1992, em seu artigo 23, dispõe que as ações típicas de improbidade, entendidas como aquelas que visam a aplicação das sanções previstas na lei, podem ser propostas: (i) até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; (ii) dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego; (iii) até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º da Lei.

Por sua vez, as sanções aplicáveis aos responsáveis pelas condutas encontram previsão no art. 12 do mesmo diploma, consistindo em: (i) Perda dos valores acrescidos ilicitamente, (ii) Perda da função pública, (iii) Suspensão dos direitos políticos, (iv) Pagamento de multa civil, (v) Proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário e, finalmente, (vi) Ressarcimento ao erário.

administrativa, praticadas por acusado detentor de foro por prerrogativa de função. Precedentes: AI 556.727-AgR, da relatoria do Ministro Dias Toffoli; AI 678.927-AgR, da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski; AI 506.323-AgR, da relatoria do Ministro Celso de Mello. Registramos também que o atual Presidente do STF e do CNJ implementou, como meta e objetivo de gestão, a prioridade de julgamento dos processos de improbidade administrativa e ressarcimento ao erário, por meio de programas de monitoramento e acompanhamento dessas causas” (OEA, 2021a, p. 47-48).

Ora, da leitura dos dispositivos mencionados, verifica-se que o legislador não previu diferenciação de prazo de prescrição entre as sanções aplicáveis, estabelecendo o prazo genérico de 5 anos para a sua aplicação.

Ocorre que a Constituição Federal estabeleceu, antes mesmo da edição da Lei de Improbidade, o seguinte comando normativo:

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:

[...]

§ 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento. (BRASIL, 1988).

Em decorrência dos dispositivos mencionados, surgiu grande controvérsia doutrinária a respeito do real alcance de sentido do parágrafo 5º do texto constitucional, mais especificamente, quanto ao significado da ressalva feita ao final: “ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

Se, de um lado, não se questiona a prescritibilidade das sanções punitivas da Lei 8.429/92, muitos se insurgiram contra a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário nas condutas de improbidade.

Assim, após longo debate acerca do tema, cuja cronologia necessitaria a redação de outro artigo, o STF firmou entendimento, em sede de repercussão geral, no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário fundadas na prática de ato doloso tipificado na Lei de Improbidade Administrativa (BRASIL, 2019), ainda que a imposição das demais sanções previstas pela Lei nº 8.429/1992 – perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa e proibição de contratar com a Administração ou dela receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, pelos prazos assinalados nos incisos do artigo 12 – seja afetada pela prescrição.

Por conta disso, as ações de improbidade estão sujeitas a um regime de prescrição que pode afetar o ressarcimento ao erário de forma diferente das outras sanções. Será possível, assim, a ocorrência de prescrição parcial da ação, atingindo-se apenas as outras sanções, mantida, contudo, a sanção de ressarcimento.

Será possível, ainda, que sejam encontrados resultados variados acerca de eventual prescrição do ressarcimento ao erário, a depender da forma como o tribunal aplicar o referido precedente.

Seja como for, o fato é que, em verdade, não se sabe qual papel – e em que medida – a prescrição desempenha na impunidade dos acusados por atos de improbidade, de sorte que a aferição do cumprimento da Convenção Interamericana de Combate à Corrupção pelo Brasil resta inviabilizada.

Busca-se, aqui, portanto, perquirir se a prescrição desempenha um papel tão relevante no que diz respeito às ações de improbidade, tal como assinalado no Relatório da Comissão de Peritos nos trechos supracitados, até como forma de se verificar se há, efetivamente, necessidade de alteração da legislação pertinente ou mesmo da organização do Poder Judiciário.

Trata-se, ainda, de uma interlocução da Advocacia Pública com a Administração, visando informar os gestores a respeito da influência da prescrição na impunidade dos acusados pela prática de condutas ímprobas, contribuindo não só com o combate à corrupção, mas também com o cumprimento da própria Convenção pela União.

2. ESTRATÉGIAS DE ABORDAGEM: UNIVERSO DE PESQUISA

O presente estudo se baseia na análise de todos os julgados proferidos pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região no segundo semestre de 2020, tratando do respectivo tema.

Como hipótese, tendo em vista o que foi exposto no tópico anterior, tem-se que a demora no julgamento das ações de improbidade administrativa não tem papel tão relevante na configuração da prescrição das ações ou na impunidade, dada a ausência de prescrição intercorrente nesta seara.

Ou seja, embora a propositura das ações de responsabilização por tais atos deva observar o prazo prescricional delineado pelo artigo 23 da Lei nº 8.429/1992, principalmente se o objetivo é fazer incidir ao caso as sanções específicas nesta Lei, uma vez ajuizada a ação, o decurso do tempo não interfere no resultado final da demanda.

Para realização da pesquisa, delimitou-se a amostragem ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o que se justifica pelo âmbito de atuação das Coordenações Regionais de Improbidade da Advocacia Geral da União, separadas por regiões.

Assim, para que o estudo pudesse ser útil também à atuação da União, foram analisadas somente as decisões daquele tribunal.

O corte temporal, por sua vez, se deu em razão do volume de decisões encontradas, pelo que o estudo de um semestre pareceu suficiente ao estudo que se propõe, consistente na amostragem de mais de 400 julgados, com o maior grau de atualização possível.

Para verificação da referida hipótese, realizou-se, inicialmente, consulta do teor das decisões no sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na pesquisa pública de jurisprudência.

Por meio da opção de pesquisa avançada, especificou-se o período desejado: de 01/07/2020 a 31/12/2020.

Como termo de pesquisa, utilizou-se apenas o vocábulo “improbidade”, buscando-se obter todas as decisões que mencionam o tema, ainda que de forma incidental. Não foi inserida qualquer outra especificação, pelo que a pesquisa inicial incluiu decisões monocráticas e acórdãos.

Nesta primeira triagem, constatou-se a existência de 427 julgados.

Tais decisões foram analisadas para verificação da ação que lhes deu origem: se efetivamente uma ação de improbidade administrativa, ou se ação diversa, que apenas tratou do tema por menção irrelevante ao conteúdo do julgado. Ao final, foram obtidos 327 atos decisórios.

Estes atos, então, foram agrupados conforme o tipo recursal que lhes deram origem: se apelação, embargos de declaração ou agravo de instrumento. No fim, foram constatadas outras categorias, tais como reexame necessário, ação rescisória, suspensão dos efeitos da apelação, petição e reclamação, que foram catalogadas em separado.

A separação realizada se justifica na medida em que, ao menos a princípio, somente os acórdãos proferidos em sede de apelação poderiam encerrar o mérito da questão, não obstante decisões proferidas em outros recursos possam tratar também da prescrição – o que importa na verificação do tempo levado no julgamento do mérito nos tribunais.

Em seguida, procedeu-se à análise do teor de cada decisão, bem como do processo que lhe era subjacente. Para tanto, cada decisão recebeu uma ficha descritiva, conforme é detalhado nos anexos deste artigo.

Ressalte-se que, durante a análise, foi necessário classificar as decisões de acordo com o objetivo proposto, qual seja, verificar quantas decisões culminaram em efetiva impunidade das pessoas processadas em razão da prescrição, e não quantas decisões o ente processante não obteve sucesso em sua pretensão recursal.

Por isso, no tocante ao resultado do recurso, as decisões foram classificadas como favoráveis ou desfavoráveis, e não como procedentes ou improcedentes, o que pode implicar em grande diferença na prática.

Com efeito, um recurso da União para aumentar as sanções aplicadas poderá ser desprovido, mas ainda assim podem ser mantidas as sanções inicialmente fixadas. Isso significa que não haverá impunidade, uma vez que serão aplicadas sanções, ainda que não na medida desejada.

O inverso também é verdadeiro. Um recurso do réu para declaração da prescrição da ação, ainda que provido, não necessariamente gerará absoluta impunidade, na medida em que o juízo poderá decretar prescrita a aplicação de sanções, mas não do ressarcimento ao erário. Por conta disso, uma decisão nesse sentido, apesar de contrária à pretensão recursal do polo ativo naquela instância, foi considerada favorável em razão do resultado do processo, que gerou uma condenação, ainda que em mero ressarcimento.

Nesta toada, somente foram consideradas desfavoráveis aquelas decisões que concluíram pela improcedência total da ação, deixando de condenar os requeridos a qualquer sanção aplicável.

Quanto à prescrição especificamente, procedeu-se a uma análise mais profunda: foram selecionadas não apenas as ações em que houve decretação da prescrição da ação, mas também aquelas ações em que houve alegação de prescrição, ainda que não acolhida. Também foram separados os resultados entre prescrição total, prescrição da sanção ou prescrição do ressarcimento.

Delimitado o universo de decisões analisadas, buscou-se, a partir de então, obter dados acerca de:

- (I) Quantas ações prescrevem, se consideradas todas as decisões encontradas;
- (II) Quantas alegações de prescrição são efetivamente julgadas procedentes, dentro do universo das alegações de prescrição;
- (III) Quantas ações com prescrição reconhecida prosseguiram, para condenação do réu ao ressarcimento ao erário;
- (IV) Quantas destas ações afetaram a União, especificamente.

Por fim, foi analisado o tempo levado no julgamento das apelações, especificamente, para verificar o lapso transcorrido e contrastar com as conclusões obtidas pela Comissão.

3. RESULTADOS OBTIDOS

Inicialmente, passa-se a analisar com qual frequência apareceram alegações de prescrição, e em que medida estas foram acolhidas, o que será realizado a partir das categorias dos recursos que lhe deram origem.

Tratando-se de acórdãos proferidos em julgamento de recursos de apelação, constatou-se que, de um universo de 327 decisões analisadas, apenas 136 são acórdãos julgando recursos de apelação.

Destes, somente 15 continham alegações de prescrição da ação, o que representa 11% dos processos.

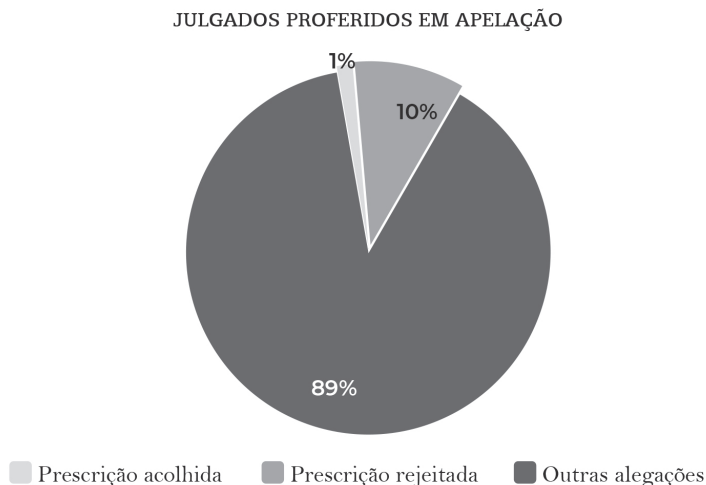
Ainda, somente em dois casos as prejudiciais de prescrição foram acolhidas, e tão somente de forma parcial, para afastar as sanções típicas da Lei de Improbidade.

Logo, nenhuma alegação de prescrição de ressarcimento foi acolhida.

Em termos percentuais, somente 1,47% dos processos analisados em sede de apelação tiveram algum tipo de prescrição acolhida, o que sugere pouca relevância da prescrição na impunidade.

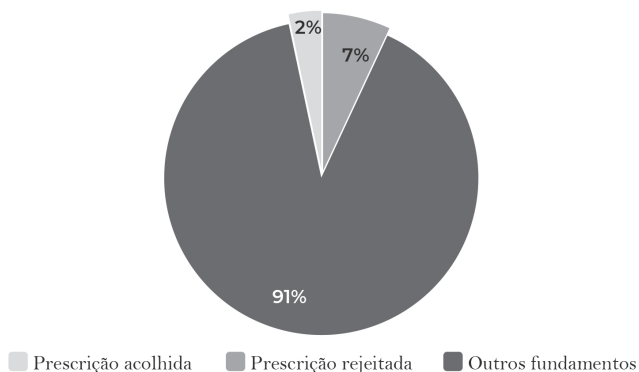
Ainda, dentre as alegações de prescrição, somente 13% foram acolhidas, o que aponta para uma baixa recepção do tema na jurisprudência dos tribunais, que mesmo diante do entendimento fixado pelo STF no RESP nº 852.475/SP considerou imprescritível o ressarcimento ao erário, sem adentrar no mérito do elemento subjetivo da conduta.

Os resultados podem ser assim visualizados:



Os resultados podem ser assim visualizados. No que diz respeito às decisões proferidas em sede de agravo de instrumento, monocráticas e colegiadas, o resultado foi bastante semelhante: de um universo de 175 agravos de instrumento, somente 16 continham alegação de prescrição e, destas, somente 4 foram acolhidas, e apenas parcialmente.

JULGADOS EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

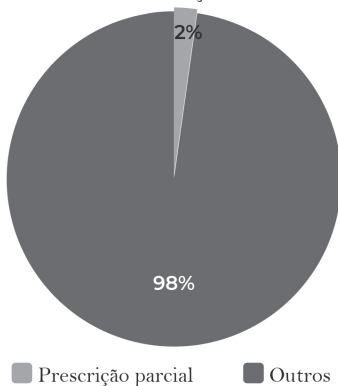


Por fim, nas 16 decisões que analisavam embargos de declaração, reexame necessário, agravo interno ou outras, não foi constatada sequer alegação de prescrição.

Assim, em uma análise meramente aritmética, observou-se que nenhuma ação foi declarada inteiramente prescrita. De um universo de 327 decisões, somente 6 ações foram declaradas prescritas de alguma maneira, o que corresponde a 1,83% do total, resguardando-se, contudo, a sanção de ressarcimento ao erário, considerada inteiramente imprescritível.

Outrossim, constatou-se que a alegação de prescrição teve pouco sucesso nos julgados analisados, consistindo em 13% do total de alegações de prescrição:

TAXA DE SUCESSO DAS ALEGAÇÕES DE PRESCRIÇÃO

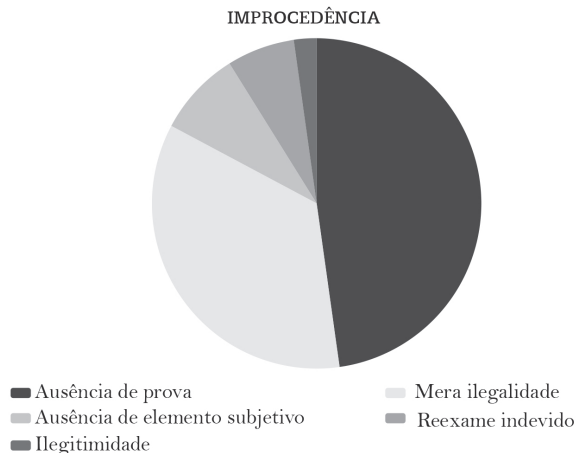


Com base ainda nos dados obtidos, dada a constatação da pequena influência da prescrição nas decisões, analisou-se, então, quais seriam os outros motivos pelos quais as ações são julgadas inteiramente improcedentes.

Para tanto, diante do teor de cada recurso, as decisões foram analisadas separadamente, contabilizando-se apenas aquelas proferidas em apelação ou reexame necessário, nas quais o mérito foi apreciado.

Quanto às apelações, obteve-se o seguinte resultado: das 137 decisões, 60 traziam resultados desfavoráveis. Tem-se, portanto, uma taxa de absolvição de 43% dos réus, ao passo que houve 57% de condenações, ainda que mínimas.

Destas 60 decisões, os motivos de improcedência se dividiram entre ausência de prova de prática dos atos imputados aos réus, ausência de prova do elemento subjetivo, conduta considerada mera ilegalidade, ilegitimidade da parte e descabimento de reexame necessário⁴.



Os dados obtidos sugerem, portanto, que a maior causa de ausência de condenação nas ações de improbidade administrativa ainda é a questão probatória, representando 21% de todas as decisões de improcedência examinadas.

Constatou-se ainda que, em 13% dos julgados, houve desclassificação da conduta, de improbidade para mera irregularidade.

⁴ Anote-se que a questão do reexame necessário em ações de improbidade administrativa foi afetada pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, para que se defina se existe obrigatoriedade de reexame nas ações de improbidade julgadas improcedentes em primeiro grau. O tema é o 1.042.

Existem também, em menor medida, decisões considerando ausente o elemento subjetivo (4%), o indevido reexame necessário (2,9%) e a ilegitimidade da parte (0,72%)

De todo modo, *nenhuma ação analisada neste intervalo de tempo teve sua improcedência decretada em razão da prescrição*, o que sugere, surpreendentemente, que a prescrição não tem papel relevante, ao menos nas ações já ajuizadas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dados obtidos na presente pesquisa sugerem que a prescrição não tem papel relevante na ausência de condenação dos réus de ações de improbidade administrativa, uma vez que há baixa frequência de alegação de sua ocorrência, sendo ainda mais baixo o número de alegações que efetivamente é acolhido.

Ainda, as poucas decisões que acolheram tais alegações o fizeram parcialmente, resguardando a sanção de ressarcimento ao erário.

Neste ponto, tem-se que o Tribunal analisado aplicou o entendimento fixado pelo STF no RESP nº 852.475/SP, bem como acolheu teses envolvendo a postergação do termo inicial, a aplicação de causas suspensivas e interruptivas e o aumento do prazo de prescrição da improbidade quando a conduta também configurar crime, conforme prevê o art. 23,II, da LIA, combinado com o art. 141, § 2º da Lei 8.112/1990.

Por conseguinte, somente 31 dos 327 dos processos analisados continham alegações de prescrição, sendo que somente 6 foram acolhidas, e parcialmente, o que representa um universo de 1,87% de todas as decisões.

E mais: em nenhuma delas foi reconhecida a prescrição do ressarcimento ao erário.

Em verdade, a questão da prova aparenta ser o grande fator da impunidade, motivando 21% das absolvições, o que sugere a necessidade de providências no sentido de melhora da instrução probatória, tanto para demonstrar a ocorrência da conduta de improbidade quanto o elemento subjetivo do agente ímprobo necessário à aplicação da sanção.

Observação importante, que ensejaria maior debate, consiste na possível diferença entre ausência de condenação e verdadeira impunidade.

A uma, porque só foram analisados os dados de ações já ajuizadas, sendo possível concluir que existe um universo de condutas de improbidade impunes por ausência de processamento, não sendo objeto de ações judiciais.

A duas, porque mesmo a ausência de condenação pode ocorrer por diversos fatores, que descaracterizam a própria conduta de improbidade, chegando à conclusão de que o requerido, em verdade, agiu de forma correta.

Ainda, existem os casos em que há desclassificação da conduta, passando-se a considerá-la como mera ilegalidade, e não como conduta de improbidade. Nestas hipóteses, ainda que tenha restado comprovada a conduta relatada na inicial, esta não preenche os requisitos para a aplicação da Lei n. 8.429, de modo que se constataria um provável excesso de persecução das condutas irregulares dos gestores, e não impunidade de qualquer sorte.

A três, porque um grande problema das ações de improbidade ajuizadas é, para além da obtenção de uma condenação, a efetiva execução do quanto fixado em sentença. Com efeito, pesquisa de 2010 a 2013 do CNJ constatou que apenas 4% das sentenças condenatórias de improbidade são efetivamente cumpridas em todos os seus termos.

De outro lado, tem-se que o tempo levado para o julgamento das ações, ao menos no TRF da 1ª Região, é de 1.162 dias ou 3,18 anos, de acordo com a apuração realizada por esta pesquisa na análise dos acórdãos selecionados, o que sugere uma melhora no tempo de julgamento encontrado pela comissão- de 4 a 5 anos-, mas que ainda se afigura elevado.

A esse respeito, muito embora o estudo em tela tenha encontrado indícios de que o tempo levado pelo Tribunal para o julgamento dos processos não seja prejudicial na obtenção da condenação ou para a ocorrência da impunidade, é preciso se ter em mente que a demora dos processos pode interferir na própria efetividade da condenação, uma vez que possibilita a dilapidação do patrimônio do agente durante o tempo em que é processado.

Neste ponto, medidas como o bloqueio liminar dos bens dos requeridos podem colaborar com a efetividade do processo, resguardando os valores necessários e suficientes ao ressarcimento ao erário ao final do processo.

Por fim, cumpre ressaltar que os resultados sugerem um cenário mais favorável do que aquele constatado pela comissão, considerando-se a ausência de impunidade absoluta ocasionada pela prescrição, bem como um menor tempo de julgamento destas ações nos tribunais.

Entretanto, não é possível afirmar se tais constatações apenas demonstram um equívoco da comissão ou uma efetiva melhora do cenário institucional, dado o tempo decorrido desde a elaboração do relatório e a presente pesquisa, sendo necessário o aprofundamento da pesquisa para a referida verificação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União: 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Diário Oficial da União: 19 abr. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Lei n. 8.429, de 02 de junho de 1992. Diário Oficial da União: 3 jun. 1992. Disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 852.475/SP, Tribunal Pleno, Relator Ministro Alexandre de Moraes, Relator do acórdão Ministro Edson Fachin, julgado em 08 ago. 2018, Diário da Justiça Eletrônico: 25 mar. 2019. (Tema 897 da Repercussão Geral).

OEA. Comissão de Peritos do MESICIC. República Federativa do Brasil – Relatório Final. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/paises-rondas.html?c=Brasil&r=4>. Acesso em: 18 mar. 2021a.

OEA. Convenção Interamericana contra a Corrupção, março de 1966. Disponível em: www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-58.htm. Acesso em: 18 mar. 2021b.

OEA. Portal Anticorrupción de las Américas. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/paises-rondas.html?c=Brasil&r=3>. Acesso em: 29 jul. 2021c.

MÉTODOS DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL
DE CONFLITOS E O PODER PÚBLICO:
COMO CONCILIAR O PRINCÍPIO DA
ISONOMIA E A ATUAÇÃO CONSENSUAL?
A NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS
PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS.

*CONSENSUS CONFLICT RESOLUTION METHODS AND
PUBLIC POWER: HOW TO CONCILIATE THE PRINCIPLE
OF ISONOMY AND CONSENSUS ACTION? THE NECESSARY
OBSERVANCE OF ADMINISTRATIVE PRECEDENTS.*

Luciana Roffé de Vasconcelos

Procuradora do Estado de Pernambuco. Especialista em Direito Tributário pela UFPE/SEFAZ/PGE/PE. Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU).

SUMÁRIO: Introdução; 1. Aspectos da judicialização envolvendo a Fazenda Pública em contraponto ao novo conceito da Administração Pública e o princípio da eficiência; 2. Autocomposição de litígios pela Administração Pública, o sistema multiportas e suas diversas formas de apresentação, no âmbito da União Federal; 3. Princípio da isonomia na atuação consensual do Poder Público e a importância dos precedentes

administrativos, como forma de concretizar este princípio e suas técnicas de superação; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: O propósito deste artigo é, ao lado de estudar aspectos da judicialização envolvendo o poder público, através da análise de dados empíricos que demonstram que o poder judiciário encontra-se esgotado em sua função de dirimir muitos destes conflitos, analisar as diversas formas utilizadas, pela União Federal, de autocomposição de litígios, em que demonstra o amadurecimento da gestão pública através da abertura do diálogo com os cidadãos, concluindo o artigo com a análise da efetiva aplicação destas técnicas de negociação com responsabilidade, diante, especificamente, do princípio da isonomia, a que deve respeito o poder público, através, sobretudo, da observância dos precedentes administrativos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Autocomposição de litígios. Fazenda Pública. Princípio da Isonomia. Precedentes.

ABSTRACT: The purpose of this article is, in addition to studying aspects of judicialization involving the public authorities, through the analysis of empirical data that show that the judiciary is exhausted in its function to settle many of these conflicts, to analyze the various forms used by the Federal Union of self-composition of disputes, in which it demonstrates the maturity of public management through the opening of dialogue with citizens, concluding the article with an analysis of the effective application of these techniques of negotiation with responsibility, specifically in the face of the principle of isonomy, which the public authorities must respect, especially through compliance with administrative precedents.

KEYWORDS: Administrative Law. Self-composition of Disputes. Public Authority. Principle of Isonomy. Precedents.

INTRODUÇÃO

Considera-se, neste trabalho, que uma das maiores e melhores mudanças do Código de Processo Civil de 2015 foi incorporar a autocomposição de conflitos como norma fundamental do processo, passando a ter como um de seus pilares, o estímulo à consensualidade.

Assim está disposto nos §2º e §3º do art. 3º do CPC/15, artigo este inserido no capítulo que trata das normas fundamentais do processo civil.

A ideia da consensualidade está, cada vez mais, espreada não somente dentro do processo judicial, mas em toda a atividade administrativa, reforçando a valorização da participação popular nos atos e procedimentos estatais, ao lado da tradicional atuação imperativa da administração.

O que se percebe é que, quanto maior a participação do cidadão, mais eficiente e legítimo será o ato. Por isso, apesar de sempre termos tido figuras de consensualidade no direito administrativo, mesmo que de forma tímida, a exemplo da desapropriação amigável, prevista desde 1941, no Dec. Lei nº 3.365, podemos afirmar que foi com a CF/88, com a reforma da gestão pública, através da Emenda Constitucional nº 19/1998 (que incluiu o princípio da eficiência ao art. 37 da CF/88) e com o atual Código de Processo Civil de 2015, que passamos a viver uma verdadeira mudança de paradigma no direito público brasileiro (BARREIROS, 2016) (UHDRE, 2016).

Se é certo que as formas de autocomposição de conflitos com o Poder Público levam a uma maior eficiência no resultado obtido, também é certo que o Poder Público, diferentemente do particular, deve obediência aos princípios constitucionais regidos pelo art. 37 da CF/88, dentre eles, o princípio da isonomia.

Como então conciliar a autocomposição de conflitos, onde as situações peculiares devem ser tratadas caso a caso, com o inafastável princípio da isonomia? Esta necessária observância não tiraria a possibilidade de acordos mais vantajosos para a Administração?

Ou seja, teria a Administração Pública liberdade para fazer o melhor acordo, em um determinado caso, sem que configure privilégio ao seu destinatário, desde que justificada pelos critérios de conveniência e oportunidade dos atos administrativos?

O tema tratado neste trabalho, portanto, visa responder a esta pergunta: quando a Administração Pública atua consensualmente submetete-se a regime jurídico com maior grau de rigidez do que o particular, de modo a prejudicar a fluidez e liberdade necessárias para um bom acordo?

Para tanto, analisou-se a doutrina e legislação nacional sobre o tema, bem como a legislação de alguns Estados, a exemplo do Estado de Pernambuco, que já trabalham com estas novas ferramentas consensuais.

Entrevistou-se também a Coordenadora do Núcleo de Negociação da AGU, Dra. Clara Nitão, que trouxe uma visão prática e atual das atividades nesta área, que certamente ajudou na compreensão global das questões tratadas nesta pesquisa.

Para a organização dos temas a serem abordados, o trabalho está dividido em 3 partes.

Na primeira parte, abordaremos a realidade atual do processo judicial envolvendo a Fazenda Pública em contraponto ao novo conceito da Administração Pública e o princípio da eficiência.

Em seguida, na segunda parte, abordaremos as diversas modalidades de autocomposição de litígios pela Administração Pública, o sistema multiportas e suas diversas formas de apresentação, no âmbito da União Federal.

E, por fim, na última parte deste trabalho, estudaremos como deve ser interpretado e aplicado o princípio da isonomia nas situações em que o Poder Público atua de forma consensual e a importância dos precedentes administrativos, como forma de concretizar este princípio e suas técnicas de superação.

1. ASPECTOS DA JUDICIALIZAÇÃO ENVOLVENDO A FAZENDA PÚBLICA EM CONTRAPONTO AO NOVO CONCEITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O Poder Judiciário encontra-se esgotado em sua função de dirimir conflitos. Em contradição a este fato, todos os anos as demandas novas só aumentam (em 2019 houve um incremento de 6,8%), mesmo diante do esforço do Poder Judiciário em diminuir seu estoque de processos, conforme edição do Relatório Justiça em Números que sumariza os principais resultados alcançados pelo Poder Judiciário em 2019.¹

Informa o referido Relatório que “em uma situação hipotética, sem ingresso de novas demandas e mantida a produtividade atual, seriam necessários 1 ano para zerar o estoque do 2º grau e 2 anos e 5 meses para zerar o estoque do 1º grau (tempo de giro do acervo)” (BRASIL, 2021a, p. 141).

1 “O estoque processual diminuiu em 2,4 milhões de processos nos últimos dois anos (-3%). Esse resultado foi extremamente positivo, pois, até 2016, o aumento do acervo era recorrente. Em 2017 houve estabilização do estoque, culminando com a queda verificada em 2018 e 2019. Os dados são reflexo do aumento no total de processos baixados, que atingiu o maior valor da série histórica no ano de 2019, apesar do aumento dos casos novos (6,8%)”. (BRASIL, 2021a, p. 257).

E o setor Público é um dos maiores litigantes da justiça. Somente a execução fiscal é responsável por grande parte do acervo e da morosidade do Poder Judiciário.²

Estamos, portanto, num impasse: a Administração Pública não tem capacidade de resolver seus conflitos *sponte propria* e o Poder Judiciário está sufocado com tantas demandas, prestando um serviço lento e muitas vezes, ineficiente.

E pior. Conforme afirma Kaline Ferreira Davi (2017) os conflitos repetitivos, que formam o contencioso de massa, os falsos litígios e o contencioso de série transformam o Poder Judiciário quase numa extensão do guichê administrativo. Afirma a autora que:

O aumento de litígios de massa não é o resultado de uma grande democratização da Administração, mas, bem ao contrário, é justamente a ausência de diálogo com os cidadãos, que é a causa do aumento do contencioso de massa. A falta do diálogo faz aumentar o número de demandas repetitivas e pouco complexas, demandas que poderiam ser facilmente resolvidas sem intervenção do juiz se a Administração se aproximasse e dialogasse com os cidadãos.

E este fenômeno do contencioso de massa no Brasil é, conforme afirma a referida autora, “um problema predominantemente estatal, ou seja, o Poder Público é o maior vocacionado a produzir essas demandas repetitivas e sem complexidade jurídica” (DAVI, 2017).

Durante muitos anos a Administração atuou de modo reativo a estas demandas que foram se avolumando no Judiciário. A ideia ultrapassada de que a Fazenda Pública deveria continuar recorrendo até quando findo o prazo da ação rescisória, gerou um custo desnecessário, fortalecendo a imagem de uma Administração distante, fria e inacessível.

Ou seja, além da Administração Pública, através de seus órgãos internos, não ter gerência para compor os seus conflitos com os cidadãos, ou grande parte deles, utilizava o Poder Judiciário para, muitas vezes, adiar os efeitos negativos de uma decisão desfavorável, para as gestões futuras, como se a Administração não fosse única e como se a pacificação de conflitos não fosse, a curto, médio e longo prazo, um vetor de segurança jurídica apto a acelerar o crescimento do próprio Estado.

E qual o benefício que esse caminho trouxe à Administração Pública? Não identificamos nenhum. Pelo contrário. Essa escolha só levou a um maior distanciamento entre a Administração e o cidadão. O que sabemos

² “O tempo médio de uma execução judicial ou de um título executivo extrajudicial que não contenha a execução fiscal é de 3 anos e 3 meses. Na execução fiscal, o tempo é de 8 anos”. (BRASIL, 2021a, p. 259).

é que existe um gargalo quase intransponível para a boa resolução das causas que estão à espera do julgamento pelo Poder Judiciário, prejudicando, diretamente, a própria Administração, a exemplo das ações de execução fiscal do Estado de Pernambuco que representam uma boa amostra do que acontece no restante do país.

Atualmente, o estoque de dívida ativa do Estado de Pernambuco é de R\$ 20.565.772.662,00 bilhões de reais (PERNAMBUCO, 2021). No entanto, de acordo com relatórios produzidos internamente (WEBINAR..., 2021), 80% deste estoque representa, apenas, 5% do valor da dívida, ou seja, o Estado gasta mais na cobrança judicial para recuperar estes créditos do que o valor dos próprios créditos a recuperar.

No campo federal, importante pesquisa, realizada em processos de execução fiscal da União, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, em parceria com o CNJ, trouxe um cenário preocupante, para não dizer desolador destes processos. De acordo com dados da pesquisa, nos processos de execução fiscal da União, realizada entre 2009 e 2011, os devedores não são encontrados em 43,5% dos casos. A pesquisa também indica que os mandados de penhora são cumpridos em 15% das execuções fiscais, mas somente 2,6% vão a leilão e praticamente zero é o resultado destes leilões: em 0,2% há arrematação e em 0,3%, adjudicação (SILVA, 2013).

De acordo com essa mesma pesquisa, nas execuções extintas por pagamento (33,9%), houve citação por oficial de justiça em 38,8% dos casos, citação pelos correios em 36,9% e penhora em 21,47% dos casos. Ou seja, em muitos casos, o pagamento não dependeu nem da citação, nem da penhora (provavelmente, decorreu de estímulos de programas de parcelamentos, entre outros benefícios concedidos pelo Poder Público).

Depreende-se, portanto, desses dados, o fato de que o processo de execução fiscal, meio tradicional de cobrança dos débitos inscritos em dívida ativa, há muito deixou de ser um meio eficaz de persuasão para o pagamento destes débitos.

O problema é que a ineficiência deste meio de cobrança não só prejudica o Estado credor, como também prestigia os maus pagadores de impostos, corroborando para uma concorrência desleal.

Em contraponto a este cenário, e em boa hora, estamos observando o amadurecimento, no setor Público, da utilização de outros meios adequados de solução de conflitos, especialmente após a Resolução nº 125/2010 do CNJ, do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), bem como de Portarias que regulamentam a utilização de negócios jurídicos processuais, a exemplo da Portaria PGFN nº 360/18 e Portaria PGE/PE nº 70/20.

De fato, a utilização de métodos consensuais de resolução de conflitos passou a ser não somente mais aceito, como expressamente incentivado pelo ordenamento jurídico brasileiro, de forma a tornar a Administração Pública menos excludente e unilateral, gerindo os interesses públicos de forma mais harmoniosa e eficiente com seus administrados.

No entanto, para mudar esta realidade, a Administração Pública, através de seus agentes, deve reassumir seu papel de gestor da coisa pública, garantindo a governabilidade com as escolhas estrategicamente pensadas, tirando do Poder Judiciário e do Ministério Público essa função.³

Com efeito, se a Administração Pública não age, o Poder Judiciário agirá.

Obviamente, o Poder Judiciário terá sempre sua inegável importância e atuação, mas, somente, para os casos que necessariamente sejam mais adequados na instância judiciária. Não mais para preencher o espaço vazio deixado pelos gestores públicos ao longo dos anos, de modo que agora, como se dá na vida em geral, só nos resta aguardar o tempo de amadurecimento como sociedade para aplicarmos em toda sua extensão e profundidade, estas soluções de resolução de conflitos sem que se precise mais recorrer ao judiciário em todos os casos.

O tempo de amadurecimento para a efetiva aplicação destes institutos de resolução consensual de conflitos justifica-se pelas muitas angústias, medos e incertezas que ainda pairam sobre quem atua, de fato, com esta matéria, permeada pela cultura de hipercontrole administrativo.

E, de fato, a mudança é grande.

A formação jurídica, voltada ao discurso dogmático, está em plena fase de mudança para um discurso mais científico, mais preocupado em avaliar as causas e consequências fáticas das situações normativas e não, simplesmente, quais as consequências normativas dos fatos da vida.

A pergunta agora não é mais “qual a natureza jurídica de X - exemplo acabado do conceitualismo do estilo tradicional -, mas quais os efeitos práticos de X no contexto Y”, como ressalta José Vicente Santos de Mendonça (2018, p.162). E isto implica numa mudança de atitude do gestor público, que passa a ser mais pragmático, empírico.

É certo que preocupações com estabilidade e previsibilidade são importantes para o equilíbrio e desenvolvimento social, mas não podem ser obstáculos para a inovação. Este é o equilíbrio desejado. Portanto, sair da zona do conforto da prática administrativa através de um legalismo literal, que não dimensiona as possibilidades dentro da legalidade, vem

3 O número de acordos judiciais na esfera contenciosa da União era praticamente inexistente até 2011. Em 2015 a AGU ganhou o prêmio Innovare, Edição XII, com o programa Centrais de Negociação (INSTITUTO INNOVARE, 2021).

a ser a solução necessária para o destravamento do serviço público, aproximando-o do cidadão, que é, ao final das contas, o real motivo de sua existência.

O excesso de timidez, no entanto, na atuação administrativa, não pode gerar o excesso oposto, que seria a atuação irresponsável, ainda mais quando se trata de conflitos repetitivos enfrentados pelo poder público, ou de conflitos que envolvam políticas públicas, considerando as consequências daí advindas.

Inovar, na atuação administrativa, nem sempre pode ser a melhor solução. Segundo José Vicente Santos de Mendonça (2018, p. 305):

A inovação não é postura cujo valor seja absoluto; embora quase sempre desejável, há momentos em que, quando se fala do Direito, não inovar é permitir que normas e práticas se consolidem. No mundo do Direito, o contrário da inovação não deve ser a estagnação, mas a inovação responsiva à qualidade do presente.

E, segue este mesmo autor afirmando que, a prática inovadora, por definição, não está prevista em lei e, como o direito administrativo tem, por definição tradicional a compreensão de que na administração só é permitido fazer o que a lei autoriza, esta prática inovadora seria, a rigor, ilegal (MENDONÇA, 2018, p. 305).

E assim, seja porque é mais seguro, seja porque conforta, a prática inovadora nunca foi celebrada pelos Agentes Públicos. “O direito administrativo do medo é o Direito administrativo legalista” (MENDONÇA, 2018, p. 305).

Afinal, não se pune a ineficiência. Pune-se a ousadia. O problema é que o controle meramente burocrático, além de travar a eficiência, não vem sendo suficiente para evitar comportamentos ilegais dos Agentes Públicos, como bem sabemos.

No entanto, conforme afirma Kaline Ferreira Davi (2008, p. 191):

Vários são os autores que há muito defendem a substituição da legalidade administrativa que pressupõe a lei como cerne do regime jurídico-administrativo, para a versão juridicidade administrativa que se mostra muito mais consentâneo com o constitucionalismo, pois rejeita uma ideia meramente formal de direito e justiça, para adotar como pilar básico da vinculação administrativa, a Constituição.

E conclui a autora que “é justamente dessa superação de paradigma, que afasta o simples dever de legalidade administrativa para originar o

dever de juridicidade da Administração, que surge o outro lado da moeda, os direitos fundamentais do indivíduo, em face do Estado” (DAVI, 2008, p. 191).

Se a função administrativa tem estreita vinculação à prossecução do interesse público, se este interesse está diretamente ligado ao atendimento dos princípios consagrados constitucionalmente (art. 37 da CF/88), se a eficiência de sua atuação está entre esses princípios, pode-se, perfeitamente, concluir, que em determinadas situações, atender ao interesse particular de um cidadão é atender ao interesse público.

Em uma sociedade tão plural e dinâmica como a atual, esta atuação deve dotar-se de garantias contra subjetivismos e arbítrios. Sua maior eficiência, portanto, não deve ser a porta de entrada para desigualdades.

Como, então, a Administração deve agir para lograr mais eficiência e maturidade em sua gestão, ao assumir o protagonismo de resolver os conflitos gerados com os administrados, sem que importe em ofensa ao princípio da isonomia?

Antes de investigarmos a resposta a esta pergunta, faremos, no item seguinte, uma abordagem geral sobre como a União Federal tem se estruturado internamente para resolver seus conflitos de forma consensual.

2. AUTOCOMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, O SISTEMA MULTIPORTAS E SUAS DIVERSAS FORMAS DE APRESENTAÇÃO, NO ÂMBITO DA UNIÃO FEDERAL

Após a Resolução nº 125/CNJ e a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, a atuação consensual do Estado passou a ser estimulada pelo novo ordenamento jurídico⁴. A consensualidade e estímulo à utilização de métodos autocompositivos, inclusive, estão inseridos no capítulo que trata das normas fundamentais do processo (Lei 13.105/2015, art. 3º, §2º e §3º) revelando sua importância.⁵

4 Mesmo antes da publicação do CPC, A União e alguns Estados e Municípios, ainda que timidamente, já atuavam de forma consensual em algumas situações. Nosso regime jurídico nunca proibiu a formalização de acordos e o exercício do diálogo entre as partes, mesmo em se tratando de Poder Público. Em 2002, através de uma decisão considerada paradigma no direito brasileiro, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, houve o reconhecimento, pelo Supremo Tribunal Federal, da desnecessidade de lei autorizativa para o exercício da consensualidade, bastando que a análise do caso concreto confirme a real e concreta chance de maximização do interesse público pela composição. RE nº 253.885/MG, Julgamento em 04/06/2002, primeira Turma.

5 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§1º (omissis)

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

E não somente da autocomposição do mérito do objeto litigioso preocupou-se o CPC, mas também da flexibilização das regras de procedimento para ajustá-las às especificidades da causa, viabilizando, assim, de forma mais abrangente, a autocomposição dos atos processuais através do chamado Negócio Jurídico Processual.

O art. 190 do CPC/2015, nas palavras de Lorena Miranda Santos Barreiros, “é parte integrante de um verdadeiro microssistema de negociação processual, de cujo núcleo faz parte, ainda, o art. 200 do CPC/2015” (2017, p. 23). A União Federal e vários Estados da federação já regulamentaram internamente o uso desse importante instrumento de negociação, através de Portarias.⁶

Assim, podemos dizer que o CPC de 2015 deu um passo importante tanto para o estímulo à solução negociada dos direitos em si, quanto para a negociação do procedimento para a efetivação destes direitos.

E, a despeito das várias discussões travadas na doutrina sobre o alcance destes institutos pelo Poder Público, não há mais dúvida alguma sobre sua aplicação neste ramo do direito. Aos poucos, várias Leis, Decretos e Portarias foram sendo editadas, em todos os níveis da federação, regulamentando estas situações, a exemplo da Lei Federal 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.⁷

A atividade consensual já é pensada como uma política institucional de atuação das Advocacias Públicas em todo o país, estando mais organizada, atualmente, no âmbito da Advocacia-Geral da União.

O sistema multiportas da AGU – Advocacia-Geral da União está estruturado com a CCAF – Câmara de Conciliação e Arbitragem da União Federal⁸, com as Centrais de Negociação e com o NEA – Núcleo Especializado em Arbitragem.

A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF integra a Consultoria-Geral da União, órgão de direção superior da Advocacia-Geral da União, que tem a missão institucional de atuar, por de meio da autocomposição, na busca da prevenção e solução consensual

6 Por exemplo: Portaria PGFN nº 360/18, publicada em 13.06.2018 e Portaria PGE/PE nº 70, publicada em 18 de setembro de 2020.

7 Vide Lei nº 9.469 de 10 de julho de 1997 (autoriza a realização de acordos ou transações, pelo Advogado Geral da União e os dirigentes máximos das empresas públicas federais) e Lei nº 14057 de 11 de setembro de 2020 (disciplina, dentre outras coisas, o acordo com credores para pagamento de precatórios federais)

8 Apesar do nome, a Câmara não atua em procedimentos de Arbitragem – conforme Parecer 00001/2019/CCAF/CGU/AGU.

de conflitos que envolvam órgãos da Administração Pública Federal, autarquias ou fundações federais.⁹

A função da CCAF é atuar na conciliação e mediação em sede administrativa e no âmbito da Advocacia-Geral da União, das controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios e entre a Administração Pública Federal e os particulares. Neste caso, a Administração, através de sua Advocacia Pública, atua mediando conflitos envolvendo a própria Administração.

A CCAF, importante que se diga, não atua na harmonização do entendimento jurídico da AGU. Isto é atividade da Procuradoria consultiva quando chamada a dar seu parecer sobre alguma controvérsia jurídica. A CCAF atua quando instaurado o conflito, para mediar os interesses envolvidos de ambas as partes, geralmente conflitos que envolvem políticas públicas (a exemplo dos conflitos gerados pela integração do Rio São Francisco, que envolvem vários Estados da federação), conflitos estes que levariam anos para serem resolvidos no âmbito do Poder Judiciário e com grandes chances de não chegarem a um bom termo, simplesmente por não ser, o Poder Judiciário, a via mais adequada.

Já as Centrais de Negociação da Procuradora-Geral da União (CN/PGU) são centros permanentes de negociação, integrantes do Contencioso da AGU, que têm por objetivo prevenir ou encerrar litígios (judiciais ou extrajudiciais) contra a União. Neste caso, a União, através de sua Advocacia Pública, atua como parte interessada, negociando diretamente com o cidadão. As centrais atuam de duas formas: 1) através dos planos nacionais de negociação, resultantes da seleção prévia de matérias em que a União está autorizada a celebrar acordos, ou 2) através de negociação direta, com o particular.

Interessante anotar que as Centrais de Negociação iniciaram sua atuação em 2012 para atuar nos processos de massa, exclusivamente. O primeiro tema escolhido foi o da Gratificação de desempenho, obtendo mais de 17.000 (dezessete mil) acordos à época, já prenunciando um novo e eficaz meio de atuação pela Advocacia Pública. Havia, porém, uma dificuldade em levantar processos, por matéria, para uma atuação em massa da AGU (em decorrência da inadequação dos temas cadastrados nos sistemas de acompanhamento processual), levando à ideia da implantação dos Planos Nacionais de Negociação. Através deles, a AGU elege previamente os temas já definidos internamente e aptos à celebração de acordos, através da publicação de editais. Nestes casos, à medida que os processos vão

9 Desde o ano de 2007, a AGU criou, em sua estrutura, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF) criada pelo Ato Regimental AGU no 5, de 27 de setembro de 2007.

sendo movimentados e chegam à apreciação da AGU, o procurador oferece proposta no bojo dos autos judiciais. Atualmente são 17 planos nacionais de negociação.

A par das negociações dos processos em massa, em que são oferecidas propostas padrão a todos os interessados, as Centrais também atuam nos processos singulares, em que os acordos vão sendo construídos após as tratativas particulares com as partes envolvidas, tanto relativamente ao mérito do litígio, quanto questões processuais (NJPs). A recente Portaria 11 de 08 de junho de 2020, regulamentou o procedimento de celebração destes acordos, elencando, detalhadamente, as etapas e requisitos para a sua celebração, a exemplo da viabilidade jurídica do acordo, do exame de sua economicidade e da probabilidade de êxito das teses defendidas.

Conforme informação da própria AGU, desde que foram implantadas, em 2013, as Centrais de Negociação já celebraram cerca de 60 mil acordos em processos exclusivos da competência da União Federal (não computando as autarquias), possibilitando uma economia superior a R\$ 5 bilhões de reais para os cofres da União considerando apenas o deságio. Considerando também a economia indireta (duração e custo do processo), a cifra alcança R\$ 11 bilhões de reais (APRESENTAÇÃO..., 2021).

Computando, também, as autarquias federais, a Advocacia-Geral da União celebrou, em 2019, 200 mil acordos, o que representam uma média de quase 550 conciliações por dia, conforme depreende-se do Portal da AGU (BRASIL, 2019).

O Portal segue afirmando que:

O esforço da Procuradoria-Geral Federal (PGF) e da Procuradoria-Geral da União (PGU) – os dois órgãos da AGU que mais atuam em tribunais - para reduzir a litigiosidade em 2019, proporcionou uma economia de aproximadamente R\$ 2,3 bilhões aos cofres públicos”. Informa, ainda, que “a economia obtida com os acordos é oriunda do deságio, ou seja, o cidadão aceita receber a quantia a que tem direito com desconto em troca de um pagamento mais rápido. Além disso, as conciliações também evitam que o poder público tenha que pagar juros e correção monetária em condenações que ocorreriam caso os processos continuassem tramitando. (BRASIL, 2019).

Ao investir numa política consensual estruturada, com a mudança de paradigma da cultura do litígio, construindo novos caminhos de diálogo e resolução de seus conflitos, a União Federal, sem dúvida, tem colhido bons frutos. Todas essas medidas de adoção de meios consensuais para

resolução de conflitos estão presentes, inclusive, nos objetivos estratégicos da Advocacia da União e de diversos Estados Federados, como metas prioritárias a serem cumpridas pelos órgãos respectivos. Já é uma realidade, como visto.¹⁰

Estados e Municípios também já têm se organizado internamente para estruturar suas Câmaras de Conciliação, Mediação e Negociação, adaptadas à realidade de cada ente público e de cada órgão da advocacia pública. Não há modelo único. Já estão em funcionamento as Câmaras dos Estados do Rio Grande do Sul, Goiás e Pernambuco, por exemplo.¹¹

Também em relação aos créditos tributários, a Administração Pública, tanto federal, quanto estadual e municipal, vem adotando, paulatinamente, medidas concretas de diálogo. Interessante trabalho desenvolvido pelo grupo de pesquisa “Métodos Alternativos de Resolução de Disputa em matéria tributária”, do núcleo do mestrado profissional da Faculdade de Direito da FGV-SP, catalogou, ainda no ano de 2018, as legislações locais existentes sobre transação em matéria tributária, publicado no JOTA, pelas autoras Andrea Mascitto, Tathiane Piscitelli, Cristina Mari Funagoshi (2018).

De acordo com a pesquisa, tanto Estados, quanto Municípios, já previam, em suas legislações locais, a transação tributária, mesmo que de forma bastante tímida (em sua grande maioria, as legislações locais apenas reproduziam o art. 171 do CTN). O interessante da pesquisa é que houve uma constatação de que os Municípios, proporcionalmente, previam mais transações tributárias que os Estados (22% do Estados tinham alguma legislação sobre transação tributária contra 61% dos Municípios). Em matéria de transação tributária, portanto, os Municípios estavam, nestes últimos anos, muito à frente dos Estados e da União. A maioria dos Estados que adotaram leis de transação tributária, no entanto, o fizeram de forma muito tímida, sem a força, nem a segurança, necessárias aos gestores públicos para tornarem efetivas estas transações. Por isso, tão pouco utilizadas.

Finalmente, após longos 50 anos da publicação do CTN, houve a regulamentação, no âmbito federal, da transação tributária prevista no

10 Recentemente a União publicou a Portaria nº 11, de junho de 2020, regulamentando a forma consensual de resolução dos conflitos relacionados aos débitos da PGU e seus órgãos de execução mediante negociação, seja de modo a prevenir o ingresso de demanda judicial ou a obter o acordo judicial, que poderá ocorrer em qualquer fase do processo, inclusive após o trânsito em julgado da fase de conhecimento.

11 No Estado de Pernambuco, mais recentemente, foi publicada a Lei Complementar nº 417/2019 (regulamentada pelo Decreto nº 48.505/2020) criando a Câmara de Negociação, conciliação e Mediação da Administração Pública Estadual (CNCM), no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, prevendo os seguintes princípios norteadores de sua atuação: imparcialidade, isonomia, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, boa-fé e garantia do contraditório.

art. 171 do Código Tributário Nacional, através da Lei nº 13.988 publicada em 14 de abril de 2020 (fruto da conversão da MP 899/2019). Trata-se de um dos passos mais importantes dados no direito tributário nos últimos anos.¹² A Lei nº 13.988/20 criou um novo paradigma de diálogo na relação fisco-contribuinte (ainda que o limite mínimo para as transações por proposta individual tenha sido muito elevado, por razão, unicamente, da estrutura da PGFN em atender todos os casos, individualmente, é salutar que o primeiro passo tenha sido dado e que aos poucos, por certo, este limite será reduzido).

É que, historicamente, a relação tributária sempre foi de confronto e animosidade. Como explica Sérgio André Rocha (2018, p.508) “o ato de pagar tributo não é visto – como deveria ser – como um exercício de cidadania fiscal. É uma forma de evitar a ação repressiva do Estado, no mais das vezes vista como absurda, desproporcional e injusta”. E afirma o citado autor estar “absolutamente convencido de que não é possível reconstruir o Sistema Tributário Nacional nesse ambiente de isolamento e beligerância.”

Não é à toa que a estimativa de débitos tributários federais em discussão administrativa somam mais de um bilhão de reais e mais de 2 trilhões de reais de acervo em dívida ativa, segundo dados do PGFN em números de 2019 (BRASIL, 2021b).

A formação de um sistema tributário extremamente complexo, regressivo e voltado à coerção, punição e à falta de diálogo criou um passivo de débito absurdo, que emperra todo o setor produtivo do país, obstrui o poder judiciário e impede que a Administração Pública possa usar esses recursos para o cumprimento de seus objetivos constitucionais.

Nesta linha, provoca Sérgio André (2018, p. 521): “O debate posto acima gera uma discussão circular: a postura repressiva e sancionatória adotada pelas autoridades fiscais gera comportamentos de não adimplência pelos contribuintes, ou os comportamentos de não adimplência dos contribuintes geram uma postura repressiva e sancionatória pelas autoridades fiscais?”

Pela primeira vez, talvez, possamos responder a esta pergunta. É que em pouco tempo da vigência da Lei nº 13.988/20 – Lei do Contribuinte legal – houve um notável aumento dos acordos de transação – especificamente, 103 mil acordos até setembro de 2020 – envolvendo mais de trezentas mil inscrições em dívida ativa, no valor total de R\$ 35 bilhões de reais, conforme dados extraídos diretamente do site da PGFN (BRASIL, 2020).

Ou seja, em tão pouco tempo da promulgação da lei já é possível extrair a conclusão de que quanto mais próximo, transparente e acessível for

12 A Lei de transação tributária atende às recomendações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE para reformar o sistema tributário nacional no sentido de que sejam criadas soluções para reduzir a litigiosidade tributária e estimular o cumprimento da respectiva legislação.

a Administração Pública, mais fácil será para o contribuinte também mudar sua percepção em relação ao Fisco. No momento em que se acrescentarem a este sentimento, a percepção da prestação de serviço público eficiente, este hiato entre fisco – contribuinte reduzir-se-á ainda mais.

Mas o grande mérito da Lei de transação é outro. A partir de agora as negociações das dívidas levarão em conta o perfil de cada contribuinte individualmente. Assim, ao oferecer tratamentos distintos, a depender da análise da dívida, chega-se mais próximo a uma justiça fiscal, diferentemente do que vinha ocorrendo nos tradicionais programas de incentivo ao pagamento de débitos, os chamados Refis, que tratam, indistintamente, todos os contribuintes, de forma igualitária, sem considerar suas desigualdades, invertendo-se, assim, a razão e lógica do princípio da isonomia, como, inclusive, será melhor abordado no item seguinte.

A razão de ser da transação tributária, inserta na Lei nº 13.988/20, está em oferecer o remédio certo, na dose certa ao contribuinte. Não seria correto, nem adequado, oferecer o mesmo tratamento de débito às empresas que, por exemplo, na pandemia, obtiveram prejuízo (como as empresas do ramo de turismo, lazer, etc.) e às empresas que obtiveram lucro neste mesmo período (empresas de abastecimento de produtos de proteção, como álcool em gel, bombas de oxigênio, medicamentos, etc.).

Os desafios, portanto, estão postos e são grandes. Abre-se um leque de situações a serem analisadas e discutidas, num processo dialético que só aumenta a responsabilidade e a eficiência do Poder Público. A resposta simplesmente burocrática não tem mais espaço e levou, como vimos, a uma situação intransponível de conflitos.

Hoje a Advocacia Pública já se pergunta se deve um agente público ser responsabilizado por não fazer um bom acordo...

Feito este panorama dos métodos de resolução consensual dos conflitos envolvendo o Poder Público, faremos um corte na pesquisa apresentada para aprofundarmos o estudo desta atuação consensual, exclusivamente nos acordos individuais, seja em matéria cível ou tributária, no que se refere ao princípio da isonomia.

3. PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA ATUAÇÃO CONSENSUAL DO PODER PÚBLICO E A IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS, COMO FORMA DE CONCRETIZAR ESTE PRINCÍPIO E SUAS TÉCNICAS DE SUPERAÇÃO

Na mesa de negociação em que o Poder Público seja parte, tomam assento os princípios constitucionais. Esta é a grande diferença da negociação entre particulares. Mas, se uma negociação é boa por possibilitar

o sopesamento dos riscos e benefícios mútuos e atingimento de uma solução ganha-ganha, estas limitações a que está submetido o Poder Público não travariam a finalidade própria das negociações?

Segundo Juarez Freitas (2017, p. 35):

São os princípios constitucionais que moldam e condicionam a negociação proba. Justamente por essa razão, impende realçar que a autonomia do agente é, em larga medida, relativizada pela incidência de princípios como publicidade, proporcionalidade e moralidade pública. Nesse panorama, com particular destaque, a impessoalidade toma assento à cabeceira da mesa de negociações administrativas.

Imaginemos, assim, a seguinte situação hipotética: na mesa de negociação estão presentes os representantes do Poder Público, através de sua Advocacia Pública e, do outro lado, os representantes de uma indústria de alimentos. O Estado tem todo o interesse em manter a indústria em atividade em seu território e de viabilizar sua operação, com o aumento de sua eficiência, uma vez que isso aumentará sua arrecadação. A indústria, por outro lado, que já goza de benefício fiscal no Estado, solicita a ampliação deste benefício para insumo adquirido fora do Estado. E mais, ainda pede, na negociação, que o Estado crie uma barreira para a entrada de produtos de concorrentes de outros Estados, através do incremento da tributação.

Um acordo nas condições propostas pelo contribuinte, desde que justificadas a conveniência e oportunidade pelo Poder Público, atenderia aos princípios constitucionais referidos no art. 37 da CF/1988?¹³

O pano de fundo dessa indagação, portanto, consiste na concepção de como deve ser interpretado e aplicado o princípio da isonomia nas situações em que o Estado atua de forma consensual, já que são, justamente, nestas situações, que se relativizam os padrões normativos impostos a todos os destinatários da norma.

O princípio da igualdade, por certo, deve ser observado em todas as esferas de poder e, se cabe ao poder legislativo estabelecer padrões legais, considerando as características médias dos destinatários da norma, cabe ao poder executivo, por sua vez, detalhar esses padrões, a fim de concretizá-los de acordo com as especificidades destes destinatários. Em matéria tributária, por exemplo, quanto mais próximo à capacidade contributiva,

13 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: (EC nº 18/98, EC n 19/98, EC n 20/98, EC n 34/2001, EC n 41/2003, EC n 42/2003 e EC n 47/2005).

mais justo e legítimo será o ato. E esta preocupação deve se dar tanto na atuação vinculada (decretos, portarias, instruções normativas), quanto na atuação discricionária - e aqui é o nosso foco de interesse - como nos casos das transações administrativas.

Humberto Ávila (2008), em brilhante trabalho sobre a Teoria da Igualdade Tributária, classifica o princípio da igualdade como uma “super norma”, apta a influenciar na aplicação das outras normas. Ao falar sobre os elementos estruturais da igualdade, Ávila elenca três elementos imprescindíveis: 1) os sujeitos (a relação de igualdade pressupõe a comparação entre eles); 2) uma medida de comparação (os sujeitos devem ser comparados ou medidos com referência a uma medida comum de comparação e tal medida deve ser a mais apropriada para atingir a finalidade que se quer) e, 3) a finalidade da diferenciação (as que servirão de parâmetro para as medidas de comparação previstas no ordenamento jurídico). Sem esses requisitos, nas palavras de Ávila, não se realizaria a igualdade.

Desta forma, para que se justifique uma determinada relação como de igualdade ou não, deve-se indagar 1) qual a finalidade que se quer e saber se a medida de comparação usada é congruente com esta finalidade, 2) se a medida de comparação escolhida é a melhor opção, lembrando Ávila que os Poderes legislativo e executivo não são livres para escolher qualquer medida de comparação (ex.: sexo, idade, raça), a não ser que sejam justamente estas medidas que possam atingir a finalidade constitucional.¹⁴

No exemplo analisado neste trabalho, qual seria a medida de comparação que poderia ser usada pelo agente público (em outras palavras, o que justificaria um tratamento diferenciado em relação aos outros contribuintes?) A importância econômica da empresa em determinado local poderia justificar tratamento diferenciado mais benéfico? Esta análise também deve vir associada à análise da legitimidade do acordo, a exemplo das leis de Responsabilidade Fiscal – LRF (LC 101/00) e Leis de Transação Tributária (a exemplo da Lei Federal nº 13.988/20). Este é o caminho a ser percorrido pelo agente público, ao aplicar uma solução a um caso concreto, numa relação negocial.

Assim, as transações envolvendo os entes públicos sofrem uma limitação interna, donde as medidas de comparação escolhidas, a exemplo

14 Ávila apresenta o exemplo da concretização do princípio da igualdade quanto ao direito de votar. Usando como medida de comparação a capacidade de discernimento para julgamento dos cidadãos e a finalidade de atingir a maior participação democrática, utiliza-se, como critério de comparação, a idade, por ser o elemento mais significativo dentre todos os outros. (2008, p. 48).

das condições do negócio, capacidade econômico-financeira do devedor, perfil da dívida, peculiaridades do caso concreto, vantajosidade ao erário e outros critérios normativos, devem ser necessariamente analisados e justificados adequadamente, em nome do interesse público. O dever de fundamentar estes critérios individualmente é imprescindível para justificar a discriminação em casos particulares.

Para um acordo ser adequado, necessário e proporcional, portanto, deve a Administração Pública, ao analisar a proposta, verificar se a medida de comparação escolhida (perfil da dívida, por exemplo) mantém um vínculo de pertinência com a finalidade que justifica sua utilização. Humberto Ávila (2008) é categórico quando ensina que para a realização da igualdade, a desigualdade de tratamento precisa ser mais do que explicada, precisa ser justificada.

Qualquer negociação em que seja parte o Poder Público só pode ser viabilizada se devidamente justificada a diferenciação do tratamento e em sintonia com a finalidade constitucionalmente aferível, caso contrário, seria mera atribuição de vantagem, privilégio a alguém, em detrimento dos demais.

Não se pode confundir a necessidade de tratamento diferenciado, considerando as particularidades do caso concreto, com o objetivo de se atingir o princípio da igualdade (ou seja, tratar desigualmente, para que se atinja a igualdade), com o tratamento diferenciado, que se busca justamente o contrário: estabelecer tratamentos privilegiados a determinados cidadãos/empresas/contribuintes, em detrimentos de outros. No caso do exemplo trazido neste trabalho, a medida de comparação escolhida (importância da empresa na geração de economia no Estado), não seria apta a justificar, sozinha, tratamento diferenciado, porque não traduz a capacidade contributiva da empresa e teria o nítido propósito de usar a transação de forma abusiva, com a finalidade de prejudicar a livre concorrência, ofendendo, assim, o princípio da isonomia.¹⁵

No entanto, verificando-se a impossibilidade de aceitação da proposta do acordo, como, no exemplo trazido, de gozo de benefício fiscal (com a redução do imposto devido) e de tratamento diferenciado aos seus concorrentes, o agente público pode e deve trazer à mesa de negociação, outras opções legítimas para análise, como ideias para incentivar a produção do insumo dentro do Estado, sugerir outros benefícios legalmente viáveis, dentre outros. “A discricionariedade é um espaço de liberdade para apreciação da melhor forma de atendimento ao interesse público”, nas palavras de Lorena Barreiros (2017, p. 314).

15 Situação vedada expressamente pelo art. 3º, I, da lei 13.988/20.

Este é o grande diferencial dos bons acordos. Por trás das posições de cada lado há uma gama de interesses, muitas vezes não conhecidos e que, com boa técnica de negociação, podem vir à tona. Aquela posição que, de início levaria a um impasse na negociação pode ser substituída por outras opções, legalmente viáveis, e que atendam tanto o cidadão, quanto o Poder Público. É a famosa negociação ganha-ganha. O desafio, portanto, não é eliminar o conflito, mas transformá-lo, como ensina Roger Fisher (2018), professor da Universidade de Harvard, que popularizou as técnicas de negociação em seu livro “Como chegar ao Sim”.

Uma vez obtido o acordo, nestas bases legais, nasce o precedente administrativo e a imposição de tratamento uniforme dentro da esfera da Administração Pública respectiva. O precedente é, assim, uma das ferramentas a assegurar o princípio da isonomia. A máxima *treat like cases alike* determina que casos iguais recebam o mesmo tratamento. O precedente invoca sentimento de justiça e confiança.

Desta forma, tanto no curso da negociação, quanto após o seu desfecho, é necessária e imprescindível a observância aos precedentes administrativos que são uns dos instrumentos garantidores da realização do princípio da isonomia.

A obediência aos precedentes está contida nos princípios constitucionais da igualdade (art. 3º, IV, e art. 5º, *caput*, da CF); da impessoalidade administrativa (art. 37, *caput*, da CF); da segurança jurídica e seu desdobramento no princípio da proteção da confiança legítima e boa-fé (art. 5º, *caput*, da CF) e funciona como uma técnica para controle da discricionariedade administrativa (LORENA, 2017).

Francisco de Barros e Silva (2016) afirma que, ao lado da tentativa de padronização das decisões judiciais, cresceu, *pari passu*, em nosso ordenamento jurídico, o estímulo às formas de resolução consensual de conflitos e que, para tanto, também são necessárias ferramentas para se manter a coerência das soluções administrativas, em homenagem aos princípios da segurança e igualdade.

Assim, se é certo que sem a consideração dos aspectos peculiares de cada caso concreto não se alcança a justiça na ordem administrativa, também é certo que o Poder público, no exercício de seu poder-dever discricionário, tem uma menor margem de liberdade que o particular, já que ao atuar, deve 1) verificar se a medida de comparação para o tratamento diferenciado atende a finalidade constitucional e se é a mais significativa dentre as opções legais e, 2) vincular-se aos precedentes formados, sempre que diante de casos absolutamente iguais (onde se tem a mesma *ratio*, deve-se ter a mesma decisão administrativa).

A necessária observância ao precedente administrativo, no entanto, não tira da administração pública sua capacidade de melhor negociar em cada caso concreto, nem lhe suprime a eficiência. O precedente deve ser aplicado aos casos absolutamente iguais, nas suas mesmas medidas. Quanto mais particularizada a análise e mais critérios sirvam de justificação para a tomada de decisão, maior será a probabilidade daquele caso específico não vincular casos futuros. Ou seja, havendo a devida justificação de que há diferenças relevantes entre o caso analisado e o precedente administrativo, afasta-se o precedente, na medida de sua diferenciação, pela técnica do *distinguishing*.

Da mesma forma, o precedente que, posteriormente, revele-se ineficiente ou incapaz de atender a finalidade pública para a qual se destinou, deve ser superado, quando da aplicação em casos futuros, com a justificação adequada (técnica do *overruling*), sendo recomendável, inclusive, segundo Lorena Barreiros (2017), que a modificação seja precedida de ampla participação dos administrados na rediscussão da tese, inclusive com a possibilidade de a alteração ser modulada no tempo.

Nas palavras de Lorena Barreiros (2017, p.333):

Essa vinculação do Poder Público aos seus precedentes não é absoluta, hipótese que, se admitida, acarretaria um engessamento da atuação administrativa. À Administração Pública deve remanescer sempre a possibilidade (sem violação a direitos adquiridos e a atos jurídicos perfeitos) de modificação de posicionamento, revisando-se o precedente que se revelou ineficiente ou incapaz de atender à finalidade pública para a qual se destinou ou superando-se o que se tornou ultrapassado.

No entanto, para que os precedentes administrativos sejam aplicados, têm que ser de fácil conhecimento não só das Advocacias Públicas, dentro de seus respectivos órgãos de atuação, quanto do público em geral. Somente com publicidade e transparência, os precedentes são conhecidos, dando o suporte, como vimos, à concretização do princípio da isonomia, uma vez que possibilitam o controle da fundamentação dos atos e acordos celebrados.

Infelizmente, não vemos, ainda, nos órgãos de Advocacias Públicas, mecanismos que facilitem a consulta dos seus precedentes. Tão importante quanto a agilidade, eficiência e criatividade na resolução dos litígios envolvendo a Administração Pública, é a atividade de sistematização e controle de seus precedentes. A falta de um método de controle que permita esta pesquisa (ao contrário do que ocorre com o poder judiciário) pode levar à ofensa ao princípio da isonomia, pois impede o conhecimento

prévio daquele ato pelos cidadãos que também gostariam e poderiam ser contemplados da mesma forma.

Rápida pesquisa nos sites das Procuradorias Estaduais e da própria União Federal é suficiente para perceber que ainda é escassa, quando não totalmente ausente a transparência destas informações. Não há, ainda, possibilidade do cidadão pesquisar os precedentes administrativos formados nas decisões que envolvam a atuação consensual do ente público, infelizmente.¹⁶

A transparência destas informações, inclusive, fomenta a segurança jurídica nas manifestações do Poder Público, conforme determina o art. 30 da Lei 13.655/2019 (LINDB). A Administração Pública precisa assumir seu papel de protagonismo na formação de orientações gerais, de gerar uma cultura normativa interna, desonerando do custo/ônus da análise caso a caso. Assumir os riscos de suas decisões é assumir o seu protagonismo como órgão público e não ficar no aguardo do entendimento dos órgãos de controle sobre determinado tema.

É certo que temos uma grande dificuldade em abandonar nossa tradição litigiosa. Muitas vezes reconhecer um direito de um cidadão, na esfera administrativa, soava mesmo como uma traição ao próprio Estado. Passamos, como antes demonstrado, por um longo período de maturidade do conceito do que seria uma boa administração e chegamos no momento em que a atuação consensual tomou importante posição. Agora, precisamos ir além e assumir, de forma transparente e sem medo, o protagonismo das decisões tomadas nesta atividade consensual, com a devida divulgação nos sítios eletrônicos das respectivas Advocacias Públicas, possibilitando, assim, a transparência destas decisões.

4. CONCLUSÃO

O tema discutido neste artigo é daqueles que, por romperem paradigmas de atuação, nascem e vão amadurecendo aos poucos, à medida de sua aplicação no mundo prático. De fato, apesar de vermos uma mobilização pelo processo colaborativo e pela atuação consensual na doutrina e legislação pátrias, conforme discorreremos no item 1 deste trabalho, somente recentemente a Administração Pública tem despertado para esta nova realidade de atuação, descortinando para um novo conceito de administração pública.

16 Inobstante o dever de transparência, ressaltado, inclusive, na Lei Federal nº 13.988/20, art. 1º, §3º, verbis: “A observância do princípio da transparência será efetivada, entre outras ações, pela divulgação em meio eletrônico de todos os termos de transação celebrados, com informações que viabilizem o atendimento do princípio da isonomia, resguardadas as legalmente protegidas pelo sigilo.”

E à medida que os órgãos públicos, através de suas respectivas advocacias, passam a implementar estas soluções consensuais, naturalmente, vão surgindo as dúvidas e receios normais de todo novo instituto, razão pela qual, reputamos tão relevante o apoio e esclarecimentos doutrinários para respaldar esta nova atuação.

E uma das grandes dúvidas que pairam sobre esta atuação consensual do Poder Público, especificamente nas negociações individualizadas, é justamente o tema deste trabalho: como conciliá-la com o inafastável princípio da isonomia e quais as técnicas para a sua implementação.

Assim, se é certo que sem a consideração dos aspectos peculiares de cada caso concreto não se alcança a justiça na ordem administrativa, também é certo que o Poder Público, no exercício de seu poder-dever discricionário, tem uma menor margem de liberdade que o particular, já que ao atuar, deve 1) verificar se a medida de comparação para o tratamento diferenciado atende a finalidade constitucional e se é a mais significativa dentre as opções legais e, 2) vincular-se aos precedentes formados, sempre que diante de casos absolutamente iguais (onde se tem a mesma *ratio*, deve-se ter a mesma decisão administrativa).

Ao impor tratamento uniforme dentro da esfera da Administração Pública respectiva, o precedente administrativo é uma das ferramentas a assegurar o princípio da isonomia. A máxima *treat like cases alike* determina que casos iguais recebam o mesmo tratamento. O precedente invoca sentimento de justiça e confiança.

É possível, assim, concluirmos este trabalho dizendo o seguinte: já é realidade que a boa administração deve compreender o seu protagonismo na resolução de seus próprios conflitos e assim, construir soluções administrativas que formarão um conjunto de precedentes administrativos cujo registro e sistematização são de suma importância não só para permitir pesquisas futuras sobre o tema, mas, principalmente, permitir o conhecimento destas decisões pelo cidadão interessado e que se encontre em situação similar, preservando, assim, o princípio da isonomia.

REFERÊNCIAS

APRESENTAÇÃO Centrais de Negociação. *Coordenações de Negociação PGU/AGU*. Disponível em: <https://prezi.com/p/dxx7llyfzpyc/apresentacao-centrais-de-negociacao/?frame=f077fbf52f32ffc40b325adbe44c41fd29197c82>. Acesso em: 21 jan. 2021.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*. Salvador: JusPodivm, 2016.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Advocacia-Geral celebra mais de 500 acordos por dia em 2019*. 20 dez. 2019. Disponível em: <https://www.gov.br/agu/pt-br/comunicacao/noticias/advocacia-geral-celebra-mais-de-500-acordos-por-dia-em-2019--858634>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números - 2020: ano-base 2019*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2021a.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Acordos de transação já viabilizaram renegociações no valor total de R\$ 35 bilhões*. 21 out. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/assuntos/noticias/acordos-de-transacao-ja-viabilizaram-renegociacoes-no-valor-total-de-r-35-bilhoes>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *PGFN em números: Dados 2019*. Disponível em: <https://www.gov.br/pgfn/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numeros-2014/pgfn-em-numeros-2020>. Acesso em: 08 fev. 2021b.

DAVI, Kaline Ferreira. Composição de litígios pela administração pública sem intervenção do judiciário. *Revista da AGU*, Brasília, v. 07 n. 16, 30 jun. 2008.

DAVI, Kaline Ferreira. Contencioso administrativo de massa, contencioso de série e os falsos litígios. Uma classificação importada da doutrina francesa. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 106, n. 981, p. 57-67, jul. 2017.

FISHER, Roger; URY William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao Sim*. Tradução de Raquel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.

FREITAS, Juarez. Direito administrativo não adversarial: a prioritária solução consensual de conflitos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 276, p. 25-46, set./dez. 2017.

INSTITUTO INNOVARE. *Prêmio Edição XII*. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/proposta/centrais-de-negociacao-da-procuradoria-geral-da-uniao-20150508172456151405/print>. Acesso em: 21 jan. 2021

MASCITTO, Andréa; PISCITELLI, Tathiane; FUNAGOSHI, Cristina Mari. *A realidade da transação Tributária no Brasil*. JOTA, 19 abr. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-realidade-da-transacao-tributaria-no-brasil-19042018>. Acesso em: 21 jan. 2021

MENDONÇA, José Vicente Santos de. A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, Edição Especial n. 73, p.151-167, 2018.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, Edição n° 72, p.299-315, 2018.

PERNAMBUCO. Secretaria da Fazenda. *Dívida Ativa Tributária Estadual*. Disponível em: <https://www.sefaz.pe.gov.br/Transparencia/Transparencia%20e%20Cidadania%20Fiscal/Receita/Paginas/Divida-Ativa-Tributaria-Estadual.aspx>. Acesso em: 24 jan. 2021.

ROCHA, Sérgio André. Reconstruindo a confiança na relação Fisco-contribuinte. *Revista Direito Tributário Atual*, São Paulo, n. 39, p. 487-506, 2018.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *A “morte lenta” da Execução Fiscal: isso é necessariamente ruim?* In: CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (org.). *Gestão e jurisdição: o caso da execução fiscal da União*. Brasília: IPEA, 2013. v. 9, p. 29-40.

SILVA NETO, Francisco de Barros. *A conciliação em causas repetitivas e a garantia de tratamento isonômico*. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord.). *Grandes temas do novo CPC: julgamento de casos repetitivos*. Salvador: JusPodivm, p. 167-180, 2016. v. 10.

UHDRE, Dayana de Carvalho. *Novo CPC e a mudança paradigmática na solução de conflitos tributários: Tendências e desafios da advocacia pública nesse novo cenário*. Empório do Direito, 2016. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/novo-cpc-e-a-mudanca-paradigmatica-na-solucao-de-conflitos-tributarios-tendencias-e-desafios-da-advocacia-publica-nesse-novo-cenario>. Acesso em: 21 jan. 2021.

WEBINAR “*IA nas execuções fiscais: desafios e perspectivas*”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=EGEVEIWq-VQ>. Acesso em: 21 jan. 2021.

PROGRAMA DE REDUÇÃO DE LITÍGIOS:
ESTUDO JURIMÉTRICO SOBRE O
IMPACTO DA ABSTENÇÃO DE RECURSOS
NO ÍNDICE DE SUCESSO DA UNIÃO NO
STJ

*PROGRAM FOR THE REDUCTION OF LITIGATIONS: A
JURIMETRICS STUDY ON THE IMPACT OF ABSTENTION OF
SPECIAL APPEALS ON THE UNION SUCCESS INDEX IN THE
SUPERIOR COURT OF JUSTICE*

Niomar de Sousa Nogueira

*Advogado da União – Corregedor Auxiliar da Corregedoria-Geral da Advocacia da
União. Ex-Diretor do Departamento de Servidores Civis e Militares da PGU/AGU
Ex-Procurador-Regional da União da 1ª Região/AGU. Especialista em Advocacia
Pública pela Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU)*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Programa de Redução de Litígios da PGU; 1.1. Primeira geração do Programa de Redução de Litígios; 1.2. Segunda geração do Programa de Redução de Litígios; 1.3. Terceira geração do Programa de Redução de Litígios; 1.4. Acordo de Cooperação Técnica STJ nº 4/2020; 2. Análise dos resultados do Programa de Redução de Litígios; 3. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo examina os resultados dos recursos especiais – REsps e dos agravos em recurso especial – AREsps da União no Superior Tribunal de Justiça – STJ. São analisados, entre outros indicadores, o índice de recorribilidade da União e a proporção de REsp e AREsp por Procuradoria-Regional da União – PRU, na linha do tempo, envolvendo o período de 2017 a 2020, em cotejo com o índice de sucesso judicial da União no STJ e com os dados da execução do Programa de Redução de Litígios da Procuradoria-Geral da União – PGU. Em arremate, é apresentado um diagnóstico dos resultados dos REsps e do AREsps da União no STJ nesse período e, também, são sugeridas formas de seu aproveitamento pela PGU.

PALAVRAS-CHAVE: Programa de Redução de Litígios. Procuradoria-Geral da União. Abstenção e desistência. Recurso Especial. Agravo em Recurso Especial. Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: This article examines the results of special appeals and of the interlocutory appeals in special appeals of the Union in the Superior Court of Justice – STJ. Among other indicators, the Union’s rate of appealability and the proportion of appeals by Union Regional Attorney - PRU are analyzed, in the timeline, covering the period from 2017 to 2020, in comparison with the judicial success rate in the STJ and with the dataset of the execution of the Program for the Reduction of Litigations of the Solicitor General of the Union – SGU. In closing, a diagnosis of the results of the appeals of the Union in the STJ in this period is presented and, also, ways of using them are suggested by the PGU.

KEYWORDS: Program for the Reduction of Litigations. Solicitor General of the Union. Abstention and withdrawal. Special appeal. Interlocutory Appeal in Special Appeal. Superior Court of Justice.

INTRODUÇÃO¹

A Procuradoria-Geral da União – PGU vem desenvolvendo, no âmbito da Advocacia-Geral da União – AGU, já há uma década, desde que assumiu a missão de “Atuar com efetividade na representação da defesa jurídica da União, na defesa do interesse público e na garantia das políticas públicas” do Planejamento Estratégico 2011-2015 (WATANABE, 2013) – que orienta uma atuação estratégica direcionada à obtenção de resultados favoráveis à União –, projetos que demonstram a superação da política da mera preocupação com o esforço para o incremento do volume de trabalho (elaboração de petições e interposição de recursos).

Entre esses projetos, ganharam especial relevância o Programa de Gestão por Resultados, o Programa de Redução de Litígios e as Centrais de Negociação. Segundo Eduardo Watanabe (2013), o lançamento do Programa de Gestão por Resultados, ocorrido no dia 7 de fevereiro de 2013, constituiu-se em um marco na substituição definitiva da cultura do esforço pela cultura do resultado na PGU, porque fixou a sua atuação na dimensão estratégica: a efetividade buscada passou a ser a obtenção de resultados mais o atendimento das expectativas da sociedade e da União.

Essa inovadora diretriz instaurou, no âmbito da PGU, entre outras alterações comportamentais, um ambiente de permanente reflexão sobre a razoabilidade da interposição ordinária de recursos judiciais – postura inexistente até então –, sobretudo dos recursos excepcionais, considerando tanto as restrições legais e jurisprudenciais ao seu cabimento, por um lado, quanto, por outro, o impacto do seu resultado no índice de sucesso judicial da União.

Em consonância com esse novo cenário que então se desenhava, a PGU realizou, no início de 2012, um estudo jurimétrico dos resultados da sua atuação perante o Superior Tribunal de Justiça – STJ, abrangendo o período de janeiro de 2010 a dezembro de 2011, do qual extraiu a constatação de que 84% (oitenta e quatro por cento) dos acórdãos preferidos por aquela Corte nos recursos interpostos pela União lhe foram desfavoráveis.

Em 2012, o Poder Judiciário possuía um estoque de 92,2 milhões de processos, sendo que, destes, a Justiça Federal era responsável por 11 milhões. A taxa de congestionamento total do Poder Judiciário naquele

1 A pesquisa para a elaboração do presente artigo contou com a inestimável colaboração de Jouran Pereira Cortez, Chefe de Apoio Administrativo da Corregedoria-Geral da Advocacia da União – CGAU e responsável pela confecção dos Relatórios de Jurimetria direcionados às atividades correicionais.

ano foi de aproximadamente 70% (setenta por cento), e a União era uma das maiores litigantes do País (CNIJ, 2013).

O referido estudo da PGU (2012a) emprestou fundamento à instituição do Programa de Redução de Litígios, ocorrida no dia 17 de abril de 2012.

Nas consultas às bases de dados que reúnem obras publicadas, foram localizados somente dois trabalhos que tratam do Programa de Redução de Litígios da PGU – de autoria de Eduardo Watanabe (2013) e Giselli Santos (2013) –, ambos posteriores ao estudo supramencionado, mas nenhum deles realizou um exame analítico-comparativo dos resultados do recurso especial – REsp e do agravo em recurso especial – AREsp da União no STJ nem uma análise específica do impacto do resultado desses recursos no índice de sucesso judicial da União no STJ.

Considerando o quadro hodierno, pretende-se, no presente artigo, responder às seguintes perguntas: 1) após a instituição do Programa de Redução de Litígios, permaneceu expressivo o índice de interposição de REsp e de AREsp pelas Procuradorias-Regionais da União – PRUs?; e 2) pode-se afirmar que o fiel cumprimento das orientações do Programa de Redução de Litígios no âmbito das PRUs implicará um significativo impacto positivo no índice de sucesso judicial da União no STJ?

Para o atingimento do objetivo deste artigo, utilizar-se-á a metodologia consistente na análise da evolução dos resultados jurimétricos dos REsps e dos AREsps da União no STJ no período de 2017 a 2020, bem como dos reflexos desses resultados no índice de sucesso da União no STJ no mesmo interregno de tempo.

Fixados os sobreditos parâmetros, emerge claro que o presente trabalho não tem como escopo a análise do mérito dos REsps e dos AREsps da União no STJ nem abrange quaisquer aspectos relacionados aos resultados da atuação da União na interposição de recursos excepcionais perante o Supremo Tribunal Federal – STF e o Tribunal Superior do Trabalho – TST.

Os dados a serem analisados foram extraídos do Painel de Dados Inteligentes da PGU, disponibilizado pelo STJ na execução do Acordo de Cooperação Técnica STJ nº 4/2020, bem como do Sistema AGU de Inteligência Jurídica – SAPIENS.

O desenvolvimento do presente artigo está disposto nos seguintes tópicos: Programa de Redução de Litígios da PGU; análise dos resultados do Programa de Redução de Litígios; e, por fim, conclusões.

1. PROGRAMA DE REDUÇÃO DE LITÍGIOS DA PGU

Conforme consignado no tópico que inaugurou o presente trabalho, a PGU instituiu o Programa de Redução de Litígios no dia 17 de abril de 2012, tomando como principal elemento motivador o estudo jurimétrico dos resultados da sua atuação perante o STJ, o qual demonstrou que, no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2011, 84% (oitenta e quatro por cento) dos acórdãos preferidos pelo STJ nos recursos interpostos pela União lhe foram desfavoráveis.

Para a adoção dessa relevante medida, a PGU se valeu, também, de outros fundamentos não menos relevantes: o II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo; o Acordo de Cooperação Técnica nº 052/2009/CNJ, celebrado entre a AGU e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ); e o Planejamento Estratégico da PGU de 2011-2015.

Ademais, a PGU constatou que o prolongamento da tramitação de recursos sabidamente inviáveis, além de contribuir para o estrangulamento do Poder Judiciário e para o aumento do custo do funcionamento da máquina judiciária e da própria AGU, comprometia a credibilidade da União perante o Poder Judiciário e, além disso, impedia que a AGU concentrasse seus esforços no aperfeiçoamento das teses de defesa da União nas ações classificadas como relevantes.

1.1 Primeira Geração do Programa de Redução de Litígios

A primeira geração do programa foi direcionada à atuação da PGU perante o STJ nos recursos excepcionais interpostos pelas PRUs.

Inicialmente, foram identificados, no âmbito do STJ, os casos em que, invariavelmente, óbices intransponíveis de natureza processual impediam o seguimento dos recursos judiciais da União, bem como as hipóteses de direito material que representavam o maior percentual de iterativa inadmissibilidade ou negativa de provimento desses recursos.

Ato seguinte, foram elaborados 14 (quatorze) pareceres referenciais relativos aos objetos identificados, sendo que, quanto aos óbices de natureza processual – causas da maior parte das decisões de inadmissão dos REsps e AREsps da União –, foi editada, pelo Advogado-Geral da União, por proposta da PGU (2012b), a Portaria AGU nº 260, de 22 de junho de 2012, que autorizava a desistência de recursos no STJ (AGU, 2012), bem como foram expedidas, pela PGU, orientações de abstenção de recurso.

A execução do programa teve início no mês de julho de 2012, conforme o plano de articulação entre a PGU e o STJ, que viabilizou o franco acesso aos autos dos processos judiciais em que a União figurava

como recorrente, para fim de análise do cabimento de desistência de REsp e de AREsp. A partir desse marco temporal, a PGU passou a utilizar os parâmetros da Portaria AGU nº 260/2012 também para promover a abstenção recursal contra a inadmissão, pelo STJ, desses mesmos recursos excepcionais.

Quanto a esse estágio do programa, merece registro a notícia intitulada “Economia e defesa do patrimônio público são destaques da AGU na 7ª edição do Anuário da Justiça”, publicada no site da AGU no dia 17/04/2013, em que consta a seguinte informação: “Detalhando em números e cifras as iniciativas da AGU, o anuário revela que o Programa de Redução de Litígios e Aperfeiçoamento da Defesa Judicial da União, implantado em junho de 2012, possibilitou a extinção de 1,5 mil recursos propostos apenas no Superior Tribunal de Justiça. Somente com a tramitação destes processos a economia foi de R\$ 3,5 milhões” (AGU, 2013).

1.2. Segunda Geração do Programa de Redução de Litígios

Decorridos quase dois anos de execução do programa no STJ, foi elaborado um novo estudo (PGU, 2014a), que abrangeu o período de julho de 2012 a maio de 2014, o qual demonstrou que o percentual de acórdãos desfavoráveis à União no STJ caiu, de 84% (oitenta e quatro por cento), para 66% (setenta e seis por cento).

Contudo, esse mesmo estudo revelou dados relevantes, que evidenciaram a diferença entre o REsp e o AREsp no que tange ao impacto no índice de êxito no juízo de admissibilidade e no índice de sucesso judicial da União no STJ:

- 1) foi de 69% a média do índice de decisões do STJ desfavoráveis à União nos recursos interpostos pelas PRUs;
- 2) a proporção de interposição de REsp pelas PRUs foi 42%, enquanto que a de AREsp foi 58%;
- 3) dos recursos que tiveram decisão desfavorável à União, 54% sequer superaram o juízo de admissibilidade do STJ;
- 4) na média, 68% desses recursos inadmitidos corresponderam a AREsp; e
- 5) o índice médio de REsp desfavorável à União foi 61%, enquanto que o de AREsp desfavorável à União foi 74,6%.

A PGU extraiu desses números que, no período examinado, mais da metade dos recursos interpostos pelas PRUs sequer ultrapassaram o juízo de admissibilidade do STJ, ou seja, em decorrência de óbices processuais, o seu mérito sequer chegou a ser apreciado por aquela Corte Superior de Justiça.

Ademais, a PGU constatou que mais de dois terços dos recursos inadmitidos pelo STJ consistiram em AREsp.

Foi expressivo, pois, no interregno avaliado, o impacto dos AREsp no índice de decisões desfavoráveis à União no juízo de admissibilidade do STJ. Decorreu disso a conclusão de que, naquele espaço temporal, os resultados dos AREsp influenciaram, decisiva e negativamente, no índice de sucesso judicial da União no STJ.

No período analisado, as abstenções e as desistências recursais realizadas pela PGU perante o STJ provocaram a extinção de 9.827 (nove mil, oitocentos e vinte e sete) processos, um incremento de 154% na redução de litígios relativo ao referido período anterior.

Nessas situações, e a indicação dos pareceres referenciais aplicados viabilizou a identificação específica:

- 1) dos recursos da União que não superaram o juízo de admissibilidade do STJ;
- 2) dos pressupostos de admissibilidade recursal que se revelaram ausentes nos recursos da União; e
- 3) das PRUs de que se originaram tais recursos.

Assim, a PGU dispôs de indicadores de desempenho demonstrativos da evolução do número e das fases das ocorrências de abstenção de REsp e de AREsp no período examinado, bem como dos respectivos óbices processuais, tendo ficado evidente a grande inovação provocada pela execução do programa no âmbito do STJ, a qual pode ser resumida, inicialmente, nas seguintes constatações:

- 1) houve um acentuado e imediato aumento do número de abstenção de recursos no STJ; e
- 2) já no primeiro trimestre, ocorreu uma inversão entre o número de abstenções efetivadas na oportunidade da intimação da decisão monocrática (passou de 10% para 81%) e o número de abstenções levadas a efeito somente após a publicação do acórdão (passou

de 90% para 19%), demonstrando que houve uma substancial melhoria da qualidade da abstenção (na maior parte dos casos, a abstenção passou a ser realizada na fase da decisão monocrática).

Os efeitos das desistências e abstenções de recursos foram sentidos especialmente no resultado dos agravos regimentais interpostos pela União contra as decisões monocráticas do STJ, cujo índice de acórdãos desfavoráveis caiu de 96% (noventa e seis por cento) para 74% (setenta e quatro por cento).

De fato, o índice de êxito da União nesses recursos – que, no segundo e terceiro trimestres de 2010, ficou abaixo da média geral de êxito no STJ (2010) de cerca de 7% e, em 2011, oscilou entre um pouco acima e um pouco abaixo da média do STJ (2011) –, subiu vertiginosamente desde o primeiro trimestre de 2012 (STJ, 2012) e fechou o ano de 2013 (STJ, 2013) com o seu índice de êxito de cerca de 30%, correspondente a mais que o quádruplo da média geral de êxito no STJ no período, conforme ilustra o gráfico a seguir.

Figura 1 – Êxito em Agravo Regimental do STJ



Fonte: PGU (2014b).

Não foi por outra razão que o STJ destacou dita inovação na atuação da União na notícia intitulada: “Especial 25 anos – Os campeões de processos no Tribunal da Cidadania” (CONTEXTO JURÍDICO, 2014). O STJ, na referida matéria, afirmou que a União, “que historicamente sempre esteve na liderança isolada do ranking das mais processadas, hoje ocupa a quarta colocação”, bem como que essa mudança se deve, sobretudo, à decisão da PGU “de abrir mão do empoeirado princípio, anteriormente adotado pela

administração pública, de sempre recorrer em qualquer ação” e, nesse sentido, à sua iniciativa de implantar o Programa de Redução de Litígios.

A revista eletrônica Consultor Jurídico (2014), por sua vez, publicou a notícia intitulada “Estratégia da AGU para redução de litígios extingue processos”, em que registrou a relevância do programa para a melhoria da posição da União no ranking das instituições mais demandadas no STJ e para a economia do País.

Por outro lado, a riqueza de detalhes dos dados coletados pela PGU referentes à atuação das PRUs possibilitou, ademais, a verificação de que, dos recursos da União que não venceram o juízo de admissibilidade do STJ:

- 1) 30% sofreram a aplicação do Parecer Referencial PGU nº 3 (Súmula 7 do STJ: pretensão de simples reexame de prova);
- 2) 19% sofreram a aplicação do Parecer Referencial PGU nº 1 (Súmula 211 do STJ e Súmulas 282 e 356 do STF): matéria não prequestionada;
- 3) 15% sofreram a aplicação do Parecer Referencial PGU nº 2 (Súmula 284 do STF): deficiência na fundamentação do recurso;
- 4) 12% sofreram a aplicação do Parecer Referencial PGU nº 5 (Súmula 283 do STF): mais de um fundamento suficiente na decisão recorrida e o recurso não abrange todos eles; e
- 5) 9% sofreram a aplicação do Parecer Referencial PGU nº 4 (Súmula 182 do STJ): falta de ataque específico dos fundamentos da decisão agravada.

Diante de tudo o quanto demonstrado no aludido estudo, a PGU instituiu, no dia 3 de julho de 2014, a Segunda Geração do Programa de Redução de Litígios, medida que provocou a extensão, para a atuação das PRUs perante os TRFs, da autorização para abstenção e desistência de REsp e de AREsp.

No ato de instituição da segunda geração do programa, a PGU propôs ao Advogado-Geral da União a edição da Portaria AGU nº 227/2014, que dispunha sobre a autorização para desistência de REsp no âmbito dos TRFs, a qual, assim como a Portaria AGU nº 260/2012, envolvia também a atuação dos membros da PGF.

Em decorrência da edição do aludido ato normativo, a PGU expediu orientações de redução de litígio direcionadas às PRUs (PGU, 2014c), com base nas quais foram realizados mutirões de desistência dos recursos já interpostos perante os TRFs, que provocaram a efetivação de 1.379 desistências, no período de julho a setembro 2014 (PGU, 2014b).

Como corolário do seu exitoso desempenho, o Programa de Redução de Litígios foi premiado, em segundo lugar, no 19º Concurso Inovação na Gestão Pública Federal – 2014 (ENAP, 2014), promovido pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), com o apoio do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (MPOG).

1.3. Terceira Geração do Programa de Redução de Litígios

Por seu turno, a Terceira Geração do Programa de Redução de Litígios, impulsionada pelo advento do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), foi instituída pela Portaria AGU nº 487, de 27 de julho de 2016. Na Terceira Geração do Programa de Redução de Litígios, diferentemente das gerações anteriores, a atuação da PGU passou a ter disciplina apartada em relação à da PGF, cuja atuação é regida atualmente pela Portaria AGU nº 488, de 27 de julho de 2016.

Dito instrumento normativo disciplina o exercício das atividades de redução de litígio no âmbito tanto do STJ e dos TRFs – razão pela qual revogou as Portarias AGU nºs 260/2012 e 227/2014 –, quanto (aí uma grande inovação) dos juízos de primeiro grau de jurisdição.

Ademais, a Portaria AGU nº 487/2016 avançou noutros pontos: além da abstenção e desistência de recurso excepcional, autoriza abstenção e desistência de quaisquer recursos e, bem assim, o reconhecimento da procedência do pedido e a abstenção de contestação – alcançando, desse modo, a fase postulatória – e, ainda, amplia o rol das hipóteses objetivas que possibilitam a prática de atividades de redução de litígio, sobretudo nas situações abrangidas por precedentes qualificados dos tribunais superiores.

A Portaria AGU nº 487/2016 tem um artigo dedicado especialmente ao REsp e ao AREsp – o art. 5º, que é uma reprodução quase integralmente literal dos termos da Portaria AGU nº 227/2014 –, mas, como fundamento para a abstenção e desistência desses recursos, também podem ser utilizados outros dispositivos do mesmo diploma normativo: o art. 2º (preponderantemente, questões de natureza constitucional), o art. 3º (questões de natureza infraconstitucional) e o art. 8º (circunstâncias em que o benefício patrimonial almejado

com o ato não atende aos critérios de racionalidade, de economicidade e de eficiência).

Por fim, conigna-se que, com o intuito de alinhar o Programa de Redução de Litígios com a diretriz estabelecida na Lei 10.522, de 19 de julho de 2002, o Advogado-Geral da União editou a Portaria AGU nº 160, de 6 de maio de 2020, que promoveu alterações substanciais na Portaria AGU nº 487/2016, a qual, entre outros progressos, passou a autorizar, também, a abstenção de propositura de ação judicial, de impugnação ao cumprimento de sentença e de apresentação de embargos à execução.

1.4. Acordo de Cooperação Técnica STJ nº 4/2020

No dia 26 de junho de 2020, foi publicado, na seção 3 do Diário Oficial da União, o extrato do Acordo de Cooperação Técnica STJ nº 4/2020, que tem como partícipes o STJ e a AGU (STJ; AGU, 2020), cujo objeto é, essencialmente, a redução de recursos excepcionais por parte da AGU.

No Plano de Trabalho do aludido acordo, está estabelecido que constituem compromissos da AGU, entre outros, “efetivar pedidos de extinção ou de desistência recursal, conforme Súmulas Administrativas, Notas, Pareceres, Portarias ou outros atos normativos que autorizem os Advogados ou os Procuradores no âmbito da AGU”.

Segundo consta da ata da reunião inaugural prevista no plano de trabalho do acordo, que foi realizada no dia 08 de julho de 2020, quanto ao que particularmente interessa ao presente trabalho, foram estabelecidas, como metas para o segundo semestre de 2020, a redução de 10% (dez por cento) do número de AREsp protocolados pela AGU e do percentual de insucesso da AGU no STJ na condição de recorrente.

Em arremate, revela-se oportuno o registro de que o Comitê de Governança da AGU aprovou o projeto estratégico “Aperfeiçoamento da interposição do Agravo para destrancar recursos excepcionais”, cujo objetivo é desenvolver “um mecanismo apto a provocar o aperfeiçoamento da interposição desses recursos, restringindo-a aos casos efetivamente devidos, conforme a orientação dos respectivos órgãos responsáveis pela coordenação e orientação da atuação finalística” (COMITÊ DE GOVERNANÇA DA AGU, 2020).

Os órgãos proponentes, entre eles a PGU e a Corregedoria-Geral da Advocacia da União – CGAU, esclareceram que o projeto integra o Programa de Redução de Litígios e afirmaram, como justificativa, que:

(...) o excesso de interposição de agravos descabidos, além de consumir tempo, energia e orçamento da AGU e do Poder Judiciário, reflete negativamente na credibilidade da instituição, prejudicando, inclusive, os recursos que têm viabilidade de êxito.

2. ANÁLISE DOS RESULTADOS DO PROGRAMA DE REDUÇÃO DE LITÍGIOS

Por opção metodológica, o presente artigo desenvolverá uma análise da evolução dos resultados jurimétricos dos REspS e dos AREspS da União no STJ – sem juízo meritório desses recursos – no período de 2017 a 2020, comparando-os com aqueles extraídos do estudo realizado pela PGU em 2014 – que abarcou o período de julho de 2012 a maio de 2014 –, por ocasião da proposta de instituição da Segunda Geração do Programa de Redução de Litígios da PGU.

Revela-se também relevante consignar que, na pesquisa, foram computadas apenas as decisões finais do STJ, bem como que, quanto às decisões desfavoráveis à União, foram abrangidas somente as decisões integralmente desfavoráveis.

No espaço de tempo ora examinado, segundo o Painel de Dados Inteligentes da PGU, a União figurou no polo ativo (autora ou recorrente) em 35,43% (trinta e cinco vírgula quarenta e três por cento) do acervo processual do STJ, que correspondeu a 17.450 (dezesete mil, quatrocentos e cinquenta) processos.

Além desse recorte, há que se fazer um outro, com o objetivo de se imprimir uma representatividade próxima à do estudo realizado pela PGU em 2014, que abrangeu as áreas de atuação “Servidores Cíveis e Militares”, as quais, à época, representavam 73% (setenta e três por cento) da demanda da PGU perante o STJ.

Diante disso, e também porque o Programa de Redução de Litígios teve como berço o Departamento de Servidores Cíveis e Militares – DCM/PGU e o Departamento de Serviço Público – DSP/PGU (que também cuida do tema “Saúde Pública”), ambos da PGU, resolveu-se, por opção metodológica, envolver as áreas de atuação dos referidos Departamentos, as quais corresponderam a 77,97% dos objetos dos processos do STJ no período analisado.

O multicitado estudo realizado pela PGU demonstrou que, no período de julho de 2012 a maio de 2014, foi de 69% o índice de decisões do STJ desfavoráveis à União nos recursos interpostos pelas PRUs, ou seja, que foi de 31% o índice de sucesso judicial da União nos recursos em que figurou como recorrente.

No período de 2017 a 2020, conforme se verifica da base de dados do STJ, o índice de sucesso da União nos recursos interpostos pelas PRUs caiu para 14,96%:

Figura 2 – Índice de Sucesso Judicial da União no STJ (Recorrente)



Fonte: Painel de Dados Inteligentes da PGU (STJ; AGU, 2020).

Vê-se, portanto, que, segundo o que se extrai da referida fonte, o índice de sucesso judicial da União no STJ nos recursos em que figurou como recorrente decresceu 51,74% entre o período do estudo da PGU e o período ora examinado.

Voltando-se os olhos para a evolução do índice de sucesso judicial da União na linha do tempo durante o período de 2017 a 2020, tem-se o seguinte quadro:

Tabela 1 – Evolução do Índice de Sucesso Judicial da União no STJ (Recorrente)

	SERVIDORES CIVIS E MILITARES	VARIAÇÃO DO ÍNDICE	SERVIÇO PÚBLICO E SAÚDE PÚBLICA	VARIAÇÃO DO ÍNDICE	SERVIDORES CIVIS E MILITARES SERVIÇO PÚBLICO E SAÚDE PÚBLICA	VARIAÇÃO DO ÍNDICE
2017/2020	15,04%		14,77%		14,96%	
2017	15,79%		13,47%		15,07%	
2018	21,80%	+38,06%	12,97%	-3,71%	19,16%	27,14%
2019	13,65%	-37,38%	13,52%	+4,24%	13,61%	-28,96%
2020	8,47%	-37,94%	19,97%	+47,70%	11,54%	-15,20%

Fonte: Painel de Dados Inteligentes da PGU (STJ; AGU, 2020).

Verifica-se, pois, que, nas áreas de atuação objeto do presente, o índice de sucesso judicial da União em 2017 era de 15,07%, sendo que a PGU logrou incrementá-lo em 27,14% em 2018, alçando-o ao patamar de 19,16%, mas permitiu uma sensível e sucessiva queda desse índice nos anos 2019 e 2020 (28,96% e 15,20%, respectivamente), fechando o ano de 2020 com o índice de 11,54%.

Ademais, importa destacar que, para a formação do índice de sucesso judicial da União, as áreas de atuação da PGU estudadas concorreram de forma evidentemente destoante na maior parte do tempo examinado. Exemplificativamente, em 2018, a PGU incrementou esse índice em 38,06% – de forma significativa, portanto – nas áreas de Servidores Cíveis e Militares (de 15,79% para 21,80%), mas, por outro lado, experimentou um pequeno decréscimo desse mesmo índice, em 3,91%, nas áreas de Serviço Público e Saúde Pública (de 13,47% para 12,97%).

Em 2020, por sua vez – em desempenhos bem mais discrepantes –, a PGU conseguiu aumentar o seu índice de sucesso nas áreas de Serviço Público e Saúde Pública em 47,70% (de 13,52% para 19,97%), porém, nas áreas de Servidores Cíveis e Militares, esse índice teve um movimento inversamente proporcional, decrescendo 37,94% (de 13,65% para 8,47%). Essa queda do índice de sucesso nas áreas de Servidores Cíveis e Militares foi tão expressiva que o seu incremento nas áreas de Serviço Público e Saúde Pública – o qual, em termos relativos, foi superior à citada queda – não foi o bastante para compensá-la, em razão do quão representativo é aquele primeiro grupo temático na demanda da PGU perante o STJ.

Com efeito, conforme se vê na tabela 1, o menor índice de sucesso judicial da União no STJ nas áreas de atuação estudadas correspondeu exatamente ao ano de 2020 (coluna azul escuro – 11,54% – inferior em 15,2% comparativamente a 2019). A propósito, o índice de sucesso judicial da União das áreas analisadas também decresceu em 2019 (28,96% em relação a 2018), igualmente porque os recursos judiciais referentes aos temas de Servidores Cíveis e Militares, em razão do maior volume, têm um impacto mais significativo nesse índice.

Diante da verificação desse fato, buscou-se identificar uma possível conexão entre o índice de sucesso e o índice de recorribilidade da União na linha do tempo, traçando-se uma linha da evolução do comportamento do conjunto das PRUs no que respeita à interposição de REsp e AREsp – quanto às áreas de atuação estudadas (isoladas e em conjunto) – e identificando-se, ano a ano, no interregno analisado, o número de recursos interpostos, o percentual representativo desse número em relação ao ano

anterior e o índice de recorribilidade correspondente a cada ano. Eis os números encontrados:

Tabela 2 – Evolução do Índice de Recorribilidade da União

	SERVIDORES CIVIS E MILITARES	VARIAÇÃO DO ÍNDICE	SERVIÇO PÚBLICO E SAÚDE PÚBLICA	VARIAÇÃO DO ÍNDICE	SERVIDORES CIVIS E MILITARES SERVIÇO PÚBLICO E SAÚDE PÚBLICA	VARIAÇÃO DO ÍNDICE
2017	2.491		1.113		3.604	
2018	2.174 87,27%	-12,72	995 89,39%	-10,60%	3.169 87,93%	-12,06%
2019	1.996 91,81%	-8,18%	825 82,91%	-17,08%	2.821 89,01%	-10,98%
2020	2.919 146,24%	+46,24%	1.093 132,48%	+32,48%	4.012 142,21%	+42,21%

Fonte: Painel de Dados Inteligentes da PGU (STJ; AGU, 2020).

Emerge desses dados a constatação de que, em todas as áreas de atuação, o índice de recorribilidade da União diminuiu sequencialmente em 2018 e em 2019, tomando-se como referência os respectivos anos anteriores, mas subiu vertiginosamente em 2020.

Por outra face, revela-se importante salientar que, em 2020, nas áreas de Servidores Civis e Militares, conforme se vê nas tabelas 1 e 2, o índice de recorribilidade da União se mostrou inversamente proporcional ao seu índice de sucesso, enquanto que, nas áreas de Serviço Público e Saúde Pública, ao contrário, o seu índice de recorribilidade foi diretamente proporcional ao seu índice de sucesso.

Esse fato nos leva a duas constatações: 1) a correspondência entre o índice de recorribilidade da União e o seu índice de sucesso no STJ nem sempre é inversamente proporcional, apesar de ordinária (na área temática de Serviço Público e Saúde Pública, como visto, ainda que tenha havido um aumento do índice de recorribilidade em 2020, verificou-se um incremento proporcional do índice de sucesso da União no mesmo ano); e 2) por outro lado, entretanto, esse fato reforça a assertiva de que os recursos judiciais referentes aos temas de Servidores Civis e Militares – em relação aos quais o índice de sucesso da União caiu 37,94% em 2020 – têm um impacto preponderante nos resultados da atuação da PGU no STJ (embora o índice de sucesso da União nos temas de Serviço Público e Saúde Pública tenha subido 47,70% em 2020, houve uma redução expressiva desse índice, no mesmo ano, no que tange ao conjunto das áreas estudadas: 15,20%).

O passo seguinte, ainda nos abeberando no Painel de Dados Inteligentes da PGU, objetiva a extração de dados indicativos da proporção

de REsps e AREsps interpostos pelas PRUs referentes às áreas temáticas estudadas no presente artigo.

No período analisado, ingressaram no STJ 13.370 REsps e AREsps da União, em relação aos quais foram extraídos os seguintes dados:

Tabela 3 – Proporção de REsps e AREsps da União no Tempo

		SERVIDORES CIVIS E MILITARES	%	SERVIÇO PÚBLICO E SAÚDE PÚBLICA	%	SERVIDORES CIVIS E MILITARES SERVIÇO PÚBLICO E SAÚDE PÚBLICA	%
2017/2020	AREsp	4.530	48,17%	1.868	47,48%	6.398	47,98%
	REsp	4.871	51,81%	2.066	52,52%	6.937	52,02%
2017	AREsp	690	28,01%	445	41,17%	1.135	32,03%
	REsp	1.773	71,99%	636	58,83%	2.409	67,97%
2018	AREsp	1.041	49,06%	493	50,10%	1.534	49,39%
	REsp	1.081	50,94%	491	49,90%	1.572	50,61%
2019	AREsp	1.159	59,41%	405	49,69%	1.564	56,54%
	REsp	792	40,59%	410	50,31%	1.202	43,46%
2020	AREsp	1.647	57,09%	533	49,67%	2.180	55,08%
	REsp	1.238	42,91%	540	50,33%	1.778	44,92%

Fonte: Painel de Dados Inteligentes da PGU (STJ; AGU, 2020).

Do exame desses dados, depreende-se que o índice médio de interposição de AREsp no período analisado decresceu em relação ao índice médio de interposição desse mesmo recurso no período objeto do estudo levado a efeito pela PGU em 2014 (47,98% e 58%, respectivamente). Entretanto, embora o número de REsps tenha sido destacadamente superior ao de AREsps em 2017, percebeu-se uma aproximação dos números desses dois recursos em 2018, sendo que, nos dois anos subsequentes (2019 e 2020), como visto na tabela, o número de AREsps interpostos pelas PRUs superou o de REsps.

Em se considerando os fundamentos da proposta de instituição da Segunda Geração do Programa de Redução de Litígios, objeto de referência no presente artigo – a qual pôs em evidência que, em regra, os AREsps já aportam no STJ com pequena probabilidade de êxito –, o só fato de ter havido uma aproximação, a partir de 2018, entre os números de REsps e de AREsps interpostos pelas PRUs já revela aumento de desatenção às diretrizes do aludido programa.

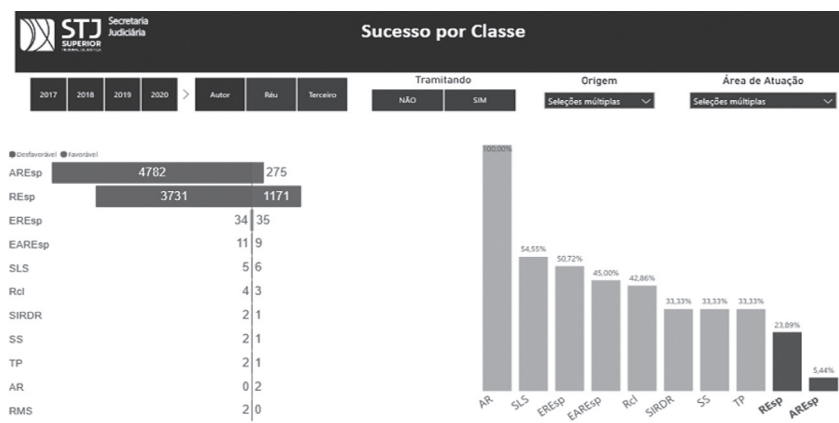
Por sua vez, a circunstância de o número de AREsps ter superado o de REsps em 2020 implica o descumprimento do Acordo de Cooperação Técnica STJ nº 4/2020 (STJ; AGU, 2020), em cujo plano de trabalho foi

estabelecida, como meta para o segundo semestre de 2020, em relação ao segundo semestre de 2019, a “Redução do número de processos da classe AREsp protocolados pela AGU no STJ” em 10% (STJ; AGU, 2020, p. 9). De fato, considerando os anos de 2019 e 2020 integralmente, a redução de AREsp entre um e outro foi tão somente de 2,58%.

Em arremate, um olhar geral sobre o comportamento das PRUs referenciado na excepcionalidade da interposição de REsp e, especialmente, na destacada peculiaridade da interposição de AREsp conduz à constatação de que, pelo que indicam os dados jurimétricos constantes da tabela 3, é fato que houve uma estagnação evolutiva em relação à situação verificada no estudo realizado pela PGU em 2014.

No que diz respeito ao impacto dessa atuação no índice de sucesso judicial da União no STJ, tem-se os seguintes dados jurimétricos sobre os resultados dos julgamentos dos REsps e AREsps da União pelo STJ, a partir dos quais se pode extrair algumas ilações:

Figura 3 – Resultados dos REsps e AREsps da União no STJ



Fonte: Painel de Dados Inteligentes da PGU (STJ; AGU, 2020).

Vê-se, de logo, que, no período analisado, foram julgados pelo STJ 5.057 AREsps e 4.902 REsps, ou seja, foram julgados mais AREsps do que REsps. É também de fácil percepção, à vista nua, de que a proporção de resultados desfavoráveis em AREsp foi bem maior do que em REsp.

Distribuindo-se esses dados na linha do tempo e fazendo-se uma associação entre o índice de interposição de cada tipo de recurso e o respectivo índice de resultados desfavoráveis, tem-se:

Tabela 4 – Índice de Interposição e de Resultados Desfavoráveis na Linha do Tempo

		SERVIDORES CIVIS E MILITARES		SERVIÇO PÚBLICO E SAÚDE PÚBLICA		SERVIDORES CIVIS E MILITARES SERVIÇO PÚBLICO E SAÚDE PÚBLICA	
		RECURSOS INTERPOSTOS	RESULTADOS DESFAVORÁVEIS	RECURSOS INTERPOSTOS	RESULTADOS DESFAVORÁVEIS	RECURSOS INTERPOSTOS	RESULTADOS DESFAVORÁVEIS
2017/2020	AREsp	48,17%	94,36%	47,48%	95,03%	47,98%	94,56%
	REsp	51,81%	76,27%	52,52%	75,69%	52,02%	76,13%
2017	AREsp	28,01%	91,50%	41,17%	95,21%	32,03%	92,89%
	REsp	71,99%	81,07%	58,83%	81,74%	67,97%	81,43%
2018	AREsp	49,06%	94,33%	50,10%	93,27%	49,39%	93,98%
	REsp	50,94%	64,06%	49,90%	80,40%	50,61%	68,49%
2019	AREsp	59,41%	94,12%	49,69%	96,38%	56,54%	94,75%
	REsp	40,59%	75,04%	50,31%	64,14%	43,46%	74,59%
2020	AREsp	57,09%	96,27%	49,67%	95,57%	55,08%	96,10%
	REsp	42,91%	84,81%	50,33%	61,03%	44,92%	77,91%

Fonte: Painel de Dados Inteligentes da PGU (STJ; AGU, 2020).

Diante desses números, emerge claro que ambos os recursos de que ora se cuida – REsp e AREsp –, em razão, sobretudo, das restrições legais e jurisprudenciais à sua admissibilidade, têm uma pequena probabilidade de êxito no STJ. Assim também o era no intervalo de tempo abrangido pelo estudo realizado pela PGU em 2014.

Há, porém, que se consignar que ocorreu uma piora desse quadro entre o período abrangido pelo estudo da PGU e o intervalo de tempo abarcado pelo presente artigo. Com efeito, o primeiro concluiu que o REsp teve resultado desfavorável em 61% dos casos, ao passo que o vertente exame identificou que, quanto ao REsp, o índice de insucesso subiu para 76,13%. Semelhantemente, o índice de resultado desfavorável do AREsp, que ficou em 74,6% à época do estudo referencial, saltou para impressionantes 94,56% no período abrangido pelo presente estudo, o que significa que, entre 2017 e 2020, restaram exitosos apenas 5,44% dos AREsp interpostos pela União, sendo que o índice de êxito desse recurso em 2020 foi de tão somente 3,9%.

Registra-se, ademais, que, invariavelmente, em todos os anos ora observados, o índice de AREsp desfavorável à União foi superior a 90%, cumprindo salientar que esse indicador foi ascendente a partir de 2017, culminando com a média de 96,10% em 2020. Diferentemente, o índice de insucesso dos REsp variou no referido período, mas teve o seu ápice em 2017, com a média de 81,43%. Diante desses dados, confirma-se o quanto asseverado no estudo da PGU levado a efeito em 2014: a probabilidade de êxito de AREsp é bem menor do que a de REsp.

Por fim, chama-se a atenção para o fato de que, nos limites temporais avaliados, a PGU, por meio do DCM/PGU e do DSP/PGU, absteve-se de

interpor recurso contra decisões de inadmissibilidade de REsp e AREsp proferidas monocraticamente pelo STJ em um número significativo de casos referentes às áreas de atuação ora estudadas:

Tabela 5 – Abstenção de Recurso pela PGU contra Inadmissão de REsp e AREsp pelo STJ

ART. 5º DA PORTARIA AGU Nº 487/2016	DEPARTAMENTO DE SERVIDORES CIVIS E MILITARES DCM/PGU	DEPARTAMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO DCM/PGU	DEPARTAMENTO DE SERV CIVIS E MILITARES – DCM/PGU DEPARTAMENTO DE SERVIÇO PÚBLICO – DSP/PGU
I	140	98	238 (9,53%)
II	364	310	674 (26,99%)
III	200	136	336 (13,46%)
IV	256	96	352 (14,10%)
V	37	8	45 (1,80%)
VI	540	267	807 (32,32%)
VII	5	3	8 (0,32%)
VIII	34	3	37 (1,48%)
TOTAL	1.576	921	2.497

Fonte: Sistema AGU de Inteligência Jurídica – SAPIENS.

Primeiramente, ressalta-se a opção pela extração de dados referentes apenas à aplicação do art. 5º da Portaria AGU nº 487/2016, apesar de ser possível, conforme já consignado neste artigo, a abstenção de recurso contra decisão de inadmissão de REsp e AREsp, e até mesmo contra acórdão desfavorável, com fundamento também nos arts. 2º, 3º e 8º dessa mesma portaria. Essa opção decorreu do propósito de se evitar qualquer risco de poluição de dados, considerando que estes últimos dispositivos podem ser aplicados em outras classes processuais.

Há que se salientar também que a aplicação da Portaria AGU nº 487/2016 pela PGU significa que esse órgão de direção superior da AGU aquiesceu com a decisão, proferida pelo STJ, de inadmissão dos REsps e AREsps interpostos pelas PRUs.

Sobre os números constantes da tabela, por seu turno, merecem especial relevo aqueles referentes aos incisos I (matéria não prequestionada, nos termos das Súmulas 282 ou 356 do STF ou da Súmula 211 do STJ), II (pretensão de simples reexame de prova, nos termos da Súmula 7 do STJ) e VI (falta de ataque específico dos fundamentos da decisão agravada, nos termos da Súmula 182 do STJ).

A aplicação dos incisos I e II, no período abarcado pelo multicitado estudo da PGU, correspondeu a 19% e a 30%, respectivamente, dos casos de abstenção de recurso contra inadmissão de REsp e AREsp pelo STJ. Ou seja, somente esses dois incisos representaram, praticamente, 50% dos casos desse recorte de abstenção recursal à época.

No período objeto da presente análise, diversamente, o inciso alusivo à falta de prequestionamento foi aplicado tão somente em 9,53% dos casos, indicando que houve uma sensível e salutar alteração comportamental dos Advogados da União das PRUs quanto a essa particular circunstância. O inciso II, por sua vez, foi utilizado em 26,99% das situações verificadas, fato que, diante do quadro atual e do histórico de incidência da hipótese nele prevista, não merece destaque nessa oportunidade.

Contudo, causou espécie o índice de aplicação do inciso VI, que, reitera-se, acusa a falta de ataque específico dos fundamentos da decisão agravada, o qual correspondeu ao incrível número de 807 casos – alcançando o patamar 32,32% –, dividido entre as áreas de Servidores Civis e Militares (540) e Serviço Público e Saúde Pública (267), quantidades, portanto, relativamente altíssimas.

Esse índice se impõe surpreendente e preocupante por dois motivos: primeiro, porque tal inciso foi aplicado pelos membros da PGU no interregno abrangido pelo estudo de 2014 em apenas 9% dos casos de abstenção de recurso contra a inadmissão de REsp e AREsp (significando que houve, no período ora estudado, um nocivo incremento de 359,11% na aplicação desse dispositivo); segundo – e nesse passo há que se ressaltar o relevante aumento da interposição de AREsps nos últimos dois anos –, em razão da inarredável dedução de que a falta de ataque específico dos fundamentos da decisão agravada aponta o descompromisso dos Advogados da União recorrentes com o êxito do AREsp, além da evidente atecnia jurídica.

Em arremate, cumpre-nos consignar que, em alguma medida, esse diagnóstico sobre os resultados dos REsps e AREsps da União e seus reflexos no índice de sucesso judicial da União no STJ, bem como na taxa de redução de litígios são do conhecimento da AGU e, em particular, da PGU.

Com efeito, não foi por outra razão que tanto uma como a outra adotaram medidas tendentes à ampliação da eficácia do Programa de Redução de Litígios e à consequente melhoria do índice de sucesso judicial da União no STJ.

Nesse sentido, a AGU promoveu aprimoramentos na Portaria AGU nº 487/2106, aqui referidos, e celebrou, com o STJ, o Acordo de Cooperação Técnica STJ nº 4/2020 (STJ; AGU, 2020), por meio do qual firmou o compromisso de:

(...) estabelecer rotinas de trabalho e editar atos normativos internos que possibilitem aos Advogados e aos Procuradores atuantes em todas as instâncias do Poder Judiciário requerer a desistência ou o pedido de extinção de feitos que contenham matérias em que a AGU, como representante da parte autora ou recorrente, vislumbre essa possibilidade técnica e jurídica.

Além disso, conforme também já registrado no presente artigo, o Comitê de Governança da AGU aprovou o projeto estratégico “Aperfeiçoamento da interposição do Agravo para destrancar recursos excepcionais”, que tem o objetivo de desenvolver uma sistemática de orientação sobre as hipóteses de cabimento de interposição de AREsp, entre outros recursos da mesma natureza.

Esse projeto, há que se ressaltar, tem o potencial de provocar uma alteração radical nos resultados dos AREsps no STJ – e, por consectário lógico, no índice de sucesso da União naquele tribunal –, porquanto, mais do que uma mera alteração da orientação sobre a interposição do referido recurso, o propósito de tal projeto é restringir drasticamente as hipóteses do seu cabimento. Com efeito, o aludido projeto inverte a regra da Portaria nº 487/2016 no que diz respeito ao AREsp: passa a exigir justificativa para a sua interposição, ao invés de exigi-la somente para a sua abstenção, como ocorre em relação ao REsp e aos demais recursos judiciais.

A PGU, por seu turno, editou instrumentos normativos que disciplinam a realização de atividades de redução de litígio – Portaria PGU nº 10, de 08 de junho de 2020, que regulamenta o art. 8º, caput, da Portaria AGU nº 487/2016, e Portaria PGU nº 25, de 14 de outubro de 2020, que dispõe sobre procedimentos para registro, no Sapiens, da atuação dos Advogados da União com fundamento na Portaria AGU nº 487/2016 – e criou, na sua página da intranet, um sumário de conhecimentos, que orienta a atuação finalística dos seus membros.

Ademais, na execução do supracitado Acordo de Cooperação Técnica STJ nº 4/2020, a PGU acordou com o STJ o estabelecimento de um fluxo de análise semanal dos REsps e AREsps que aportam naquele tribunal, para fim de verificação da possibilidade de desistência.

Por fim, faz-se oportuno registrar também que a PGU promoveu, com a participação de outros órgãos de direção superior da AGU, a reconfiguração do espaço do Programa de Redução de Litígios que existe no Sapiens, de forma a desburocratizar e facilitar o registro das atividades de redução de litígio levadas a efeito pelos Advogados da União.

Contudo, poderia ter havido um maior avanço por parte da AGU e da PGU no que respeita ao Programa de Redução de Litígios.

Primeiramente, consiga-se que, apesar de ter aprovado, em dezembro de 2020, o projeto estratégico “Aperfeiçoamento da interposição do Agravo para destrancar recursos excepcionais”, o Comitê de Governança da AGU programou o início da sua execução para o primeiro semestre de 2022 (COMITÊ DE GOVERNANÇA DA AGU, 2020), medida que, à evidência, além de não guardar consonância com o cenário diagnosticado no presente artigo, revela-se prejudicial ao atingimento das metas fixadas no Acordo de Cooperação Técnica STJ nº 4/2020.

Por outro lado, não obstante o inegável aprimoramento do sistema de orientações técnicas da PGU, há indicativos de que o seu canal de comunicação com os Advogados da União responsáveis pela atuação finalística carece de melhoria.

Foi essa a razão motivadora da sugestão formulada pela Corregedoria-Geral da Advocacia da União (CGAU, 2020):

(...) a criação, no sharepoint, de um link específico referente à política institucional de redução de litígio ou a disponibilização dos pareceres referenciais de forma destacada, à semelhança do modelo adotado pela SGCT, a fim de facilitar a sua localização e, assim, imprimir mais efetividade à sua disseminação e à sua aplicação pelos membros dos seus órgãos de execução.

Essa medida se revela ainda mais necessária diante da recente edição da Portaria a PGU nº 26, de 14 de outubro de 2020, por força da qual as PRUs promoveram a especialização e a desterritorialização da representação judicial da União no âmbito de sua competência territorial. Com efeito, em razão da diversidade dos campos de atuação da PGU e do seu complexo sistema de coordenação e orientação de atuação, a instituição de equipes especializadas recomenda a criação de espaços temáticos específicos de orientação, e parece convir que assim o seja, particularmente, em relação aos instrumentos referenciais de redução de litígios, de forma a facilitar o seu conhecimento e disseminação, sobretudo em se considerando que ainda impera, entre os Advogados da União do Contencioso, a cultura da irresignação recursal. Os dados jurimétricos aqui expostos são prova cabal dessa assertiva.

3. CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu oferecer um diagnóstico acerca dos resultados dos REsps e do AREsps da União no STJ e, bem assim, do comportamento das PRUs na interposição desses recursos, abordando todas as suas faces, em especial a execução do Programa de Redução de Litígios da PGU.

Diante de tudo o quanto foi demonstrado no desenvolvimento das análises, pode-se, com segurança, em resposta à primeira pergunta lançada na introdução do presente artigo, afirmar que, mesmo após a instituição do Programa de Redução de Litígios – embora tenha havido uma significativa redução de litígios no âmbito do STJ, e até mesmo dos TRFs, no período compreendido pelo estudo realizado pela PGU em 2014 –, permaneceu expressivo o índice de interposição de RESp e AREsp pelas PRUs.

Pode-se asseverar, ademais, que as PRUs persistiram na interposição desarrazoada – e, muitas vezes, atécnica – de RESp e AREsp, mesmo depois da instituição da segunda e da terceira geração do Programa de Redução de Litígios, ocorridas, respectivamente, em julho de 2014 e julho de 2016.

Por outra banda, agora em atenção à segunda pergunta posta como desafio ao presente artigo, pode-se afirmar, com absoluta convicção, que o fiel cumprimento das orientações do Programa de Redução de Litígios no âmbito das PRUs implicará um significativo impacto positivo no índice de sucesso judicial da União no STJ.

Esse diagnóstico, que, como dito, já é do conhecimento da AGU e da PGU em alguma medida, pode servir de norte para a adoção de providências tendentes à otimização dos resultados do Programa de Redução de Litígios, destacadamente no que tange ao REsp e, sobretudo, ao AREsp, especialmente em virtude da celebração do Acordo de Cooperação Técnica STJ nº 4/2020.

Nesse sentido, mostra-se recomendável que o Comitê de Governança da AGU analise a possibilidade de antecipação, o tanto quanto possível, da execução do projeto estratégico “Aperfeiçoamento da interposição do Agravo para destrancar recursos excepcionais”, pelas razões lançadas no presente artigo.

Com efeito, parece indubitável a urgência da necessidade de edição de portarias – pelos órgãos de direção superior envolvidos no projeto, especialmente a PGU – que estabeleçam condições restritivas para interposição de agravo para destrancar recursos excepcionais (ocorrência de circunstâncias específicas).

Revela-se também recomendável que a PGU promova o aprimoramento do sistema de orientações direcionadas aos Advogados da União que atuam nas PRUs, na linha da sugestão levada a efeito pela CGAU, com a criação, na sua página da intranet da AGU, de espaços temáticos específicos dedicados ao Programa de Redução de Litígios.

No que se refere a oportunidades de pesquisas futuras, sugerimos o estudo jurimétrico dos resultados dos recursos excepcionais da União no STF e no TST, bem como a análise dos resultados da execução do projeto estratégico “Aperfeiçoamento da interposição do Agravo para destrancar recursos excepcionais”, cujos efeitos, certamente, serão bastante proveitosos tanto para AGU quanto para os Tribunais Superiores.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU. *Economia e defesa do patrimônio público são destaques da AGU na 7ª edição do Anuário da Justiça. Assessoria de*

Comunicação, Brasília, 17 abr. 2013. Disponível em: <https://agu.jusbrasil.com.br/noticias/100461476/economia-e-defesa-do-patrimonio-publico-sao-destaques-da-agu-na-7-edicao-do-anuario-da-justica>. Acesso em 17 mar. 2021.

_____. *Portaria AGU nº 160, de 6 de maio de 2020*. [Altera a Portaria AGU nº 487, de 27 de julho de 2016]. Diário Oficial da União: seção 1: Presidência da República/Advocacia-Geral da União, Brasília, ano 158, n. 86, p. 8, 7 mai. 2020.

_____. *Portaria AGU nº 227, 3 de julho de 2014*. [Dispõe sobre a autorização para desistência e não interposição de recurso especial no âmbito dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça]. Diário Oficial da União: seção 1: Presidência da República/Advocacia-Geral da União, Brasília, ano 151, n. 126, p. 7, 4 jul. 2014.

_____. *Portaria AGU nº 260, de 22 de junho de 2012*. [Dispõe sobre autorização para desistência de recursos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça]. Diário Oficial da União: seção 1: Presidência da República/Advocacia-Geral da União, Brasília, ano 149, n. 121, p. 3, 25 jun. 2012.

_____. *Portaria AGU nº 487, de 26 de julho de 2016*. [Estabelece procedimentos a serem adotados em caso de reconhecimento da procedência do pedido, abstenção de contestação e de recurso e desistência de recurso e dá outras providências]. Diário Oficial da União: seção 1: Presidência da República/Advocacia-Geral da União, Brasília, ano 153, n. 144, p. 8, 28 jul. 2016.

_____. *Portaria AGU nº 488, de 27 de julho de 2016*. [Estabelece procedimentos a serem adotados em caso de reconhecimento da procedência do pedido, abstenção de contestação e de recurso e desistência de recurso e dá outras providências no âmbito da Procuradoria Geral Federal]. Diário Oficial da União: seção 1: Presidência da República/Advocacia-Geral da União, Brasília, ano 153, n. 144, p. 10, 28 jul. 2016.

BRASIL. Lei 10.522, de 19 de julho de 2002. [Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências]. *Diário Oficial da União*: seção 1: Poder Legislativo, Brasília, ano 139, n. 139, p. 1, 22 jul. 2002.

COMITÊ DE GOVERNANÇA DA AGU. *Resolução nº 3, de 21 de dezembro de 2020*. [Aprova o Portfólio Projetos Estratégicos do Plano Estratégico Institucional 2020-2023 da Advocacia-Geral da União]. Suplemento A do Boletim Eletrônico de Serviços da AGU: Brasília, n. 52, 30 dez. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. *Justiça em Números 2013*: ano-base 2012. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2013.

CONSULTOR JURÍDICO. *Estratégia da AGU para redução de litígios extingue processos*. Conjur, São Paulo, 17 mar. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-mar-17/estrategia-reducao-litigios-agu-extingue-280-mil-processos>. Acesso em: 17 mar. 2021.

CONTEXTO JURÍDICO. *Os campeões de processos no Tribunal da Cidadania*. JusBrasil, São Paulo, 24 fev. 2014. Disponível em: <https://contexto-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/238612161/os-campeoes-de-processos-no-tribunal-da-cidadania>. Acesso em: 17 mar. 2021.

CORREGEDORIA-GERAL DA ADVOCACIA DA UNIÃO - CGAU. *Relatório de Correição Ordinária nº 0053/2020*. Processo administrativo NUP 00400.000129/2021-48, sequencial 1, 11 nov. 2020.

ESCOLA NACIONAL DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ENAP. *19º Concurso Inovação no Serviço Público*, 2014. Disponível em: <https://inovacao.enap.gov.br/19o-concurso/>. Acesso em: 17 mar. 2021.

PROCURADORIA-GERAL DA UNIÃO - PGU. *Departamento de Servidores Cíveis e Militares e Departamento de Serviço Público*. Despacho Conjunto nº 01/2012/DCM-DSP/PGU/AGU. [Institui o Programa de Redução de Litígios]. Processo administrativo NUP 00405.002568/2012-54, sequencial 1, 17 abr. 2012a.

_____. *Departamento de Servidores Cíveis e Militares*. Despacho s/n. [Proposta de autorização de desistência de recursos no STJ]. Processo administrativo NUP 00405.002568/2012-54, sequencial 2, 19 jun. 2012b.

_____. *Departamento de Servidores Cíveis e Militares*. Despacho s/n. [Proposta de autorização de desistência de recursos no STJ]. Processo administrativo NUP 00405.002568/2012-54, sequencial 2, 19 jun. 2012b.

_____. *Departamento de Servidores Cíveis e Militares*. Despacho nº 075/2014/NSN/DCM/PGU/AGU, complementado pelo Despacho nº 093/2014/NSN/DCM/PGU/AGU. [Estudo de dois anos de execução do Programa de Redução de Litígios]. Processo administrativo NUP 00405.002568/2012-54, sequencial 3, 9 abr. 2014a.

_____. *Departamento de Servidores Cíveis e Militares*. Despacho nº 130/2014/DCM/PGU/AGU. [Relatório de êxito da União em Agravo Regimental no STJ]. Processo administrativo NUP 00405.002568/2012-54, sequencial 14, 19 nov. 2014b.

_____. Procurador-Geral da União. *Despacho nº 500/2014/GAB/PGU/AGU*. [Orientações de redução de litígios às Procuradorias Regionais da União]. Processo administrativo NUP 00405.002568/2012-54, sequencial 11, 15 jul. 2014c.

SANTOS, Giselli dos. *Programa de Redução de Litígios e de Aperfeiçoamento da Defesa Judicial da União: o contribuir da Advocacia-Geral da União para eficiência da prestação da tutela jurisdicional*. Publicações da Escola da AGU: Curso de Formação para Advogados da União 2013: trabalhos selecionados - Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal, v. 1, n. 28, p. 243-258, maio. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Relatório Estatístico – Ano: 2010. Brasília: *Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica*, 2010.

_____. Relatório Estatístico – Ano: 2011. Brasília: *Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica*, 2011, p. 5.

_____. Relatório Estatístico – Ano: 2012. Brasília: *Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica*, 2012, p. 6.

_____. Relatório Estatístico – Ano: 2013. Brasília: *Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica*, 2013, p. 7.

_____. Relatório Estatístico – Ano: 2014. Brasília: *Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica*, 2014, p. 7.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ; ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU. Acordo de Cooperação Técnica STJ nº 4/2020. [Racionalizar a tramitação dos processos relacionados aos órgãos e às entidades públicas representados pela AGU, além da execução de projetos ou eventos de interesse comum ligados à prevenção de litígios, ao gerenciamento de precedentes qualificados e ao fomento da resolução consensual das controvérsias]. *Diário Oficial da União*: Seção 3: Poder Judiciário, Brasília, ano 158, n. 121, p. 107, 26 jun. 2020.

WATANABE, Eduardo. A gestão por resultados na Procuradoria-Geral da União. *Revista da AGU*, v. 12, n. 38, p. 9-38, out./dez. 2013.

A ATIVIDADE CONSULTIVA DA
ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
NA CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE
AJUSTAMENTO DE CONDUTA:
EXPERIÊNCIA DA CONSULTORIA
JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DA
JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA

*THE ADVISORY ACTIVITY OF THE ATTORNEY GENERAL'S
OFFICE IN THE EXECUTION OF TERMS OF ADJUSTMENT
OF CONDUCT: EXPERIENCE OF LEGAL CONSULTING WITH
THE MINISTRY OF JUSTICE AND PUBLIC SECURITY*

Priscila Helena Soares Piau

*Advogada da União, Especialista em Advocacia Pública pela Escola da Advocacia-
Geral da União (EAGU), Coordenadora-Geral de Análise Jurídica de Atos
Normativos da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança
Pública*

SUMÁRIO: Introdução; 1. Termo de ajustamento de conduta e sua importância para a resolução de conflitos no âmbito da administração pública; 2. Importância da atuação da consultoria jurídica na aferição da legalidade dos termos de ajustamento de conduta; 3. Necessidade de estabelecimento de parâmetros para a atuação do gestor público: discricionariedade limitada quando

da celebração de termos de ajustamento de conduta; 4. O papel da consultoria jurídica na busca pelo não cometimento de abusos quando da celebração do termo de ajustamento de conduta; 5. Novo paradigma normativo no âmbito da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública para celebração de termos de ajustamento de conduta: Portaria MJSP nº 34, de 2021; 6. Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo dispor a respeito do papel das Consultorias Jurídicas na celebração dos termos de ajustamento de conduta, notadamente quando do exercício do controle de juridicidade dos atos da administração pública. Considerando que a discricionariedade deve sempre ser pautada pelo interesse público subjacente, entende-se como dever de os órgãos de consultoria orientar o gestor na escolha da medida que se revele mais adequada para a satisfação das finalidades públicas, sem, com isso, incorrer em indevida invasão do mérito administrativo, o qual não deve servir de blindagem aos órgãos públicos para o cometimento de arbitrariedades ou irregularidades.

PALAVRAS-CHAVE: Consultorias Jurídicas. Termos de ajustamento de conduta. Controle de juridicidade dos atos. Administração Pública. Mérito Administrativo.

ABSTRACT: The purpose of this article is to provide for the role of Legal Consultants in the conclusion of the terms of conduct adjustment, especially when exercising legal control over the acts of public administration. Considering that the discretion must always be guided by the underlying public interest, it is understood as the duty of the consulting bodies to guide the manager in choosing the measure that is most appropriate for the satisfaction of public purposes, without incurring undue invasion administrative merit, which should not serve as a shield for public bodies to commit arbitrariness or irregularities.

KEYWORDS: Legal Consultancy. Conduct Adjustment Terms. Control of the Legality of Acts. Public Administration. Administrative Merit.

1. INTRODUÇÃO

O objeto deste trabalho é analisar o papel dos órgãos consultivos da Advocacia-Geral da União na aferição da legalidade dos termos de ajustamento de conduta, com enfoque especial para a atuação da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública e o avanço normativo sobre o tema no âmbito desta Pasta.

Para isso, no primeiro capítulo, abordam-se aspectos gerais referentes ao termo de ajustamento de conduta, com destaque ao seu fortalecimento no âmbito da administração pública, em especial na Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

No segundo capítulo, objetiva-se destacar a importância do atuar dos órgãos de execução da Advocacia-Geral da União, notadamente das Consultorias Jurídicas, quando do exercício do controle de legalidade dos ajustes de conduta.

No terceiro capítulo, advoga-se pela necessidade de estabelecimento de parâmetros mínimos para a atuação do gestor público quando da prática de sua competência discricionária. A discricionariedade, como consabido, não pode ser confundida com arbitrarismos, nem como chancela para o cometimento de irregularidades. Dessa forma, ao se buscar a fixação de balizas gerais para a celebração de termos de ajustamento de conduta, a administração pública acaba conferindo maior segurança jurídica no ato de administrar, permitindo maior controle por parte dos órgãos competentes, dentre os quais destacam-se os órgãos de consultoria junto aos Ministérios e o próprio Tribunal de Contas da União.

A partir desta premissa de que a discricionariedade administrativa não significa arbitrariedade tampouco liberdade irrestrita ao gestor, sustenta-se, ainda, no quarto capítulo constituir dever das Consultorias Jurídicas atuar de forma a evitar o cometimento de abusos quando da celebração do termo de ajustamento de conduta.

Por último, chama-se a atenção para a realidade vivenciada na atualidade pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, o qual, objetivando parametrizar a atuação do gestor, estabeleceu critérios mínimos voltados à celebração dos termos de ajustamento de conduta pela Secretaria Nacional do Consumidor.

Cuida-se de prática inovadora, a qual se revela, do ponto de vista do interesse público e da legalidade, bastante promissora, pois, ao balizar a atuação do administrador no tocante à celebração de ajustes de conduta, o Poder Público acaba contribuindo para o atingimento da finalidade a que se presta o termo de ajustamento de conduta, bem como evitando o

cometimento de abusos e arbitrarismos, em atenção aos princípios que regem o Estado Democrático de Direito.

1. TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E SUA IMPORTÂNCIA PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O termo de ajustamento de conduta é instituto recente no ordenamento jurídico nacional, haja vista ter sido positivado apenas no final do século XX, com a edição da Lei nº. 8.069, de 1990, a qual, por meio do art. 211, autorizava os órgãos públicos legitimados a tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta. Posteriormente, similar previsão foi inserida pelo Código de Defesa do Consumidor (art. 113) à Lei nº. 7.347, de 1985, permitindo, assim, o uso do instituto em todo o processo coletivo brasileiro.

Os dispositivos normativos citados têm por fim apenas assegurar como possível a celebração do termo de ajustamento de conduta pelos legitimados, sem, contudo, tecer minúcias a respeito da natureza jurídica do instituto e demais procedimentos para sua adequada utilização, o que ficou a cargo da doutrina e da jurisprudência.

No que tange especificamente à natureza jurídica, Geisa de Assis Rodrigues advoga por seu enquadramento como um “negócio jurídico da Administração”.

Nesse sentido, salienta a autora (RODRIGUES, 2011, p. 138):

Consideramos ser o ajustamento de conduta um negócio jurídico da Administração, e não um negócio jurídico administrativo, em que a Administração esteja em uma posição superior ao administrado. Conforme já verificamos, o ajustamento de conduta é meio de se garantir a prevenção do dano ou sua reparação no âmbito civil, e por isso não tem sentido imaginar que o legitimado ativo, pela sua natureza de órgão público, possa estar em uma situação de superioridade desmedida. Há, decerto, uma submissão do obrigado, que ameaçava ou violava o direito transindividual ao cumprimento de uma conduta definida pelo Órgão público, não por qualidades intrínsecas, mas por estar este defendendo os direitos transindividuais.

A doutrina de Ana Luiza Nery (2017, p. 64), por sua vez, enquadra o compromisso de ajustamento de conduta como uma transação híbrida, adotando, para tanto, as seguintes razões:

A outra característica do compromisso de ajustamento de conduta que deve ser observada para diferenciá-lo da transação *stricto sensu* é justamente o fato de unir a manifestação de vontade do particular, que deverá obedecer aos princípios de direito privado, e a manifestação de vontade do órgão público, que deverá obedecer à *principiologia* de direito público.

Assim, podemos dizer que o compromisso de ajustamento de conduta possui natureza jurídica de transação híbrida, porque deve respeitar a *principiologia* do direito público e do direito privado para cumprir os requisitos de validade do negócio jurídico, característica que distingue o ajustamento de conduta da transação, instituto de direito privado inserido no art. 840 do CC.

Dos ensinamentos da autora Ana Luiza Nery, é possível extrair que, como uma transação híbrida, o termo de ajustamento de conduta submete-se à *principiologia* de direito público e privado, razão pela qual deve observância aos princípios da solidariedade, da função social do contrato, da lealdade, e, ao mesmo tempo, aos princípios da legalidade, da eficiência, da razoabilidade e da proporcionalidade, do interesse público, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e do acesso à justiça.

Por observância aos citados princípios, Geisa de Assis conclui, em sua obra (2011, p. 100-101), que “a realização do termo de ajuste de conduta tem que ocorrer à luz do fim da norma, ou seja, só deve ocorrer quando se revelar a melhor solução para a tutela dos direitos transindividuais”.

Os compromissos de conduta surgiram, portanto, no contexto de se procurar meios alternativos de proteção de direitos transindividuais, de forma a contribuir para uma tutela mais efetiva e adequada desses direitos. Dessa forma, ainda segundo a autora Geisa de Assis (2011, p. 105), o ajuste de conduta não objetiva substituir a atividade jurisdicional, mas complementá-la nos casos em que a solução negociada se revele mais apropriada.

No âmbito da administração pública, especialmente, os termos de ajuste de conduta vêm ganhando especial protagonismo, haja vista constituírem meios ágeis e eficazes para coibir condutas indesejáveis, bem como obter valores aos cofres públicos em menor espaço de tempo.

A Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública, por exemplo, tem se mostrado extremamente favorável à formalização desses compromissos.

Em levantamento realizado pelo próprio órgão considerado o período compreendido entre o ano de 2019 e fevereiro de 2021, constatou-se que,

no ano de 2019, não foi firmado nenhum ajuste; ao passo que, no ano de 2020, foram entabulados quatro; e, no ano de 2021, foi assinado um compromisso, totalizando cinco, dos quais quatro foram termos preventivos relacionados à pandemia da covid-19.

Como se pode antever, no âmbito da Secretaria Nacional do Consumidor, houve um crescimento significativo do número de termos de ajustamento de conduta no ano de 2020, exercício este em que fora publicada a Portaria nº. 71, de 28 de fevereiro de 2020, pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, a qual tinha por fim traçar diretrizes mínimas para a celebração destes negócios. Acredita-se, então, que a publicação desta normativa serviu de incentivo para o fortalecimento deste tipo de instrumento no âmbito daquele órgão, constituindo o início de um futuro promissor voltado à resolução mais célere de conflitos na administração.

Não bastasse isso, acredita-se que o incremento do número de compromissos firmados pela Secretaria Nacional do Consumidor também serviu para o fortalecimento do papel dos órgãos de consultoria junto aos Ministérios, notadamente quando do exercício do controle de juridicidade dos atos. Sobre este ponto específico, passa-se a analisar adiante.

2. IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DA CONSULTORIA JURÍDICA NA AFERIÇÃO DA LEGALIDADE DOS TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Por força do art. 131 da Constituição Federal, à Advocacia-Geral da União incumbe a representação judicial e extrajudicial da União, cabendo-lhe, nos termos da Lei Complementar nº. 73, de 1993, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Como se observa, à Advocacia-Geral da União é reservado, no plano constitucional, duplo papel, seja na realização da representação judicial e extrajudicial da União, seja no exercício das atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

No que tange à atividade de consultoria jurídica, entende tratar-se de uma das funções mais relevantes da advocacia pública, haja vista que “a situação ideal de realização do Direito é o cumprimento espontâneo das normas” (MOESSA DE SOUZA, 2009, p. 166). Presta-se a atividade de consultoria, então, como uma importante forma de prevenção de conflitos jurídicos envolvendo o Poder Público.

Além de contribuir para a redução da morosidade do Judiciário, a atividade de consultoria também se dedica a assegurar maior segurança jurídica na adoção de medidas por partes dos gestores públicos, contribuindo,

assim, para o crescimento do grau de confiabilidade da sociedade nas instituições públicas.

No âmbito da Advocacia-Geral da União, essa importante atividade é exercida por intermédio das Consultorias Jurídicas, nos termos do art. 11 da Lei Complementar nº. 73, de 1993, as quais constituem órgãos de execução da Advocacia-Geral da União. Dentre as funções exercidas pelas Consultorias Jurídicas, destaque-se a de “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”.

Como se vê, incumbe às Consultorias Jurídicas o denominado controle preventivo da juridicidade dos atos da administração. Ensina a doutrina que “tal controle de legalidade é uma obrigação institucional dos procuradores públicos, como um poder-dever que tem como objetivo a proteção do interesse público, ou o interesse de toda a sociedade” (MOURÃO, 2009, p. 136). Sobre este aspecto, esclarece ainda o escólio doutrinário de Patrícia Massa (1997, p. 115-123):

o procurador público, como órgão público, cujas palavras emitidas são as palavras do próprio Estado, está investido do poder-dever de amplo exame da legalidade, não devendo lhe escapar a verificação dos critérios que legitimam a ação da Administração.

Ainda sobre o papel do Advogado Público, destaque-se excerto esclarecedor (MOURÃO, p. 2009, p. 136):

Diante da superação da ideia convencional de legalidade como vinculação positiva do administrador à lei e a, conseqüente, consagração do princípio da juridicidade, que não aceita a ideia da administração vinculada exclusivamente às regras prefixadas nas leis, mas sim ao próprio direito, a atividade consultiva assume uma face ativa de orientação jurídica. Nessa atuação, o Advogado de Estado deve apresentar caminhos permitidos pelo nosso ordenamento, para a efetivação da decisão gerencial, bem como tomar as atitudes necessárias para a correção de ilicitudes e responsabilização dos culpados. Se a função de consultoria permite desvencilhar de amarras causadas por dispositivos legais teratológicos, por outro lado, também autoriza um maior controle do ato administrativo irrazoável, desproporcional ou imoral.

Como se observa, cuida-se de atribuição de suma relevância para a concretização das finalidades do Estado Democrático de Direito, haja

vista ter por objetivo claro e evidente o de conferir à atuação do gestor público maior segurança jurídica, evitando-se, assim, a eclosão de conflitos entendidos como desnecessários e evitáveis.

César Kirsch (2006, p. 81) lembra que a adoção de controle preventivo é também uma questão de obediência ao princípio constitucional da eficiência, senão vejamos:

o governante não pode olvidar que a máquina estatal deve agir com o máximo de eficiência, conforme prevê o art. 37 da Lei Maior, tornando-se, destarte, imperiosa a participação da AGU na elaboração do plano político, para conferir segurança e credibilidade jurídicas, evitar desperdício de tempo e danos aos administrados, assim como prevenir equívocos dos próprios governantes.

Pois bem. Resta evidente que a atuação preventiva realizada pelas unidades de consultoria da Advocacia-Geral da União opera em atenção aos princípios da legalidade, da segurança jurídica e da eficiência, na medida em que confere maior respaldo aos atos expedidos pela administração, provocando, com isso, a diminuição do número de feitos na atividade contenciosa, sem falar no ganho de legitimidade para o ente público cumpridor de seus deveres jurídicos e, ainda, no ganho social para a coletividade decorrente da maior previsibilidade jurídica das condutas do ente estatal.

No caso específico dos termos de ajustamento de conduta, a Advocacia-Geral da União, por meio do Parecer nº 55/2020/DECOR/CGU/AGU, aprovado pelo dirigente máximo da instituição (Despacho do Advogado-Geral da União nº 008), firmou entendimento, partindo de uma interpretação do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997, de que constitui obrigatória a intercessão da Advocacia-Geral da União na celebração dos compromissos de ajustamento de conduta. Nesse sentido, destaque-se excerto esclarecedor:

a) a autorização para celebração de termos de ajustamento de conduta a que se refere o parágrafo único do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997, aplica-se indistintamente a todos os TAC's a serem celebrados pela Administração Pública Federal, incluindo aqueles em que atue como compromitente ou como compromissária, aqueles em que ambas as partes dos instrumentos compõem a Administração, a celebração dos aditamentos correspondentes, bem como se aplica aos TAC's a que se refere o art. 32 da Lei nº 13.848, de 2019, o § 1º do art. 29 da Lei nº 9.656, de 1998, dentre outros previstos em legislação específica, em respeito ao que determina o art. 7º-A da Lei nº 9.469, de 1997;

b) a necessária intercessão da Advocacia-Geral da União prevista no parágrafo único do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997, possui natureza obrigatória, sendo que a manifestação favorável do AGU, ou do órgão delegado/subdelegado, representa condição necessária para a celebração do termo de ajustamento de conduta, não obstante, registre-se que referenciada manifestação da Advocacia-Geral da União, e de órgãos que lhe são vinculados, alcança estritamente aspectos relacionados à juridicidade dos instrumentos, em respeito às competências que são determinadas pelo art. 131 da Constituição Federal, escapando da análise questões de ordem técnica e relacionadas ao mérito administrativo, à conveniência e à oportunidade, considerando que o próprio parágrafo único do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997, determina que “manifestação sobre a viabilidade técnica, operacional e financeira das obrigações a serem assumidas em termo de ajustamento de conduta” encontra-se na alçada do órgão (ou entidade) administrativo competente; e (...)

Como se vê, a intercessão da Advocacia-Geral da União prevista no parágrafo único do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997, ou do órgão delegado/subdelegado, representa condição necessária para a celebração dos termos de ajustamento de conduta. Em outras palavras, não há que se cogitar da celebração desses ajustes sem a participação da Advocacia-Geral da União, a qual é exercida por meio de suas Consultorias Jurídicas.

Nesse ponto, impende chamar a atenção para a existência da Portaria AGU nº 12, de 16 de janeiro de 2020 - por meio da qual foi delegada a competência prevista no art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997, ao Consultor-Geral da União, e da Portaria CGU nº 06, de 06 de fevereiro de 2020, a qual subdelega a competência de que trata a Portaria AGU nº 12, de 2020, aos Consultores Jurídicos junto aos Ministérios, quando o órgão da estrutura da Pasta constar como tomador de compromisso.

A partir da edição das Portarias retromencionadas, o que foi feito ainda no início do ano de 2020, passou a ser de competência dos Consultores Jurídicos junto aos Ministérios autorizar a celebração dos termos de ajustamento de conduta, nos termos do que preceitua o art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 1997, em substituição ao Advogado-Geral da União.

Essa atuação, contudo, da Advocacia-Geral da União e, conseqüentemente, de suas Consultorias Jurídicas, deve ficar adstrita, como restou sedimentado também no opinativo jurídico citado alhures, a apenas os aspectos relacionados à juridicidade dos instrumentos, não abarcando a análise de questões de ordem técnica e relacionados ao mérito administrativo.

Tendo em conta essa limitação de atuação, questionamentos têm se avolumado a respeito dos limites da atuação consultiva, os quais serão melhor abordados adiante.

3. NECESSIDADE DE ESTABELECIMENTO DE PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO DO GESTOR PÚBLICO: DISCRICIONARIEDADE LIMITADA QUANDO DA CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Como já salientado, não há direito adquirido à celebração do termo de ajustamento de conduta. Nesse compasso, tem-se que a realização do ajuste deve ocorrer à luz do fim da norma, ou seja, “quando se revelar a melhor solução para a tutela dos direitos transindividuais” (RODRIGUES, 2011, p. 100-101).

Indo mais além, não só a própria celebração deve estar sob a égide desse fim normativo, como também o seu próprio conteúdo sempre deve favorecer a proteção dos direitos transindividuais. Diante disso, pode-se concluir não ter sido a regra concebida para assegurar eventual direito do transgressor (RODRIGUES, 2011, p. 100-101). Entender em sentido contrário significaria transmutar a própria essência do instituto que passaria a constituir um verdadeiro prêmio para quem sempre violou as normas, o que se revela claramente inconcebível.

O ajuste de conduta tem como importante fim o de promover, frise-se, a prevenção da lesão ao direito transindividual. De igual modo, a norma tem como objetivo ensejar uma tutela mais rápida desse tipo de direito, uma vez que as decorrências da lentidão dos mecanismos formais de justiça se tornam dramáticas para a sua proteção. A relevância dos direitos transindividuais estimulou o legislador a engendrar um mecanismo mais expedito para a sua tutela (RODRIGUES, 2011, p. 100-101).

Ao pretender celebrar, por conseguinte, o termo de ajustamento de conduta, a Administração Pública deve partir da premissa de se tratar sempre de solução negociada mais apropriada, e, por que não, mais eficiente.

Como se sabe, a administração deve agir com presteza, perfeição e rendimento funcional, primando pelo atendimento ao princípio da legalidade (NERY, 2017, p. 83).

Tendo em conta o princípio da legalidade, certo é que já não basta ao Estado agir segundo a lei, deve agir, também, em busca do resultado rápido, perfeito e satisfatório ao atendimento das necessidades e dos interesses coletivos. Assim (NERY, 2017, p. 83),

o princípio da eficiência insere nova lógica ao princípio da legalidade, ao determinar a insurgência de uma legalidade finalística e material

– dos resultados práticos alcançados –, e não mais uma legalidade meramente formal e abstrata.

Para José Afonso da Silva (2017, p. 671-672), a eficiência administrativa se obtém pelo melhor emprego dos recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor atender os anseios coletivos.

Pelo princípio da eficiência, toda a ação administrativa deve estar orientada para a concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei. Somente há o respeito e a observância ao princípio da eficiência administrativa quando o administrador respeita o ordenamento jurídico, mesmo diante de finalidade legal efetivamente alcançada (NERY, 2017, p. 83).

Bandeira Mello (2010, p. 117-118) entende que o princípio da eficiência está intrinsecamente ligado ao princípio da legalidade, porquanto o agente que não busca a eficiência não age conforme a lei, configurando-se, portanto, princípio derivado do bem administrar.

Dessa forma, quando da celebração do termo de ajustamento de conduta, a administração não pode agir em contrariedade ao princípio da eficiência, sob pena de assim incorrer em violação ao primado maior da legalidade.

Mesmo que sob o pálio do exercício de competência discricionária, a administração não está alheia ao primado da legalidade e, tão logo, à busca de concretização do princípio da eficiência, haja vista que inexistente discricionariedade pura, quando da decisão de celebração pela administração de termo de ajustamento de conduta, “pois a escolha do melhor caminho e da fundamentação para isso torna o ato administrativo vinculado, desprovido, portanto, de discricionariedade” (NERY, 2017, p. 190). Nessa toada, conclui-se que não existe discricionariedade à margem da lei, e sim em virtude da lei e à medida que a lei tiver disposto (GARCIA DE ENTERRIA, 1998, p. 445). Daí, afirmarem que a discricionariedade é um típico caso de remissão legal e, portanto, obedece ao princípio da legalidade (NERY, 2017, p. 80).

Como se sabe, com a superação do Estado Legal do Direito, a discricionariedade passou a ser compreendida como a liberdade de apreciação limitada pelo direito e também pela moral. Dessa forma (PIETRO, 2012, p. 160):

o princípio da legalidade há de ser observado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico e adotado no chamado Estado legal, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em Estado de Direito propriamente dito.

O princípio da razoabilidade, por exemplo, não está previsto de forma expressa na Constituição da República, mas é possível afirmar que ele está implicitamente previsto no texto constitucional, como decorrência da própria ideia de Estado Democrático e do princípio da legalidade, agora considerado em seu sentido amplo, a abranger tanto o seu aspecto formal (lei em sentido estrito), como também o seu aspecto axiológico, que abarca valores e princípios essenciais à justiça e dignidade da pessoa humana (PIETRO, 2012, p. 202).

Partindo, portanto, da ideia de que a discricionariedade deve obediência ao direito – a abranger, como já salientado, os princípios que integram a base do sistema jurídico, também deve obediência ao princípio da razoabilidade.

Celso Antonio Bandeira de Mello (RDP 86/55-56, apud PIETRO, 2012, p. 220) parte da ideia de que, se a lei outorga poderes discricionários à administração pública, é porque quer que ela, diante do caso concreto, encontre a melhor solução para atender ao interesse público.

Diante disso, não se admite que a administração, valendo-se do exercício de sua competência discricionária, incorra em violação ao princípio da legalidade e, tão logo da eficiência, da razoabilidade, da boa-fé objetiva e do interesse público. Deve a administração, portanto, buscar sempre a melhor alternativa para a resolução do caso concreto, a proporcionar os maiores ganhos coletivos.

Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade, às vezes, se reduz no caso concreto, em que os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução. Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade (PIETRO, 2012, p. 220).

No caso específico do ajuste de conduta, tem-se que o ordenamento jurídico, ao permitir que os órgãos públicos tomem dos interessados compromissos, confere certa margem de disposição, a qual, contudo, deve ser pautada sempre pelo interesse público subjacente, e demais princípios essenciais à manutenção hígida do Estado Democrático de Direito.

Um acordo de vontades celebrado com a observância do rigor da lei – o que, certamente, inclui os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e voltado ao atendimento do bem comum certamente representa “um ganho social muito maior do que uma longa demanda judicial para o alcance do mesmo objetivo” (MOREIRA, 2014, p. 25).

Em contrapartida, caso o ajuste incorra em violação ao primado da legalidade, e seus consectários, impõe-se o controle de legalidade dos atos praticados. Não há que se defender a existência de discricionariedade

pura e simples, no caso, quando restar demonstrado o não atingimento da finalidade legal posta à administração, que é a busca pela melhor solução, aquela que atende certamente os princípios da eficiência, do interesse público e da razoabilidade. Entender em sentido contrário significa dar azo a comportamentos arbitrários e avessos ao direito.

A discricionariedade administrativa não significa, de forma alguma, arbitrariedade nem liberdade irrestrita ao gestor. Por certo, existem limites que precisam ser respeitados, sob pena do ato ser ilegal e ilegítimo. Assim, se um ato aparentemente discricionário exorbitar esses limites, apontar essa ilegalidade não se configurará uma indevida invasão do mérito administrativo, mas tão somente a constatação da ocorrência de ilegalidade. Afinal, nenhum gestor está autorizado pela lei a decidir, com base em um juízo de conveniência e oportunidade, se contraria ou se cumpre a legislação vigente (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 47-48).

Haverá casos, portanto, em que (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 47-48):

para além de qualquer dúvida, qualquer sujeito em uma inteligência normal, razoável (e assim, também, a fortiori, o Judiciário) poderá concluir que, apesar da discricção outorgada pela norma, em face de seus *termos* e da finalidade que a anima, dada situação ocorrida não comportava senão uma determinada providência, ou então que, mesmo comportando mais de uma, certamente não era aquela que foi tomada.

Não há que se falar, portanto, em mera subsunção ao mérito administrativo e, portanto, em questão afeta unicamente ao tomador de decisão - a qual escaparia do espectro de competência da Consultoria Jurídica, quando a redução concedida em eventual multa aplicada ultrapassar o razoável e proporcional e inexistir, nos autos, justificativa mais rigorosa a balizar o benefício concedido. Entender em sentido contrário implicaria a chancela de possíveis abusos e arbitrarismos - os quais, a despeito de terem sido praticados em nome da discricionariedade, não estariam em conformidade com o direito, notadamente tendo em conta a própria finalidade do termo de ajustamento de conduta, que é melhor atender os anseios coletivos e satisfazer, assim, o interesse público.

Diante do exposto, ao apontar supostas ilegalidades e determinar que o órgão escolha discricionariamente outra forma para atingir as finalidades preconizadas pelos normativos vigentes quando da celebração do termo de ajustamento de conduta, especialmente quando inexistem razões a justificar a benesse concedida, não estar-se-á violando o mérito dos atos administrativos discricionários eventualmente editados, mas

tão somente cumprindo o seu dever legal de identificar e determinar a correção de ilegalidades (BRASIL, 2019).

4. O PAPEL DA CONSULTORIA JURÍDICA NA BUSCA PELO NÃO COMETIMENTO DE ABUSOS QUANDO DA CELEBRAÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Como já explicitado, a discricionariedade administrativa não significa, de forma alguma, arbitrariedade nem liberdade irrestrita ao gestor. Por certo, existem limites que precisam ser respeitados, sob pena do ato ser ilegal e ilegítimo. Assim, se um ato aparentemente discricionário exorbitar esses limites, apontar essa ilegalidade não se configurará uma indevida invasão do mérito administrativo, mas tão somente a constatação da ocorrência de ilegalidade.

No caso dos ajustes de conduta, a despeito de recomendado (RODRIGUES, 2011, p. 118), não há, até então, a fixação, para a administração como um todo, de parâmetros mínimos gerais a serem observados pelo gestor público, quando da sua celebração. Entende-se, contudo, que isso, por si só, não impede de as Consultorias Jurídicas, em sede de controle preventivo da juridicidade dos atos da administração, exercerem o seu papel, notadamente em situações nas quais o percentual de redução eventualmente concedido ultrapasse o razoável e proporcional e não exista nos autos justificativa da área técnica suficiente para legitimar a remissão concedida.

Segundo o Supremo Tribunal Federal,

O princípio da proporcionalidade qualifica-se – enquanto coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 56/57, itens ns. 18/19, 4ª ed., 1993, Malheiros; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 46, item n. 3.3, 2ª ed., 1995, Malheiros) – como postulado básico de contenção dos eventuais excessos do Poder Público.

Essa é a razão pela qual a doutrina, após destacar a ampla incidência desse postulado sobre os múltiplos aspectos em que se desenvolve a atuação do Estado – inclusive sobre a atividade estatal de produção normativa –, adverte que o princípio da proporcionalidade, essencial à racionalidade do Estado Democrático de Direito e imprescindível à tutela mesma das liberdades fundamentais, proíbe o excesso e veda o arbítrio do Poder (...) (BRASIL, 2002).

Como se observa, o princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes. Dessa forma, ensina o então ministro da Suprema Corte, Celso de Mello que:

A validade jurídico-material das manifestações do Estado, analisadas em função de seu conteúdo intrínseco, passa a depender, essencialmente, da observância de determinados requisitos que pressupõem “não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, mas também a adequação desses meios para consecução dos objetivos pretendidos (...) e a necessidade de sua utilização (...)”, de tal modo que “Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (...)” (GILMAR FERREIRAMENDES, “A proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, “in” Repertório IOB de Jurisprudência, n. 23/94, p. 475) (BRASIL, 2002).

Partindo dessa compreensão, entende-se que o Estado não dispõe de competência ilimitada para firmar, de forma imoderada e irresponsável, ajustes de conduta, a ponto de gerar com o seu comportamento institucional, situações de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal.

Nessa linha, reconhece a Suprema Corte (BRASIL, 2002) que, mesmo nas hipóteses de seu discricionário exercício, a atividade administrativa deve desenvolver-se em estrita relação de harmonia com o interesse público, de forma que apresenta-se censurável a validade jurídica de atos estatais que, desconsiderando as limitações que incidem sobre o poder normativo do Estado, veiculem prescrições que ofendam os padrões de razoabilidade e que se revelam destituídas de causa legítima, exteriorizando abusos inaceitáveis e institucionalizando agravos inúteis e nocivos aos direitos da coletividade.

No caso específico dos termos de ajustamento de conduta, não há que se cogitar na existência de óbice, por si só, para a concessão de percentuais de redução em multas aplicadas.

Como se sabe, o Tribunal de Contas (BRASIL, 2019), ao se debruçar sobre TACs realizados pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL admitiu o perdão de cem por cento da multa cominada no processo administrativo sancionatório. Ocorre que, na hipótese, não se tratava de remissão pura e simples, haja vista que o que, na realidade, se admitiu foi a convalidação do valor integral da multa em obrigação de fazer, e de não fazer.

Conforme destacado pela Corte de Contas (BRASIL, 2019), o recebimento do valor da multa, após longo processo administrativo, é “frequentemente protelado mediante judicialização do feito”, e que a “discricionariedade do regulador para alcançar os objetivos do setor” permite que o termo de ajustamento de conduta se apresente como “alternativa igualmente válida em relação à persecução da sanção pecuniária”.

Ainda naquela oportunidade, fora ressaltado que constitui dever da Corte de Contas (BRASIL, 2019) apontar a existência de irregularidades ou ilegalidades cometidas no curso da instrução dos ajustes de conduta, bem como determinar, se o caso assim convier, que o órgão “escolha discricionariamente outra forma para atingir as finalidades preconizadas pelos normativos vigentes”, sem que, com isso, esteja violando o mérito dos atos administrativos discricionários, “mas somente cumprindo com o seu dever constitucional de identificar e determinar a correção de ilegalidades”.

De igual maneira, entende-se que também é da competência da Consultoria Jurídica, em sede de controle de juridicidade dos atos da administração, evitar o cometimento de irregularidades e de ilegalidades quando da celebração de termos de ajustamento de conduta, inclusive quando restar evidente, a partir da análise do caso concreto, algum desvio de finalidade quando da celebração da avença, não confundindo sua atuação, nesse particular, com invasão indevida do mérito administrativo, mas sim como exercício de seu mister.

Incumbe, portanto, ao órgão de Consultoria orientar a atuação do gestor no sentido, por exemplo, de elaborar manifestação mais rigorosa a justificar a excepcionalidade do desconto concedido em dado caso concreto, notadamente quando o percentual destoia, de forma bastante significativa, de outros casos já firmados pelo órgão, bem como orientar, a depender do caso, que o perdão da multa, na linha do que foi decidido pela Corte de Contas (BRASIL, 2019), seja convolado, na medida do possível, em obrigações de fazer, e não fazer, com vistas a assim satisfazer o interesse público subjacente à celebração dos termos de ajustamento.

Nesse sentido, a atuação da Consultoria Jurídica deve ser no sentido de evitar ilegalidades ou irregularidades, bem como voltar-se sempre para melhor satisfação do interesse público, o que envolve, inclusive, o dever de orientar o gestor público a respeito da melhor forma de agir, sem, com isso, incorrer em indevida invasão do mérito administrativo, como já reconheceu, inclusive, o Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2019).

Nessa toada, existentes casos de clara disparidade no que tange à concessão de desconto, entende-se como dever da Consultoria Jurídica atuar junto ao setor competente, exigindo maior rigorismo na exposição dos motivos que levaram à adoção de tais medidas, o que se faz em atenção

ao princípio da segurança jurídica, da legalidade e da eficiência. Resta claro, como já salientado, que inexistem óbices à concessão de descontos, notadamente quando ausente norma nesse sentido, ocorre que isso não impede uma atuação mais diligente do órgão de consultoria no sentido de evitar o cometimento de irregularidades no âmbito da administração.

5. NOVO PARADIGMA NORMATIVO NO ÂMBITO DA SECRETARIA NACIONAL DO CONSUMIDOR DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA PARA CELEBRAÇÃO DE TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: PORTARIA MJSP Nº 34, DE 2021

Como já exposto alhures, é dever das Consultorias Jurídicas orientar a atuação do gestor público, quando da celebração dos ajustes de conduta, de forma a buscar sempre a solução mais adequada para o caso concreto. O papel dos órgãos de consultoria, nesse particular, é de extrema relevância e importância para a condução regular destes processos no âmbito da administração e, com isso, satisfação das finalidades públicas dispostas na lei.

Ausente regramento legal, entende-se que a atuação da Consultoria não resta inviabilizada. Contudo, o ideal, até mesmo para fins de maior segurança jurídica, é que haja, sempre que possível o estabelecimento de balizas mínimas voltadas a nortear a atuação do gestor público. Nesse sentido, inclusive, vaticina Geisa de Assis (2011, p. 118),

A ausência total de regras básicas de formulação do ajuste também pode representar um limite ao acesso à justiça pretendido pelo ajuste, simplesmente porque essas regras podem contribuir para que a prática do ajuste seja cada vez mais recorrente e segura.

Como se pode observar, a autora Geisa de Assis (2011, p. 118) também corrobora, em sua obra, com o entendimento a respeito da necessidade de estabelecimento mínimo de regras voltadas à celebração do ajuste. Segundo a autora, tal medida favorece a realização de termo de ajustamento de conduta “na forma mais adequada possível”.

Alinhado a este entendimento, o Ministério da Justiça e Segurança Pública editou, ainda no ano de 2020, a Portaria nº. 71, de 28 de fevereiro de 2020, a qual dispunha de regras, em suma, procedimentais para formalização de termo de ajustamento de conduta nos processos administrativos sancionatórios no âmbito da Secretaria Nacional do Consumidor.

No que tange propriamente à atividade consultiva, a Portaria assim disciplinava:

Art. 11. A Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública será instada a se manifestar sobre a legalidade do termo de ajustamento de conduta depois de concluídas as negociações no âmbito da Secretaria Nacional do Consumidor.

§ 1º A celebração de termo de ajustamento de conduta deverá obedecer às orientações da Advocacia-Geral da União aplicáveis.

§ 2º Ao Advogado-Geral da União compete autorizar a celebração do termo de ajustamento de conduta de que trata esta Portaria, nos termos do parágrafo único do art. 4º-A da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

Como se vê, o ato normativo em apreço em nada inovou no ordenamento jurídico vigente no que se refere à atuação dos órgãos consultivos. Em verdade, a Portaria nº. 71, de 2020, apenas reforçou a necessidade de intercessão obrigatória da Advocacia-Geral da União quando da celebração dos termos de ajustamento de conduta, o que vai ao encontro da previsão inserta no art. 11 da Lei Complementar nº. 73, de 1993, bem como do entendimento firmado pela Advocacia-Geral da União no Parecer nº. 55/2020/DECOR/CGU/AGU.

De toda forma, o citado ato normativo foi considerado um importante avanço no campo normativo, especialmente por reforçar a necessidade de participação da Consultoria Jurídica. Embora, como já salientado, esta previsão decorresse já de comando posto na legislação ordinária, pode-se constatar a existência, no âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, de termos de ajustamento de conduta firmados sem qualquer participação dos órgãos de consultoria, como, por exemplo, ocorreu com o ajuste firmado, nos anos de 2014 e 2016, respectivamente, entre a Secretaria Nacional do Consumidor e a BV Financeira (BRASIL, 2017a) e entre a primeira e a empresa Magazine Luiza (BRASIL, 2017b). Dessa forma, a Portaria nº. 71, de 2020, nesse tocante, representou importante passo na consolidação do entendimento a respeito da necessidade de participação da Consultoria na análise de juridicidade dos termos de ajustamento de conduta.

A despeito se tratar de medida de importância salutar, no ano de 2021, vislumbrou-se a necessidade de aperfeiçoamento da Portaria nº. 71, de 2020, o que levou, então, à edição da recente Portaria nº. 34, de 28 de janeiro de 2021.

A Portaria nº. 34, de 2021, foi editada na gestão do então Ministro de Estado, André Luiz de Almeida Mendonça e trouxe uma série de melhorias para a temática, as quais vão no sentido de conferir maior eficiência à

celebração deste tipo de instrumento, o qual, como já exaustivamente salientado, não deve servir como prêmio para o transgressor, mas sim deve ser adotado apenas quando se revelar como a solução mais apropriada para o caso concreto (RODRIGUES, 2011, p. 100-101).

Dentre as principais inovações trazidas pela Portaria nº. 34, de 2021, destacam-se:

- (1) criação de Comissão responsável pela fase de negociação do termo de ajustamento de conduta, a qual contará com a participação, inclusive, de representantes da Consultoria Jurídica (art. 10 ao art. 14);
- (2) previsão expressa a respeito da possibilidade de ser ajustado com o compromissário o cumprimento de obrigações de fazer, as quais deverão compensar, ainda que parcialmente, a redução concedida em transação da pena pecuniária (art. 17);
- (3) estabelecimento de requisitos mínimos para a concessão de desconto no termo de ajustamento de conduta e a limitação do fator de desconto a até cinquenta por cento do valor da pena de multa, esperada ou aplicada (art. 18); e
- (4) previsão expressa a respeito da perda dos benefícios concedidos, caso haja descumprimento das obrigações assumidas pelo compromissário (art. 28).

Como se observa, cuida-se de inovações importantes, as quais reforçam, ainda mais, o papel da Consultoria Jurídica, que contará com representantes desde a fase de negociação. Nesse ponto, importante chamar a atenção que a participação da Consultoria na fase de negociação limitar-se-á, segundo o § 4º do próprio art. 12 da Portaria nº. 34, de 2021, à análise de juridicidade do termo de ajustamento de conduta, em nada se confundindo, por certo, com o mérito administrativo propriamente dito, o qual continua sendo de alçada do gestor público.

Essa participação na Comissão também, segundo a normativa (§ 2º do art. 22 da Portaria nº. 34, de 2021), não exonera da obrigação de submissão formal do ajuste, ao final do processo de negociação, à Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública para análise jurídica conclusiva da avença. Uma vez opinado favoravelmente, o processo seguirá para autorização de que trata o art. 4º-A da Lei nº. 9.469, de 1997, e, por último, à subscrição das autoridades competentes

Com a participação da Consultoria nestas duas fases, negociação e análise conclusiva, a Portaria nº. 34, de 2021, acaba por conferir especial relevo a estes órgãos consultivos e ao papel do advogado público no curso de todo o processo, contribuindo, assim, para a garantia de maior segurança jurídica aos atos praticados pelo gestor público e, com isso, a adoção de medidas voltadas ao interesse público e aos demais princípios regentes da administração.

Superado este aspecto, urge destacar, ainda, que a proposição pretende também estabelecer balizas mais concretas para a celebração dos termos de ajustamento de conduta no âmbito da Secretaria Nacional do Consumidor, como, por exemplo, o estabelecimento de limite máximo de cinquenta por cento para a concessão de desconto. Com isso, a administração pública, desde já, fixa o quantum máximo de redução é possível em sede de ajustes de conduta, evitando-se, assim, eventuais questionamentos entre os interessados na hipótese de reduções em patamares flagrantemente díspares, bem como a prática de irregularidades ou arbitrariedades. Ao mesmo tempo, a medida confere segurança jurídica ao gestor, bem como maior legitimidade aos seus atos, permitindo o atingimento da finalidade a que se propõem os compromissos - que é obter a melhor solução para a tutela dos direitos transindividuais, em plena observância dos princípios da eficiência, da legalidade e da segurança jurídica.

Outro ponto que merece ser destacado é a previsão a respeito da possibilidade de ser ajustado com o compromissário o cumprimento de obrigações de fazer, as quais deverão compensar, ainda que parcialmente, o desconto concedido em transação da pena pecuniária. Tal proceder já foi, conforme salientado, admitido pela Corte de Contas, segundo a qual:

pelo princípio da supremacia do interesse público, o TAC não poderá ser firmado se os benefícios privados da prestadora, seja por deixar de quitar as multas aplicadas, seja pelos investimentos adicionais em rede que serão incorporados ao seu ativo, forem superiores ao benefício coletivo da sociedade (BRASIL, 2019).

Como se observa, a celebração dos ajustes não deve implicar a obtenção de benefícios privados superiores ao promovido no âmbito coletivo. Dessa forma, ao invés de se proceder à redução pura e simples da multa, apresenta-se mais recomendável do ponto de vista do princípio da supremacia do interesse público sua convalidação em obrigação de fazer. Nesse sentido, inclusive, já se manifestou o então Ministério do Planejamento, em nota oficial da qual teve acesso o Tribunal de Contas da União que tratava

sobre o projeto de lei que prevê a migração das concessões de telefonia fixa para autorizações do mesmo serviço, senão vejamos:

A realização de TAC não pode ser vista como regra, mas uma exceção. Em princípio, o TAC deve ser adotado para sanar alguma irregularidade, tendo como passo inicial o fim de qualquer conduta prejudicial aos usuários. O TAC não pode e não deve passar o sentimento de que vale à pena cometer infração. Daí que, além da correção da conduta irregular, sejam previstos compromissos extras – que podem, inclusive, prever cobertura de serviços em áreas deficitárias. Tais compromissos adicionais, no entanto, devem ser balizados por critérios como o número de usuários beneficiados, a capacidade econômica da compromissária, a vantagem auferida pela compromissada pela infração e o montante dos investimentos necessários para a realização do compromisso de cessação da conduta irregular. (BRASIL, 2019; grifo nosso).

Como se pode perceber, o Ministério da Justiça e Segurança Pública tem envidado esforços contínuos no sentido do aperfeiçoamento normativo relativo ao tema dos termos de ajustamento de conduta, permitindo, assim, um melhor atuar da Consultoria Jurídica, conferindo maior segurança ao gestor público, e garantindo maior satisfação das finalidades públicas ao buscar sempre o alcance da solução mais apropriada para o caso concreto.

A edição das Portarias supracitadas representou, no âmbito institucional, um avanço desmedido no tema referente ao ajuste de conduta, tendo por efeito, acredita-se, o incremento deste tipo de instrumento junto a esta Pasta ministerial, o que se revela positivo, haja vista que reduz os custos relativos à litigância junto aos órgãos do Poder Judiciário, além de promover uma tutela mais efetiva dos direitos transindividuais. Nada há a perder. Em verdade, o ganho de tais medidas parece ser inevitável, o que poderá ser percebido daqui a alguns anos.

Não bastasse isso, as citadas Portarias, ao normatizarem assuntos reputados sensíveis, acabaram por reduzir diversos dos problemas existentes em torno do tema, como, por exemplo, os limites a serem observados quando da redução de valores nos ajustes.

Como já destacado alhures, ausente balizamento normativo, a administração pública ao promover a redução de eventual multa aplicada em patamares díspares uns dos outros poderia dar azo a questionamentos entre os propensos interessados a respeito dos limites de discricionariedade do gestor público no caso concreto, bem como sobre o real atingimento do interesse público quando da concessão de eventual percentual elevado de redução.

Ocorre que, com a edição da Portaria nº. 34, de 2021, e, consequente, fixação do patamar máximo de redução em cinquenta por cento, esses questionamentos, acredita-se, tendem a reduzir ou, quiçá, ser eliminados, o que poderá ser sentido apenas com a passar dos anos e celebração dos termos de ajustamento de conduta pela administração.

A fixação deste percentual em âmbito normativo também auxiliará a Consultoria no exercício do controle de juridicidade dos atos. Como já defendido alhures, a ausência de regramento a respeito do tema não impede, por si só, a Consultoria de atuar de forma a impedir o cometimento de abusos e irregularidades, haja vista a necessidade de observância por parte da administração como um todo dos princípios da eficiência, legalidade e do interesse público. De toda forma, uma vez existente norma, a atuação dos órgãos consultivos acaba por ser reforçada – como ocorre no caso, produzindo, assim, efeitos mais contundentes.

Outro ponto que merece atenção é a convação das quantias devidas a título de multa em obrigação de fazer. Antes, não havia previsão normativa a respeito do tema. Agora, não apenas assegura essa possibilidade como recomenda, ao prever, no § 4º do art. 18, que “as obrigações de fazer compensarão, ainda que parcialmente, o desconto concedido em transação da pena pecuniária”, tendo como norte o princípio da supremacia do interesse público.

6. CONCLUSÃO

Às Consultorias Jurídicas, como já salientado no decorrer deste trabalho, é conferida a competência para o controle preventivo de juridicidade dos atos da administração pública. Tal atribuição justifica a atuação dos órgãos de consultoria, quando da análise dos termos de ajustamento de conduta. Esse atuar deve se voltar sempre para a garantia da função social a que se presta este instrumento, bem como à tutela dos princípios da legalidade, eficiência, interesse público e segurança jurídica, de forma a que o mérito administrativo jamais e, em hipótese alguma, sirva de blindagem aos órgãos públicos para o cometimento de arbitrariedades.

Assim, se o negócio contiver prestação exagerada ou desproporcional, ou vantagem exagerada a uma das partes, entende-se legítima a atuação das Consultorias Jurídicas, seja no sentido de exigir motivação mais rigorosa para a prática do ato, seja, até mesmo, no sentido de orientar o gestor na adoção de solução mais adequada ao caso concreto.

Como consabido, no Estado Democrático de Direito, mesmo os atos ditos discricionários não são absolutamente livres de constrangimentos, estando sujeitos ao império da lei. Isso significa que a discricionariedade

assegurada aos órgãos públicos legitimados para tomar compromisso há de ser exercida dentro do espaço demarcado pelo direito e, por isso, passível de ser aferida em sede de controle de legalidade pelas Consultorias Jurídicas.

No âmbito do Ministério da Justiça e Segurança Pública, objeto de análise deste trabalho, as Consultorias Jurídicas vêm adquirindo especial relevância nessa temática, o que se pode depreender da recente Portaria nº. 34, de 2021, a qual reforça o importante papel desempenhado por estes órgãos. Não bastasse isso, este ato normativo também, ao que parece, tem servido para fortalecimento deste tipo de instrumento, ao buscar estabelecer balizas mínimas voltadas à celebração destes negócios na Secretaria Nacional do Consumidor.

Os ganhos que se pretende alcançar são inúmeros e já foram sentidos desde a edição da Portaria nº. 71, de 2020, ato este inicial voltado à regulamentação do tema. Ora, com o estabelecimento de regramentos mínimos, não só se está conferindo maior segurança jurídica ao gestor público, como também permitindo um melhor exercício da competência conferida às Consultorias Jurídicas, e, com isso, possibilitando a satisfação dos princípios da legalidade, da eficiência e do interesse público, ao se buscar a melhor solução para o caso concreto.

Se antes da edição destes atos normativos já era possível inferir a respeito do importante papel desempenhado pelos órgãos de consultoria quando da análise dos ajustes de condutas, seja por meio da exigência de maior rigorismo na exposição dos motivos que levaram à adoção de tais medidas, seja por intermédio de orientação ao gestor a respeito da melhor conduta a ser adotada, agora, com o advento da recente Portaria nº. 34, de 2021, dúvidas não remanescem a respeito do cabimento deste tipo de atuação, sempre voltado à satisfação do interesse público e alcance da tutela mais rápida dos direitos transindividuais.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Controle judicial de atos administrativos*. RDP 86/55-56, apud PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discricionariedade administrativa na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 213.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 8ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. STF, ADI 2667 MC, Relator: Celso de Mello, *Tribunal Pleno*, julgado em 19/06/2002, DJe 01/07/2002.

BRASIL. *Processo SEI nº. 08000.028827/2013-12*, em que consta o Parecer nº. 00320/2017/CONJUR-MJSP/CGU/AGU, da Coordenação de Justiça, Cidadania e Assuntos Estratégicos da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, proferido em 07/03/2017a.

BRASIL. *Processo SEI nº. 08012.008955/2012-20*, em que consta o Parecer nº. 01814/2017/CONJUR-MJSP/CGU/AGU, da Coordenação de Licitação e Contratos Administrativos da Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, proferido em 13/11/2017b.

BRASIL. TCU, TC 022.280/2016-2, *Acórdão n.º 2121/2017-TCU-Plenário*, relatoria do Ministro Bruno Dantas, julgado em 27/09/2017.

BRASIL. TCU, TC 022.280/2016-2, *Acórdão n.º 716/2019-TCU-Plenário*, relatoria do Ministro Bruno Dantas, julgado em 27/03/2019.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. *Compromisso de ajustamento de conduta*. São Paulo: LTr Editora Ltda, 2013.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. *Curso de derecho administrativo*. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998. vol. 1.

MOESSA DE SOUZA, Luciane. Consultoria jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In: GUEDES, Jefferson Carús (coord.). *Advocacia de estado: questões institucionais para a construção de um estado de justiça - estudo em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 163-185.

MOREIRA, Alinie da Matta. A conveniência e oportunidade aplicada aos compromissos assumidos pela Administração Pública em Termo de Ajustamento de Conduta. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 14, n. 157, p. 24-31, mar. 2014. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=105494>. Acesso em: 13 mar. 2020.

MOURÃO, Carlos Figueiredo. A advocacia pública como instituição de controle interno da Administração. In: GUEDES, Jefferson Carús (coord.). *Advocacia de estado: questões institucionais para a construção de um estado de justiça - estudo*

em homenagem a Diogo Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 128-137.

NERY, Ana Luiza. *Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

PANICACCI, Fausto Luciano. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria, prática, vantagens da solução negociada e meio ambiente*. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. (Série IDP).

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discricionariedade administrativa na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

