

Publicações da Escola da AGU

Trabalhos Vencedores do Concurso de Monografias da AGU em 2009 - 2010

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 15	p. 1-200	fevereiro 2012
---------------------------------	----------	-------	----------	----------------

Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União

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

ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Hélia Maria Betero	Procuradora-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretaria-Geral de Contencioso

DIRETORA DA ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva

VICE DIRETOR

Filipo Bruno Silva Amorim

CORDENADORA-GERAL SUBSTITUTA

Andrea Takenaka Dias

EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

COORDENADORES DA PUBLICAÇÃO

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Filipo Bruno Silva Amorim

Apoio Institucional: Escola da AGU

Secretaria Editorial: Antonio Barbosa da Silva/Niuza de Lima

Diagramação/Capa: Niuza de Lima

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas no conteúdo publicado, são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

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 - Ano IV, n. 15 (fev./2012).- Brasília: EAGU - mensal.
A partir do ano III, n. 8 passou a ser periódico Bimestral. e a partir do ano IV, n° 14 periodicidade mensal
ISSN 2236-4374

1. Direito Público – Brasil I. Título. II. Série

CDD 340.5
CDU 34(05)

SUMÁRIO

A Atuação Cidadã da AGU na Redução da Litigiosidade Envolvendo o Instituto Nacional do Seguro social: considerações acerca de instrumentos de ação da AGU capazes de promover o amplo reconhecimento de direitos sociais <i>Adler Anaximandro de Cruz e Alves</i>	7
Advocacia-Geral da União: órgão de defesa dos direitos fundamentais e aplicador da nova hermenêutica constitucional <i>Leonardo Cacao Santos La Bradbury</i>	45
Modos Alternativos de um Contencioso não Jurisdicional e o Papel a ser Desempenhado por uma Advocacia-Geral da União Cidadã <i>Kaline Ferreira Davi</i>	85
Desenvolvimento do Estado e Eficiência: novos horizontes na atuação da advocacia pública. <i>Eder Maurício Pezzi</i>	117
A Advocacia Publica Federal e a Cidadania: a complementaridade entre o público e o privado no desenvolvimento do papel do estado <i>Helena Dias Leão Costa</i> <i>Mariana Barbosa Cirne</i>	159

EDITORIAL

Nesta décima quinta publicação, a Escola da AGU disponibiliza ao público as publicações referentes aos concursos de monografia ocorridos nos anos de 2009 e 2010.

Primando pela qualidade das teses veiculadas por esta série de publicações, o presente volume consigna temas de grande relevo para o debate jurídico nacional, especialmente sob a ótica institucional.

Por compilar os trabalhos vencedores dos concursos de monografias acima mencionados, esta publicação certamente agradará ao mais exigente leitor, ávido por se atualizar em matérias relacionadas à temática da Advocacia-Geral da União, eis que congrega discussões que nos são caras, tanto pela importância e profundidade jurídicas dos temas que veiculam quanto pela sua incidência na realidade diária de todos os advogados públicos federais, a saber: redução de litigiosidade, o desenvolvimento do Estado e o princípio da eficiência, a cidadania, o papel a ser desempenhado por uma AGU cidadã, bem como a defesa dos direitos fundamentais e aplicação de uma nova hermenêutica constitucional.

Deste modo, recomenda-se a leitura deste volume na certeza de que, além de prazerosa, será muito útil a todos os que compõe a Advocacia-Geral da União.

Juliana Sahione Mayrink Neiva
Diretora da Escola da AGU

Filipo Bruno Silva Amorim
Vice Diretor da Escola da AGU

A ATUAÇÃO CIDADÃ DA AGU NA REDUÇÃO DA LITIGIOSIDADE ENVOLVENDO O INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL: considerações acerca de instrumentos de ação da AGU capazes de promover o amplo reconhecimento de direitos sociais

Adler Anaximandro de Cruz e Alves
Procurador Federal

SUMÁRIO: Introdução: A AGU como Função Essencial à Justiça e como Órgão Indispensável ao Adequado Funcionamento das Instituições Juridicamente Assessoradas e Representadas; 2 Breves Apontamentos sobre Função da Previdência Social como Garantidora da Dignidade da Pessoa Humana de grande parte da População Brasileira; 3 Considerações acerca da Alta Litigiosidade da Previdência Social; 4 Necessidade de Identificação das Grandes Causas da Elevada Litigiosidade envolvendo o INSS; 5 Definição dos Pontos nos quais a Intervenção da AGU poderia Implicar em Significativa Redução de Demandas e Consequente Reconhecimento de Direitos; 6 Ataque às Causas Intrínsecas da Excessiva Litigiosidade Previdenciária: assistência jurídica preventiva monitorada; 7 Uma Alternativa ao Judiciário: AGU como árbitro entre a previdência social e a sociedade civil organizada; 8 Impacto Financeiro dos Projetos Apresentados e Discussão acerca de Eventual Relação de Custo e Benefício; 9 Conclusões; Referências.

INTRODUÇÃO: A AGU COMO FUNÇÃO ESSENCIAL À JUSTIÇA E COMO ÓRGÃO INDISPENSÁVEL AO ADEQUADO FUNCIONAMENTO DAS INSTITUIÇÕES JURIDICAMENTE ASSESSORADAS E REPRESENTADAS

Nos termos do art. 131 da Constituição Federal de 1988, a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgãos vinculados, representa, judicial e extrajudicialmente, a União, suas autarquias e fundações, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispõe sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

Em seu mister de representar judicial e extrajudicial a União, a AGU promove a defesa judicial dos interesses dos três Poderes constituídos da República (Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário), além de servir também à defesa dos demais órgãos públicos que exercem função essencial à justiça.

A representação judicial é exercida sempre que a União figure como autora, ré ou, ainda, terceira interessada em qualquer ação judicial ou em qualquer esfera administrativo.

Enquanto a atividade de representação judicial e extrajudicial e feito em defesa dos interesses de todos os Poderes da República, a atuação consultiva da Advocacia-Geral da União, realizada por intermédio da orientação e assessoramento jurídico, é voltada exclusivamente ao Poder Executivo Federal e a seus dirigentes, com vistas a oferecer conformidade e segurança jurídica aos atos administrativos que precisam ser praticados, notadamente quanto à materialização das políticas públicas, à viabilização jurídica das licitações e dos contratos administrativos e, ainda, na proposição e análise de atos normativos de todas as ordens.

Além dessas grandes áreas de atuação, desenvolvem-se no âmbito da AGU as atividades de conciliação e arbitramento, cujo objetivo principal é o de resolver administrativamente os litígios entre os Poderes e órgãos federais, evitando, assim, a judicialização de conflitos entre entes da administração pública.

Como corolário lógico de suas atribuições, em especial a de representar todos os Poderes constituídos da República, a AGU não é subordinada a nenhum dos Poderes que representa. Prova disso, é a própria arquitetura constitucional, que não albergou a AGU dentro dos Capítulos I (Do Poder Legislativo), II (Do Poder Executivo) e III (Do Poder Judiciário), mas em capítulo à parte (Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça), à semelhança com o que ocorre com o Ministério Público.

O fato da AGU ser um órgão independente, que serve aos legítimos interesses dos três Poderes da República, realça a posição da Instituição como um dos principais elos de interação entre o Executivo, Legislativo e Judiciário. Essa posição, além de colocar a AGU, frequentemente, como um preciso instrumento de freio e contrapeso entre os Poderes, algo extremamente útil em um Estado Democrático de Direito, faz com que a atuação da Instituição, sempre técnica e despolitizada, harmonize a relação entre as três funções estatais.

A missão constitucional outorgada pelo constituinte à AGU permite que a Instituição, também, seja ator preponderante na construção e execução das políticas de Estado, em especial aquelas que possuem vinculação com o Poder Judiciário. A AGU é instituição indispensável tanto na defesa direta das políticas públicas em processos judiciais, quanto na construção de um sistema judicial federal eficiente e eficaz, que, por óbvio, é uma política de Estado¹.

Dentro da esfera de atuação ligada à construção de um sistema judicial verdadeiramente efetivo, ganha notoriedade a atuação da AGU em três ações expressamente preconizadas pelo II Pacto Republicano por um Sistema de Justiça mais acessivo, ágil e efetivo, a saber:

- incrementar medidas tendentes a assegurar maior efetividade ao reconhecimento dos direitos, em especial a concessão e revisão de benefícios previdenciários e assistenciais;
- fortalecer a mediação e a conciliação, estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização;
- ampliar a edição de súmulas administrativas e a constituição de Câmaras de Conciliação.

Nota-se que as referidas medidas, todas relacionadas à redução de demandas judiciais podem e devem ser trabalhadas de forma destacada pela AGU, fazendo com que a instituição aja não só melhorando o sistema judicial brasileiro, mas garantido à sociedade a certeza de que seus direitos serão efetivamente reconhecidos.

A importância da AGU como órgão indispensável à concretização de direitos dos cidadãos, por intermédio de uma clara e competente

¹ A assinatura pelos titulares dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de dois Pactos Republicanos em favor de um sistema judicial mais efetivo demonstra a feição de política pública das medidas tendentes à melhoria da Administração Judiciária.

política de redução de demandas, em especial no que se refere aos processos de matéria previdenciária, é o argumento principal do presente trabalho e será melhor explanado nos capítulos seguintes.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA FUNÇÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL COMO GARANTIDORA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DE GRANDE PARTE DA POPULAÇÃO BRASILEIRA

Em uma aproximação preliminar acerca das causas da elevada litigiosidade relativa ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, uma questão prefacial surge e merece destaque: a autarquia previdenciária, enquanto agente operador da Previdência Social brasileira ostenta a posição de uma das maiores, ou se não a maior, entidade pública brasileira.

Os números falam por si.

Segundo dados do Ministério da Previdência Social (vide tabela abaixo)², ao Regime Geral de Previdência Social são filiados mais de 36 (trinta e seis) milhões de segurados/contribuintes.

TABELA 01
Nº DE SEGURADOS

QUANTIDADE DE CONTRIBUINTES PARA O REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL⁽⁷⁾ – 2007	
TOTAL	36.421.009
Empregados	29.050.535
Contribuinte Individual	5.410.787
Trabalhador Doméstico	1.449.423
Facultativo	506.287
Segurado Especial	3.849
Ignorado	128

FONTE: DATAPREV, CNIS.

Esse expressivo número de segurados/contribuintes (a designação depende da ótica pela qual se analisa o seguro social) informa que cerca de 1/6 (um sexto) de toda a população brasileira possui vínculo direto com a Previdência Social.

Quando se detalha mais o dado em questão, dois aspectos ainda mais expressivos são verificados. É o que aponta o Informativo

² Obtidos em: sítio eletrônico: <http://www.inss.gov.br/pg_secundarias/previdencia_social_13_05.asp>

de Previdência Social de outubro de 2008³, calcado em números da pesquisa PNAD/IBGE/2007:

- (i) *80,6% dos idosos, aqui definidos como aqueles com idade igual ou superior a 60 anos, dependem da proteção social oferecida pela Previdência Social. Os idosos socialmente protegidos – que recebem aposentadoria, pensão ou assistência social – totalizam 16,1 milhões de pessoas, sendo 7,6 milhões homens e 8,5 milhões mulheres. A proteção social entre os homens chega a 85,6%, resultado superior ao observado entre as mulheres (76,6%).*
- (ii) *Assumindo para fins de definição de pobreza absoluta a percepção de rendimento domiciliar per capita inferior a meio salário mínimo, estimou-se no ano de 2007 em 56,9 milhões a quantidade de pessoas nesta condição – considerando rendas de todas as fontes. Caso fossem desconsideradas as rendas advindas do recebimento de benefícios previdenciários, a quantidade de pessoas absolutamente pobres seria de 79,1 milhões, o que significa dizer que o pagamento de benefícios pela Previdência Social retira da condição de pobreza cerca de 22,2 milhões de indivíduos.*

Pelos dados acima expostos, conclui-se que a idéia de defesa e promoção de cidadania implica, necessariamente, em se valorizar a importância de uma Instituição que retira da linha de pobreza extrema duas dezenas de milhões de brasileiros e, ainda, garante meios de subsistência mínima a 4/5 (quatro quintos) da população idosa do país.

Com amparo nesses números, é inafastável o fato de a Previdência Social ser, para grande parte dos brasileiros, o instrumento de obtenção do mínimo existencial de sobrevivência, base imprescindível para se conferir a dignidade da pessoa humana a um nicho populacional não coberto pelas benesses de uma sociedade capitalista.

Entendendo a dignidade da pessoa humana

como a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo

3 Informativo de Previdência Social, v. 20, n. 10. out./2008. Versão Impressa.

de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa proteção tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável⁴.

Não é exagero colocar a Previdência Social como vetor primordial da concretização deste princípio fundamental do Estado brasileiro.

Somente com a proteção social fornecida pela Previdência Social, o mínimo existencial é garantido à expressiva parcela da população, permitindo-lhes os meios básicos para assegurar a dignidade humana desta referida massa populacional.

É a Previdência Social, portanto, sinônimo, ainda que incompleto, de dignidade e cidadania para a considerável parte da população brasileira.

3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ALTA LITIGIOSIDADE ENVOLVENDO A PREVIDÊNCIA SOCIAL

Segundo dados recentes, fornecidos pela própria Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS⁵, órgão pertencente à Procuradoria-Geral Federal, e por conseguinte, integrante da Advocacia-Geral da União, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS figura como réu em cerca de 5 milhões de processos judiciais.

Esses processos tramitam, em sua grande maioria, nas 605 Varas Federais⁶ do país (sendo que em 241 funcionam Juizados Especiais Adjuntos), nas 138 Varas de Juizados Especiais Federais Autônomos e em todas as Varas da Justiça Estadual que possuem competência constitucional delegada para processar e julgar causas previdenciárias, bem como competência para processar, originariamente, as causas previdenciárias decorrentes de acidente do trabalho.

Para a realização da atividade de representar o INSS em juízo, a Advocacia-Geral da União aloca, segundo o Censo de Procuradores Federais, 1.285 (hum mil duzentos e oitenta e cinco) Advogados Públicos Federais, disseminados em 132 unidades locais em todo o país.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 60.

5 Os dados referentes ao número de ações do INSS são extraídos do SICAU e do PROCNET, em razão da impossibilidade de diversas unidades usarem unicamente o SICAU por problemas de rede (velocidade de acesso à internet). Apenas 60% dos processos do INSS estão no SICAU.

6 Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/atlas/Internet/QUADRODEVARAS_JEF_TR_REG.htm>.

Não obstante o atual número de Advogados Públicos Federais dedicados às causas previdenciárias, representando quase 15% (quinze por cento) de todos os membros da Advocacia-Geral da União, esse expressivo contingente, a depender de circunstâncias outras, poderá necessitar ser majorado em breve, principalmente em função da criação de mais 230 (duzentos e trinta) novas Varas Federais pela Lei 12.011, de 04 de agosto de 2009.

Isso porque a criação de uma vara federal, particularmente em se tratando de matéria previdenciária, não só absorve as demandas em curso na Justiça Estadual, que atua com competência delegada, como catalisa o surgimento de novas demandas até então reprimidas, em especial quando a vara criada é de Juizado Especial. Foi exatamente essa a situação vivenciada pela AGU quando da edição da Lei nº 10.772, de 21 de novembro de 2003, que criou 183 (cento e oitenta e três) Varas Federais e Juizados Especiais Federais.

Estimativas à parte, certo é que o grande volume de ações em face da Previdência Social é refletido, também, e de forma até mais concreta, no montante de pagamentos judiciais realizados pela Autarquia Previdenciária a cada ano. Somente em 2007, segundo dados do Conselho de Justiça Federal, encaminhados à AGU em razão de determinação contida nas últimas leis de diretrizes orçamentárias, foram pagos 5,04 bilhões em precatórios e Requisições de Pequeno Valor.

Esse volume de pagamento, decorrentes de ações judiciais, representa 86,27% (oitenta e seis por cento e vinte e sete décimos) de todo o volume de pagamentos judiciais feito pela União, conforme se verifica pelo quadro demonstrativo baixo.

TABELA 02
VOLUME DE PAGAMENTOS JUDICIAIS POR PRECATÓRIO E RPV E
PORCENTAGEM EM RELAÇÃO AO VOLUME TOTAL
PAGO POR TODA A UNIÃO

MINISTÉRIO	2005	2005	2006	2006	2007	2007
Presidência da República	10.457.311,00	0,22%	6.633.170,00	0,11%	6.633.170,00	0,11%
Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento	14.581.116,00	0,30%	50.234.487,00	0,85%	3.822.361,00	0,07%
Ministério da Ciência e Tecnologia	7.297.684,00	0,15%	18.634.541,00	0,31%	8.600.415,00	0,15%
Ministério da Fazenda	35.334.793,00	0,74%	36.965.060,00	0,62%	48.830.622,00	0,84%
Ministério da Educação	137.665.466,00	2,87%	192.076.042,00	3,24%	263.793.144,00	4,51%
Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior	4.102.853,00	0,09%	901.055,00	0,02%	1.337.242,00	0,02%
Ministério da Justiça	1.768.457,00	0,04%	11.617.529,00	0,20%	12.738.642,00	0,22%
Ministério de Minas e Energia	4.351.786,00	0,09%	2.672.809,00	0,05%	6.152.359,00	0,11%
Ministério das Relações Exteriores	0	0,00%	33.543,00	0,00%	0	0,00%
Ministério da Saúde	115.642.379,00	2,41%	172.931.204,00	2,91%	90.095.785,00	1,54%
Ministério do Trabalho e Emprego	13.590,00	0,00%	470.087,00	0,01%	84.757,00	0,00%
Ministério dos Transportes	8.672.949,00	0,18%	63.244.862,00	1,07%	4.548.468,00	0,08%
Ministério da Cultura	1.437.426,00	0,03%	9.455.371,00	0,16%	1.849.364,00	0,03%
Ministério do Meio Ambiente	33.038.493,00	0,69%	20.101.695,00	0,34%	30.315.937,00	0,52%
Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão	2.737.213,00	0,06%	8.234.661,00	0,14%	10.111.131,00	0,17%
Ministério do Desenvolvimento Agrário	72.526.276,00	1,51%	65.819.807,00	1,11%	167.133.282,00	2,86%
Ministério da Defesa	27.600,00	0,00%	438.709,00	0,01%	507.000,00	0,01%
Ministério da Integração Nacional	31.191.853,00	0,65%	15.238.769,00	0,26%	12.781.826,00	0,22%
Ministério do Turismo	351.084,00	0,01%	3.636.444,00	0,06%	2.685.324,00	0,05%
Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome	17.200,00	0,00%	20.250,00	0,00%	23.250,00	0,00%
Ministério das Cidades	136.319.220,00	2,84%	107.862.547,00	1,82%	130.574.122,00	2,23%
TOTAL DEMAIS MINISTÉRIOS	617.534.749,00	12,86%	787.222.642,00	13,26%	802.618.201,00	13,73%
Ministério da Previdência Social	4.183.820.275,00	87,14%	5.148.751.129,00	86,74%	5.041.386.445,00	86,27%
DIFERENÇA	3.566.285.526,00	577,50%	4.361.528.487,00	554,04%	4.238.768.244,00	528,12%
TOTAL GERAL	4.801.355.024,00		5.935.973.771,00		5.844.004.646,00	

Desse total pago, ainda há que se acrescer os valores que, por determinação judicial, são pagos diretamente pelo Instituto Nacional do Seguro Social ao segurado, por intermédio de um expediente administrativo interno da autarquia previdenciária denominado PAB – Pagamento Alternativo de Benefício e Complemento Positivo.

Por meio desse procedimento interno, a decisão judicial e seu respectivo efeito financeiro são suportados administrativamente pelo INSS, que credita diretamente na conta do beneficiário as parcelas obtidas judicialmente. Esse procedimento, apesar de afrontar o artigo 100 da Constituição Federal, é cada vez mais comum em todos os juízos, não obstante a diligente atuação dos Advogados Públicos Federais que vem, diuturnamente, insurgindo-se contra essa medida.

Estima-se que, somente no ano de 2007, o INSS, por intermédio do PAB – Pagamento Alternativo de Benefício e Complemento Positivo, pagou cerca de R\$ 85.729.148,12, (oitenta e cinco milhões, setecentos e vinte e nove mil, cento e quarenta e oito reais e doze centavos), segundo informações retiradas do SUIBE – SISTEMA UNIFICADO DE INFORMAÇÕES DE BENEFÍCIOS DO INSS.

A esse quadro verdadeiramente desfavorável, há que se adicionar todo o desgaste institucional do INSS e da própria AGU, seja perante o Poder Judiciário, que não se furta em apontar as eventuais falhas da administração previdenciária, seja perante a própria população, que, infelizmente, vem vislumbrando no Poder Judiciário uma forma relativamente mais célere e efetiva de obter o reconhecimento de seus direitos.⁷

Vale frisar que em resposta a essa situação a Advocacia-Geral da União não tem se omitido. Para tentar estancar o aumento do número de processos judiciais envolvendo causas previdenciárias, bem como acelerar a conclusão das ações já em curso, a AGU no anos de 2008 e 2009 editou nove Enunciados de Súmula apenas em matéria previdenciária, a saber:

<p>Enunciado AGU Nº 44, de 14 setembro de 2009</p>	<p>Ementa: “É permitida a cumulação do benefício de auxílio-acidente com benefício de aposentadoria quando a consolidação das lesões decorrentes de acidentes de qualquer natureza, que resulte em seqüelas definitivas, nos termos do art. 86 da Lei nº 8.213/91, tiver ocorrido até 10 de novembro de 1997, inclusive, dia imediatamente anterior à entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.596</p>
--	--

7 Sobre o tema vide Enunciado 77 do FONAJEF – FÓRUM NACIONAL DOS JUIZADOS FEDERAIS exigindo prévio requerimento administrativo para ajuizado de ação na Justiça Federal. Referida deliberação foi tomada após aumento vertiginoso do número de ações que sequer havia pedido prévio ao INSS.

Enunciado AGU N° 32, de 09 junho de 2008	Ementa: Para fins de concessão dos benefícios dispostos nos artigos 39, inciso I e seu parágrafo único, e 143 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, serão considerados como início razoável de prova material documentos públicos e particulares dotados de fé pública, desde que não contenham rasuras ou retificações recentes, nos quais conste expressamente a qualificação do segurado, de seu cônjuge, enquanto casado, ou companheiro, enquanto durar a união estável, ou de seu ascendente, enquanto dependente deste, como rústico, lavrador ou agricultor, salvo a existência de prova em contrário.
Enunciado AGU N° 30, de 09 junho de 2008	Ementa: A incapacidade para prover a própria subsistência por meio do trabalho é suficiente para a caracterização da incapacidade para a vida independente, conforme estabelecido no art. 203, V, da Constituição Federal, e art. 20, II, da Lei n° 8.742, de 7 de dezembro de 1993.
Enunciado AGU N° 29, de 09 junho de 2008	Ementa: Atendidas as demais condições legais, considera-se especial, no âmbito do RGPS, a atividade exercida com exposição a ruído superior a 80 decibéis até 05/03/97, superior a 90 decibéis desta data até 18/11/2003, e superior a 85 decibéis a partir de então.
Enunciado AGU N° 28, de 09 junho de 2008	Ementa: O pagamento das parcelas atrasadas de benefício previdenciário deve ocorrer sempre com correção monetária, independentemente de ocorrência de mora e de quem lhe deu causa, vez que representa mera atualização da moeda
Enunciado AGU N° 27, de 09 junho de 2008	Ementa: Para concessão de aposentadoria no RGPS, é permitido o cômputo do tempo de serviço rural exercido anteriormente à Lei n° 8.213, de 24 de julho de 1991, independente do recolhimento das contribuições sociais respectivas, exceto para efeito de carência
Enunciado AGU N° 26, de 09 junho de 2008	Ementa: Para a concessão de benefício por incapacidade, não será considerada a perda da qualidade de segurado decorrente da própria moléstia incapacitante
Enunciado AGU N° 25, de 09 junho de 2008	Ementa: Será concedido auxílio-doença ao segurado considerado temporariamente incapaz para o trabalho ou sua atividade habitual, de forma total ou parcial, atendidos os demais requisitos legais, entendendo-se por incapacidade parcial aquela que permita sua reabilitação para outras atividades laborais.
Enunciado AGU N° 24, de 09 junho de 2008	Ementa: É permitida a contagem, como tempo de contribuição, do tempo exercido na condição de aluno-aprendiz referente ao período de aprendizado profissional realizado em escolas técnicas, desde que comprovada a remuneração, mesmo que indireta, à conta do orçamento público e o vínculo empregatício.

Ainda que não se possam precisar por ora os reais impactos das Súmulas editadas, certo é que ao lado dessa importante iniciativa, voltada apenas aos órgãos da AGU, deverão ser adotadas medidas outras que propiciem o não aparecimento de novas demandas, como

por exemplo, a introdução do teor das referidas Súmulas nas normas internas do INSS⁸.

Para fazer frente à precária situação pela qual passa o sistema previdenciário brasileiro, responsável direto por um vultoso volume de processos judiciais, aliado ao fato de que milhões de cidadãos, pela própria função constitucional da Seguridade Social, precisam se valer dessa instituição exatamente em momentos de infortúnio, como doença, acidente ou morte do segurado, é que se conclama neste trabalho a atenção da AGU para, de forma republicana e cidadã, colaborar com a melhoria do sistema previdenciário nacional.

Este trabalho buscará, portanto, delimitar as principais razões de atual e ainda crescente volume de ações judiciais envolvendo o INSS, bem como se ocupará em sugerir medidas pelas quais a AGU pode ser agente efetivo na reversão desta situação.

Metodologicamente, o presente trabalho atuará na investigação das causas reais da alta litigiosidade para propor em seguida, de forma direta e prática, as adequadas respostas a serem dadas pela AGU ao problema. Essa linha de raciocínio foi influenciada pela perspectiva cidadã que se pretende emprestar à AGU, uma vez que esse trabalho parte da premissa de que a promoção da cidadania pelo Estado, em todos os níveis, nunca deve ficar restrita à teoria e ao discurso, mas deve, ao contrário, buscar ser claramente palpável aos que do Estado necessitam.

4 NECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DAS GRANDES CAUSAS DA ELEVADA LITIGIOSIDADE ENVOLVENDO O INSS

Partindo-se das premissas delineadas nos capítulos anteriores (existência de um número excessivo de ações judiciais contra a Previdência Social e a importância da Previdência Social para relevante parcela da população), torna-se necessário investigar por quais razões as finalidades da Previdência Social são, pode-se assim dizer, supostamente desviadas de foco pelo INSS e acabam por se transformar em uma mola motriz de uma gama imensa de ações judiciais.

A investigação das causas deve começar por aquelas mais amplas para, posteriormente, descer a questões menos abstratas, porém não menos importante.

Como ponto de partida, a questão da alta litigiosidade da Previdência Social deve primeiramente focar no panorama da cobertura

8 Ao contrário dos Pareceres Normativos da AGU aprovados pelo Presidente da República, as Súmulas da AGU não obrigam por si só a Administração Pública Federal

previdenciária em relação à população economicamente ativa, que, teoricamente, deveria estar abrangida, pelo menos em sua maioria, pelo sistema previdenciário.

Dados populacionais apurados pelo IBGE em 2007, divulgados também pelo Ministério da Previdência Social⁹, indicam o seguinte:

TABEÇA 03
POPULAÇÃO ECONOMICAMENTE ATIVA

DADOS POPULACIONAIS ⁽⁴⁾ - 2007	
DISCRIMINAÇÃO	TOTAL
População Residente	189.820.330
Urbana	158.452.558
Rural	31.367.772
População Economicamente Ativa	98.845.569
Ocupada	90.786.019
Desocupada	8.059.550
População Não Economicamente Ativa ⁽⁵⁾	60.515.224
População Ocupada Segundo Posição no Trabalho Principal:	
Total	90.786.019
Empregados	52.083.338
Com carteira de trabalho assinada	30.189.072
Funcionários públicos estatutários e militares	6.197.681
Outros e sem declaração	15.696.585
Trabalhador Doméstico	6.731.705
Com carteira de trabalho assinada	1.833.388
Sem carteira de trabalho assinada e sem declaração	4.898.317
Conta Própria	19.212.785
Empregador	3.411.477
Trabalhadores na produção para o próprio consumo e na construção para o próprio uso	4.035.910
Não remunerados	5.310.804
Contribuintes para instituto de previdência em qualquer trabalho	46.068.171

Pela leitura dos números ora apresentados, e promovendo um exercício de contraposição da quantidade de segurados da Previdência Social com a população economicamente ativa, constata-se que menos de um terço desta população em atividade econômica está resguardada pelo Regime Geral de Previdência Social.

9 Disponível em: <<http://www.inss.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423>>

Tratando-se especificamente do trabalhador rural, principalmente o de baixa renda, que vive de seu próprio trabalho, em regime de economia familiar, e é enquadrado legalmente como Segurado Especial, verifica-se que apenas 0,0017% desses cidadãos (resultado da divisão do nº de segurados especiais da tabela 01 inserta na página 05, pelo nº de trabalhadores em regime econômico de subsistência da tabela 03) estão, formalmente, inseridos no sistema previdenciário.

Essa discrepância entre a população economicamente ativa e a respectiva cobertura previdenciária surge como uma das mais relevantes causas da litigiosidade envolvendo o INSS.

Sem embargos, a disparidade entre o contexto econômico-populacional e a baixa inserção formal dessa mesma população no regime previdenciário, principalmente no meio rural, onde a opção constitucional foi quase que assistencial, afastando-se de certa forma de um regime de seguro social puro, faz surgir uma grande variedade de ações judiciais que buscam enquadrar nos permissivos legais previdenciários atuais diversas pessoas que, para os controles da Previdência, não estão regularmente inseridos no sistema previdenciário.

Infelizmente, uma solução final para esta causa da litigiosidade demandaria ações no macro-campo político e econômico, razão pela qual à Advocacia-Geral da União cabe, por pertinência, um papel importante, mas coadjuvante, como viabilizador de propostas que, atendendo ao princípio do equilíbrio financeiro que sustenta a Previdência, possam ser mais garantistas em relação ao cidadão, sem colocar em risco a segurança atuarial do sistema.

Um outro fator que pode ser apontado como causa da alta litigiosidade do INSS está ligado a uma velada cultura de indeferimento existente na Previdência Social que, ainda que não seja conscientemente implantada pelos seus dirigentes, pode ser demonstrada em alguns atos infralegais, de iniciativa do Ministério da Previdência Social e do próprio INSS, muitas vezes se apresentando juridicamente inadequados, como em diversas oportunidades ressaltado por Advogados Públicos Federais em exercício na Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência ou na Procuradoria junto ao INSS.

Um caso exemplar diz respeito à comprovação da condição de trabalhador rural pelos segurados. Enquanto judicialmente os Procuradores Federais acolhem provas materiais e testemunhais acerca da condição de trabalhador rural de determinado segurado, administrativamente este mesmo trabalhador, não tendo documentação formal contemporânea aos fatos, precisa apresentar à Autarquia uma declaração de um sindicato que ateste essa condição. Como a obtenção dessa declaração muitas vezes é cobrada do trabalhador rural, por vezes em valores que superam um salário

mínimo, ou em casos em que não existe uma entidade sindical apta a dar a referida declaração, o segurado precisa ir à Justiça.

A própria Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, na última Reunião Técnica em Matéria de Benefício, ocorrida em setembro deste ano de 2009, aprovou as seguintes conclusões sobre o tema em referência:

Conclusão Nº 03 - A ausência de apresentação da declaração sindical não constitui óbice para o processamento de requerimento e para a concessão de benefício de segurado trabalhador rural.

Conclusão Nº 04 - O não-cumprimento de carta de exigência quanto à apresentação da declaração sindical não pode ser motivo para o indeferimento do benefício, nem causa impeditiva à continuidade da análise do processo administrativo previdenciário.

Não obstante as conclusões, amparadas por inúmeras manifestações da Procuradoria, o INSS ainda não mudou seu entendimento sobre a matéria, mantendo a exigência da declaração do sindicato na situação em comento.

Além da questão jurídica relativa ao teor dos atos infralegais do INSS, é corrente entre os servidores responsáveis pela análise dos requerimentos de benefícios o receio do ato administrativo de concessão de benefício ser questionado pela auditoria interna do INSS. Isto faz com que o servidor da autarquia, na análise do pedido de benefício, em caso de uma mínima dúvida, fática ou de direito, sumariamente indefira o pleito do segurado em prol do não comprometimento de sua conduta.

Esse proceder administrativo dos servidores do INSS foi reconhecido pelo então Ministro da Previdência Social Luiz Marinho, que em entrevista concedida à Agência Brasil¹⁰ no dia 12 de março de 2008 afirmou:

Determinei que nós precisamos passar um pente-fino em todas as nossas instruções normativas e portarias, porque o INSS indefere demais e de forma indevida.

[...]

10 Informação obtida no sítio eletrônico <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/03/12/materia.2008-03-12.1883613889/view>>.

Não teve uma gestão que se preocupasse com o cidadão e a cidadã, com a humanização do atendimento lá nas agências, com a profissionalização dos nossos servidores e servidoras. *Na dúvida, indefere e o Judiciário resolve, ou as juntas de recurso administrativo resolvem.* (sic)

Essa afirmação do Excelentíssimo Ministro da Previdência Social é corroborada por dados da Auditoria Interna do INSS obtidos no Anuário Estático da Previdência Social de 2008. Os dados em questão apontam que somente em relação à área de Benefícios, nos três anos compreendidos entre 2006 e 2008, foram levantados 26.866 “indícios de irregularidades”.¹¹

CAPÍTULO 43 - AUDITORIA												
43.1 - Quantidade de localidades auditadas e indícios de irregularidade constatados na área de Benefícios, por clientela, segundo as Grandes Regiões e Unidades da Federação – 2006/2008												
GRANDES REGIÕES E UNIDADES DA FEDERAÇÃO	QUANTIDADE DE LOCALIDADES AUDITADAS E INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE CONSTATADOS NA ÁREA DE BENEFÍCIOS											
	Localidades auditadas			Indícios de Irregularidade								
				Total			Clientela					
							Urbana			Rural		
2006	2007	2008	2006	2007	2008	2006	2007	2008	2006	2007	2008	
BRASIL...	54	100	100	1.732	19.068	6.066	1.647	15.315	5.098	85	3.753	968
FONTE: INSS, Auditoria Geral.												

Sendo o total de servidores do INSS contabilizados em 35.469 (trinta e cinco mil, quatrocentos e sessenta e nove), conforme dado existente no Boletim Estatístico de Pessoal de 2008¹², e estimando que cerca de 20% (vinte por cento) dos servidores do INSS, no mínimo, estão em outras áreas administrativas da autarquia que não na análise e concessão de benefícios, verifica-se que a quantidade de procedimentos decorrentes de indícios de irregularidades chega a uma média de quase um processo administrativo por servidor a cada triênio.

Exemplificativamente, é como se na AGU todo Advogado Público Federal, atuante no contencioso e consultoria, tivesse nos últimos três anos envolvido em um processo administrativo tendente a apurar um indício de irregularidade referente à sua atuação.

11 <<http://www.mps.gov.br/conteudoDinamico.php?id=883>>.

12 Disponível em: <http://www.servidor.gov.br/publicacao/boletim_estatistico/bol_estatistico_08/Bol152_dez2008.pdf>.

A situação, inegavelmente, gera uma natural pressão psicológica no servidor.

A esse quadro de temor dos servidores do INSS há de ser acrescido o insuficiente plano de capacitação da autarquia, que, muito em razão de limitações financeiras da instituição, não consegue manter uma política continuada de treinamento e atualização dos seus servidores. Isto pelo menos é o que se viu nos últimos anos.

Para ilustrar os problemas relacionados à capacitação, pode-se analisar o próprio relatório de gestão produzido pelo INSS referente à prestação de contas relativas ao ano de 2005, onde se lê:

As principais restrições que tiveram impacto na execução do programa se referem à escassez de recursos humanos e tecnológicos, à insuficiência de recursos orçamentários e ao contingenciamento orçamentário.

A quantidade de recursos humanos não foi suficiente nas equipes gerenciais e executoras do programa. Os trabalhos estão concentrados numa equipe gerencial reduzida que fica responsável pela coordenação de muitos processos. As equipes executoras não têm condições de absorver a demanda a elas dirigidas, pois não têm número de funcionários compatível com a necessidade de atendimento a ser realizada. A situação vem sendo atenuada com a informatização de alguns processos que, no entanto, não resolve o problema por completo, pois a análise dos direitos e o atendimento à população exigem servidores qualificados. Faltam política de capacitação em legislação previdenciária, procedimentos operacionais e sistemas corporativos e em microinformática para os servidores da área de execução das Unidades de Atendimento da Previdência Social.

A ações “Capacitação de Servidores para Reconhecimento de Direitos Previdenciários” e “Serviço de Reconhecimento de Direitos de Benefícios Previdenciários” tiveram a execução prejudicada devido à falta de limite para movimentação e empenho”.¹³

Os números relativos ao quadro de servidores capacitados, extraídos do sítio eletrônico do Ministério do Planejamento dão a real dimensão da deficiente capacitação oferecida pela Autarquia previdenciária¹⁴

13 Informação obtida no sítio eletrônico: <http://www.planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/spi/plano_plurianual/avaliacao_PPA/relatorio_2006/06_PPA_Aval_cad10_MPS.pdf>.

14 Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/noticia.asp?p=not&cod=197&cat=155&sec=10>>.

TABELA 04
Nº DE SERVIDORES DO INSS CAPACITADOS

Nº de servidores do INSS capacitados				
Ação Orçamentária	2005	2006	2007	2008
Capacitação de Servidores para Reconhecimento de Direitos Previdenciários (Ação 2635)	8.446	9.487	7.109	13.784

Esta situação, que mescla temor e falta de capacitação se reflete em números.

Consoante se verifica no quadro a seguir, o INSS indefere mensalmente cerca de 260 mil benefícios.

TABELA 05
Nº DE BENEFÍCIOS CESSADOS, SUSPENSOS E INDEFERIDOS

OUTRAS INFORMAÇÕES DE BENEFÍCIOS				
Junho/2009			Julho/2009	
Benefícios Cessados		Benefícios Suspensos	Requerimentos	
Quantidade	Valor (R\$ Mil)		Requeridos	Indeferidos
509.784	364.935	25.922	659.903	260.002
FONTE: DATAPREV, SUB, SINTESE e SUIBE.				

Com a criação dos Juizados Especiais Federais, a maioria dos benefícios indeferidos, seguramente, acaba por ensejar futura ação judicial. Estatísticas¹⁵ do Conselho de Justiça Federal apontam que somente no ano de 2008 foram distribuídas, nos JEF's, cujas causas previdenciárias são ampla maioria, 1.219.526 (um milhão, duzentos e dezenove mil, quinhentos e vinte e seis) processos, o que dá uma média mensal superior a 101 (cento e uma mil) novas ações.

Destas mais de 101 (cento e uma) mil ações ajuizadas a cada mês nos Juizados Especiais Federais, é possível vislumbrar que somente contra o INSS são propostas cerca de 60 mil ações a cada mês, número este que deve ser adicionado às causas interpostas nas Varas Federais comuns e na Justiça Estadual, em razão da competência delegada.

Apenas computadas as ações judiciais contra o INSS com registro no SICAU – Sistema Integrado de Controle de Ações da União, foram cadastradas em maio de 2009¹⁶, 132.686 (cento e trinta e dois mil,

15 Disponível em: <<http://daleth.cjf.gov.br/atlas/Internet/JuizadosTABELA.htm>>.

16 Dados informados pela Gestão Nacional do SICAU da PGF

seiscentos e oitenta e seis) ações judiciais e, em junho, 147.062 (cento e quarenta e sete mil e sessenta e duas) novas ações.

Esse alto número de indeferimento é ainda inflado, como se observa pela Tabela 05 acima colacionada, pela grande quantidade de cessações e suspensões de benefícios, que, em menor grau, geram também novas demandas em desfavor do INSS.

Ademais, não se pode esquecer que o INSS opera a concessão e o pagamento dos benefícios assistenciais de prestação continuada, cujos custos são mantidos pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, mas que é, sem dúvida, uma grande fonte de litigiosidade.

Trazendo à baila a questão do alto número de indeferimento de benefícios previdenciários outra dúvida passa a merecer esclarecimento: qual é a qualidade da decisão administrativa?

Para responder a essa indagação é preciso analisar cuidadosamente os dados do próprio INSS. A referida análise é essencial, pois permite avaliar se existe um padrão nacional de indeferimento ou, no mínimo, padrões regionais de indeferimento, que poderão dar precisas pistas acerca da qualidade das decisões proferidas pelos agentes administrativos do INSS.

Detectando-se eventual dissonância em áreas ou regiões com identidade econômica e social, que, por isso, possuem o mesmo perfil de segurado, é possível inferir se de fato está havendo algum problema na análise inicial dos requerimentos, que poderia apontar alguma falha na Autarquia Previdenciária.

Segue-se, portanto, os dados extraídos do SUIBE – Sistema Único de Informações de Benefício do INSS, no qual consta a relação entre benefícios requeridos e indeferidos por Gerência Administrativa no 1º semestre de 2007, último período em que foi possível obter a informação sistematizada.

BENEFÍCIOS REQUEIRIDOS X INDEFERIDOS ATÉ O DIA 25/06/2007			
GEX	Requeridos	Indeferidos	Indef/Req %
02001: Maceió	44.373	17.60	38,45
03001: Manaus	21.776	8.119	37,26
04001: Salvador	51.910	25.466	49,06
04021: Barreiras	12.823	6.839	53,33
04022: Feira de Santana	30.162	14.117	46,80
04023: Itabuna	21.377	9.492	44,40

BENEFÍCIOS REQUEIRIDOS X INDEFERIDOS ATÉ O DIA 25/06/2007			
GEX	Requeridos	Indeferidos	Indef/Req %
04024: Juazeiro	29292	13.873	47,36
04025: S A Jesus	15.398	6.200	40,26
04026: Vitória da Conquista	22.524	9.517	42,25
05001: Fortaleza	54.198	19.754	36,45
05021: Juazeiro do Norte	20.778	7.426	35,74
050022: Sobral	24.991	9.179	36,73
06001: Campo Grande	24.999	10.247	40,99
06021: Dourados	14.770	6.730	45,57
07001: Vitória	57.569	23.440	40,79
08001: Goiania	41.116	17.063	41,50
08021: Anápolis	26.761	12.196	45,57
09001: São Luís	56.295	18.921	33,61
09021: Imperatriz	18.945	9.684	51,12
10001: Cuiabá	40.565	16.126	39,75
11001: Belo Horizonte	57.185	29.742	52,01
11021: Barbacena	28.615	14.179	49,55
11022: Contagem	45.090	26.333	58,40
11023: Divinópolis	38.545	16.566	42,98
11024: Governador Valadares	44.696	26.029	58,24
11025: Juiz de Fora	40.819	20.632	50,55
11026: Montes Claros	21.305	8.904	41,79
11027: Outro Preto	18.634	9.850	52,86
11927: Poços de Caldas	19.154	8.233	42,98
11029: Uberaba	24.739	11.316	45,74
11030: Uberlândia	21.987	8.626	39,23
11031: Varginha	30.893	16.646	54,53
11032: Diamantina	8.620	3.712	43,06
11033: Teófilo Otoni	12.620	4.515	35,78
12001: Belém	59.344	25.249	42,55
13001: João Pessoa	28.366	14.220	50,13
13021: Campina Grande	29.293	14.039	47,93
14001: Curitiba	60.574	27.912	46,08
14021: Cascavel	35.172	14.402	40,95

BENEFÍCIOS REQUEIRIDOS X INDEFERIDOS ATÉ O DIA 25/06/2007			
GEX	Requeridos	Indeferidos	Indef/Req %
14022: Londrina	34.033	13.167	38,69
14023: Maringá	30.369	13.732	45,22
14024: Ponta Grossa	41.962	21.105	50,30
15001: Recife	44.376	21.502	48,45
15021: Caruaru	23.867	8.173	34,24
15022: Garanhuns	23.337	8.260	35,39
15023: Petrolina	18.901	6.463	34,19
16001: Teresina	44.174	22.773	51,55
17001: RJ - Centro	58.456	20.954	35,85
17002: RJ - Norte	42.482	18.896	44,48
17003: RJ - Sul	50	170	340,00
17021: Campos	45.436	24.859	54,71
17022: Duque de Caxias	65.408	32.381	49,51
17023: Niterói	35.523	16.643	46,85
17024: Petrópolis	18.657	8.780	47,29
17025: volta Redonda	24.329	11.575	47,58
18001: Natal	26.270	9.271	35,29
18021: Mossoró	24.211	10.173	42,02
19001: Porto Alegre	45.164	21.661	47,96
19021: Canoas	36.260	16.597	45,77
19022: Caxias do Sul	26.691	9.476	35,50
19023: Ijuí	26.237	9.271	35,34
19024: Novo Hamburgo	41.696	22.009	59,78
19025: Passo Fundo	30.880	13.600	44,04
19.026: Pelotas	23.746	10008	42,15
19027: Santa Maria	26.232	11.643	44,38
19028: Uruguaiana	10.309	4.801	46,57
20001: Florianópolis	36.145	14.950	41,36
20021: Blumenau	41.856	14.552	34,77
20022: chapecó	36.187	12.355	34,14
20023: Criciúma	26.882	12.648	47,05
20024: Joinville	25.828	10.398	40,26
21001: SP - Centro	80.412	43.983	54,70

BENEFÍCIOS REQUEIRIDOS X INDEFERIDOS ATÉ O DIA 25/06/2007			
GEX	Requeridos	Indeferidos	Indef/Req %
21002: SP - Norte	48.810	30.656	62,81
21003: SP - Oeste	33.211	17.462	52,58
21004: SP - Sul	75.437	41.239	54,67
21005: SP - Leste	56.896	34.472	60,59
2101: Araçatuba	18.141	7.075	39,00
21022: Araraquara	32.233	17.249	53,51
21023: Bauru	30.351	13.711	45,17
21024: Campinas	76.834	43.286	56,34
21025: Guarulhos	64.368	37.171	57,75
21026: Jundiaí	27.237	11.590	42,55
21027: Marília	17.150	7.246	42,25
21028: Osasco	51.326	25.658	49,99
21029: Piracicaba	31.585	16.423	52,00
21030: Presidente Prudente	21.372	8.700	40,71
21031: Ribeirão Preto	37.030	18.241	49,26
21032: Santo André	32.240	17.968	55,73
21033: Santos	40.811	19.754	48,40
21034: São Bernardo do Campo	39.058	19.233	49,24
21035: São João da Boa Vista	33.392	18.591	55,68
21036: São José do Rio Preto	44.017	18.367	41,73
21037: São José dos Campos	21.456	9.350	43,58
21038: Sorocaba	57.711	34.252	59,35
21039: Taubaté	20.762	9.448	45,51
22.001: Aracajú	23.378	10.552	45,14
23001: Distrito Federal	40.430	16.605	41,07
24001: Rio Branco	10.484	4.702	44,85
25001: Macapá	4.628	1.815	39,22
26001: Porto Velho	20.270	6.163	30,40
27001: Boa Vista	5.205	1.908	36,66
28001: Palmas	13.918	6.189	44,47
TOTAL	3.402.299	1.584.658	46,58

FONTE: SUIBE em: 03/07/2007

Dados até o dia 25/06/2007

Pelos dados acima colacionados, verifica-se que o índice de indeferimento de benefício, em proporção ao volume de benefícios requeridos, gira em torno de *uma média nacional de 46,58%*.

Filtrando-se os dados da tabela acima e depurando a pesquisa por Gerência (Unidade Administrativa do INSS), pode-se aferir um dado igualmente importante: Unidades do INSS em uma mesma micro-região (Vide e.g. as Gerências da cidade de São Paulo) ou de uma meso-região (vide e.g. as Gerências de Porto Alegre e Caxias do Sul), apesar da similaridade demográfica e econômica, apresentam dados sensivelmente díspares.

Esta disparidade de indeferimentos, sem uma padronagem ou desvio-padrão, indicam que pode estar havendo uma subjetivação excessiva na análise dos benefícios previdenciários, já que há uma grande uniformidade dos pleitos administrativos nestas Gerências.

Estatisticamente, é comum verificarmos dentro da tabela indicada, distorções de quase 20 % (vinte por cento) entre cidades de mesmo perfil sócio-econômico, como Londrina/PR, que apresenta 38% (trinta e oito por cento) indeferimento e Maringá/PR, com 45% (quarenta e cinco por cento) indeferimento. Uma distorção ainda mais nítida se verifica quando se compara Londrina/PR com outra cidade de perfil similar, Ponta Grossa/PR, com mais de 50% (cinquenta por cento) de indeferimento. A distorção, nesse caso, aponta para mais de 40% (quarenta por cento) de diferença entre as unidades, o que denota uma absoluta inexistência de padrão de indeferimento.

Esta falta de padrão é meio hábil a comprovar que há “subjetivação” na análise dos pedidos de benefício. Essa “subjetivação” pode ser entendida como o excesso de discricionariedade atribuído ao servidor que analisa o pleito nas Agências da Previdência Social e que, pela falta de uma capacitação que incuta procedimentos padrões rígidos, faz com que cada unidade possa ter seus próprios padrões e critérios para concessão de benefícios, mesmo que relevadas as diferenças sócio-econômicas das diferentes localidades.

Além de não haver um padrão estatístico de indeferimento compatível com a similaridade entre regiões com mesmo perfil populacional e econômico, é passível de registro um dado que corrobora a suspeita da existência de velada cultura de indeferimento. Vejamos a tabela:

GRANDES REGIÕES E UNIDADES DA FEDERAÇÃO	REQUERIDOS				INDEFERIDOS			
	Total	Variação em relação ao mês anterior (%)	Benefícios por Incapacidade	Demais Benefícios	Total	Variação em relação ao mês anterior (%)	Benefícios por Incapacidade	Demais Benefícios
BRASIL	620.086	-6,22	403.604	216.482	311.415	9,72	236.885	74.530
NORTE	26.494	-1,54	13.088	13.406	10.664	12,23	6.786	3.878
Rorônia	3.821	-5,42	2.219	1.602	1.204	1,01	874	330
Acre	1.888	-7,86	732	1.156	819	7,06	523	296
Amazonas	4.182	10,43	2.313	1.869	1.513	8,93	1.112	401
Roraima	1.189	19,74	418	771	475	43,50	213	262
Pará	11.805	-5,14	5.747	6.058	4.911	12,17	3.222	1.689
Amapá	899	3,69	398	501	391	33,45	186	205
Tocantins	2.710	-0,66	1.261	1.449	1.351	17,07	656	695
NORDESTE	132.925	0,68	60.824	72.101	57.443	11,99	36.072	21.371
Maranhão	15.732	9,70	5.710	10.022	5.648	18,04	3.258	2.390
Piauí	8.922	9,42	3.515	5.407	4.391	4,82	2.143	2.248
Ceará	18.850	-2,10	7.774	11.076	7.221	16,15	3.944	3.277
Rio Grande do Norte	9.629	3,77	5.213	4.416	3.994	13,82	3.161	833
Paraíba	10.695	-1,40	4.828	5.867	5.466	6,86	3.335	2.131
Pernambuco	20.975	0,43	9.306	11.669	8.161	6,81	5.489	2.672
Alagoas	8.119	0,30	3.817	4.302	3.313	8,62	2.055	1.258
Sergipe	4.524	2,01	1.973	2.551	2.280	21,60	1.132	1.148
Bahia	35.479	-3,43	18.688	16.791	16.969	13,79	11.555	5.414
SUDESTE	312.558	-8,18	228.769	83.789	173.564	8,99	142.970	30.594
Minas Gerais	74.646	-6,02	50.557	24.089	39.690	10,60	31.315	8.375
Espirito Santo	10.615	-4,14	6.791	3.824	4.499	9,52	3.069	1.430
Rio de Janeiro	52.376	-6,31	37.791	14.585	28.511	12,12	23.087	5.424
São Paulo	174.921	-9,82	133.630	41.291	100.864	7,51	85.499	15.365
SUL	113.883	-9,42	78.292	35.591	54.492	8,82	39.562	14.930
Paraná	36.856	-8,00	24.433	12.423	18.549	10,62	13.188	5.361
Santa Catarina	29.689	-10,84	21.465	8.224	13.011	7,58	9.397	3.614
Rio Grande do Sul	47.338	-9,60	32.394	14.944	22.932	8,09	16.977	5.955
CENTRO-OESTE	34.226	-5,39	22.631	11.595	15.252	11,21	11.495	3.757
Mato Grosso do Sul	7.246	-7,56	4.883	2.363	3.296	10,83	2.481	815
Mato Grosso	7.604	-8,89	4.975	2.629	3.057	17,76	2.440	617
Goiás	12.153	-1,93	7.663	4.490	5.614	10,73	4.014	1.600
Distrito Federal	7.223	-4,94	5.110	2.113	3.285	6,86	2.560	725

Pela Tabela 06, acima reproduzida, observa-se que os dados relativos a indeferimento de benefícios jamais retrocedem, ainda que em diversos Estados haja tido crescimento negativo no número de requerimentos. Nos vinte Estados da Federação, houve no ano período avaliado diminuição de pedidos em vinte e três Estados, mas os números de indeferimento não se reduziram em nenhum Estado.

A título de exemplo, veja-se o Estado de Mato Grosso, no qual houve redução de 8,89 % no número de pedidos de concessão de benefício e um concomitante aumento de 17,76% no número de indeferimentos. Ora, como explicar o fato de uma redução do número absoluto de requerimentos dos pedidos de benefícios ser acompanhada por um aumento do número de indeferimentos?

Da referida Tabela pode-se extrair, de igual forma, outra informação relevante. Mensalmente, dos cerca de 600 (seiscentos) mil benefícios requeridos, 65% (sessenta e cinco por cento) deste total, ou seja, 403 (quatrocentos e três) mil benefícios estão relacionados à incapacidade. O deferimento ou não desses benefícios depende de prévia perícia médica realizada por Médicos Peritos da Previdência Social. Segundo os dados da Autarquia Previdenciária, dos 403 (quatrocentos e três) mil benefícios por incapacidade requeridos, 58% (cinquenta e oito por cento) são indeferidos pela Perícia Médica.

Pelo fato de demandar parecer médico, o espectro de atuação dos Advogados Públicos Federais nestes casos é bastante reduzido, cabendo apenas a elucidação de alguns conceitos abstratos da legislação ou racionalizar o processamento das ações previdenciárias que versam sobre incapacidade.

A fim de garantir essa racionalidade processual, algumas unidades da AGU, em consenso com o judiciário local, conseguiram adiantar a realização de perícia médica judicial (feita em conjunta pelo Perito Judicial e pelo Médico Perito da Previdência Social no autor/segurado) para fase anterior à própria citação do INSS. Assim, caso a perícia concluísse pela incapacidade, os Advogados Públicos Federais faziam o reconhecimento do pedido ou proposta de acordo.

Finalizando o tema, e transpondo-se todos estes indeferimentos para a seara judicial, pode-se verificar, com base nos dados do SICAU¹⁷, que os índices de procedência das ações em desfavor do INSS gira em torno de 45,53%, enquanto a procedência parcial das ações remonta a 27,23% e a improcedência (vitória do INSS) encontra-se na casa dos mesmos 27,23%. Considerando que a procedência parcial em muitos casos indica que a vitória parcial se deu em relação a pedidos secundários formulados pelo autor, como juros, indenizações morais e forma de pagamento (PAB ao invés de Precatório e RPV), não é exagero verificar que há derrota em mais da metade dos casos apreciados pelo Poder Judiciário.

Portanto, ainda que considerada a diligente atuação dos Advogados Públicos Federais, a situação atual evidencia que sem uma drástica mudança de postura, capitaneada pela AGU, muitas das teses albergadas pela Previdência Social não encontram, nem encontrarão, respaldo no Judiciário.

17 Foi utilizada uma média ponderada com base nas informações extraídas pela GESICAU, uma vez que o SICAU é usado em apenas 60% dos processos previdenciários.

Vale registrar que esse referido aumento das causas previdenciárias, além dos custos para o INSS e para a Procuradoria-Geral Federal, conforme já apontados neste trabalho, acaba por ser fonte geradora de expressivos gastos com o Poder Judiciário. Nesse particular, não há como negar, por atenção à razoabilidade, que toda a estrutura de instalação de Varas Federais nos últimos 05 (cinco) anos é voltada ao atendimento da crescente demanda dos Juizados Especiais Federais, cujo foco primordial refere-se às causas envolvendo o INSS.

Conforme aponta o estudo “Indicadores Estatísticos da Justiça Federal em 2005”¹⁸ do Conselho Nacional de Justiça, o custo de manutenção da Justiça Federal está na casa de 3,7 bilhões de reais por ano. Dentro deste número, cerca de 3 bilhões de reais se referem apenas a gastos com pessoal (magistrados e servidores).

Com base no que é colocado neste estudo, é inarredável a conclusão de que o INSS, por fatores diversos, gera demanda indevidamente, sendo que estas demandas, por sua vez, implicam em um grande volume de novas despesas, tanto no Poder Judiciário, quanto na AGU, razão pela qual é imprescindível a adoção de medidas urgentes que possam, de alguma maneira, reduzir a litigiosidade relativa ao INSS.

5 DEFINIÇÃO DOS PONTOS NOS QUAIS A INTERVENÇÃO DA AGU PODERIA IMPLICAR EM SIGNIFICATIVA REDUÇÃO DE DEMANDAS E CONSEQUENTE RECONHECIMENTO DE DIREITOS

Como já identificado nos capítulos anteriores, as grandes causas de litigiosidade envolvendo o INSS são as seguintes:

- a) Aspectos econômicos e sociais (desemprego e trabalho informal) que impedem a adequada inserção dos trabalhadores em um sistema previdenciário;
- b) Constantes controvérsias jurídicas em relação ao Direito Previdenciário e incompatibilidade legal de várias normas internas do INSS, cumulada com certa dose de recalcitrância administrativa;
- c) Falta de adequada capacitação dos servidores do INSS;

18 Disponível em: <<http://www.cnj.gov.br>> no ícone Justiça em Números.

- d) Subjetivação da decisão administrativa e velada cultura restritiva de direitos no âmbito da Previdência Social; e
- e) Inexistência de instrumentos que objetivem a análise dos pleitos administrativos.

Além desses fatores, que podem ser nominados como intrínsecos, porquanto ligados a ações que acontecem no âmbito interno do INSS, pode-se ainda acrescentar as duas concausas externas à Previdência Social, que serão mais bem trabalhadas nos tópicos seguintes:

- f) O aumento do acesso ao Judiciário, principalmente em razão da interiorização da Justiça Federal; e
- g) Fenômeno geral da jurisdicionalização de conflitos.¹⁹

Para garantir que a AGU adote posição eficiente ao problema da excessiva litigiosidade previdenciária como um todo, mister se faz que a AGU assumira posturas específicas para cada uma delas, uma vez que esta atuação mais detalhada irá permitir dosar o melhor remédio para os males apontados, ainda que determinadas medidas saneadoras adotadas pela Instituição possam anular efeitos de mais de uma causa.

Neste contexto, no que se refere à falta de cobertura previdenciária dos trabalhadores em geral, por questões econômicas, caberá à AGU, como já afirmado, a construção de alternativas que busquem, dentro da legalidade, assegurar a inserção de significativa parcela da população que, por aspectos formais, encontram-se fora do sistema ou têm alguma dificuldade em provar que, de alguma maneira, estavam acobertados pelo sistema previdenciário.

Como exemplo desta forma de agir, pode-se citar a manifestação da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social que, analisando a situação de trabalhadores rurais e a prova legal desta condição, reconheceu que, juridicamente, os documentos em nome de um dos chefes do grupo familiar (e. g. Pai proprietário de pequena propriedade rural) poderia ser instrumento probatório idôneo a demonstrar a condição de segurado especial dos demais membros do grupo (esposa, filhos, etc.).

19 Sobre a questão a Juíza Mariella Nogueira e desembargador Marco Aurélio Buzzi, em artigo publicado no site do CNJ em 28.06.2006 afirmam que: "Vivemos hoje uma excessiva jurisdicionalização dos conflitos, com o conseqüente congestionamento do Judiciário, seja em razão do "hábito" de sempre acionar a Justiça, seja em razão da litigiosidade contida, da ineficiência e ausência do Estado ou da outorga de novos direitos ao cidadão. A questão é que sobram processos e litigantes em todos os quadrantes dos foros e tribunais do país."

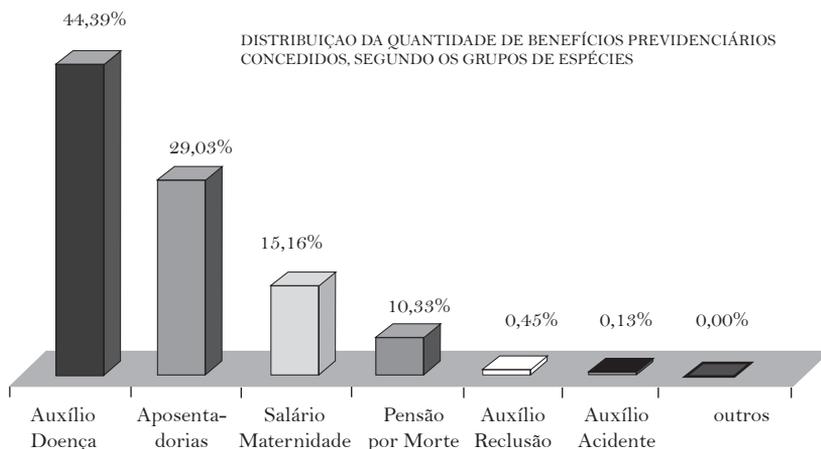
Esse tipo de atuação é hoje, de certa forma, exercido dentro da AGU, ainda que com pouca ordenação sistêmica. Essa postura, todavia, dependerá, sempre e em maior grau, das correntes mudanças que são assistidas na realidade social e econômica do país, cabendo à AGU se esforçar para estar sempre na vanguarda dessas mudanças.

Quanto aos outros fatores causadores da litigiosidade (alta complexidade e controvérsias jurídicas em relação ao Direito Previdenciário, falta de adequada capacitação dos servidores do INSS, velada cultura restritiva de direitos no âmbito da Previdência Social e inexistência de instrumentos que objetivem a análise dos pleitos administrativos) a atuação da AGU pode adotar contornos mais concretos. É exatamente aqui que o presente trabalho pretende se debruçar, conforme poderá ser verificado nos capítulos seguintes.

6 ATAQUE ÀS CAUSAS INTRÍNSECAS DA EXCESSIVA LITIGIOSIDADE PREVIDENCIÁRIA: ASSISTÊNCIA JURÍDICA PREVENTIVA MONITORADA

As causas geradoras de demandas identificadas com intrínsecas à Previdência Social podem e devem ser atacadas pela AGU de forma corajosa, mas sem afastar, contudo, a possibilidade de um proveitoso trabalho conjunto com o INSS.

Como evidenciado em capítulos anteriores, as ações judiciais contra o INSS provém do grande número de benefícios mensalmente indeferidos e, conforme demonstrado, com fortes indícios que denotam que a administração previdenciária incorre em recorrentes equívocos.



Para oferecer uma resposta a essa situação, propõe-se que a AGU, por intermédio da Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria Federal Especializada junto ao INSS, desenvolvam um projeto de monitoramento dos índices e perfis de indeferimento em cada uma das Gerências administrativas do INSS.

Pela presente proposição, um grupo técnico ficaria encarregado de extrair do SUIBE – SISTEMA UNIFICADO DE INFORMAÇÕES DE BENEFÍCIOS DO INSS os dados relativos ao indeferimento, determinando, por tipo de benefício, qual o índice de indeferimento naquela unidade. Assim, em cada Agência da Previdência Social estaria sendo mensurado o número de benefícios que foram requeridos, quantos foram indeferidos e, entre os indeferidos, quantos são, em termos percentuais, os benefícios indeferidos por espécie, no mesmo formato do exemplo abaixo, retirado do Boletim da Previdência Social de Agosto de 2009²⁰, usado para definir padrões de concessão:

Assim, tendo sido mapeados os números de todas as agências, e definidos os padrões locais, regionais e nacionais de indeferimento de benefícios, por espécie, os Advogados Públicos Federais poderiam, de forma diferenciada, prestar assistência jurídica às Agências da Previdência Social nas quais haja índices de indeferimento de benefícios além dos padrões estatísticos regionais.

O assessoramento jurídico se daria não de forma específica, caso a caso, mas de forma abstrata (desvinculado de um processo específico) após analisados, por amostragem, processos administrativos referentes àquele tipo de benefício cujo indeferimento, naquela agência, esteja fora dos padrões nacional e regional de indeferimento.

O grupo que trabalharia nesta análise, a depender do tamanho da Agência da Previdência Social, deveria ser constituído por Portaria da PGF e do INSS, devendo ser composto por uma equipe de três a cinco Procuradores Federais que, durante trinta dias, diagnosticariam as causas de indeferimento e regulamentariam o tema por parecer, de cunho vinculante, para aquela Gerência Administrativa do INSS. Do parecer elaborado e assinado pelos Advogados Públicos componentes da equipe deveria ser extraída Ementa, que passaria a ser denominada de Entendimento Jurídico Consolidado, a ser submetido à PGF para futura incorporação nas normas internas do INSS.

20 Boletim Estatístico da Previdência, v. 7, n. 8. Disponível em: <<http://www.inss.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423>>.

Esse trabalho de mapeamento, detecção dos problemas recorrentes, feitura de parecer e extração de Entendimento Jurídico Consolidado, além de aproximar o Advogado Público de um dos mais graves problemas relacionados à excessiva judicialização de questões previdenciárias, poderia ser objeto de compilação para que, em fase posterior, fosse utilizado como importante ferramenta de capacitação dos próprios servidores do INSS.

Na hipótese de ser implementada a presente proposta, seu êxito poderia ser facilmente monitorado, bastando acompanhar se os índices de indeferimento de determinada Agência da Previdência Social, após a visita e os trabalhos concluídos da equipe de Procuradores Federais, de fato foram objeto de melhora.

Apenas a título de elucubração, acaso bem sucedida essa medida, a redução do volume anual de processos poderia chegar a um percentual de até 23% (vinte e três por cento) no número de indeferimentos anuais de benefícios. Isto se compararmos a média de indeferimento das dez unidades com os melhores índices de concessão com as dez unidades com os piores índices. Confira-se:

10 MELHORES ÍNDICES DE CONCESSÃO			
Gerência Executiva	Requeridos	Indeferidos	Indef/Req %
Porto Velho	20270	6163	30,40
São Luís	56295	18921	33,61
Chapecó	36187	12355	34,14
Petrolina	18901	6463	34,19
Caruaru	23867	8173	34,24
Blumenau	41856	14552	34,77
Natal	26270	9271	35,29
Ijuí	26237	9271	35,34
Garanhuns	23337	8260	35,39
Média de Indeferimento			34,15

10 PIORES ÍNDICES DE CONCESSÃO			
Gerência Executiva	Requeridos	Indeferidos	Indef/Req %
Campos	45436	24859	54,71
São João da Boa Vista	33392	18591	55,68
Santo André	32240	17968	55,73
Campinas	76834	43286	56,34
Guarulhos	64368	37171	57,75
Governador Valadares	44696	26029	58,24
Contagem	45090	26333	58,40
Sorocaba	57711	34252	59,35
SP - Leste	56896	34472	60,59
SP - Norte	48810	30656	62,81
Média de Indeferimento			57,96

Se essa redução for aplicada ao número total de benefícios indeferidos no ano de 2008, vale dizer, 3.606.924 (três milhões, seiscentos e seis mil, novecentos e vinte e quatro)²¹ indeferimentos, o número de benefícios que deixariam de ser indeferidos poderia chegar a casa de 830 (oitocentos e trinta) mil benefícios por ano.

O impacto social desta medida é comprovadamente inegável. Parte considerável da população, idosa, doente ou acidentada, poderia finalmente encontrar alento na proteção previdenciária legitimamente concedida, dentro dos padrões atuais da legislação, apenas com o refinamento da concessão.

Se o impacto positivo para a sociedade já não bastasse para compensar o esforço, uma redução de litigiosidade na casa de 23% (vinte e três por cento), em comparação aos dados já colacionados na página 22 do presente trabalho, faria com que cerca de 30 (trinta) mil novas ações deixassem de ser ajuizadas por mês em face do INSS. Seriam 360 (trezentas e sessenta) mil novas ações por ano a menos a serem levadas à apreciação da Justiça.

Portanto, acredita-se que para as causas intrínsecas à Previdência Social, nada mais produtivo do que mapear e agir, proativa e preventivamente, para eliminar a subjetivação das decisões pelas autoridades previdenciárias e minimizar a falta de treinamento dos servidores do INSS, diminuindo a recalcitrância da Previdência Social em admitir postura mais garantista em relação à sociedade.

21 Boletim Estatístico da Previdência, n. 08, vol. 14. Disponível em: <<http://www.inss.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423>>.

7 UMA ALTERNATIVA AO JUDICIÁRIO: AGU COMO ÁRBITRO ENTRE A PREVIDÊNCIA SOCIAL E A SOCIEDADE CIVIL ORGANIZADA

A redução de demandas judiciais buscada com a proposição formulada no capítulo anterior, apta a combater às causas ditas intrínsecas da excessiva litigiosidade, não tem o condão de resolver a questão afeta ao atual fenômeno geral da jurisdicionalização de conflitos e combater a natural evolução do número de processos judiciais decorrentes do aumento do acesso ao Judiciário, principalmente em razão da interiorização da Justiça Federal.

Ainda que bem realizado um trabalho dentro do INSS, com a ajuda da AGU, que poderá reduzir em até 30 (trinta) mil processos a cada mês, ainda haverá um volume de cerca de mais de 100 (cem) mil ações que ainda serão submetidas à apreciação do Poder Judiciário.

A indiscriminada judicialização de conflitos é agravada pelo fato de que em muitas ações não há sequer pretensão resistida, uma vez que o segurado, temendo a postura administrativa do INSS ou eventual demora²², não formula o prévio requerimento administrativo. Todavia, invocando o princípio da inafastabilidade do judiciário, muitos juízes relevam referida situação, o que, com a devida vênia, estimula ainda mais a essa indesejada situação.

Como resposta a essa circunstância real e problemática, inclinamo-nos a acreditar que a saída para o problema está na reformulação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF da AGU, concebida para realizar as atividades conciliatórias entre órgãos da Administração Pública Federal, mas que, recentemente, vem analisando, inclusive, conflitos entre os órgãos públicos federais e órgãos outros, como empresas públicas, sociedades de economia mista e a administração estadual e municipal.

A idéia central da presente proposta é dar legitimidade para que algumas entidades não estatais possam levar à CCAF temas em que, de antemão se saiba, não haja convergência de entendimento entre as referidas entidades e a Previdência Social.

A demonstração desta divergência poderia ser comprovada pela existência de atos normativos internos da Previdência, respostas a consultas formuladas e, até, pela demonstração que em alguns casos concretos houve aplicação da legislação previdenciária de forma inadequada, segundo a visão do proponente.

²² O receio da demora, com recente modernização da Previdência Social, não mais se justifica. Segundo o Boletim Estatístico vol. 14, nº 08, o prazo médio da concessão está em 21 dias. Extraído do sítio eletrônico <<http://www.inss.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423>>.

Há que se ressaltar que ainda que comprovada por casos concretos, a análise do tema pela CCAF se dará em caráter geral e abstrato, devendo ser objeto, após vencidas as fases de negociação e tentativa de composição, de um Parecer Normativo, nos termos do art. 11, da Portaria nº 1.281 de 27 de setembro de 2007:

Art. 11 A Consultoria-Geral da União, quando cabível, elaborará parecer para dirimir a controvérsia, submetendo-o ao Advogado-Geral da União nos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73 de 10 de fevereiro de 1993.

Para disciplinar que teria legitimidade para a propositura de arbitragem e conciliação, o ato a ser editado pelo Advogado-Geral da União deveria levar em conta a forma prevista para a gestão da seguridade social como um todo, nos termos do artigo 194, § único, inciso VII da Constituição Federal, que prevê

Art. 194 [...]

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

[...]

Inciso VII – caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.

Assim, dentro da própria concepção prevista no texto constitucional, poder-se-ia outorgar a entidades representantes de trabalhadores, empregados e aposentados a possibilidade de, por intermédio da CCAF, conciliar com a Previdência Social sobre temas nos quais haja problemas de convergência de entendimento.

Para evitar oportunismo, a participação das referidas entidades ficaria condicionada aos mesmos requisitos exigidos para associações em outras legislações, vale lembrar, existência comprovada há mais de um ano e a previsão em seus estatutos de que a defesa do respectivo grupo é um dos objetivos associativos.

Ciente das limitações atuais da CCAF, a normatização da AGU poderia disciplinar que, no primeiro ano de funcionamento dessa nova

modalidade arbitral, apenas as entidades de âmbito nacional poderiam pleitear a arbitragem. Após transcorridos doze meses desta primeira fase, ficaria outorgada a participação das associações de âmbito regional ou local.

A referida mudança, vale frisar, sequer mudaria o espírito que levou a criação da Câmara. Conforme se observa da própria Cartilha educativa do órgão, são objetivos da CCAF: (i) conciliar os interesses divergentes dos diversos órgãos e entidades da Administração Federal; (ii) evitar a judicialização de demandas envolvendo órgãos e entidades da Administração; (iii) encerrar processos já judicializados, harmonizando os interesses dos órgãos envolvidos, por meio de conciliações.

Para viabilizar a presente proposta, além da edição do ato normativo, a AGU precisaria alocar um grupo de Advogados Públicos Federais nesta atribuição, devendo ainda ser feito um amplo programa de divulgação externa, voltado principalmente, para as federações e confederações de trabalhadores, de aposentados e de empregadores.

Esta postura cidadã da AGU, em se dispor a ser órgão mediador da sociedade civil organizada perante o Estado engrandecerá a Instituição, reforçando seu papel de Órgão de Estado, assim como permitirá criar um instrumento hábil de conhecer e tratar pontos de conflito de forma geral, o que pode contribuir em muito para uma redução de litigiosidade.

Cabe registrar que mesmo nos casos onde a composição ou a arbitragem seja frustrada para as entidades associativas, terão estas a noção de que o diálogo com o Poder Público foi aberto de forma franca e democrática.

Para a AGU, não sendo possível atender ao pleito, um resultado concreto teria sido obtido: o parecer normativo elaborado, analisando de forma aprofundada determinado tema posto à sua apreciação, apresentar-se-ia como importante instrumento a ser utilizados pelos Advogados Públicos Federais em suas defesas quando a questão, de forma individualizada e concreta, fosse submetida ao Poder Judiciário.

Ainda que não se possa mensurar de forma confiável o impacto positivo real da adoção dessa medida, certo é que em termos de respeito ao cidadão a AGU deixará grafada sua marca.

8 IMPACTO FINANCEIRO DA MEDIDA E RELAÇÃO CUSTO/BENEFÍCIO

Para que melhor seja avaliada toda a extensão dos projetos ora apresentados é relevante identificar o impacto financeiro das medidas propostas nas contas da Autarquia e a proporção entre estes gastos com as vantagens econômicas que poderão advir de uma eventual aplicação prática dos projetos.

Para se aferir o impacto direto da adoção do projeto, deve-se identificar o montante de ações que deixariam de ser ajuizadas e que se originavam pelo incorreto indeferimento do benefício requerido.

Apenas com a proposta de estruturar equipes para realizar assessoramento jurídico preventivo, a partir de monitoramento dos dados, estimou-se, neste trabalho, que a redução mensal de novas ações poderia facilmente chegar a 30 (trinta) mil ações por mês.

Levando-se em conta o valor médio do benefício pago, que, conforme demonstra o quadro abaixo, é hoje de R\$ 715,90 (*setecentos e quinze reais e noventa centavos*)²³ e multiplicando-se pelo número de ações que, supõe-se, deixaram de ser ajuizadas, haverá uma majoração nos gastos mensais do Fundo Geral da Previdência Social de cerca de 21,5 milhões de reais por lote de cada 30 (trinta) mil ações não ajuizadas em decorrência da concessão administrativa do benefício.

Se projetado no ano, passará a existir 360 (trezentos sessenta) mil deferimentos de benefícios a mais, com um custo anual de cerca de 1,41 bilhões de reais, conforme se verifica pela tabela a seguir:

	VALORES EM R\$ MENSAIS - NOVOS BENEFÍCIOS	MESES/IMPACTO	CUSTO PROJETADO NO ANO
Janeiro	21,5 milhões	11	236,5 milhões
Fevereiro	21,5 milhões	10	215 milhões
Março	21,5 milhões	9	193,5 milhões
Abril	21,5 milhões	8	172 milhões
Mai	21,5 milhões	7	150,5 milhões
Junho	21,5 milhões	6	129 milhões
Julho	21,5 milhões	5	107,5 milhões
Agosto	21,5 milhões	4	86 milhões
Setembro	21,5 milhões	3	64,5 milhões
Outubro	21,5 milhões	2	43 milhões
Novembro	21,5 milhões	1	21,5 milhões
Dezembro	21,5 milhões	0	0
TOTAL		12 MESES	1,41 bilhões

23 Boletim Estatístico da Previdência, n. 08, v. 14. Extraído do sítio eletrônico <http://www.inss.gov.br/conteudoDinamico.php?id=423>.

Este impacto nas contas previdenciárias será financeiramente compensado por uma proporcional redução de cerca de 20% (vinte por cento) no valor dos pagamentos judiciais (precatórios e RPV), proporcionando uma economia de cerca de 1,1 bilhões de reais anuais (vide Tabela I, na página 03)

Este suposto “déficit” de cerca de 300 (trezentos) milhões de reais entre a economia judicial e a despesa decorrente da concessão administrativa dos benefícios, seguramente são pagos pelo melhor aproveitamento da mão-de-obra de Advogados Públicos Federais, Magistrados, servidores administrativos da Justiça, da AGU e do próprio INSS, todos responsáveis, em algum espectro, por fazer frente a estas demandas judiciais.

Restando demonstrada a viabilidade financeira do projeto, é importante ainda dimensionar o que a moderna gestão denomina de “custos invisíveis”, isto é, custos de difícil identificação e mensuração econômica, mas que não podem jamais ser desprezados na mensuração de valor ou na aferição de peso na relação custo versus benefício. Esses custos, ditos invisíveis, embora atribuídos a produtos e serviços, também podem e devem ser aplicados à gestão pública, relacionando-se, neste campo, basicamente, à eficiência, confiabilidade, transparência e solidez de determinada instituição.

No caso da Previdência Social, a recalcitrância administrativa notada na concessão de benefício acaba por gerar uma grave afronta à imagem do INSS e do Governo Federal, pois dissemina uma cultura negativa contra a Autarquia, tanto no Poder Judiciário, quanto perante a população. Isto leva a população a buscar outro Órgão, sem atribuição primária para tanto, para obter a prestação previdenciária através de uma ação, subvertendo a repartição constitucional de competência.

Esses custos, não mensuráveis a princípio, geram no decorrer do tempo uma cadeia de situações que acabam por se concretizar em prejuízos econômicos, como, por exemplo, o nítido pré-julgamento do INSS perante os juízes dos Juizados Especiais Federais.

Portanto, além do aspecto eminentemente financeiro, as propostas apresentadas visam fornecer amparo a uma política social previdenciária com enfoque mais cidadão e humanitário, permitindo ganhos colaterais decorrentes da redução de volume de processos judiciais e até, por que não, a melhoria da imagem institucional da AGU, representante judicial da Autarquia Previdenciária, e do próprio INSS.

9 CONCLUSÕES E PERSPECTIVAS

Analisando-se todo o contexto envolvendo a litigiosidade do INSS e os números que a Autarquia apresenta em termos de indeferimento de benefício, é forçoso concluir que cabe à AGU, por intermédio da Procuradoria-Geral Federal, e em estreita coordenação com o INSS, agir de forma proativa, visando à eliminação de quaisquer arestas jurídicas criadas em razão de posturas antiquadas aferíveis até hoje em determinadas unidades da Previdência Social.

Com as proposições feitas neste trabalho, uma calcada na definição de uma política consultiva, de viés estratégico e preventivo, outra fundada em uma nova formatação da Câmara de Conciliação da AGU, espera-se que seja possível idealizar um momento, esperamos em breve futuro, em que o reconhecimento de direitos a importante parcela da população não dependa do tortuoso caminho de uma ação judicial.

A noção de cidadania deve sempre ser dilargada quando quem pede reconhecimento de um direito seu é um cidadão, que mesmo tendo contribuído para seu seguro social ou por ele estar tecnicamente protegido, ainda que sem contribuição, não consegue o amparo da face social do Estado em momento marcado pelos infortúnios da vida.

Uma AGU Cidadã não pode fechar os olhos para isto.

REFERÊNCIAS

BALERA, Wagner. *Sistema de Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2006.

CASTRO, Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2006.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Erica Paula Barcha. *Curso de Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Saraiva, 2002.

HORVATH JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HOFFMANN, Rodolfo. *Desigualdade da Distribuição da Renda no Brasil: a contribuição de aposentadorias e pensões e de outras parcelas do rendimento domiciliar per Capita*. São Paulo: EDUSP, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. São Paulo: Atlas, 2006.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Princípios de Direito Previdenciário*. São Paulo: LTr, 2001.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A Seguridade Social na Constituição Federal*. São Paulo: LTr, 2001.

PIERDONÁ, Zélia Luiza. *Contribuições para a Seguridade Social*. São Paulo: LTr, 2003.

Boletim Estatísticos da Previdência Social. Disponível em: <<http://www.inss.gov.br/estatisticas>>.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO: ÓRGÃO DE DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E APLICADOR DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Leonardo Cacao Santos La Bradbury
Procurador Federal

SUMÁRIO: 1 Competências Constitucionais da AGU Previstas no Art. 131 da CF/88: Breves Considerações Históricas; 1.1 Análise Estrutural e Funcional da AGU à Luz do Texto Constitucional e do Entendimento do S.T.F; 1.2 Natureza Jurídica da AGU; 2 A Parcialidade dos Membros da AGU, sua Essencialidade à Justiça e a Aplicação da Nova Hermenêutica Constitucional; 3 AGU e seu Papel de Defesa dos Direitos Fundamentais; 3.1 A Atuação da AGU como Advocacia de Estado e não de *Governo*; 3.2 Jurisdição Constitucional e Missão Institucional da AGU; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: Analisa o contexto histórico-jurídico-político em que foi criada a Advocacia Geral da União – AGU, enfocando a necessidade de atuação de seus membros à luz dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Delimita as competências da AGU, em face do disposto no Texto Constitucional e nas interpretações do Supremo Tribunal Federal – STF. Averigua a importância da função desempenhada pelos membros da AGU, como essencial à Justiça, em busca do interesse público primário e não do exclusivamente secundário, pois são Advogados do Estado e não do Governo. Adverte que o desempenho parcial dos membros da AGU não é obstáculo para a consagração, em juízo, dos princípios da Duração Razoável do Processo, da Efetividade e da Dignidade da Pessoa Humana, criados pela própria pessoa jurídica que representa, a qual, além de declará-los, deve concretizá-los. Sustenta que a correta representação judicial da União é pautada na elaboração de teses acadêmicas baseadas na moderna hermenêutica constitucional, sendo inadmissíveis condutas processuais que apenas contribuem para a morosidade da entrega da tutela jurisdicional. Defende a missão institucional da AGU de colaboração com o Poder Judiciário, visando melhor interpretar e aplicar o direito posto ao caso concreto, a fim de obter uma sentença calcada nas diretrizes do Estado Democrático de Direito, contribuindo, assim, para o pleno desenvolvimento da jurisdição constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia Geral da União. Estado Democrático de Direito. Parcialidade. Função essencial à Justiça. Interesse Público Primário e Secundário. Jurisdição Constitucional.

ABSTRACT: Analyze the historical-judicial-political context in that the General Advocacy of the Union- AGU was created, focusing the performance of your members to the foundations of the Democratic State of Right, consecrated in the Constitution of Brazil's Republic Federation of 1988. Delimits AGU's competences, in face of Constitutional Text and Supreme Federal Tribunal's interpretations. Discovers the importance of his function, as essential to the Justice, in search to primary public interest and not of the exclusively secondary, because they are State's lawyers and not the Government. Notices that the partial acting is not obstacle for consecration, in judgement, the beginnings of the Reasonable Process Duration, Effectiveness and Human Person's Dignity, created by the legal entity that represents, which, besides declaring them, should render them. Sustains that the correct judicial representation of the Union is ruled in the elaboration

of academic theses based on the modern constitutional hermeneutic, being inadmissible procedural conducts that just contribute to the slowness of jurisdictional delivery. Defends that the AGU's mission is to collaborate with the Judiciary Power, seeking better to interpret and to apply the put right to the concrete case, in order to obtain a sentence stepped on in the guidelines of the Democratic State of Right, contributing for the full development of the constitutional jurisdiction.

KEYWORDS: General Advocacy of the Union. Democratic State of Right. Partiality. Essential function to the Justice. Primary and secondary public interest. Constitutional Jurisdiction.

1 COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DA AGU PREVISTAS NO ART. 131 DA CF/88: BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

A Carta Fundamental de 1988, que instituiu o Estado Democrático de Direito, criou a instituição denominada Advocacia Geral da União – AGU, delineando suas competências e área de atuação, tendo como preceito basilar a defesa dos interesses da União, suas autarquias e fundações.

Inicialmente, cumpre-nos, a título histórico, informar ao leitor que tal atribuição, antes da CF/88, era desempenhada pelo Ministério Público Federal, que acumulava as funções de defesa da coletividade e da União em juízo. Ocorre que o legislador constituinte de 1988 aumentou as atribuições do Parquet, ocorrendo situações em que sua atuação poderia se realizar inclusive contra o próprio ente estatal federal, razão pela qual se decidiu pela criação de uma instituição própria, voltada especificamente para a defesa da União. Nesse sentido, convém transcrever os ensinamentos de Walber de Moura Agra:

Na Constituição anterior, a representação judicial da União cabia ao Ministério Público, o que trazia inconvenientes para o desempenho dessa função, dado o acúmulo de tarefas. O art. 131 da nova ordem constitucional trouxe uma grande inovação porque, além de fortalecer o Ministério Público, outorgando-lhe prerrogativas em nível constitucional, criou um órgão específico para a representação judicial do Governo Federal, munindo-o com condições para o exercício de sua tarefa.¹

1 AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.561.

É preciso destacar que, desde a Constituição Republicana de 1891, por meio da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que traçava a organização da Justiça Federal, o Ministério Público tinha uma dupla função, pois acumulava tanto matérias de natureza criminal como a advocacia pública.

Assim, antes da CF/88, a defesa da União em juízo era feita pelo Ministério Público Federal, enquanto que as atividades de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo eram realizadas pela Advocacia Consultiva da União, que possuía, como instância máxima, a Consultoria-Geral da República, nos termos do Decreto nº 93.237/86.

Verifica-se, assim, que a AGU é uma instituição jovem, de pouco mais de vinte anos de vida, cuja criação beneficiou tanto a coletividade, como o ente público federal, pois se aumentou a independência do Ministério Público para defender os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos da forma mais efetiva e adequada possível, bem como se garantiu a racionalização da defesa da União, das suas autarquias e fundações, através de um órgão específico, com membros qualificados.

1.1 Análise Estrutural e Funcional da AGU à Luz do Texto Constitucional e do Entendimento do STF

Surge, assim, a AGU, prevista no art. 131 da Carta Fundamental, em seu Capítulo IV, intitulado “Das funções essenciais à Justiça”², também abrangendo o Ministério Público, a Advocacia privada e a Defensoria Pública, assim dispondo:

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.

² BRASIL, Constituição (1988). op.cit.

§ 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.

Desta forma, ressalte-se, que a AGU é uma função essencial à Justiça, ao lado do Ministério Público, da Advocacia privada e da Defensoria Pública, o que, a priori, já demonstra a importância da instituição elevada a nível constitucional.

Como nos ensina Rommel Macedo, o legislador constituinte de 1988, ao criar a AGU sofreu grande influência da Advocacia de Estado Italiana (*Avvocatura dello Stato*), traçando competências similares. Contudo, diferentemente do ordenamento brasileiro, a advocacia pública italiana não possui previsão na vigente Constituição da Itália, mas tão-somente infraconstitucional.³

A AGU, ao ser conceituada pela CF/88 como uma “instituição”, ressalta seu traço de órgão permanente, perene, que possui interesses e objetivos específicos a proteger e resguardar, em face do ordenamento jurídico pátrio.

O termo “geral”, utilizado ao denominar a instituição, significa que a representação judicial e extrajudicial da União não se restringe ao âmbito interno, mas também ao plano internacional, pois como bem ressalta a doutrina de Flavia Piovesan⁴ e de Cançado Trindade⁵, o ente público federal é quem será responsabilizado por eventuais violações aos direitos humanos fundamentais realizados pelos Estados-Membros, razão pela qual há a necessidade de atuação da AGU, o que já vem sendo feito perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, como no caso nº 12.237, no qual a Comissão Interamericana de Direitos Humanos busca a condenação do Brasil por violação ao Direito à Vida, Integridade Pessoal, Garantias Judiciais e Proteção Judicial, previstos, respectivamente, nos artigos 4º, 5º, 8º e 25, do Pacto de São José da Costa Rica.⁶

A estrutura da AGU se encontra delineada na Lei Complementar nº 73/93, possuindo *órgãos de direção superior* (Advogado-Geral da União, Procuradoria-Geral da União, Procuradoria Geral da Fazenda

3 MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.

4 PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

5 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. Brasília: Revista dos Tribunais, 1992.

6 MACEDO, Rommel. *op cit.*, p. 45-46.

Nacional, Consultoria-Geral da União, Conselho Superior da Advocacia Geral da União e Corregedoria-Geral da Advocacia da União), *órgãos de execução* (Procuradorias Regionais da União – nas capitais dos Estados sedes de Tribunais Regionais Federais -, Procuradorias da União – nas demais capitais dos Estados da federação, Procuradorias Seccionais da União – nas cidades do interior dos Estados que possuam vara da Justiça Federal, Procuradorias Regionais da Fazenda Nacional – nas capitais dos Estados sedes de Tribunais Regionais Federais, Procuradorias da Fazenda Nacional, em todas as capitais dos Estados da Federação, Procuradorias Seccionais da Fazenda Nacional, localizadas, em regra, nas cidades sedes de vara da Justiça Federal e as Consultorias Jurídicas), bem como *órgão vinculado* (Procuradoria-Geral Federal, criada pela Lei nº 10.480/2002, em seu art.9º, possuindo autonomia administrativa e financeira).

Ademais, também integram a AGU os Procuradores do Banco Central do Brasil, que, nos termos do art. 4 da Lei 9.650/98⁷ e da Lei 11.358/06⁸, tem, dentre outras, as funções de representação (judicial e extrajudicial), consultoria e assessoramento jurídico do Banco Central do Brasil, sendo remunerados por subsídio, fixada em parcela única.

Desta forma, a AGU é composta por quatro carreiras: Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e Procurador do Banco Central do Brasil, todas com a mesma remuneração, por meio de subsídio fixado em parcela única.

Assim, é bastante comum o equívoco por parte dos operadores do direito de que o “Procurador do INSS” – Instituto Nacional do Seguro Social faz parte da estrutura da referida autarquia previdenciária, quando, na verdade, trata-se de Procurador Federal, integrante dos

7 Art. 4º São atribuições dos titulares do cargo de Procurador do Banco Central do Brasil:

I - a representação judicial e extrajudicial do Banco Central do Brasil;

II - as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Banco Central do Brasil;

III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial; e

IV - assistir aos administradores do Banco Central do Brasil no controle interno da legalidade dos atos a serem por eles praticados ou já efetivados.

8 Art. 1º a partir de 1º de julho de 2006 e 1º de agosto de 2006, conforme especificado nos Anexos I, II, III e VI desta Lei, respectivamente, passam a ser remunerados exclusivamente por subsídio, fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, os titulares dos cargos das seguintes Carreiras:

I - Procurador da Fazenda Nacional; II - Advogado da União;

III - Procurador Federal;

V - Procurador do Banco Central do Brasil;

quadros da AGU, que apenas representa judicialmente a supracitada autarquia.

No aspecto funcional, a CF/88 é clara ao delimitar a competência da AGU, ao dispor que esta instituição tem por missão representar a União judicial e extrajudicialmente, bem como prestar consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo Federal.

Percebe-se, pois, que a Carta Fundamental outorgou à AGU uma dupla competência: uma *postulatória ou contenciosa*, consubstanciada na representação judicial e extrajudicial dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como das autarquias e fundações públicas federais, e outra *preventiva ou consultiva*, por meio da realização de consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo Federal, quanto à constitucionalidade e legalidade de seus atos.

Inicialmente, é importante destacar que na função postulatória o art.131 da C/88 dispõe que a AGU irá representar judicial e extrajudicialmente a União, enquanto na parte final, ao versar sobre a função preventiva, delimita o campo de atuação da instituição, ao especificar que presta consultoria e assessoramento jurídico ao Poder Executivo Federal. Desta forma, verifica-se que a AGU não realiza consultoria nem assessoramento jurídico aos Poderes Legislativo e Judiciário.

É preciso observar que o termo “União”, utilizado no caput do art. 131 da CF/88, ao versar sobre a função postulatória da AGU, é utilizado em seu sentido amplo, significando a organização política dos Poderes nacionais, em seu conjunto, conforme as lições de Cretella Júnior, apud Rommel Macedo, ao nos ensinar que, nesse contexto, a “União é a organização política dos Poderes nacionais, em seu conjunto. A União, no texto constitucional, é detentora dos três poderes.”⁹

Desta forma, podemos concluir que, no desempenho de sua função postulatória, a AGU exerce a representação judicial e extrajudicial de todos os Poderes da União (Executivo, Legislativo e Judiciário), bem como de suas autarquias (INSS, IBAMA, INCRA, p.ex) e fundações (FUNAI, p.ex), bem como do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União, por outro lado, no exercício de sua função preventiva, presta consultoria e assessoramento jurídico somente ao Poder Executivo Federal.

Cumpre-nos alertar o leitor a respeito da diferença entre consultoria e assessoramento jurídico. A esse respeito, transcrevemos a lição de Rommel Macedo:

9 CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. apud MACEDO, Rommel. op cit.

O assessoramento jurídico se distingue da consultoria. No primeiro, o advogado não possui qualquer responsabilidade sobre a decisão a ser tomada, tendo apenas a incumbência de orientar a instância decisória; já na segunda, o advogado exara pareceres, sobre os quais possui inequívoca responsabilidade. Por meio da consultoria jurídica, emite-se aquilo que Moreira Neto considera uma verdadeira “vontade estatal”, devendo a administração pública demonstrar a razão para o não-acatamento dos termos do parecer proferido, sob pena de nulidade do ato.¹⁰

Nesse momento, cumpre-nos registrar, apesar de nosso trabalho focar a função postulatória da AGU junto ao Judiciário e não a preventiva, o entendimento do Supremo Tribunal Federal – STF realizado no MS nº 24.631 (veiculado no Informativo nº 475), onde se concluiu, nos termos do voto do Min. Joaquim Barbosa que nossa legislação contempla três hipóteses de consulta: a *facultativa*, na qual a autoridade administrativa não se vincularia à consulta emitida; a *obrigatória*, na qual a autoridade administrativa ficaria obrigada a realizar o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou não, podendo agir de forma diversa após emissão de novo parecer; e a *vinculante*, na qual a lei estabeleceria a obrigação de “decidir à luz de parecer vinculante”, não podendo o administrador decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.¹¹

Tal decisão sepultou entendimento corriqueiro da doutrina de que o parecer jurídico realizado por membro da AGU tem sempre caráter opinativo. Nesse sentido, o Min. Joaquim Barbosa, assim nos alerta:

A doutrina brasileira, embora tradicionalmente influenciada pela doutrina francesa nessa matéria, não desce a essa sofisticação de detalhes, preferindo manter-se fiel à noção de que o parecer jurídico tem sempre caráter opinativo. O que é relevante nessa classificação é que, no caso do parecer vinculante, há efetiva partilha do poder decisório.¹²

Assim, no referido julgado, concluiu-se que sendo o parecer vinculante “haveria efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, razão pela qual, em princípio, o parecerista poderia vir a ter

¹⁰ MACEDO, op cit .p. 46.

¹¹ Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2008.

¹² Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2008.

que responder conjuntamente com o administrador, pois seria também administrador nesse caso.”¹³

Podemos citar, a exemplo de parecer vinculante, aqueles que aprovam ou ratificam o termo de convênios e aditivos em licitações, nos termos do art. 38, da lei 8.666/93, cuja irregularidade, conforme decisão do STF no MS nº 24.584, relator Min. Marco Aurélio, “possibilita a responsabilização solidária, já que o administrador decide apoiado na manifestação do setor técnico competente.”¹⁴

Como vimos a atuação da AGU pode ocorrer no âmbito consultivo, ainda na seara administrativa, por meio de pareceres, consultas e assessoramento jurídico ao administrador público, como também no contencioso, na fase judicial, por meio da representação das entidades públicas em juízo.

Cumpre destacarmos a importância da atividade consultiva da AGU como forma de prevenção e solução de conflitos, evitando inúmeras demandas judiciais.

A melhor, mais célere e adequada forma de se concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos é por meio de um consultivo bem realizado que contribui para diminuir a atuação do contencioso.

Assim, a AGU edita diversos Pareceres Normativos, elaborados pelo consultivo, que dirimem dúvidas de interpretação da legislação, protegem o patrimônio público e asseguram direitos aos cidadãos, protegendo e concretizando os direitos fundamentais.

Desta forma, o contencioso da AGU atua em parceria com o governante na concretização dos direitos fundamentais e na busca pelo ideal de Justiça.

Logo, o fortalecimento do contencioso propiciará a redução das demandas judiciais e a racionalização do serviço público.

Assim, podemos concluir que não só a atuação contenciosa, mas também, principalmente, a consultiva da AGU contribuem para a realização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e na efetivação dos direitos sociais, verdadeiros pilares do nosso Estado Democrático de Direito.

Registrados os entendimentos do STF e a importância da função preventiva da AGU como forma de solução e prevenção de conflitos, continuaremos a análise do texto constitucional. O §1º do art. 131 da CF/88 dispõe que o chefe da AGU será o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República, escolhido dentre cidadãos

13 Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2008.

14 Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2008.

maiores de 35 anos, de reputação ilibada e notável saber jurídico, salientando que não há necessidade de que haja a aprovação da escolha pelo Senado Federal, não precisa a indicação recair sobre um membro da carreira e que, a partir da Lei 10.683/2003, o Advogado Geral da União tem o status de Ministro do Estado, sendo, desta forma, julgado pelos crimes comuns no STF (art. 102, I, “c” da CF/88) e pelos crimes de responsabilidade no Senado Federal (art. 52, II, da CF/88).

Cumprido registrar que, dentre as atribuições do Advogado Geral da União, previstas no art. 4º da L.C. nº 73/93, destacamos a de “defensor legis”, isto é, a de curador da constitucionalidade das leis, em razão de sua atuação na defesa do ato normativo federal ou estadual impugnado em face do controle concentrado de constitucionalidade, nos termos do art. 103, § 3º da CF/88.

Por fim, o § 2º, do art. 131 dispõe que o ingresso em qualquer uma das carreiras da AGU (Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procurador Federal e Procurador do Banco Central do Brasil) far-se-á mediante concurso público de provas e títulos e seu § 3º especifica que a execução da dívida ativa de natureza tributária da União será realizada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional que, como vimos, é um órgão de direção superior da AGU.

1.2 Natureza Jurídica da AGU

Falar sobre a natureza jurídica da AGU é caracterizá-la como integrante de algum dos Poderes da República: Executivo, Legislativo ou Judiciário.

Tal tema tem gerado diversos posicionamentos divergentes pela doutrina, que passaremos a comentá-los.

A primeira corrente, capitaneada por Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, entendem que a AGU faz parte do Poder Executivo.¹⁵

A segunda corrente, defendida por Sérgio de Andréia Ferreira¹⁶ e Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁷, sustentam que a AGU não integra o Executivo, nem está a ele vinculada nem subordinada, possuindo independência funcional tanto na sua atuação postulatória como na

15 BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Tomo IV, São Paulo: Saraiva, 1997.

16 ANDRÉIA FERREIRA, Sérgio de. *Comentários à Constituição*. 3º vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

17 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 116, 1992.

consultiva. Ensinam que a AGU não está vinculada a nenhum dos poderes, atuando fora deles.

Assiste razão à segunda corrente, pois a AGU não integra e nem está subordinada ao Executivo nem a nenhum dos poderes políticos, pois é, nos termos da CF/88, uma função essencial a Justiça, que busca a realização do interesse público e o controle da legalidade dos atos do Executivo.

Desta forma, na fase contenciosa, a AGU irá representar o poder Executivo, Legislativo, o Judiciário, bem como o Ministério Público da União e a Defensoria Pública da União. Desta forma, se um técnico do Ministério Público Federal entrar com uma ação requerendo o pagamento de verbas remuneratórias que entende ter direito, será a AGU, por meio dos Advogados da União, que irão representar a União em juízo, defendendo o ato impugnado. Por tal razão, não é correto afirmar que a AGU é órgão do Executivo, posto que pode representar judicialmente outros poderes, bem como o Ministério Público da União e a Defensoria Pública da União.

Porém, como já ressaltamos, a atividade consultiva da AGU, de assessoramento jurídico, é realizada somente perante o Executivo Federal, na missão de controle preventivo de legalidade e constitucionalidade dos seus atos administrativos.

Assim, adotando o posicionamento de César do Vale Kirsch¹⁸, entendemos que a AGU tem natureza de Órgão de Estado, que integra o sistema constitucional de funções essenciais a Justiça, não se vinculando a nenhum dos três poderes estabelecidos.

2 A PARCIALIDADE DOS MEMBROS DA AGU, SUA ESSENCIALIDADE À JUSTIÇA E A APLICAÇÃO DA NOVA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Neste capítulo, passaremos a analisar a atuação da AGU, como sujeito parcial no processo, inserida como função essencial à Justiça e a necessidade dos seus membros aplicarem a nova hermenêutica constitucional.

É indiscutível e unânime na doutrina constitucional que os membros da AGU agem com parcialidade. Nesse sentido, Walber de Moura Agra¹⁹ leciona que essa foi a razão pela qual a defesa dos

18 KIRSCH, César do Vale; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (orientador). *Advocacia Geral da União e Poder Executivo Federal: Parceria Indispensável para o Sucesso das Políticas Públicas*. Brasília, 2003. Dissertação de Pós Graduação – Instituto Brasiliense de Direito Público.

19 AGRA, op cit. p. 561.

interesses da União foi desvinculada das atribuições do Parquet, uma vez que, em face do seu novo papel atribuído pela CF/88, iriam surgir inúmeros conflitos caso o órgão ministerial tivesse que continuar a defender os interesses estatais, visto que, em alguns casos, o interesse da coletividade pode colidir com o estatal.

Nesse mesmo sentido, também é a doutrina de Uadi Lammêgo Bulos ao afirmar que “é importante lembrar que não se exige imparcialidade do AGU.”²⁰

O próprio STF, no julgamento da ADIN nº 470/AM, manifestando-se a respeito dos Procuradores dos Estados, mas que tem aplicação analógica aos membros da AGU, por meio do voto vencedor do Relator Min. Ilmar Galvão, *apud* Rommel Macedo, assim afirma:

[...] o mister desenvolvido pelas Procuradorias dos Estados que, nos termos do art. 132 da Constituição Federal, exercem a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, *em atividade cuja parcialidade é necessária* e que exige perfeita sintonia com as diretrizes fixadas pela chefia da Administração Pública.²¹ (grifo nosso)

Porém, o fato do membro da AGU atuar em juízo ou na fase consultiva com parcialidade não significa que deverá atuar de forma contrária aos interesses constitucionais que são irradiados pelo Estado Democrático de Direito. É plenamente possível que tenhamos uma atuação parcial, visando atender aos interesses da União, suas autarquias e fundações, e, ao mesmo tempo, em consonância com os valores constitucionais e legais presentes em nosso ordenamento.

Na verdade, no atual Estado Democrático de Direito Brasileiro, a única forma de atuação legítima do Estado em juízo ou na fase administrativa ocorre quando sua conduta processual, visando defender seu interesse posto em litígio, guarda respeito aos direitos fundamentais do cidadão e da ordem jurídica vigente.

Ademais, o Estado, que deve pautar sua conduta sempre visando o interesse público primário, não deve ir a juízo nem emitir um parecer veiculando uma pretensão jurídica que não está albergada pela Norma Fundamental, nem tampouco prolongar um processo cujo desfecho a própria CF/88 exige celeridade.

Nesse sentido, Dárcio Faria assevera que:

20 BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.1167.

21 Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2008. *apud* MACEDO, Rommel, op cit. p.36.

*não há, portanto, qualquer possibilidade de ingresso do ente público em juízo para formular pedido incompatível ou contrário à lei ou à moral, mesmo porque são a moralidade e a legalidade princípios constitucionais que norteiam a atividade pública.*²² (grifo nosso)

Necessário, nesse momento, estabelecermos a diferença entre interesse público primário e secundário. A esse respeito, Celso Antonio Bandeira de Melo, invocando a doutrina italiana de Renato Alessi, nos ensina que:

[...] o interesse coletivo primário ou simplesmente interesse público é o complexo de interesses coletivos prevalentes na sociedade ao passo que o interesse secundário é composto pelos interesses que a Administração poderia ter como qualquer sujeito de direito, interesses subjetivos, patrimoniais, em sentido lato, na medida em que integram o patrimônio do sujeito.²³

Verifica-se, assim, que enquanto os interesses públicos primários representam a dimensão pública dos interesses individuais, os secundários retratam os objetivos particulares do Estado, enquanto pessoa jurídica.

Desta forma, percebe-se que o Estado somente está legitimado a atuar em juízo ou emitir um parecer na defesa do interesse público primário e, eventualmente, na do secundário, desde que coincidente com aquele. Nesse sentido, são as sábias lições de Bandeira de Mello:

[...] o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. [...] *os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos.*²⁴ (grifo nosso)

Conseqüentemente, a AGU somente pode atuar em juízo ou prolatar um parecer na defesa de um interesse secundário, se este não conflitar com o primário, tendo em vista que a finalidade precípua do

²² FARIA, Darcio Augusto Chaves. *A ética profissional dos procuradores públicos*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 321. p.31.

²³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 229.

²⁴ MELO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros. p. 55- 56.

Estado é a garantia do bem estar social, não sendo um fim em si mesmo, mas sim um meio para se atingir tal objetivo.

Desta forma, necessário se faz enfatizar que o fato dos membros da AGU atuarem em juízo com parcialidade ou na fase consultiva, na defesa dos interesses da União, suas autarquias ou fundações, não retira o seu compromisso ético com o respeito e a busca da efetivação dos valores constitucionais e legais que sustentam nosso ordenamento. Perfilhando tal posicionamento, José Renato Naline afirma que “a circunstância de orientar ou de representar judicialmente o Estado não retira do procurador os seus compromissos éticos de advogado.”²⁵

Sobre esse tema, a então Consultora da União, Dra. Mirtô Fraga, elaborou o Parecer nº GQ-111, adotado pelo então Advogado Geral da União, Dr. Geraldo Magela da Cruz Quintão e aprovado pelo Presidente da República, em 05 de junho de 1996, sendo, assim, de cumprimento obrigatório por todos os órgãos e entidades da Administração Federal, por força do art. 40, § 1º c/c art. 41 da Lei Complementar nº 73/93, no qual se afirma que nas lides entre União e particulares, a parcialidade que marca a atuação dos membros da Instituição não deve ser utilizada como argumento para a defesa de exclusivo interesse público secundário, pois a missão da AGU é buscar o interesse público primário, preservar o bem público e assegurar o direito de cada um, nos seguintes termos:

Ao decidir questões surgidas nas suas relações com o particular (no caso, servidor público), a Administração não deve agir com parcialidade, não deve ter em vista o seu interesse (aquele interesse secundário a que nos referimos no início deste Parecer), mas deve visar ao interesse público primário, que se confunde com o bem público e que, em resumo, exige seja respeitado o direito de cada um. À Advocacia-Geral da União, cabe fixar a exata interpretação das normas jurídicas para que seja alcançado o ideal de justiça almejado por todos.²⁶ (grifo nosso)

Como ressaltamos, tal parecer é de cumprimento obrigatório pelos membros da AGU, nos termos do art. 28, II, da Lei Complementar nº 73/93, em razão de sua aprovação pelo Presidente da República e devida publicação no Diário Oficial, o que nos faz concluir que os Advogados da União, Procuradores Federais, da Fazenda Nacional e do Banco Central do Brasil devem pautar sua conduta em juízo ou na fase consultiva com base no interesse público primário, calcado no ideal de

²⁵ NALINI, José Renato. *A ética do Advogado*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.376.

²⁶ Disponível em <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2008.

justiça, não atuando com vistas a garantir um direito eminentemente patrimonial e exclusivo da pessoa jurídica que representam.

Neste momento, cumpre-nos distinguir algumas situações opostas. A Constituição Federal de 1988 ao dispor sobre as funções essenciais à Justiça, delimitou o campo de atuação de cada instituição, a fim de atender aos interesses de cada grupo social. Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto nos ensina que, de acordo com as diretrizes constitucionais, compete ao Ministério Público a defesa da sociedade, dos interesses difusos e individuais indisponíveis, à Defensoria a dos interesses dos necessitados, aos advogados particulares a dos interesses privados e aos advogados de Estado a dos interesses públicos.²⁷

O Advogado Público não é um advogado particular, que pode fazer tudo que a lei não proíbe, com vistas a atender de forma satisfatória os interesses do seu cliente, não é membro do Ministério Público, que deve atuar como advogado da sociedade, objetivando atender os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, nem tampouco é um defensor público, que desempenha suas atribuições visando atender aos interesses dos hipossuficientes.

O Advogado público atua com parcialidade, pois está constitucionalmente encarregado da defesa do Estado, porém em razão da qualidade da pessoa de direito público que representa, o qual age, por delegação, em nome do povo – titular soberano do poder, em razão do Princípio da Soberania Popular – não pode defender em juízo ou por meio de pareceres ou consultas teses acadêmicas totalmente desvirtuadas dos fundamentos que norteiam o Estado Democrático, nem tampouco tomar atitudes processuais ou administrativas que vão de encontro aos princípios basilares do nosso ordenamento, pois ao assim agir está longe de ser uma função essencial à Justiça, mas sim um entrave ao pleno desenvolvimento da jurisdição.

O advogado público que recorre de todas as sentenças que lhe são desfavoráveis, mesmo aquelas matérias já pacificadas pelos Tribunais Superiores, ou cria ou sustenta teses jurídicas dessarzoadas que vão de encontro aos ditames do Estado Democrático Brasileiro não está desempenhando uma função essencial à Justiça, como quer a CF/88, mas sim prejudicando o pleno desenvolvimento da jurisdição, contribuindo para a morosidade da entrega jurisdicional e violando os Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Duração Razoável do Processo e da Efetividade.

27 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão*: temas de direito publico e constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

Vivemos atualmente, o fenômeno da “Constitucionalização do Direito”, que significa que todos os ramos do direito terão seus institutos redefinidos pelos princípios constitucionais, pois a Carta Magna possui um efeito irradiador sobre todo o ordenamento jurídico, pois é quem lhe confere validade e sentido.

Tal fenômeno, a título de exemplo, aplica-se no Direito Civil, que cria a “função social da propriedade”, instituto antes calcado eminentemente no interesse individual, passa a ter uma dimensão coletiva, cujo uso não pode gerar prejuízo a terceiros. No âmbito do Direito Administrativo, mais importante para o nosso trabalho, o efeito irradiante da CF/88 alterou o clássico sentido do Princípio da Estrita Legalidade, que defendia que o administrador somente pode fazer o que está estritamente previsto na lei. Hoje, mesmo que não haja previsão legal expressa, o administrador pode sim atuar, desde que o faça com base nos princípios e valores constitucionais, a ponto de alguns doutrinadores preferirem chamá-lo de Princípio da Juridicidade, ao invés de Estrita Legalidade.

Cumprir destacar que o Princípio da Juridicidade, em substituição à Legalidade Estrita, foi reconhecido pela AGU por meio do Parecer nº 1.087 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, de 19/07/2004, no qual se decidiu que as decisões de mérito do Conselho dos Contribuintes do Ministério da Fazenda podem ser submetidas ao crivo do Poder Judiciário, pela Administração Pública, a fim de serem anuladas, quando violarem o Princípio da Juridicidade e o patrimônio público, ferindo os princípios constitucionais implícitos ou explícitos, os quais são normas jurídicas.

Assim, os membros da AGU (Advogados da União, Procuradores Federais, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central do Brasil) devem atuar tanto em juízo (contencioso) como na fase consultiva visando aplicar a nova hermenêutica constitucional, que, na visão do mestre Luis Roberto Barroso, é aquela que exige que o intérprete realize uma interpretação construtiva do direito, visando garantir a máxima efetividade aos postulados constitucionais.²⁸

Para a nova hermenêutica constitucional, não se pode confundir o texto (dispositivo) com a norma. Texto é o artigo de lei descrito pelo legislador, enquanto a norma é o texto interpretado. Desta forma, a norma é fruto da interpretação construtiva do intérprete.

Nesse sentido, Humberto Ávila assim nos ensina:

²⁸ BARROSO, Luis Roberto; BARCELOS, Ana Paula de. *O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro*. Disponível em <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistapro/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2009.

*É preciso substituir a convicção de que o dispositivo identifica-se com a norma, pela constatação de que o dispositivo é o ponto de partida da interpretação; é necessário ultrapassar a crença de que a função do intérprete é meramente descrever significados, em favor da compreensão de que o intérprete reconstrói sentidos.*²⁹(grifo nosso)

Cumprido destacar que tal atividade criadora do direito, por parte do intérprete, não é livre, pois está limitada pelos fundamentos do nosso ordenamento jurídico, não podendo a interpretação ser realizada de forma dissociada dos vetores constitucionais que conferem validade e sentido às normas jurídicas.

Sobre tal questão, Humberto Ávila conclui:

Isso não quer dizer que o intérprete é livre para fazer as conexões entre as normas e os fins a cuja realização elas servem. O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais à realização daqueles fins e a preservação desses valores.

O intérprete não pode desprezar esses pontos de partida.³⁰ (grifo nosso)

Desta forma, não basta tão-somente buscar o sentido da norma, revelando seu conceito, como defende a clássica hermenêutica constitucional, numa simples subsunção do fato à norma, sem qualquer atividade criadora.

Assim, o papel dos membros da AGU, ao aplicar a nova hermenêutica constitucional, é auxiliar o magistrado (fase contenciosa) ou o administrador público (fase consultiva) na realização de uma atividade cognitiva criadora do Direito e não somente subjuntiva do fato à norma, sem envolver qualquer parcela de criação para o caso concreto.

Enfim, o papel dos membros da AGU, na defesa dos entes públicos é, mesmo agindo com parcialidade, buscar aplicar os postulados da Força Normativa da CF/88 e de seus valores, posto que qualquer atuação do Estado sem esteio em valores constitucionais é desprovido de qualquer legitimidade democrática, em razão de que, quer na esfera judicial ou na administrativa, o ente público está agindo

29 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.34.

30 ÁVILA, op cit., p.34.

por delegação do povo, não podendo voltar-se contra seus próprios cidadãos, titulares soberanos do Poder.

É necessário que todos os operadores do Direito reflitam sobre isso, em especial os próprios advogados públicos. Como dissemos, a Carta Política delinea as atribuições dos membros da AGU, de forma explícita, em seu art. 131. Porém, esta atuação, para que seja essencial à Justiça, não pode ser exercida de forma desenfreada e irracional. Implicitamente, a Norma Fundamental exige que os advogados públicos atuem pautados nos ditames e fundamentos por ela irradiados a todo o sistema jurídico.

Vale dizer: a Constituição de 1988 não disse que a advocacia pública era uma simples função acessória à Justiça, que pode ser exercida de qualquer forma. Pelo contrário, ao qualificar sua atribuição como essencial, implicitamente está assegurando que a defesa dos interesses do Estado em juízo ou na fase administrativa deve se conciliar com todas as diretrizes presentes no Estado Democrático de Direito, a fim de que se alcance, efetivamente, a Justiça, no sentido romano do termo, de dar a cada um o que é seu por direito.

Não podemos interpretar o termo “essencial”, presente no Capítulo IV da CF/88, de forma restrita, querendo significar apenas o simples fato de que, como o Judiciário é inerte, necessita da provocação da advocacia privada ou pública, do Ministério Público ou da Defensoria para que possa atuar e resolver o conflito no caso concreto.

A fim de se conferir Força Normativa a este dispositivo constitucional, como nos ensina Konrad Hesse³¹, necessário interpretá-lo de forma ampla, abrangendo não somente o aspecto da inércia da jurisdição, mas, sobretudo, a forma de atuação das instituições que compõem as funções essenciais à Justiça, na qual está incluída a AGU.

Essa interpretação ampliativa deste preceito constitucional é inclusive aceita pela própria AGU que, por meio do seu Parecer Normativo n° GQ-111, já citado no presente trabalho, de cumprimento obrigatório por todos os órgãos e entidades da Administração Federal, dispõe que:

Ao criar, na Lei Maior, a Advocacia-Geral da União, não no capítulo destinado ao Poder Executivo, mas no capítulo intitulado “Das Funções Essenciais à Justiça”, após o disciplinamento dos três Poderes do Estado, e ao determinar que lei complementar dispusesse sobre sua organização e funcionamento, o constituinte de 1987-1988, deu-lhe, sem dúvida alguma, *status especial*. *E a Advocacia Geral*

31 HESSE, op cit.

da União nasceu como instituição forte, essencial à Justiça, aqui entendida na sua acepção ampla. Sua atuação nas atividades de consultoria e assessoramento do Poder Executivo, sobretudo pelo seu mais alto órgão, o Advogado-Geral, visa a possibilitar a juridicidade plena do Poder Executivo na observância da legalidade, da legitimidade e da licitude, ou seja, da conformidade dos atos da Administração com o sistema jurídico vigente, obedecendo, pois, ao anseio geral, que deseja, sem dúvida alguma, seja a atividade administrativa pautada pelo Direito e pelos princípios morais.³² (grifo nosso)

Como vimos, a Carta Fundamental delinea, especifica e explicitamente, os tipos de interesse que cada instituição essencial à Justiça compete defender. Porém, não se aceita que tal defesa seja feita de qualquer forma. Implicitamente, ao dispor sobre a essencialidade da função da AGU, está assegurando aos cidadãos-jurisdicionados que a atuação do Estado em juízo e na fase administrativa irá ocorrer de forma justa, ponderada e em sintonia com todos os princípios e valores constitucionais.

Ademais, o membro da AGU, diferentemente do advogado privado (que pode fazer tudo que a lei não proíbe) é um servidor público, só podendo fazer aquilo que a lei permite, em razão do Princípio da Legalidade Administrativa, assim definida por Hely Lopes Meireles:

A legalidade, como princípio da administração (CF, art.37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.³³

Nesse mesmo sentido, Seabra Fagundes, em célebre frase, afirma que “administrar é aplicar a lei de ofício”.³⁴

Ocorre que, como já ressaltamos, vivemos o fenômeno da “Constitucionalização do Direito”, que, como nos ensina Virgílio Afonso da Silva, significa que os valores presentes na Constituição de 1988 são irradiados para todos os ramos do Direito, adequando determinados institutos aos parâmetros delineados pela Carta Magna,

32 Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 10 out. 2008.

33 MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.82.

34 FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. São Paulo: Forense, 1979. p. 4.

ocorrendo uma verdadeira “filtragem constitucional”, isto é, somente será aplicado aqueles mandamentos que estão em consonância com os vetores constitucionais.³⁵

Porém, como ressaltamos, o fenômeno da constitucionalização alcança todo o Direito e não somente o Civil. Nesse sentido, o Direito Administrativo também foi “afetado”, justamente no clássico conteúdo do Princípio da Legalidade Administrativa.

Como acima transcrevemos, Hely Lopes e Seabra Fagundes militavam a tese de que o servidor público somente poderia agir se houvesse expressa determinação legal. A ausência de lei regulando o caso posto em análise ensejava a não atuação da Administração, que culminava, por muitas vezes, na denegação da pretensão do cidadão, sob o argumento da falta de previsão legal.

Para tais autores clássicos, a lei a que se referiam eram os atos legais e infralegais, devidamente aprovados pelo Poder Legislativo e regulamentados pelo chefe do Executivo. Defendia-se que o administrador não possuía liberdade de atuação, só podendo agir se houvesse um ato normativo escrito dispondo que “deve fazer assim” frente ao caso concreto posto à sua análise.³⁶

O fenômeno da “Constitucionalização do Direito” em face do Direito Administrativo atingiu justamente esse conteúdo clássico do Princípio da Legalidade, a ponto de alguns doutrinadores, como Carmem Lúcia Antunes Rocha,³⁷ Juarez Freitas³⁸ e Germana de Oliveira Moraes³⁹, modificarem a sua nomenclatura e passarem a lhe denominar de Princípio da Juridicidade, pois, atualmente, a lei a que está vinculado o administrador é não somente os atos legais e regulamentares efetivamente elaborados pelo Legislativo ou Executivo, mas, sobretudo, os valores e princípios constitucionais, explícitos e implícitos, irradiados pela constituição para todo o sistema jurídico.

A esse respeito, Carlos Ari Sundfeld afirma que:

Mas o que o direito global parece pôr em xeque é o princípio da legalidade e a Separação dos Poderes, considerados por muitos

35 SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2008

36 MEIRELES, op cit. p.82.

37 ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p.109

38 FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

39 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

a alma do direito administrativo. *A meu ver, o que caracteriza o direito administrativo é a submissão da Administração ao direito, não necessariamente à lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo.*⁴⁰ (grifo nosso)

Nesse sentido, também é a tese de mestrado de Rafael Carvalho Rezendo Oliveira⁴¹ ao defender que “ao invés do respeito apenas à lei formal, a atuação administrativa deve adequar-se ao ordenamento jurídico como um todo, o que acarreta a consagração do princípio da juridicidade”.

Convém, novamente, informar que o Princípio da Juridicidade foi reconhecido pela AGU por meio do Parecer nº 1.087 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional de 19/07/2004.

Com base nesse posicionamento moderno, condizente com os ditames do Estado Democrático de Direito, o administrador tem sim certa liberdade de agir frente ao caso concreto, desde que pautar sua conduta de acordo com os vetores constitucionais que orientam e direcionam sua atuação administrativa.

Desta forma se, no caso concreto, mesmo que não haja nenhuma norma legal ou regulamentar disposta sobre como o administrador deve agir, este não pode ficar inerte nem tampouco indeferir a pretensão a ele veiculada, sob o argumento de falta de previsão legal, devendo atuar de acordo com os valores e princípios irradiados pela Norma Fundamental.

Tal doutrina vem sendo aplicada por nossos Tribunais, como, por exemplo, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região que não aceitou o argumento dos advogados da Caixa Econômica Federal – CEF, de que a inclusão como beneficiário em plano de saúde (FUNCEF) de companheiro homoafetivo de empregado da referida instituição financeira violava o Princípio da Legalidade, em razão da ausência de previsão legal a esse respeito. Nesse sentido, convém transcrever trecho da ementa do voto da Min. Marga Inge Barth Tessler, na Apelação Civil nº 9604553330:

40 SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na era do Direito Global. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano 1, vol.1, n. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 out. 2008.

41 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezendo. DIAS, Francisco Mauro (orientador). *O Princípio da Juridicidade: Uma Releitura da Legalidade e da Legitimidade Administrativa*. Rio de Janeiro, 2007. 145p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

Descabida a alegação da CEF no sentido de que aceitar o autor como dependente de seu companheiro seria violar o princípio da legalidade, *pois esse princípio, hoje, não é mais tido como simples submissão a regras normativas, e sim sujeição ao ordenamento jurídico como um todo; portanto, a doutrina moderna o concebe sob a denominação de princípio da juridicidade.*⁴²(grifo nosso)

Percebe-se, assim, que os membros da AGU devem pautar sua conduta de acordo com o Princípio da Juridicidade, tomando atitudes que vão ao encontro dos preceitos constitucionais, aplicando a nova hermenêutica constitucional nos processos judiciais e procedimentos administrativos que atuarem.

3 AGU E SEU PAPEL DE DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como vimos no tópico anterior, os membros da AGU irão defender em juízo (contencioso) ou na fase consultiva um interesse público primário, podendo, eventualmente ser um secundário, desde que coincida com aquele.

Desta forma, o Estado deve respeitar os direitos fundamentais não somente da tomada de decisões políticas, mas também quando resolver atuar em juízo, quer como autor, na elaboração da petição inicial, quer como réu, na apresentação de sua peça contestatória e demais atos processuais subseqüentes.

Neste ponto, cumpre-nos, novamente, enfatizar que a melhor, mais célere e adequada forma de se concretizar os direitos fundamentais dos cidadãos é por meio de um consultivo bem realizado que contribui para diminuir a atuação do contencioso. Assim, o fortalecimento do contencioso da AGU propiciará a redução das demandas judiciais e a racionalização do serviço público.

A atuação parcial dos membros da AGU em juízo deve buscar respeitar os direitos fundamentais do cidadão-jurisdicionado, no sentido de não buscar prolongar indefinidamente a demanda, interpondo recursos meramente protelatórios, pois tal conduta fere o Princípio Constitucional da Duração Razoável do Processo, da Efetividade e da Dignidade da Pessoa Humana, posto que o cidadão terá que esperar até o trânsito em julgado para receber o bem da vida tutelado no processo.

Tal postura por parte dos membros da AGU faz-se necessária, posto que são Advogados de Estado e não de Governo, como demonstraremos no tópico seguinte.

⁴² Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 08 out. 2008.

3.1 A Atuação da AGU como Advocacia de Estado e não de Governo

A advocacia pública brasileira, notadamente os membros da AGU, nas suas carreiras (Procurador Federal, Advogado da União, Procurador da Fazenda Nacional, Procuradores do Banco Central do Brasil), ao realizarem suas atribuições, desempenham uma advocacia de Estado e não de Governo.

A esse respeito, Souza Júnior, apud Rommel Macedo⁴³, nos ensina que não se pode confundir Estado, que é dotado de caráter permanente, representando a unidade social, com Governo, que é temporário e exprime a opinião político-partidária dominante num certo período.

Os objetivos do Estado são genéricos (como a ordem, liberdade, justiça e o progresso), permanentes (uma vez que acompanham a existência da sociedade política), abstratos (pois são valores orientadores do convívio social), geralmente de realização mediata (tendo em vista que dependem de medidas concretas de alçada dos governos), suprapartidários (eis que são objetivos da sociedade como um todo e não de partidos ou facções políticas) e tem o objeto de um dever cívico de respeito (na medida em que são objetivos que dão sentido ao convívio social-político).

Já os objetivos do Governo são específicos (pois os membros da comunidade os aproveitam em graus diferentes, beneficiando-se mais a uns que a outros, como a construção de estradas, redes de telecomunicações, etc), atuais (uma vez que se impõem pelas situações concretas do presente), concretos (pois a forma de sua realização é concreta e objetiva), de realização imediata (tendo em vista que são meios que constituem as finalidades do Estado), partidários (se traduzem nos programas de ação dos partidos e do governo) e tem o objeto de um direito de crítica (isto é, em razão da democracia política, são suscetíveis de crítica e contrariedade, tendo em vista as diversas opções que os governos possuem para a efetivação dos objetivos do Estado).

Estabelecidas as diferenças entre Estado e Governo, Rommel Macedo conclui que:

À luz do papel de controle de legalidade e legitimidade desempenhado pela Advocacia-Geral da União, garantidor de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, trata-se, em ambos os casos, de uma advocacia de Estado, na medida em que se age

43 SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A crise da democracia no Brasil: aspectos políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. apud MACEDO, Rommel. op cit., p. 129.

na defesa de princípios constitucionais que não se alteram pela simples mudança de governo, nem se submetem aos momentâneos interesses partidários.⁴⁴

Desta forma, conclui-se que os membros da AGU, quer estejam no desempenho de sua função preventiva (consultoria e assessoramento jurídico ao Executivo Federal), quer na função postulatória (representação judicial e extrajudicial da União, suas autarquias e fundações), atuam como advogados do Estado, o que significa que agem a fim de garantir o interesse público primário, desprovido de qualquer interesse partidário ou exclusivamente da União, enquanto pessoa jurídica (interesse público secundário).

3.2 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E MISSÃO INSTITUCIONAL DA AGU

Passaremos agora a analisar a missão institucional da AGU de colaboração para o pleno desenvolvimento da jurisdição constitucional.

Necessário, inicialmente, explicarmos ao leitor em que consiste a expressão “Jurisdição Constitucional”, buscando delimitar seu sentido e compreender seu alcance.

O termo em análise surgiu historicamente como instrumento de defesa da Constituição, considerada como expressão de valores sociais e políticos. Sobre o tema, Paulo Bonavides nos ensina que:

o conceito de jurisdição constitucional, qual a entendemos em sua versão contemporânea, prende-se à necessidade do estabelecimento de uma instância neutra, mediadora e imparcial na solução dos conflitos constitucionais.⁴⁵

Desta forma, podemos concluir que a jurisdição constitucional além de buscar o efetivo respeito de todas as funções do Poder Estatal aos valores previstos na CF/88, busca, também, firmar o Poder Judiciário como Poder de Estado, afastando, assim, a idéia de ser um mero órgão de solução de conflitos de interesses.

Como vimos, ao estudar o Princípio da Juridicidade, a lei cada vez mais perde espaço para a Constituição, sua fonte de legitimidade,

⁴⁴ MACEDO, op cit., p. 131.

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade. *Revista de Estudos Avançados da USP*. São Paulo (51), maio/ago. 2004, p. 02.

surgindo a importância de sua efetivação, como nos ensina o ilustre constitucionalista Paulo Bonavides:

Com efeito, quanto mais a lei se “dessacraliza” e fica minguante com a erosão de sua legitimidade, mais cresce e pontifica a Constituição, sede maior da nova legitimidade, e que desempenha o sumo papel de inspiradora, ordenadora e diretora de todo o ordenamento jurídico. A Constituição é cada vez mais, num consenso que se vai cristalizando, a morada da justiça, da liberdade, dos poderes legítimos, o paço dos direitos fundamentais, portanto, a casa dos princípios, a sede da soberania. A época constitucional que vivemos é a dos direitos fundamentais que sucede a época da separação de poderes.⁴⁶ (grifo nosso)

Desta forma, a jurisdição constitucional surge com o objetivo de manter sólidos os pilares do sistema jurídico pátrio, pois visa preservar e efetivar os valores da Constituição de 1988, que é a norma ápice do nosso ordenamento e fundamento de validade de todos os demais atos normativos.

Apoiado em Cappelletti, Carlos Mário da Silva Velloso divide o exercício da jurisdição constitucional em dois aspectos: o do controle de constitucionalidade e o da jurisdição da liberdade, nesta compreendidos o habeas-corpus, o mandado de segurança, o mandado de injunção, o habeas-data, a ação popular e a ação civil pública.⁴⁷

Assim, consoante lições de Filipe Vieira, quando se fala em nova jurisdição constitucional, busca-se anunciar não apenas novos modelos e métodos para a disciplina normativa do controle de constitucionalidade, mas também prenunciar a consolidação de um Estado forte, consciente de seu papel político e social, digno da admiração e do apoio de sua nação.⁴⁸

Logo, a efetivação da jurisdição constitucional é observada não somente no controle concentrado, feito pelo STF, mas também no difuso, realizado por qualquer juiz ou tribunal, bem como no julgamento dos remédios constitucionais e, inclusive, na solução de lides individuais, mesmo em sede de ações ordinárias, desde que se aplique o direito posto nos termos, limites e parâmetros delineados no Texto Constitucional.

46 BONAVIDES, op cit., p. 01.

47 VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário como poder político no Brasil do século XXI. *Revista Jurídica*, Porto Alegre (283), maio/2001.

48 VIEIRA, Filipe. *A Jurisdição Constitucional, Fator de Confirmação do Judiciário como Poder de Estado*. Disponível em: <<http://www.vemconcursos.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2008.

É nesse contexto que aparece a missão institucional dos membros da AGU de cooperação para a consagração da jurisdição constitucional. Nas causas individuais que atuam, tanto nos remédios constitucionais, como em ações ordinárias ou coletivas, bem como na elaboração de pareceres e consultas, devem pautar sua conduta de acordo com os valores constitucionais estabelecidos.

Isso é possível mediante a utilização de uma hermenêutica constitucional adequada à solução do caso concreto, isto é, mediante interpretação de textos legais e regulamentares com base na norma constitucional e não vice-versa, sem a utilização de positivismos jurídicos extremados, que em nada contribuem para a concretização da jurisdição constitucional, enquanto valor a ser defendido não só pelo Judiciário, mas por todos que nele atuam e também pelo Administrador Público.

Assim, defendemos que a AGU tem a missão institucional de colaborar para o pleno e correto desenvolvimento da jurisdição, tendo em vista que é uma função essencial à Justiça, e defende os interesses públicos primários, não sendo mera advocacia do Governo, visando proteger interesses partidários.

Assim, com base em tal missão, impõe-se aos membros da AGU pautas de conduta que devem ser seguidas quando atuarem em juízo ou na fase administrativa, dentre as quais a de criar teses jurídicas calcadas na correta hermenêutica constitucional, visando auxiliar a atividade interpretativa e aplicadora do direito do juiz, com vistas à elaboração da sentença (norma do caso concreto), e do administrador, com vistas à edição do ato administrativo, que melhor solucione a pretensão do cidadão-jurisdicionado e do cidadão-administrado, quer seja a decisão procedente ou improcedente.

Tal função revela-se muito importante, pois ainda existem administradores públicos, magistrados e Tribunais apegados a interpretações clássicasultrapassadas, que não contribuem para a concretização da Jurisdição Constitucional, como assim observa Paulo Bonavides:

Enquanto os tribunais insistirem em interpretar a lei com métodos especificamente jurídicos, da metodologia clássica, surgidos do dedutivismo jusprivatista inspirado nos cânones de Savigny, eles jamais interpretarão a Constituição. Interpretá-la requer em face da complexa conjuntura social contemporânea a adoção de uma hermenêutica de princípios. Única, conforme temos reiteradas vezes assinalado, suscetível de alcançar a inteligência da Constituição referida a situações reais e fazer efetiva e concreta a aplicabilidade dos direitos fundamentais

exteriores à esfera neoliberal e permeados da dimensão principiológica que lhes dá sentido e eficácia e normatividade.⁴⁹ (grifo nosso)

Na área consultiva, a aplicação da moderna hermenêutica constitucional pelos membros da AGU deve conduzir o Administrador Público a prolatar uma decisão administrativa legítima, democrática e em sintonia com os valores constitucionais.

Desta forma, urge que os membros da AGU auxiliem o magistrado e o Administrador Público na correta interpretação do direito posto, não com base na aplicação “cega” das regras legais e regulamentares, mas, sim à luz dos princípios constitucionais e dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Eros Roberto Grau, em brilhante tese, nos ensina que o Direito possui um caráter alográfico, no sentido de que a correta interpretação do texto normativo depende da atuação de mais de uma pessoa, notadamente o legislador e o intérprete, assim como ocorre com as artes alográficas (música e teatro), nas quais a obra somente se completa com o concurso de dois personagens, autor e intérprete, diferentemente das artes autográficas (pintura e romance), nas quais o autor contribui sozinho para a realização da obra. Neste sentido, o atual Ministro do STF leciona:

O Direito é alográfico. E alográfico é porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador. A “completude” do texto somente é atingida quando o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. [...] Não estou, no entanto, a afirmar que o intérprete, literalmente, crie a norma. Note-se bem: ele não é um criador ex nihilo; ele produz a norma sim, mas não no sentido de fabricá-la, porém no de reproduzi-la.⁵⁰

O intérprete a que se refere o Min. Eros Grau é o juiz, pois defende que interpretação e aplicação do direito caminham juntas, interligadas, não sendo autônomas entre si, razão pela qual sustenta que a interpretação do direito tem caráter constitutivo, e não meramente declaratório, que culmina com a elaboração da sentença, que é a norma

49 BONAVIDES, op. cit., p.14.

50 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 30-32.

do caso concreto, a ponto de afirmar que “interpretar o direito é formular juízos de legalidade.”⁵¹

Desta forma, o membro da AGU, ao atuar em juízo, deve colaborar para que o juízo de legalidade a ser realizado pelo magistrado, na elaboração da sentença, seja aquele que esteja mais adequado aos valores e princípios constitucionais e aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Na área consultiva, deve colaborar para que o juízo de mérito a ser realizado pelo Administrador Público, na elaboração do ato administrativo, seja o que melhor efetive os direitos fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Como ressaltamos anteriormente, a decisão judicial ou administrativa a ser proferida pode ser procedente ou improcedente. Ao se deparar com um processo no qual, por exemplo, a parte autora preencha todos os requisitos para a concessão do benefício previdenciário postulado, indevidamente negado administrativamente, o Procurador Federal deve buscar a realização de um acordo, ao invés da produção de peças contestatórias padrões que não se adequam ao caso posto em análise, nem tampouco contribuem para o pleno desenvolvimento da jurisdição constitucional, mas sim apenas para o descrédito e o desprestígio da Instituição.

A esse respeito, José Renato Naline, ao se manifestar sobre a atuação dos advogados públicos, sustenta que:

Quanto à aceitação da causa, o procurador tem o verdadeiro poder-dever de caráter indelegável, de representar judicialmente a pessoa jurídica de direito público. Não lhe é dado recusar, como poderia fazê-lo, ao menos em tese, fora advogado. *Mas diante de causa ilegal, injusta, ilícita ou imoral, se o ente público é réu, deverá alertar a autoridade sobre a inevitabilidade da decisão desfavorável, com proposta de acordo ou de reconhecimento do pedido do autor.*⁵² (grifo nosso)

Assim, além da atuação dos membros da AGU na construção de teses jurídicas que tenham suporte constitucional, com vistas a auxiliar a atividade interpretativa e aplicadora do Direito pelo juiz, quando da elaboração da sentença, ou pelo administrador público, quando da elaboração do ato administrativo, devem tomar atitudes processuais e administrativas que vão ao encontro dos valores supremos que

⁵¹ GRAU, op cit., p. 56.

⁵² NALINE, op cit., p. 377.

norteiam o Estado Democrático de Direito, velando pela efetivação dos Princípios da Duração Razoável do Processo, da Efetividade e da Dignidade da Pessoa Humana, visando combater a morosidade do Judiciário e também da Administração Pública.

O Princípio da Duração Razoável do Processo, criado pela Emenda Constitucional nº 45/04, previsto no art. 5º, LXXVIII, é um direito fundamental, interligado ao Princípio da Efetividade, que exige que o processo seja efetivo, adequado e célere, não podendo os aspectos técnico-processuais serem obstáculos para a plena realização do direito material buscado em juízo ou na área administrativa, devendo se garantir ao jurisdicionado, com a solução da demanda, o mesmo bem da vida que tinha direito se não precisasse acionar o Judiciário.

Antonio Adonias Aguiar Bastos, em artigo sobre o tema, nos ensina que o Princípio da Duração Razoável do Processo possui, em seu bojo, diversos aspectos, nos seguintes termos:

Ele poderia ser desenvolvido sob o aspecto da responsabilidade do Estado sobre a demora do processo *judicial ou administrativo*. Poderia, de outro modo, *versar acerca do princípio da cooperação entre os sujeitos do processo para alcançar um deslinde justo e célere a um dado conflito*. Enfim, existe uma pletora de enfoques que se pode dar ao assunto.⁵³ (grifo nosso)

Verifica-se que o Princípio da Duração Razoável do Processo é aplicado tanto na fase judicial, como na administrativa, razão pela qual tanto os membros da AGU que atuam no contencioso como no consultivo devem buscar a sua concretização.

Enfocaremos, no presente trabalho, esse aspecto de cooperação entre os sujeitos do processo para o uma solução constitucional adequada, justa e célere. Assim, o membro da AGU, ao representar a União, suas autarquias e fundações em juízo, é um sujeito processual que deve pautar sua conduta de forma coerente aos objetivos do Estado.

Ressalte-se que tal conduta escorreita não se refere tão-somente aos deveres processuais de lealdade e boa-fé, nos termos do art. 14, II, do CPC, cuja obediência alcança a todos os sujeitos que atuam no Judiciário, quer seja advogado público ou privado, Ministério Público ou Defensoria. Tendo em vista a qualidade do ente que os membros da AGU representam, o qual, em razão do Princípio Democrático e

⁵³ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo e a Reforma do Poder Judiciário: uma desmistificação*. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_abril2006/docente/doc1.doc>. Acesso em: 12 out. 2008.

da Soberania Popular, age em nome do povo e somente nos interesses deste, é dessarazoado que adote medidas processuais e administrativas descabidas sob o argumento de se estar realizando a ampla defesa da União, suas autarquias ou fundações.

Como vimos, quer atuando em juízo ou administrativamente, a União, por meio dos membros da AGU, verdadeiros *longa manus* do Estado, deve buscar o interesse público primário e não exclusivamente o secundário, o qual somente pode ser privilegiado se coincidir com aquele.

É totalmente descabido que o Estado, notadamente a União, crie um direito fundamental, qual seja o da Duração Razoável do Processo, por meio da EC 45/04, porém, atue judicial e administrativamente de forma a violá-lo constantemente, quando demora a editar o ato administrativo requerido pelo administrado e recorre de todas as decisões judiciais que lhe são desfavoráveis, mesmo quando a matéria já está pacificada pelos Tribunais Superiores ou quando, no caso concreto, se verifica que o direito assiste ao jurisdicionado.

Assim, mais que uma mera lealdade ou boa-fé processual, a União, quer em juízo ou na fase administrativa, tem o dever de respeitar e buscar concretizar os direitos materiais que ela própria criou, sob pena de estar agindo de forma contrária aos interesses do povo, violando a representação por ele outorgada, que é a base e o fundamento do Estado Democrático.

Assim, os membros da AGU têm a missão institucional de não recorrerem de forma precipitada e dessarazoadada, sob pena de converter uma suposta busca pela ampla defesa da União em violação a direitos fundamentais por ela própria declarados, em uma atitude totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito em que vivemos.

Com base nessa preocupação, a própria AGU, através do Advogado Geral da União, autorizado pelo art. 4º, XII, da LC 73/93⁵⁴, edita Súmulas Administrativas, com base nas decisões iterativas dos Tribunais Superiores, de obediência obrigatória por parte dos Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central do Brasil, nos termos do art. 28, II, da supracitada lei⁵⁵.

Cumprir registrar que, atualmente, existem 40 (quarenta) Súmulas Administrativas publicadas pelo Advogado Geral da União⁵⁶,

54 Art. 4º - São atribuições do Advogado-Geral da União: XII - editar enunciados de súmula administrativa, resultantes de jurisprudência iterativa dos Tribunais;

55 Art. 28. Além das proibições decorrentes do exercício de cargo público, aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União é vedado: II - contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União.

56 Disponível em <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 01 out. 2008.

de cumprimento obrigatório, que adotam o entendimento dos Tribunais Superiores sobre diversas matérias, impedindo que o membro da AGU recorra em tais matérias, buscando, notadamente, a realização de acordos e a adequação da conduta processual de seus membros aos preceitos do Estado Democrático de Direito.

Ademais, além de tais súmulas, o Advogado Geral da União também pode, nos termos dos arts. 40 e 41 da LC 73/93⁵⁷, elaborar Pareceres Normativos ou aprovar os realizados pela Consultoria-Geral da União que, uma vez aprovados pelo Presidente da República e devidamente publicados no Diário Oficial, vinculam a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento.

Verifica-se, desta forma, a preocupação da AGU em adequar a atuação processual e administrativa dos seus membros ao entendimento já pacificado pelos Tribunais Superiores, buscando concretizar a jurisdição constitucional e o pleno respeito da União, suas autarquias e fundações aos princípios da Duração Razoável do Processo, da Efetividade e da Dignidade da Pessoa Humana, contribuindo, assim, para o combate à morosidade judicial, considerada por José de Albuquerque Rocha a praga existencial do Poder Judiciário.⁵⁸

Porém, assim como o Legislativo não consegue legislar sobre todos os assuntos que interessam à sociedade, o Advogado Geral da União não tem como editar Súmulas Administrativas impeditivas de recurso sobre todos os casos que se deparam, diariamente, os membros da AGU. Conseqüentemente, compete aos Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central do Brasil ter o que Miguel Reale chama de “consciência constitucional” para saber agir em situações não abrangidas por referidas súmulas e pareceres normativos, mas que o cidadão-jurisdicionado ou o cidadão-administrado preenche todos os requisitos legais para o provimento da pretensão deduzida em juízo ou administrativamente.⁵⁹

Esse é o grande desafio dos membros da AGU: saber se portar de acordo com os valores do Estado Democrático de Direito diante de situações concretas, que não estão albergadas por súmulas

57 Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República. § 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento. Art. 41. Consideram-se, igualmente, pareceres do Advogado-Geral da União, para os efeitos do artigo anterior, aqueles que, emitidos pela Consultoria-Geral da União, sejam por ele aprovados e submetidos ao Presidente da República.

58 ROCHA, José de Albuquerque Rocha. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

59 REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998. p.47.

administrativas nem pareceres normativos, de caráter vinculante, possuindo, assim, certa autonomia processual, visando proporcionar a melhor defesa à União, suas autarquias e fundações e o mais qualificado assessoramento jurídico ao Poder Executivo Federal, o que, como ressaltamos, não pode ser argumento para a violação de direitos fundamentais por ela própria declarados.

Defendemos, assim, que o membro da AGU possui uma autonomia processual e administrativa relativa, pois deve obediência às súmulas administrativas e pareceres normativos elaborados pelo Advogado Geral da União e devidamente aprovados pelo Presidente da República e publicados no Diário Oficial, porém, na sua ausência, tem certa margem de liberdade processual e administrativa para agir a fim de melhor garantir o interesse público primário, que é o escopo do Estado, respeitando, logicamente, as regras legais e regulamentares aplicáveis ao caso concreto.

Falamos em autonomia relativa, uma vez que, diferentemente dos membros do Ministério Público, que possuem autonomia processual plena, pois, em sua atuação institucional somente devem obediência à Constituição e à sua consciência, não podendo o Procurador Geral da República baixar súmulas determinando como o Procurador da República deve atuar em juízo, os membros da AGU devem sim respeitar as diretrizes determinadas pelo Advogado Geral da União, quer por meio de súmulas administrativas, que por meio de pareceres normativos, aprovados pelo Presidente da República e devidamente publicados no Diário Oficial.

Porém, na ausência de súmula e parecer normativo regulando uma situação específica, os membros da AGU tem a missão institucional de adotar medidas processuais e administrativas que colaborem para o pleno desenvolvimento da jurisdição constitucional, concretizando, em juízo e administrativamente, os interesses que o Estado tem a função de não só declarar, mas, sobretudo, defender e efetivar.

4 CONCLUSÃO

O papel da AGU, criada e plenamente inserida no Estado Democrático de Direito, deve ter como base de atuação os valores e princípios constitucionais, como critério de legitimação de seus atos, seja no desempenho de sua função preventiva (consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo Federal), seja na postulatória (representação judicial e extrajudicial da União, suas autarquias e fundações).

Desta forma, resta-se inconcebível, frente ao Princípio Democrático e da Soberania Popular, que os membros da AGU atuem

em juízo com a mera intenção de incrementar o embate processual, recorrendo de forma temerária e atuando apenas de forma mecânica, contribuindo, tão somente, para o descrédito da Instituição frente ao jurisdicionado, que não terá o bem da vida que tem direito, e ao Judiciário, que terá que julgar recursos imotivados, contribuindo apenas para o aumento da morosidade da tutela jurisdicional e a não efetivação dos Princípios da Duração Razoável do Processo, da Efetividade e da Dignidade da Pessoa Humana, direitos criados pelo próprio Estado.

Defendemos que a atuação dos membros da AGU (Advogados da União, Procuradores Federais, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central do Brasil) seja pautada na aplicação da nova hermenêutica constitucional e no respeito aos direitos fundamentais, isto é, deve contribuir para que a decisão judicial (norma do caso concreto) e a decisão administrativa, que edita o ato administrativo, sejam as melhores possíveis, de acordo com os valores constitucionais e as regras legais aplicáveis à espécie, quer seja a decisão procedente ou improcedente em relação ao jurisdicionado ou ao administrado.

Além de contribuir para a correta prestação jurisdicional em primeira instância, os membros da AGU que atuam perante os Tribunais devem colaborar com os desembargadores a fim de que se forme a jurisprudência que melhor atenda aos ditames constitucionais e aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Ademais, com a possibilidade conferida pelo nosso ordenamento jurídico, nos termos do art. 103-A da CF/88, acerca da possibilidade da edição de súmulas vinculantes pelo STF, o Advogado Geral da União, que atua na Corte Suprema, tem, dentre outras, a função de contribuir, por meio de sua atuação jurídica, para que o conteúdo de tais súmulas reflitam os interesses que a Carta Magna quis efetivamente defender, garantir e concretizar.

Cada instituição, dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito, tem uma função definida pela Carta de Outubro, quer seja o Judiciário, o Executivo, o Legislativo e as funções essenciais à Justiça (Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública e Privada). Aos Advogados do Estado coube a tarefa de desempenhar uma função essencial à Justiça. O termo “função” ora empregado tem o sentido de atividade. O adjetivo “essencial” tem um importante significado, representando que tal mister é fundamental, um pilar, para o pleno desenvolvimento e garantia da Justiça.

A essencialidade da advocacia pública na obtenção da Justiça não está simplesmente no fato de que, como o Judiciário é inerte, necessita ser provocado, tarefa incumbida aos advogados em geral, incluindo os do

setor público. O termo “essencial” deve ser interpretado de forma ampla, à luz das diretrizes do Estado Democrático, chegando-se à conclusão de que os membros da AGU, mediante sua qualificação técnica-jurídica e experiência profissional, ao realizar a defesa da União, suas autarquias e fundações em juízo, ou na fase consultiva, devem colaborar com a jurisdição, a fim que o conflito seja solucionado de acordo com a correta aplicação do direito posto, realizando uma interpretação construtiva, limitada pelos fundamentos do ordenamento jurídico pátrio.

No momento em que caminha a evolução do Estado Democrático de Direito Brasileiro não se admitem interpretações jurídicas de advogados públicos que, aproveitando-se de “brechas” na legislação, constroem ou sustentam teorias que conflitam com os supra-valores constitucionais, previstos no art. 1º da CF/88, sob o argumento de que estão exercendo a ampla defesa da pessoa jurídica de direito público que os remunera.

É preciso uma mudança de postura para aqueles que assim agem. É necessário observar que os advogados públicos não são nem advogados privados, que podem fazer tudo que a lei não proíbe a fim de satisfazer os interesses de seu cliente, nem tampouco membros do Ministério Público, que são os advogados da sociedade, que defendem os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Os membros da AGU têm uma tarefa institucional bem definida na CF/88, em seu art. 131, que é representar a União, suas autarquias e fundações, judicial e extrajudicialmente e prestar consultoria e assessoria jurídica ao Executivo Federal. Assim, sua função constitucional é garantir a defesa do ente público em juízo, bem como prestar-lhe consultas jurídicas, orientando a atuação dos governantes na tomada de decisões, quanto à constitucionalidade e legalidade de seus atos.

Porém, essa função não pode, jamais, em razão da parcialidade inerente a sua atuação, ser desempenhada de qualquer forma, mas sim em consonância com os postulados que regem o Estado Democrático de Direito em que vivemos. Um Procurador Federal não pode fazer um acordo judicial se as regras legais não amparam o jurisdicionado, pois vivemos num Estado de Direito, onde as leis devem ser cumpridas, mas, por outro lado, não se pode permitir que este mesmo Procurador recorra de uma sentença cujo tema está pacificado nos Tribunais Superiores, pois tal atitude afronta os postulados da Dignidade da Pessoa Humana, da Duração Razoável do Processo, da Efetividade e da necessidade de celeridade da jurisdição, que são pilares do Estado Democrático, os quais a União tem a obrigação de não somente declarar, mas, sobretudo, assegurar, por meio de suas próprias atitudes ao ingressar em juízo.

É com base nisso que o Advogado Geral da União edita súmulas administrativas impeditivas de recurso e pareceres normativos, de caráter vinculante aos órgãos da Administração Pública Federal e aos membros da AGU, sobre matérias que já estão pacificadas pelos Tribunais Superiores, visando, desta forma, adequar o exercício da função dos seus membros aos valores constitucionais pátrios.

Porém, assim como o legislativo não tem o condão de legislar sobre todos os assuntos possíveis, o Advogado Geral da União não tem como editar súmulas e pareceres a respeito de todas as matérias sobre as quais os Procuradores Federais, Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional e Procuradores do Banco Central do Brasil enfrentam diariamente, cabendo a estes, muitas vezes, o discernimento, ou na lição de Miguel Reale, a “consciência constitucional”, de buscar a melhor forma de desempenho da sua atribuição, isto é, aquela que mais atenda aos interesses constitucionais e, conseqüentemente, da União, pois não se cogita a existência de um interesse estatal que esteja desvinculado ou em contraposição aos fundamentos do Estado Democrático de Direito delineados na Carta Magna, pois que está desprovido de legitimidade democrática.

Assim, os membros da AGU possuem uma autonomia relativa nas situações em que o entendimento não está pacificado por súmulas administrativas ou pareceres normativos emitidos pelo Advogado Geral da União, não estando vinculados à necessidade de sempre recorrer ou contestar, como forma de se garantir a defesa do ente público ou se constantemente defender um ato administrativo que sabe estar eivado de ilegalidade.

Essa independência relativa gera, logicamente, responsabilização por atos desproporcionais, dessarazoados e ilegítimos exercidos no desempenho da função, quer na representação judicial ou extrajudicial, quer na consultoria jurídica, como se manifestou o STF no julgamento dos Mandados de Segurança n^{os} 24.631 e 24.584⁶⁰.

Como defendemos neste trabalho, os membros da AGU são Advogados de Estado e não de Governo, devendo atuar em juízo e administrativamente com base em valores supra-partidários e isentos de motivação política, agindo com vistas a defender o interesse público primário e não exclusivamente o secundário.

Nesse sentido, transcrevemos as sábias lições de Norma Kyriakos, a respeito do perfil e da missão do advogado público em face do atual Estado Democrático de Direito:

60 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 05 out. 2008.

Há de ser homem ou mulher de seu tempo. *Seu papel é resgatar o sentido mais profundo das instituições jurídicas e por esta via resgatar o exercício da cidadania.* Seu material de trabalho é o Direito Público, mesmo quando por dever do Estado garante o acesso à Justiça das pessoas carentes e lhes defende os direitos individuais de natureza civil, penal e administrativa. *Ator ou atriz privilegiado num Estado hipertrofiado pelo excesso de regulamentação e ineficácia das leis, sua bíblia é a Constituição e sua meta a Justiça. Sabe que a dialética entre a prática da Justiça e a Lei é permanente. É parcial, defende a parte como os demais advogados. Cabe-lhe defender o interesse do Estado. Sua preocupação, portanto, é a res publica e o bom funcionamento do Estado. Tem por tarefa resgatar o conceito de interesse público e espargir a apropriação por interesses privados dessa pessoa jurídica de direito público, sua cliente.*⁶¹ (grifo nosso)

Assim, o grande desafio dos membros da AGU é ter a consciência e o discernimento de qual a melhor forma de desempenhar a sua função, quando não houver súmulas administrativas nem pareceres normativos, de caráter vinculante, sobre o caso concreto, buscando a melhor forma de agir dentro do processo ou do procedimento administrativo, a fim de colaborar com o magistrado e o administrador público para a correta aplicação da atividade criadora do direito, que é a base da nova hermenêutica constitucional, bem como defender os direitos fundamentais do cidadão-jurisdicionado e do cidadão-administrado.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2007.

ANDRÉA FERREIRA, Sérgio de. *Comentários à Constituição*. 3º vol. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

61 KYRIAKOS, Norma. *Procuradores do Estado: função essencial à justiça*. In: NALINI, José Renato (Coord). *Formação Jurídica*. São Paulo: RT, 1994. p.156.

BARROSO, Luis Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo II. São Paulo: Renovar, 2003.

_____. BARCELOS, Ana Paula. *O Começo da História: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf>.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar. *O Direito Fundamental à Duração Razoável do Processo e a Reforma do Poder Judiciário: uma desmistificação*. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_abril2006/docente/doc1.doc>. Acesso em: 12 out. 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. Tomo IV. São Paulo: Saraiva, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. Jurisdição Constitucional e Legitimidade. *Revista de Estudos Avançados da USP*, São Paulo, (51), maio/ago. 2004.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *CRP Comentada*. vol I. arts 1º ao 107. Coimbra: RT, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. Apud MACEDO, Rommel.

FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5. ed. São Paulo: Forense, 1979.

FARIA, Darcio Augusto Chaves. *A ética profissional dos procuradores públicos*. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 321.

- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- GRAU, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da (Coords.). *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- KIRSCH, César do Vale. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (orientador). *Advocacia Geral da União e Poder Executivo Federal: Parceria Indispensável para o Sucesso das Políticas Públicas*. Brasília, 2003. Dissertação de Pós Graduação – Instituto Brasiliense de Direito Público.
- KYRIAKOS, Norma. *Procuradores do Estado: função essencial à justiça*. In: NALINI, José Renato (Coord.). *Formação Jurídica*. São Paulo: RT, 1994.
- MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr. 2008.
- MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonnet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*. Bibliothèque de la Pléiade: Dijon, 1951. MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Constituição e Revisão: temas de direito publico e constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 116, 1992

NALINI, José Renato. *A ética do Advogado*. 6. ed. São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezendo; DIAS, Francisco Mauro (orientador). *O Princípio da Juridicidade: Uma Releitura da Legalidade e da Legitimidade Administrativa*. Rio de Janeiro, 2007. 145p. Dissertação de Mestrado – Departamento de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

PIOVESAN, Flávia. *A Constituição Brasileira e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o conflito das ideologias*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, José de Albuquerque Rocha. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du Contrat Social. Les Éditions du Cheval Ailé*. Genève, 1947.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SOARES, Mario Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha. *A crise da democracia no Brasil: aspectos políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. apud MACEDO, Rommel.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 4. ed. 7º tiragem. São Paulo: Malheiros.

_____. A Administração Pública na era do Direito Global. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano 1, vol.1, nº. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://direitopublico.com.br>>. Acesso em: 05 out. 2008.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*. Brasília: Revista dos Tribunais, 1992.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Poder Judiciário como poder político no Brasil do século XXI. *Revista Jurídica*, Porto Alegre (283), maio/2001.

VIEIRA, Filipe. *A Jurisdição Constitucional, Fator de Confirmação do Judiciário como Poder de Estado*. Disponível em: <<http://www.vemconcursos.com.br>>. Acesso em: 12 out. 2008.

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

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

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

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

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

INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

principal sujeito gerenciador da diminuição de desigualdades e injustiças sociais.

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

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

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

7 Recommendation Rec(2001)9 du Comité des Ministres aux Etats membres sur les modes alternatifs de règlement des litiges entre les autorités administratives et les personnes privées (*adoptée par le Comité des Ministres le 5 septembre 2001, lors de la 76^e réunion des Délégués des Ministres*)¹. Le Comité des Ministres, conformément à l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe ; 2. Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres; 3. Rappelant sa Recommandation n° R (81) 7 sur les moyens de faciliter l'accès à la justice, qui appelle dans son annexe à prendre des mesures pour faciliter le recours à la conciliation ou à la médiation; 4. Rappelant également sa Recommandation n° R (86) 12 relative à certaines mesures visant à prévenir et réduire la surcharge de travail des tribunaux, qui appelle à encourager, dans les cas appropriés, le règlement amiable des différends, soit en dehors de l'ordre juridictionnel, soit avant ou pendant la procédure juridictionnelle; 5. Considérant, d'une part, que le grand nombre d'affaires portées devant les tribunaux compétents en matière administrative et, dans certains pays, son accroissement constant peuvent porter atteinte au droit des justiciables à ce que leur cause soit entendue dans un délai raisonnable, au sens de l'article 6.1, de la Convention européenne des Droits de l'Homme; 6. Considérant, d'autre part, que les procédures juridictionnelles peuvent ne pas toujours être les plus appropriées en pratique à la solution des différends d'ordre administratif; 7. Considérant que la généralisation du recours à d'autres modes de règlement des différends administratifs peut permettre de remédier à ces inconvénients et de rapprocher l'administration du public; 8. Considérant que les principaux avantages des modes alternatifs de règlement des différends administratifs peuvent être, éventuellement et selon les cas, des procédures simplifiées et assouplies avec une plus grande célérité et un moindre coût, le règlement à l'amiable, le règlement par des spécialistes, le recours à l'équité et non pas seulement à la légalité stricte, et une plus grande discrétion; 9. Considérant donc que dans le cas s'y prêtant, il doit être possible de résoudre les litiges administratifs par des moyens autres que le recours aux tribunaux; 10. Considérant que le recours aux modes alternatifs ne doit pas être un moyen pour l'administration et les personnes privées de contourner leurs obligations et le principe de légalité; 11. Considérant que, dans tous les cas, les modes alternatifs doivent laisser possible un contrôle par les tribunaux, qui constitue la garantie ultime des droits des administrés et de l'administration; 12.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

12 *Ibid.*, p. 386

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

18 BAPTISTA, 2003, p. 133.

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

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

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

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

Em contraste cita o dispositivo da Constituição de 1988:

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

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

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

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

21 *Ibid.*, p. 47

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

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

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

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

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

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

Tanto assim que Paulo Modesto afirma:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Diante da previsão doutrinária e jurisprudencial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁷ DAVI, op. cit.

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

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

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

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

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

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

29 MOREIRA NETO, 2006, p. 75/76

30 Ibid., p. 76

31 Ibid., p. 62

32 Ibid., p. 76

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6.1 As Câmaras de Conciliação: um início

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

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

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

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

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

Conforme se depreende da Portaria AGU n° 118, em última instância os conflitos entre os órgãos e entes federais será dirimido por parecer normativo, figura já conhecida e normatizada pela Lei Complementar n° 73, em seu artigo 40, parágrafo 1°.³⁹

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

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

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

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

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

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

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

Para ilustrar podemos citar o *Enunciado n° 6, de 19 de dezembro de 2001*:

A companheira ou companheiro de militar falecido após o advento da Constituição de 1988 faz jus à pensão militar, quando o beneficiário da pensão esteja designado na declaração preenchida em vida pelo contribuinte ou quando o beneficiário comprove a união estável, não afastadas situações anteriores legalmente amparadas. (NR) (REDAÇÃO DADA PELO ATO DE 27.9.2005 D.O.U. DE 28, 29 E 30.9.2005. VER TAMBÉM A INSTRUÇÃO NORMATIVA N° 2, DE 27.9.2005 D.O.U. DE 28.9.2005) *REFERÊNCIAS: Legislação:* Constituição de 1988 (art. 226); Leis nos 3.765, de 4.5.1960, e 6.880, de 9.12.1980. *Jurisprudência:* Superior Tribunal de Justiça: Acórdãos nos RESP's nos 246244-PB, 228379-RS, 182975-RN (Quinta Turma); 161979-PE, 181801-CE, 240458-RN, 31185-MG, 477590-PE e 354424-PE (Sexta Turma).

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

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

Enunciado n° 15, de 19 de abril de 2002:

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

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

Enunciado n° 18, de 19 de junho de 2002:

Da decisão judicial que determinar a concessão de Certidão Negativa de Débito (CND), em face da inexistência de crédito tributário constituído, não se interporá recurso.” (REDAÇÃO ORIGINAL)

JURISPRUDÊNCIA: Superior Tribunal de Justiça: EREsp's n°s 180.771/PR e 202.830/RS (Primeira Seção); AGREsp n° 303.357/

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

42 JUSTEN FILHO, 2005a, p. 60.

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

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

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

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

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

43 Ibidem, 1999, p. 5

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

9 CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: São Paulo, Recife: Renovar. 2006

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. 1. ed. 2. t. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

DABIN, Jean. *Os grandes filósofos do Direito. Teoria Geral do Direito*. Organização de Clarence Morris, São Paulo: Martins Fontes, 2002

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

_____. Solução de Litígios pela Administração Pública sem intervenção do Judiciário. *Revista da AGU*, Brasília, DF, ano VII, n. 16, p. 183, 2008.

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

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

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

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva. 2003.

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

GRAU, Eros Roberto. *Direito posto e direito pressuposto*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

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

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

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

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

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

_____. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultado*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

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

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

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

ROCHA, Carmen Lúcia. Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

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

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

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

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

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

DESENVOLVIMENTO DO ESTADO E EFICIÊNCIA: NOVOS HORIZONTES NA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA

Eder Maurício Pezzi
Advogado da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 O Advogado Público e seu Lugar no Estado; 1.1 Estado, Governo e Administração: foco no interesse público primário; 1.2 O Conceito de Advocacia Pública Stricto Sensu: seu contraste com as demais Procuraturas Constitucionais; 1.2.1 Advocacia Pública e Advocacia Privada; 1.2.2 Advocacia Pública e Defensoria Pública; 1.2.3 Advocacia Pública e Ministério Público; 1.3 O momento atual do Estado social brasileiro; 1.3.1 O Estado Social Brasileiro e a Constituição Dirigente de 1988; 1.3.2 O Princípio da Eficiência como Paradigma da Atuação Estatal; 2 Os Novos Horizontes na Atuação da Advocacia Pública; 2.1. Atuação Judicial: da Manifestação Formal para a Advocacia de Resultados; 2.1.1 A Importância dos Pedidos Subsidiários: Eficiência na Atuação Judicial; 2.1.2 Priorização Da

Atuação Judicial em Feitos Relevantes: Maior Foco no Interesse Público; 2.2 Atividade Consultiva: O Advogado Público como Coautor de Políticas Públicas; 2.2.1 O Advogado Público como Orientador da Atividade do Estado; 2.2.2 A Atividade Consultiva como Garantia de Juridicidade das Políticas Públicas; 2.3 Advocacia Pública e Processo Administrativo: Eficiência e Desjudicialização de Controvérsias; 2.4 Informatização da Atividade Judicial e Administrativa: Necessária Participação da Advocacia Pública; 2.5 Combate à Corrupção: O Advogado Público como Articulador de Redes de Atuação em Prol do Cidadão e da Integridade do Patrimônio Público; 2.5.1 Atuação da Advocacia Pública na Esfera Criminal; 2.5.2 Apuração e Repressão de Ilícitos Na Esfera Civil-Administrativa; 2.5.3 Prerrogativas Funcionais do Advogado Público?; 3 Conclusão; Referências.

RESUMO: No contexto do Estado social brasileiro, especialmente com o advento da Constituição dirigente de 1988, vem-se tornando cada vez mais necessário imprimir a marca da efetividade nas suas ações, de modo a que se atinjam em concreto os seus objetivos. Essa perspectiva afeta diretamente a atividade da Advocacia Pública, abrindo-se novos horizontes a serem perseguidos. Vê-se, assim, a necessidade de uma atuação judicial eficiente, com foco no seu resultado, bem como uma atividade consultiva marcada pela participação ativa do advogado público, especialmente no que concerne às políticas públicas. Igualmente, mostra-se indispensável a presença da Advocacia Pública no que concerne à informatização da atividade estatal e ao processo administrativo, primando-se pela garantia dos direitos do cidadão e do Estado. Além disso, não obstante a ausência de garantias funcionais expressas, evidencia-se a importância da atuação do advogado público no combate à corrupção, sendo ele importante elo de ligação entre agentes públicos que atuam nessa seara.

INTRODUÇÃO

A atividade estatal brasileira vem passando por profundas transformações ao longo das últimas décadas, passando de uma perspectiva burocrática e formal para uma preocupação mais acentuada na efetiva e concreta consecução do interesse público. Nesse contexto, vê-se que as transformações sociais, econômicas e tecnológicas do Século XXI, somadas a uma Constituição dirigente, criam novas demandas, impondo uma ação dinâmica e eficiente do Poder Público.

Tal realidade implica também em profundas transformações no papel da Advocacia Pública, sobretudo em relação a suas possibilidades de atuação. Nesse sentido, verifica-se uma necessária mudança de paradigma no tocante a sua atividade judicial e consultiva, especialmente no tema ligado à efetividade das políticas públicas. Além disso, demanda-se uma ativa participação do advogado público no que se refere ao processo administrativo, à informatização das atividades estatais e ao combate à corrupção.

Diante disso, o presente estudo tem por objetivo abordar os novos horizontes que se abrem na perspectiva da Advocacia Pública, buscando ressaltar os aspectos mais relevantes no que tange às suas possibilidades de atuação. Ressalta-se, desde já, que o foco do estudo é a Advocacia Pública *stricto sensu*, entendida como advocacia de Estado, abarcando todos os advogados que de alguma forma estejam inseridos na estrutura estatal.

1 O ADVOGADO PÚBLICO E SEU LUGAR NO ESTADO

1.1 Estado, Governo e Administração: foco no interesse público primário

Ao se buscar uma definição de Estado, verifica-se uma grande pluralidade de conceitos, derivada especialmente dos diversos pontos de vista pelos quais ele é encarado. Embora não seja o escopo do presente estudo aprofundar este tema, é possível referir que Kelsen (1998) definia o Estado como o vínculo jurídico que une uma determinada coletividade, sob uma mesma unidade normativa. O poder estatal, por essa concepção, receberia sua validade da “norma fundamental”, guardando para si o monopólio da criação e aplicação do Direito. De forma semelhante, Jorge Miranda define o Estado como “comunidade e poder juridicamente organizados” (2005, p. 170).

Igualmente, observa-se na doutrina a conceituação de Estado a partir de seus elementos constitutivos: povo, território e poder soberano (Bonavides, 2000). A esses elementos, Darcy Azambuja (1984) acresce o “objetivo de realizar o bem público”, elencando a finalidade como um requisito essencial de existência. Esse posicionamento ganha especial relevância no momento em que a concepção de Estado, além de seu aspecto organicista, ganha também um critério valorativo. Assim, desenvolvimento estatal, mais do que um alargamento de seu povo, território ou soberania, passa a estar intimamente vinculado ao seu objetivo de promover o bem comum.

A par de tais definições, e considerando o foco deste trabalho, importa definir o Estado como um grande sistema, através do qual se congregam elementos sociais e políticos, a fim de propiciar o exercício do poder soberano de forma organizada e atingir o bem comum. Esse sistema é moldado pela Constituição – daí sua feição jurídica –, tendo no Direito o estabelecimento de seu *modus operandi*, num processo dinâmico e inter-relacional entre sociedade, Governo e Administração Pública.

Relativamente ao Governo, é ele marcado por “sua expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente”, como bem refere Hely Lopes Meirelles (2004, p. 64). Em outras palavras, enquanto o Estado tem como finalidade atingir os objetivos postos na Constituição (CRFB/88, art. 3º), o Governo é que define os meios pelos quais esse fim será atingido, priorizando metas, diretrizes e estabelecendo políticas públicas. Daí decorre o fato de sua feição política estar intimamente ligada ao conceito de Estado democrático de direito, no qual a democracia é o processo que necessariamente embasará a escolha dos caminhos a serem trilhados.

De outra parte, tem-se a Administração Pública, em seu sentido subjetivo¹, como “o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 9). No sentido objetivo, é definida como o conjunto de atividades que realizam concretamente as finalidades públicas traçadas pelo Governo ou, residualmente, aquilo que não se confunde com atividade legislativa ou judiciária.

Vê-se, assim, que a Administração Pública é o braço que leva a cabo os objetivos traçados pelo Governo. Ela pratica, em regra, atos de execução, podendo haver certa autonomia funcional, em maior ou menor grau, mas sempre dentro dos caminhos preconizados pelo

1 Odete Medaur (2008, p. 47) refere-se a tal acepção como “organizacional”, sendo o aspecto objetivo chamado de “funcional”.

Governo. Nas palavras de Meirelles (2004, p. 65), a “Administração é o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo”. Por isso, ainda que se lhe reconheça certa discricionariedade na forma como devem ser concretizadas as metas traçadas, ela se dá em essência no que tange ao âmbito técnico e prático.

Ocorre que, como adverte Odete Medauar (2005, p. 50), nem sempre essa separação entre Administração e Governo é tão nítida, especialmente em virtude da complexidade do Estado contemporâneo:

Mas, em geral, mostra-se difícil a fixação de fronteiras rígidas entre governo e Administração. Na época contemporânea aumentou a importância da atividade administrativa na dinâmica do Estado e uma das consequências disso é a participação de servidores (isto é, da chamada burocracia) em atividades que seriam típicas de governo, tais como: fixação do conteúdo de projetos de lei, fixação do teor de regulamentos e decretos, apresentação de propostas que se transformam em realização concreta ou ato normativo.

Assim, embora a formulação de políticas públicas seja uma tarefa eminentemente de Governo, órgãos e agentes públicos pertencentes à Administração também têm participação nessa seara. Como se verá adiante, a Advocacia Pública, embora não faça parte do Governo, tem particular relevância no que tange a essa matéria (KIRSCH, 2003), propiciando uma ligação entre os objetivos governamentais e os fins do Estado.

De outra parte, é relevante assentar que Administração Pública não se confunde com o Poder Executivo. Embora a maior parte da atividade administrativa esteja concentrada nesse Poder, ela também é desempenhada pelos demais, no que tange à organização de seus serviços e servidores, por exemplo. Não é por outra razão que a própria Constituição, ao tratar do tema Administração Pública, fê-lo em título diverso daquele em que trata dos Poderes.

Por fim, é importante destacar que tanto o Governo quanto a Administração Pública devem-se pautar pelo resguardo do interesse público, finalidade última do Estado. A respeito disso, com base na doutrina italiana², tem-se feito uma distinção entre os interesses primários do Estado – em geral aqueles estabelecidos pela Constituição – e os seus interesses secundários. Estes últimos, em realidade, seriam os interesses imediatos do ente estatal, enquanto pessoa política, os quais,

² Especialmente Renato Alessi, referido por Celso Antônio Bandeira de Mello (2000).

embora quase sempre coincidam, podem eventualmente se chocar com os primeiros. Por hipótese, imagine-se um caso em que o Estado, buscando resguardar exclusivamente seu patrimônio (interesse secundário), não pague a justa indenização a um particular desapropriado (interesse primário, art. 5º, XXIV, da CRFB/88).

Nessa hipótese, deverá prevalecer o interesse primário do Estado, não se podendo justificar que uma questão exclusivamente patrimonial (interesse secundário) se sobreponha a um direito fundamental do cidadão previsto na Constituição. Na dicção de Bandeira de Mello (2000, p. 64), “os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos”. Por essa razão, tem-se que Governo e Administração Pública, embora atuem em âmbitos diversos, devem convergir para o atendimento das finalidades primárias do Estado, identificadas com o interesse público.

1.2 O Conceito de Advocacia Pública *Stricto Sensu*: seu contraste com as demais procuraturas constitucionais

Ao se falar advocacia pública, é preciso delimitar os sentidos que essa expressão indica. Seguindo a classificação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2010), que com muita clareza esmiuçou a questão, é possível fazer uma primeira grande divisão entre advocacia privada e advocacia pública *lato sensu*. Esta última, por sua vez, dividir-se-ia em três ramos: o Ministério Público, a Advocacia de Estado e a Defensoria Pública, que por ele foram denominadas de “Procuraturas Constitucionais”.

Ocorre que a EC nº 19/98 alterou para “Advocacia Pública” o título da Seção II do Capítulo IV da Constituição, o qual trata das procuradorias da União e dos Estados. Tal alteração, criticada por Diogo de Figueiredo (2010), induz à equivocada conclusão de que a advocacia pública seria composta apenas por tais órgãos estatais, deixando de abarcar o Ministério Público e a Defensoria Pública, como se estes não exercessem, guardadas as suas peculiaridades, uma espécie de advocacia estatal. Diante disso, parece que o meio mais adequado de ver a questão é considerar a existência de uma advocacia pública *lato sensu*, abrangendo todas as Procuraturas Constitucionais, e uma advocacia pública *stricto sensu*, na qual se insere a Advocacia-Geral da União e as Procuradorias dos Estados e do DF.

Ademais, embora não tenham referência expressa na Constituição, é plenamente possível incluir no conceito de Advocacia Pública outras

Procuradorias que integrem a estrutura da Administração Direta, tais como as Procuradorias dos Municípios, dos Tribunais de Contas e das Casas Legislativas dos três entes da Federação. Somando-se a isso, e considerando a tendência de descentralização do Estado, é igualmente viável incluir também as Procuradorias de outros entes de direito público³, tais como autarquias e fundações estaduais e municipais.

Assim, no presente estudo, ao tratar de “Advocacia Pública” e “advogado público”, estar-se-á tomando seu sentido estrito, idêntico ao de “Advocacia de Estado”, abrangendo igualmente todos os advogados e procuradores que, de alguma forma, façam parte da estrutura estatal. Nesse particular, cumpre referir que a Advocacia Pública – assim como todas as demais Procuraturas Constitucionais e a Advocacia Privada – são funções essenciais à justiça, na dicção do Capítulo IV do título IV da Constituição. Entretanto, embora inseridas no título relativo à organização dos Poderes, tais órgãos não constituem um quarto Poder. O que se infere, em realidade, é que “as funções ali referidas são do mesmo nível de importância que as desempenhadas pelos três Poderes do Estado” (DI PIETRO, 2008, p. 15).

Além disso, não obstante a Advocacia Pública esteja inserida na estrutura do Poder Executivo, é importante destacar que esse vínculo tem caráter exclusivamente administrativo, não se justificando hierarquia em relação ao âmbito funcional⁴. Isso porque o advogado público é advogado de Estado, e não deveria estar subordinado ao Governo no que se refere a sua atividade precípua. De fato, ele atua ao lado do Governo na consecução dos interesses primários do Estado e da sociedade, podendo – e devendo – até mesmo insurgir-se contra ele próprio caso não se vislumbre identidade com tais interesses.

Em relação à delimitação das atribuições que são cometidas à Advocacia Pública, a Constituição limitou-se a elencar suas funções de “representação” judicial e extrajudicial dos entes públicos, além das atividades de consultoria e assessoramento (arts. 131 e 132). No entanto, a partir desses gêneros de atribuições, é possível vislumbrar muitos desdobramentos, a respeito dos quais se tratará mais adiante, após estabelecer seus contrastes com a advocacia privada e com as demais Procuraturas Constitucionais.

3 Os advogados de empresas públicas e sociedades de economia mista, embora elas sejam pessoas de direito privado, guardam também relação com a Advocacia Pública, uma vez que em muitos casos o regime a que estão submetidas é de direito administrativo, especialmente quando se trata da prestação de serviços públicos (por exemplo, os Correios).

4 Sobre a questão das garantias funcionais do advogado público, veja-se o título 3.5.3 *infra*.

1.2.1 Advocacia Pública e Advocacia Privada

Ainda que o advogado privado não seja vinculado ao Estado, é certo que ele desempenha verdadeiro múnus público, uma vez que sua atuação é “essencial” à concretização da Justiça, esta referida na Constituição como serviço público. Assim, ele estabelece, ao mesmo tempo, uma ligação de direito público com o Estado e outra de direito privado com a parte, através do mandato. Por isso, considera-se verdadeiro representante necessário⁵, não se confundindo com a figura do mandatário de direito privado (COMPARATO, 1993, p. 46). No caso do advogado público, contudo, presta ele serviço público duplamente, seja como função essencial à Justiça – à semelhança do advogado privado –, seja como prestador de serviço ao Estado, ao qual se encontra ligado por um vínculo funcional (DI PIETRO, 2008, p. 16).

No âmbito privado, é a procuração, instrumento do mandato, que veicula os poderes outorgados ao advogado para sua atuação, podendo haver limitação de tais poderes, a critério do mandante. No caso do advogado público, uma vez regularmente investido no cargo, é a própria lei que lhe dá poderes para atuar em nome da pessoa jurídica ou do órgão ao qual está vinculado⁶. Não há, para tanto, qualquer limitação, sendo a atuação limitada tão somente pela abrangência das suas atribuições funcionais, seja em razão da matéria, seja em razão da área territorial.

Além disso, por se tratar de negócio jurídico, o mandato está sujeito às formas ordinárias de extinção, tais como revogação, renúncia, ou término do ato para o qual foi constituído (p. ex., processo judicial), situação que não ocorre com o vínculo do advogado público. A atribuição deste, enquanto estiver validamente investido no cargo e em exercício, não é passível de extinção. Ademais, o advogado privado, de ordinário, é pessoa que não integra o quadro estatal, não possuindo vínculo funcional com a pessoa física ou jurídica. Já o advogado público, pelo contrário, geralmente se encontra vinculado à pessoa jurídica de direito público em nome da qual atua, ou, no mínimo, na pessoa jurídica que a tutela⁷.

5 Salvo casos em que é atribuída capacidade postulatória à parte, por exemplo, na seara trabalhista e nos Juizados Especiais.

6 Ressalva-se o caso dos advogados de pessoas jurídicas de direito privado da Administração Indireta, os quais se submetem ao regime do mandato.

7 Veja-se, por exemplo, o caso das autarquias e fundações federais. Embora tenham personalidade jurídica própria, sua representação incumbe à Procuradoria-Geral Federal, órgão da União vinculado à AGU (lei nº 10.480/02).

Por essa razão, não parece ser adequado falar em representação, mas em “*presentação*”, utilizando-se o termo usado por de Pontes de Miranda, como refere Ovídio Batista da Silva (2005, p. 234), uma vez que a representação pressuporia a existência de suas pessoas diversas. Nesse ponto, a manifestação do advogado público equivale à da própria pessoa jurídica, assemelhando-se tal situação à chamada teoria do órgão, idealizada por Otto Von Gierke, que preconiza que a manifestação do órgão é imputável à própria pessoa jurídica, como sendo dela própria (Cf. DI PIETRO, 2007, p. 471). Nas palavras de Mário Bernardo Sesta (1993, p. 197), “o advogado do Estado, no exercício de sua função básica, não fala ao administrador para assessorá-lo; fala pelo Estado no processo em que este for parte, vinculando-o”.

1.2.2 Advocacia Pública e Defensoria Pública

A Constituição, ao tratar da Defensoria Pública, atribuiu-lhe a “orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados⁸, na forma do art. 5º, LXXIV” (art. 134). Por prestar típico serviço público, sua atuação não se confunde com a do advogado privado, não sendo sua relação com a parte regida pelo mandato, que é incabível na espécie (art. 16 da Lei nº 1.060/50). Da mesma forma, difere do advogado público, visto que este fala exclusivamente em nome do ente estatal no qual está inserido ou cuja apresentação a lei lhe determina.

Entretanto, a Defensoria Pública tem legitimidade para o ajuizamento de ações coletivas envolvendo “direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes” ou consumidores (LC nº 80/94, art. 4º, incisos VII e VIII do referido artigo). Nesse aspecto, verifica-se a possibilidade de haver semelhança com a Advocacia Pública, igualmente legitimada para a propositura de ações coletivas. Imagine-se, por hipótese, que uma determinada pessoa jurídica realize atividade que polua um rio federal, lesando a modesta população ribeirinha que vive da pesca artesanal. Dar-se-á, nesse caso, legitimidade concorrente tanto da União (rio federal e dano ao meio ambiente), apresentada pela AGU, quanto da Defensoria Pública da União, para o ajuizamento de ação coletiva, sem prejuízo também da atuação do Ministério Público Federal, igualmente legitimado.

8 O conceito de “necessitados” não implica necessariamente numa análise meramente econômica, podendo a Defensoria Pública desempenhar a defesa de réus em processo penal que estejam desassistidos de advogado, independentemente de sua situação econômica (LC nº 80/94, art. 4º, XVI).

Entretanto, uma grande diferença reside na possibilidade de a Defensoria Pública litigar inclusive contra a pessoa jurídica de direito público a que está vinculada (LC nº 80/94, art. 4º, § 2º), situação que não se afigura possível no caso da Advocacia Pública. Em realidade, o advogado público poderá litigar contra agentes públicos, em casos de conflito de interesses com a pessoa jurídica que apresentam, mas jamais diretamente contra ela⁹.

Nessa seara, cumpre referir que à Advocacia Pública tem também sido cometida a defesa de agentes públicos, em casos pertinentes a suas funções institucionais. No caso da Advocacia-Geral da União, por exemplo, tal possibilidade é prevista para tais agentes “quando vítimas de crime, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, [ou] no interesse público” (art. 22 da Lei 9.028/95). Ainda em nível federal, há previsão semelhante para a Advocacia do Senado Federal¹⁰. No âmbito dos estados e do DF igualmente se têm visto normas semelhantes¹¹.

Em que pese a discussão a respeito da constitucionalidade de tais normas¹², é possível vislumbrar pertinência nessa nova atribuição, visto que os agentes públicos também são instrumentos de realização dos objetivos do Estado. No entanto, para que se possa legitimar tal atribuição por parte da Advocacia Pública, não pode haver qualquer indício de ofensa ao interesse público, ainda que mínimo, sob pena de subverter a precípua missão constitucional outorgada a ela. Nessa hipótese, ante a possibilidade de colisão de interesses, poderá, no máximo, atuar a Defensoria Pública, caso o agente seja hipossuficiente ou revel no processo penal.

1.2.3 Advocacia Pública e Ministério Público

A Constituição elenca como incumbências precípua do Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Dada a abrangência de

9 Ressalvam-se os casos de conflitos entre Poderes ou entre órgãos e entidades públicas, hipótese em que poderá haver atuação de advogados públicos representando interesses antagônicos, casos nos quais se poderá cogitar de conciliação, como mais adiante se referirá.

10 O Ato da Comissão Diretora do Senado Federal nº 05/08 prevê a possibilidade de a Advocacia do Senado “representar em juízo senadores, ex-senadores, diretores e ex-diretores, na defesa de atos praticados no exercício da respectiva função” (art. 1º).

11 P. ex., art. 4º, XXIV, da Lei Complementar Distrital nº 395/2001.

12 V. ADI 2.888, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, em face do referido art. 22 da Lei [n.] 9.028/95, sem pendente de julgamento da medida cautelar pleiteada. Nessa ação, sustenta-se que a Constituição atribuiu ao advogado público apenas a defesa de entes públicos.

tais atribuições, verifica-se que, em muitos casos, ocorre uma verdadeira interpolação delas com as das demais Procuraturas Constitucionais. Por essa razão, respeitando o escopo do presente estudo, buscar-se-á detalhar tão somente os pontos de contraste mais relevantes.

O primeiro aspecto que ressaí do texto constitucional é a privatividade do Ministério Público para a propositura de ação penal pública (art. 129, I), disposição que consagra o sistema acusatório público, promovido pelo próprio Estado (OLIVEIRA, 2008, p. 105). Entretanto, embora o Ministério Público detenha a condição de *dominus litis* da ação penal pública, não há óbice a que o advogado público atue em relação à assistência (art. 268 do CPP) ou mesmo ao ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública (CRFB/88, art. 5º, LIX), temas que serão mais adiante tratados.

Outra atribuição exclusiva do Ministério Público é a sua atuação como *custos legis*, sendo que a falta de sua intimação é causa de nulidade processual insanável¹³. A Jurisprudência tem, no entanto, fundada no princípio da unidade da instituição e na ausência de prejuízo, deixado de declarar a nulidade nos casos em que o próprio MP é o autor da demanda, já que ele, na qualidade de parte, já tem natural vista dos autos e possibilidade de atuação¹⁴.

Da mesma forma, o STJ já reconheceu que a intervenção do MP não é obrigatória nas demandas envolvendo o Poder Público, no caso de estar em jogo tão somente interesse patrimonial da Fazenda Pública, mormente quando a defesa já é realizada por advogados públicos¹⁵. Um dos fundamentos declinados é o de que a legitimidade do Ministério Público diz respeito à tutela do interesse público, que nem sempre se equivale com o interesse da Fazenda Pública, uma vez que este pode constituir mero interesse secundário do Estado.

No mesmo sentido, não se tem reconhecido legitimidade ao MP para o ajuizamento de demanda buscando o ressarcimento do Erário, no “interesse individual da Fazenda Pública”¹⁶. Isso porque o conceito de “patrimônio público”, segundo tem entendido o STJ, liga-se a interesses difusos da sociedade, não individualizáveis, situação que em regra não ocorre com meras pretensões ressarcitórias de determinado

13 V. art. 84 do CPC. No mesmo sentido, AgRg no REsp 565.084/DF, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., julgado em 24/08/2009, DJe de 14/09/2009.

14 AgRg no MS 12757/DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Corte Especial, julgado em 19/12/2007, DJ de 18/02/2008, p. 20.

15 REsp 787967/SE, Rel. Ministro Luiz Fux, 1ª T., julgado em 07/08/2007, DJ 23/08/2007 p. 213.

16 AgRg no REsp 673060/RJ, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T., julgado em 25/10/2007, DJ de 19/11/2007 p. 268.

ente estatal¹⁷. Entretanto, embora a atribuição nesse campo seja da Advocacia Pública, isso não impede que, em caso de omissão ou falha, atue extraordinariamente o *Parquet*, de modo a evitar uma proteção deficiente do bem jurídico tutelado¹⁸. Com base nesse mesmo entendimento, o STF recentemente declarou a legitimidade do MP para propor ACP com vistas à anulação de termo de acordo tributário¹⁹.

Em realidade, como bem assenta MOREIRA (2004, p. 99), a divisão de atribuições feita pela Constituição de 1988 “não poderia gerar a obtusa conclusão de que o Ministério Público e a AGU estariam fadados a ocupar pólos adversos”, seja extrajudicialmente ou no âmbito judicial. De fato, não obstante hoje estejam claras as funções exclusivas do MP²⁰, da Defensoria Pública e da Advocacia Pública, resta uma ampla gama de atribuições comuns, que em muito aproxima essas Procuraturas Constitucionais na defesa dos interesses primários do Estado.

1.3 O Momento Atual do Estado Social Brasileiro

1.3.1 O Estado Social Brasileiro e a Constituição Dirigente de 1988

Retomando o conceito de Estado de Kelsen (1998), antes referido, verifica-se que ele não inclui como elemento essencial os seus fins, limitando-se à questão organicista. Em realidade, esse conceito foi formulado no contexto do final do século XIX, sendo permeado pela idéia de Estado liberal, ao qual cabia tão somente garantir a estabilidade do ordenamento jurídico e a igualdade no plano formal, atuando de forma mínima e subsidiária na sociedade. Como fruto desse período, as constituições de maneira geral limitavam-se a tratar apenas da organização do Estado, elencando em alguns casos um rol de direitos individuais dos cidadãos, direitos esses que a doutrina classifica como de 1ª dimensão²¹.

17 REsp 799841 / RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T., julgado em 18/10/2007, DJU de 08/11/2007, p. 169.

18 REsp 1119377/SP, rel. Ministro Humberto Martins, 1ª Seção, julgado em 26/08/2009, DJe 04/09/2009.

19 RE 576155/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Pleno, julgado em 12.8.2010, Informativo nº 595, acórdão ainda não publicado.

20 Embora não seja objeto do presente estudo abordar a história da criação da Advocacia Pública Federal no Brasil, há que se ter em mente que, antes da Constituição de 1988, a União foi representada judicialmente pelo Ministério Público dos Estados (até a Constituição de 1967/1969) e pelo Parquet Federal (até a efetiva instalação da Advocacia-Geral da União). Essa antiga função dúplice – advogado da sociedade e advogado da União – ainda hoje deixa reminiscências, não só na denominação de “Procuradoria-Geral da República”, mas no que tange aos seus limites de atuação, como se pode ver nos casos referidos.

21 Usa-se o termo “dimensão” em substituição a “geração”, visto que este último poderia sugerir equivocadamente que uma geração de direitos substitui a outra (SARLET, 2005, p. 53).

Ocorre que as profundas desigualdades sociais presentes no início do século XX, somadas à universalização do voto, criaram as condições para a substituição do Estado liberal pelo chamado Estado social. O Estado, que antes garantia apenas a igualdade e a liberdade no plano formal, agora tem como encargo assegurar as condições “materiais mínimas para que estes direitos individuais possam ser efetivamente fruídos por todos na sociedade, inclusive pelos integrantes dos grupos mais desfavorecidos” (SARMENTO, 2007, p. 119). Aliado a esse movimento, os traumas do holocausto na Europa acentuaram a crítica ao positivismo de Kelsen, substituindo o mero culto à lei formal pela prevalência de valores, cada vez mais delineados nas constituições.

No Brasil, a necessidade de combater as desigualdades sociais decorrentes do Êxodo rural e de uma industrialização incipiente também impulsionou, a partir da Carta de 1934, uma paulatina inclusão de valores sociais nas Constituições, como fins a serem atingidos pelo Estado. O resultado disso é um alargamento do rol de funções do Estado, que passa a atuar de forma cada vez maior na economia e na regulação da sociedade. Assim, se antes a Constituição tinha por finalidade estabelecer o funcionamento do *status quo* vigente, agora ela também dispõe sobre o futuro do Estado, impondo-lhe objetivos a serem alcançados, por meio das chamadas normas programáticas.

Nesse aspecto, verifica-se que a Constituição de 1988 foi abundante em normas desse gênero, especialmente no que tange aos direitos sociais (art. 6º) e à disciplina da ordem econômica (art. 170 e ss.), razão pela qual ressalta seu aspecto dirigente (CANOTILHO, 2001). Como ressalta Eros Grau (2005, p. 173), essa realidade “lhe confere o caráter de plano global normativo, do Estado e da sociedade”.

Da mesma forma, em que pese a própria Constituição estabelecer a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, (art. 5º, § 1º), verifica-se a subsistência de uma dimensão diretiva também nessa seara (SARLET, 2005, p. 76). Isso porque a realização dos direitos fundamentais não é uma medida instantânea, mas um contínuo e constante processo que deve pautar toda a atividade estatal, seja no âmbito da formulação de políticas públicas, seja na realização da atividade administrativa *stricto sensu*²².

Como consequência disso, intensifica-se a atuação do Estado em praticamente todos os setores da atividade econômica nacional, fenômeno iniciado no Brasil de forma sistemática a partir de meados do século XX. A Constituição de 1988, embora consagre a livre iniciativa

22 Para Paulo Gustavo Gonet Branco (MENDES *et alii*, 2002, p. 128/129), “os direitos fundamentais devem ser considerados na interpretação e aplicação, pelo administrador público, de cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados”.

como fundamento da atividade econômica, prevê diversas formas de intervenção do Estado na economia, seja por meio da regulação e normatização (direção e indução), seja por meio da absorção ou participação direta na atividade econômica (GRAU, 2005, p. 314).

Assim, nas palavras de Paulo Modesto (2000):

O Estado hoje manipula uma parte expressiva do produto interno bruto nacional. Fomenta e tributa, executa e delega serviços, regula a atividade econômica e cultural em dimensões nunca vistas, controla, reprime e estimula, produzindo e reproduzindo tanto a riqueza quanto a exclusão social. Numa expressão de síntese: é a organização nacional central na transferência de recursos entre os diversos grupos sociais.

Essa realidade implica na lógica consequência de que, num Estado social alargado e interventivo, o impacto da atividade administrativa é muito maior do que num Estado liberal, subsidiário e reduzido. Portanto, quanto melhor for o funcionamento do Estado, mais impacto terá sua atuação na promoção de seus valores e interesses.

Disso resulta um novo desafio: não basta assegurar a mera atuação estatal naquilo que é objeto do programa estabelecido pela Constituição. Essa atuação deve concretizar materialmente os interesses que se propõe a promover, pautando-se em suma, pelo princípio da eficiência.

1.3.2 O Princípio da Eficiência como Paradigma da Atuação Estatal

Como visto, o Estado brasileiro passou a incorporar, ao longo do Século XX, os matizes do Estado Democrático Social. Ao longo desse processo, a Administração Pública foi também sendo reformulada para atender a essas novas demandas, nas chamadas reformas administrativas.

Nesse contexto, a primeira grande reforma operada no Brasil se deu no Governo Getúlio Vargas, que, a partir de 1937, iniciou uma transição de uma Administração patrimonialista, marcada pelo clientelismo e pela pessoalidade, para um modelo “técnico-burocrático” (BRESSER PEREIRA, 2008). Esse novo modelo buscou introduzir a utilização de padrões formais de atuação, com base na legalidade e centrados nos procedimentos administrativos. Além disso, buscou-se reforçar a competência técnica no que concerne aos servidores públicos, estruturando-os em carreiras.

Posteriormente, em 1967, deu-se seguimento a esse processo, por meio do Decreto-lei nº 200/67, o qual estabeleceu novas diretrizes

para uma reforma administrativa. Embora não se tenha afastado do modelo burocrático, esse modelo foi aprimorado, tendo o diploma legal estabelecido novos princípios para a atuação administrativa: planejamento, coordenação, descentralização, delegação de competência e controle (art. 6º).

Mais recentemente, a partir de meados da década de 1990, iniciou-se uma nova onda de reformas do aparelho administrativo, buscando-se introduzir um modelo gerencial na Administração Pública. Aplicado primeiramente na Grã-Bretanha, em fins da década de 1980, esse novo modelo veio como uma forma de tornar mais efetivo o funcionamento do Estado Social, especialmente considerando a ampla gama de suas finalidades.

Se antes, pelo modelo burocrático, a ênfase era nos procedimentos, agora o foco é dirigido aos resultados. No entanto, isso não implicou que se “substituisse a administração por processo – apenas que se diminuísse a ênfase em processos legais detalhados” (BRESSER PEREIRA, 2008). Nesse aspecto, os procedimentos administrativos, além de atender a um mínimo formalismo, passaram a ter por foco também produzir um resultado eficiente.

Essa fase de reformas foi acompanhada de uma intensa produção legislativa, positivando na lei e na Constituição o seu desiderato. Destacam-se, como exemplo, as leis criadoras das agências reguladoras, a lei do processo administrativo (Lei nº 9.784/99), a Lei de Concessões Públicas (Lei nº 8.987/95) e, especialmente, a Emenda Constitucional nº 19/98, esta última inserindo no *caput* do art. 37 o princípio²³ da *eficiência*.

Não obstante tal inserção tenha sido relevante para deixar claros os novos paradigmas da reforma gerencial, é importante ressaltar que o princípio da eficiência já era referido em diversos artigos do texto originário da Constituição de 1988²⁴, razão pela qual já se considerava como princípio constitucional implícito, como refere Paulo Modesto (2000). No que toca ao seu conteúdo, esse autor define-o como

23 Consigne-se a crítica de Humberto Ávila (2003), para o qual a eficiência não guarda a forma normativa de princípio, mas, sim, de “postulado normativo”. Para ele, os princípios são normas finalísticas, “que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção”. Dessa forma, a eficiência se coadunaria muito mais com a definição de postulado, uma vez que ela não contém um fim em si mesma, mas baliza a aplicação de outros princípios e normas.

24 Vejam-se, como exemplo, as seguintes disposições: art. 74, II (eficácia e eficiência da gestão orçamentária, financeira e patrimonial); art. 70, *caput* (legitimidade e economicidade), art. 144, § 7º (eficiência das atividades de segurança pública), e art. 175 (serviço adequado).

a exigência jurídica, imposta à administração pública e àqueles que lhe fazem as vezes ou simplesmente recebem recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização das finalidades públicas que lhe forem confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público.

Em realidade, a eficiência está não só ligada à otimização da concretização dos fins da Administração, mas, sobretudo, a sua efetividade. Para que se atenda ao dever de eficiência, não basta escolher os meios mais adequados, mas importa que sejam satisfatoriamente promovidos os fins atribuídos à Administração Pública (ÁVILA, 2003).

Nesse aspecto, tem-se feito uma ligação entre o princípio da eficiência com os deveres de proporcionalidade e de razoabilidade que são exigidos na atuação do Estado. Veja-se que uma determinada ação estatal só será eficiente se os meios forem proporcionais ao fim almejado, se esse fim foi atingido com uma razoável relação de custo-benefício, e se nesse procedimento não houve sacrifício de direitos incompatível com o interesse público. A eficiência passa a condensar, dessa forma, fundamentos que antes estavam contidos em outros princípios constitucionais, como moralidade, impessoalidade, legalidade e outros (GALDINO, 2005, p. 259).

No entanto, é preciso advertir que a noção de eficiência preconizada pela Constituição não se confunde com aquela corrente na esfera privada²⁵, não se podendo, a partir de uma visão meramente econômica, reduzi-la a uma mera relação de custo-benefício. A aplicação do princípio da eficiência implica, de fato, a maximização dos benefícios advindos da atividade estatal, sem perder de vista a racionalização dos meios empregados. Entretanto, nessa aferição há que se atentar não só para a economicidade, mas também para a garantia dos direitos individuais e, sobretudo, para a observância do interesse público primário.

Entretanto, isso não impede a introdução na Administração Pública de mecanismos e experiências que tenham sido exitosas no âmbito privado, desde que se façam as devidas adequações. O grande desafio é, em realidade, contemporizar os meios de buscar a eficiência com os demais princípios constitucionais e, enfim, com o sistema jurídico do Estado Social e Democrático de Direito (CHICÓSKI, 2004).

25 Por isso, tratar o cidadão como cliente do Estado não é medida que se afigura adequada, uma vez que ele, em realidade, é o titular dos bens e poder públicos, situação que não se verifica no âmbito privado (MOREIRA, 2000).

Isso porque, como a realidade mostra diariamente, a falta de eficiência pode implicar no sacrifício de direitos constitucionais reconhecidos, como saúde, segurança pública, educação, por exemplo. Não basta que o Estado forneça o tratamento de saúde adequado; impõe-se que o faça de modo a que tempestivamente seja o cidadão atendido e curado. Não basta ter uma polícia bem equipada; ela deve atuar de forma organizada e racional, a fim de coibir de forma satisfativa a ocorrência de práticas criminosas. Não basta que o aluno tenha um lugar na escola; ele deve ter condições de adquirir e desenvolver o conhecimento, de forma a que possa integrar-se na sociedade e no mercado de trabalho, estando apto a exercer a cidadania.

Em suma, o momento atual do Estado Social brasileiro impõe direcionar o foco não só para sua atuação formal, mas para os resultados que essa atuação proporciona na sociedade, diminuindo desigualdades e promovendo os interesses preconizados pela Constituição. Dito de outra forma, como bem asseverou Egon Bockmann Moreira (2000), “o princípio da eficiência dirige-se à maximização do respeito à dignidade da pessoa humana”.

2 OS NOVOS HORIZONTES NA ATUAÇÃO DA ADVOCACIA PÚBLICA

A atuação da Advocacia Pública brasileira, até fins do século passado, vinha sendo desenvolvida de forma bastante compartimentarizada, fortemente marcada por um pragmatismo derivado de uma visão restritiva de suas atribuições. Essa realidade difundiu a equivocada idéia de que ao advogado público só caberia atuar nos estritos limites das atividades ditas “típicas” de Advocacia de Estado, agindo apenas de forma provocada, fosse pelo administrador, fosse pelo Judiciário.

Ocorre que, como visto, as demandas do Estado brasileiro neste início de Século XXI não mais comportam uma atuação meramente burocrática dos agentes públicos. As constantes mudanças sociais, econômicas e tecnológicas impõem uma atuação estatal dinâmica e eficiente, de modo a que se possa dar uma resposta efetiva a seus cidadãos. Essa realidade vem gerando uma profunda mudança de paradigma na atuação da Advocacia Pública, fazendo-a assumir um papel ativo no que concerne ao desenvolvimento desse sistema a que chamamos Estado.

Embora muitos sejam os matizes desses novos horizontes, buscou-se abordar de forma objetiva os pontos mais relevantes, focando-se especialmente os novos desafios a serem enfrentados pelo advogado público.

2.1 Atuação judicial: da manifestação formal para a advocacia de resultados

A Advocacia Pública, na acepção de Advocacia de Estado que aqui se utiliza, consolidou-se no Brasil a partir de meados do século XX, especialmente nas suas últimas décadas. No âmbito dos estados federados, os diversos cargos que ultimavam a representação judicial paulatinamente foram sendo consolidados na figura do Procurador do Estado²⁶. No que concerne à União, o marco mais relevante foi a criação da Advocacia-Geral da União com a Constituição de 1988, retirando do Ministério Público Federal a atribuição de representação judicial desse ente, como antes referido.

Ocorre que, nesse processo, viram-se imensas dificuldades, geradas não só pela reduzida estrutura dos órgãos de Advocacia Pública, mas também pelo crescimento do número de demandas e o consequente aumento quantitativo de varas e órgãos judiciais. O maior desafio, nesse período, concentrava-se em atender a todos os prazos e dar conta da enorme demanda judicial que se avolumava, o que de fato não era pouca coisa.

Atualmente, ainda que eventualmente se vejam algumas dificuldades geradas pelas demandas de massa, como se deu no caso dos planos econômicos, a realidade é que o desafio de ultimar a defesa formal do Estado foi superado. A Advocacia Pública conta, de maneira geral, com uma estrutura que lhe permite atuar de maneira abrangente em todas as demandas relacionadas ao Poder Público.

No entanto, observa-se que há muito por se avançar no que tange à efetividade da atuação judicial, não só em relação à qualidade técnica das manifestações, mas especialmente em relação ao foco que se deve ter na defesa judicial do interesse público. Isso porque o velho paradigma do “ganhar-perder” já se encontra há muito superado, não sendo isso mais um critério válido para aferir a qualidade da atuação judicial.

2.1.1 A Importância dos Pedidos Subsidiários: eficiência na atuação judicial

Em verdade, há processos em que o conteúdo mais relevante da demanda não está no pedido principal, mas em eventual pedido aparentemente acessório, que pode acarretar num critério distorcido de liquidação do julgado, por exemplo. Aí, nota-se a absoluta necessidade

²⁶ Apenas como exemplos: 1960 (Estado da Guanabara), 1979 (Rio Grande do Sul), 1986 (Lei orgânica, São Paulo).

de que a defesa do advogado público seja direcionada não só à improcedência da demanda ajuizada contra o ente público, mas também a uma minimização de eventual sucumbência, dando-se especial atenção aos pedidos subsidiários. A esse respeito, veja-se a lição de Dinamarco (2005, p. 468):

A garantia constitucional da ampla defesa abre portas ao réu para cumular defesas em ordem sucessiva, ainda que logicamente incompatíveis entre si, desde que essa incompatibilidade não chegue ao ponto extremo de caracterizar malícia, ou litigância de má-fé. Tal é o chamado princípio da eventualidade, que visa a assegurar a efetividade da defesa ampla, cujos fundamentos serão depois apreciados pelo juiz.

Assim, pensando numa situação hipotética, não bastaria concentrar a defesa na negativa dos elementos ensejadores da responsabilidade civil do Estado. Impõe-se igualmente abordar os aspectos que, na hipótese, minimizariam o *quantum debeatur* de uma eventual condenação, tais como concausas, atos do lesado, Jurisprudência atinente a casos semelhantes, dentre outros. Igualmente, quando se tratar de ação em que o ente público seja autor, a cumulação eventual de pedidos faz-se extremamente útil, evitando que, ante a improcedência do pedido principal, tenha-se que propor novas demandas para pleitear pedidos que poderiam ter sido veiculados subsidiariamente.

Ressalte-se que, não raro, o cerne da discussão judicial termina por se concentrar justamente em elementos periféricos, não só em primeira instância, mas mesmo em grau recursal. Nessa seara, constata-se que a técnica dos pedidos subsidiários também é altamente útil no âmbito recursal. Pode-se requerer a anulação da sentença, por eventual *error in procedendo*, bem como, subsidiariamente, a sua reforma, por conta de *error in iudicando*. Tais medidas cabem não só para incluir expressamente na discussão as questões acessórias, mas também para lastrear recursos aos tribunais superiores, servindo também ao prequestionamento de matérias a serem lá apreciadas.

Em realidade, mais do que atender ao princípio da eventualidade – tendo em vista notadamente a eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 474 do CPC) –, impõe-se ao advogado público centrar sua atuação também na eficiência, buscando antever e planejar em cada ato o objetivo final almejado. Deve-se, assim, pensar não só no atendimento do prazo imediato, ou no ajuizamento célere de uma demanda qualquer, mas nas consequências que esses atos judiciais poderão ter nas instâncias superiores e numa eventual fase executiva ou de liquidação de sentença.

2.1.2 Priorização da Atuação Judicial em Feitos Relevantes: maior foco no interesse público

A par disso, verifica-se absolutamente indispensável que, dentro de seu espectro de atuação judicial, a Advocacia Pública estabeleça prioridades, concentrando seus esforços nos casos que mais afetem o interesse público. Não se quer com isso dizer que a defesa dos casos menos relevantes possa ser menosprezada. O que se deve buscar é dar um tratamento diferenciado aos casos que envolvam maior relevância social para uma determinada comunidade, maior vulto econômico para o Erário ou maior impacto para o meio ambiente, dentre outros motivos igualmente relevantes.

Tal implicação é decorrência imediata do princípio da eficiência, sendo a priorização um dos instrumentos mais efetivos para o emprego racional dos limitados recursos humanos e materiais do Estado. Isso porque a falta de prioridades ocasiona, por exemplo, que uma demanda de baixo valor seja conduzida com a mesma profundidade e atenção do que uma demanda que envolva o funcionamento de um determinado hospital público que atende a uma grande comunidade. No que pertine à esfera econômica, o mesmo se daria ao tratar igualmente de uma demanda envolvendo valores milionários do Erário Público e de outra na qual se pleiteie o simples pagamento de ajuda de custo devida a servidor por motivo de remoção.

Para evitar tais distorções, tem-se visto como altamente efetiva a criação de instrumentos aptos a mapear os processos judiciais mais relevantes²⁷, atribuindo sua condução a setores especializados das Procuradorias. Nesses feitos, o que se deve buscar é a inversão da lógica de simplesmente atender a intimações, buscando acompanhar *pari passu* o trâmite processual, planejando melhor a atuação futura e tornando-o mais célere. Tal medida atende, igualmente, ao princípio da proporcionalidade, melhor direcionando os recursos humanos e materiais disponíveis aos casos que mais tenham impacto para o interesse público.

Como forma de facilitar essa priorização, impõe-se desonerar a defesa judicial dos casos em que ela não se mostre útil ou efetiva, situação que ocorre, de maneira geral, com matérias que tenham entendimento já sedimentado nos tribunais superiores. Para tanto, tem-se mostrado

²⁷ No âmbito da AGU a questão foi disciplinada através da Portaria nº 87, de 17/02/2003, a qual estabeleceu como sujeita a acompanhamento especial a ação judicial que tenha relevância social, política, econômica etc., estabelecendo critérios objetivos para tal aferição.

cada vez mais efetivo o estabelecimento de normas internas e súmulas²⁸, dispensando a apresentação de contestação e de recursos. Sobre essa nova visão, há que se mudar na cultura de atuação da Advocacia Pública a lógica do “recorrer sempre e de tudo”. Se, por um lado, exige-se dos Juízes uma maior uniformidade nas decisões, sobretudo em relação a matérias já consolidadas, a racionalidade na interposição de recursos também é questão a ser observada pelo advogado público²⁹. No mesmo sentido, a atribuição de poderes para que o advogado público possa transigir judicialmente, dentro de determinados parâmetros, tem contribuído para a mesma finalidade.

Em suma, o que se apregoa é que a atividade judicial do advogado público seja também pautada pela eficiência (SOUZA, L., 2008), atentando-se para o conteúdo e planejamento da atuação, bem como para a seleção e priorização dos casos mais relevantes ao interesse público. Para tanto, exige-se desprendimento e coragem do advogado público, seja para concentrar mais atenção naquilo que mais tem importância, seja para abreviar sua atuação nos casos em que ela se faz dispensável.

2.2 Atividade Consultiva: o advogado público como coautor de políticas públicas

Ao lado da atuação judicial, a Constituição atribuiu à Advocacia Pública, de forma exclusiva, a função consultiva dos entes e órgãos do Estado, não podendo ela ser exercida por advogados contratados ou comissionados³⁰. A única peculiaridade, no âmbito da União, é que a atribuição consultiva e de assessoramento jurídico da Advocacia-Geral da União limitou-se ao Poder Executivo (art. 131), o que não elide a existência de advogados públicos nos demais Poderes³¹.

Nessa seara, de maneira geral, a atuação consultiva do advogado público tem sido vista como uma mera etapa do procedimento

28 V. art. 43 da LC nº 73/93 relativamente à AGU.

29 Embora a Jurisprudência considere que a interposição de recursos contra entendimento dominante não configura, por si só, litigância de má-fé (v. REsp 1.195.309-SP, Informativo STJ nº: 447, acórdão ainda não publicado), não há como negar que o advogado público também está submetido aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na sua atuação judicial.

30 V. ADI 881 MC, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1993, DJ 25/04/1997, p. 15.197. No mesmo sentido, DI PIETRO (2008, pp. 34/35) assevera que “os pareceres e notas elaborados por pessoas estranhas aos quadros de membros efetivos da AGU são ilegais, por vício de competência; as decisões baseadas em tais pareceres padecem de vício de nulidade, podendo ser mantidas com base na teoria do exercício de fato”.

31 Veja-se a Advocacia do Senado Federal, por exemplo.

administrativo, sendo o seu parecer ou a sua manifestação muito mais um requisito burocrático a ser cumprido do que efetivamente um subsídio a lastrear a atuação estatal. Assim, a manifestação jurídica tem-se constituído quase sempre num *posterius*, versando sobre questões que já foram debatidas e definidas nos órgãos administrativos.

Essa visão restritiva tem alimentado na Administração o mito de que o advogado consultivo é em geral apegado a um legalismo exagerado, emperrando por vezes a execução de políticas públicas. De outra parte, não se pode negar que certos setores da Advocacia Pública consultiva cultivem a idéia de que somente eles detêm o monopólio da virtude e da moralidade pública, mitos esses que devem ser afastados (VIEIRA JÚNIOR, 2009, p. 40).

2.2.1 O Advogado Público como Orientador da Atividade do Estado

Diante disso, o grande desafio para a Advocacia Pública Consultiva é sair da condição de mera apreciadora dos atos de administradores e tornar-se um verdadeiro parceiro, não só na correta concretização das políticas públicas, mas também na sua formulação. Mais do que dizer se um determinado ato é legal ou não, o advogado público tem a missão de apontar quais as alternativas possíveis para que se chegue a um determinado fim almejado.

Tal aspecto se torna ainda mais relevante diante do conceito de política pública, referido por Maria Bucci (2006, p.39) como

o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...], visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Vê-se, assim, que a política pública não é apenas uma diretriz ou programa estático, mas um verdadeiro processo dinâmico, que parte da identificação dos valores constitucionais a serem promovidos, até a sua efetiva formulação e realização prática. Nesse ponto, é possível visualizar que as políticas públicas podem ter referência direta no texto constitucional, como é o caso da política de desenvolvimento urbano (art. 182), por exemplo, ou serem criadas por meio de lei, situação que se vê no caso da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81). Além disso, há políticas públicas que são criadas tão somente por atos administrativos, como é o caso das Normas Operacionais Básicas de Saúde do SUS.

De qualquer forma, o fato é que todas as políticas públicas devem ter lastro constitucional, ainda que indireto, sob pena de desviar a atuação do Estado dos objetivos ali referendados. Isso se torna mais incisivo ao se considerar o caráter dirigente da Carta de 1988, que estabeleceu um amplo espectro de diretrizes, programas e fins a serem alcançados pelo Estado. No entanto, ainda que assim o seja, resta uma ampla gama no que toca ao detalhamento das políticas públicas *in concreto*, uma vez que a Constituição deixa tal atribuição ao legislador e ao administrador público.

A respeito disso, interessante é notar que Canotilho, mais recentemente, vem temperando a noção de “constituição dirigente”, esclarecendo que as normas programáticas, embora vinculem os Poderes Públicos, não engessam a sua atuação. De fato, reforça ele o valor da pluralidade dos caminhos que podem ser trilhados para o atingimento dos objetivos previstos na Lei Maior (CANOTILHO, 2001, prefácio, p. XXX):

Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a ‘linha de caminho de ferro’ neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticas e sociais.

Nesse processo, vê-se que a atuação da Advocacia Pública é fundamental, seja para reforçar o atendimento aos fins constitucionais, seja para contribuir na descoberta do meio juridicamente mais adequado para tanto. Ressalte-se, contudo, que a participação do advogado público jamais poderá suplantará a discricionariedade política e administrativa do legislador e do administrador público. A missão do advogado é, em verdade, explicitar os meios jurídicos para que essa discricionariedade possa ser concretizada de forma eficiente, atendendo-se, em última análise, o interesse público.

3.2.2 A Atividade Consultiva como Garantia de Juridicidade das Políticas Públicas

O primeiro foco de atuação, relativamente à concretização das políticas públicas, reside na elaboração de projetos de lei que busquem criá-las ou implementá-las. Para tanto, a atuação da Advocacia Pública deve ser permeada pela interdisciplinaridade, contemporizando não só os aspectos jurídicos das questões, mas também os sociais, econômicos,

ambientais e outros. Na realidade, o princípio da eficiência impõe que, da melhor forma possível, todos os aspectos envolvidos sejam considerados, de modo a se alcançar solidez e equilíbrio. Ressalte-se que não basta a um determinado programa ter uma análise aprofundada do ponto de vista econômico ou social e negligenciar a questão jurídica³².

Além disso, a atuação da Advocacia Pública na tramitação do processo legislativo é altamente relevante, seja participando de comissões temáticas nas Casas Legislativas, seja auxiliando os parlamentares na compreensão dos temas debatidos. Para tanto, conta-se especialmente com as Procuradorias e Consultorias inseridas nos próprios órgãos legislativos, as quais via de regra incluem em suas atribuições a atividade consultiva parlamentar.

Igualmente, é imperiosa a atuação da Advocacia Pública na fase pós legislativa, ou seja, na defesa da constitucionalidade das leis que implementarem políticas públicas. Por isso, é crucial dar especial atenção tanto à atuação ordinária nas ações de controle concentrado³³, quanto à participação em eventuais ações de controle difuso, na qualidade de assistente ou *amicus curiae*. Esta última medida ganha especial relevo se for considerada a atual tendência do STF de “objetivização” do recurso extraordinário (DIDIER JR., 2006), não sendo raro ver decisões vinculantes em sede de controle difuso de constitucionalidade³⁴.

De qualquer sorte, sejam as políticas públicas ultimadas por lei ou por ato administrativo, a atuação do advogado público na sua implementação é igualmente relevante. Isso porque a ele cabe uma intensa participação nos atos da Administração, tocando-lhe opinar a respeito da forma como serão elaboradas licitações, contratações, cessão de imóveis e outras matérias que estão intimamente ligadas a essa questão. Nisso, o advogado público deverá “esgotar a análise de todas as possibilidades jurídicas que cercam o plano político, a fim de tentar encontrar, pelo menos, uma opção que seja viável para o tomador de decisão” (KIRSCH, 2003).

Entretanto, caso a forma de implementação cogitada pelo administrador público seja maculada com vício insanável, ou represente prejuízo irremediável ao interesse público, a Advocacia Pública tem o dever de manifestar-se contrariamente, buscando coibir quaisquer atos que

32 Basta lembrar, por exemplo, o que ocorreu no Plano Collor. A par de seu fracasso no âmbito econômico, o prejuízo causado por conta do absurdo número de ações judiciais, movidas com foco na violação de normas jurídicas, é incomensurável.

33 CRFB/88, art. 103, § 3º, e normas semelhantes nas Constituições Estaduais.

34 Como o fez, por exemplo, no RE 197.917/SP, rel. Min. Maurício Correia, j. em 06/06/2002, Pleno e no HC 82.959/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 23/02/2006.

a busquem concretizar. Observa-se, assim, uma forte função de controle preventivo da atividade administrativa, que evita *ab initio* qualquer tentativa de deturpar o objetivo das políticas públicas a serem realizadas.

Além disso, a atuação da Advocacia Pública na conformação das políticas públicas evita futuros litígios judiciais que possam comprometer a sua efetividade. Embora se tenha consolidado na Jurisprudência a idéia de que ao Judiciário não cabe intervir na formulação e execução das políticas públicas, é de se ressaltar que o STF a tem reconhecido em casos excepcionais, especialmente no caso de estarem elas referenciadas na própria Constituição³⁵.

Em suma, o que se quer destacar é que a atuação do advogado público na esfera consultiva deve ter como escopo garantir a eficiência da ação estatal, especialmente no que tange à segurança jurídica. Isso porque políticas públicas fundadas em bases sólidas de juridicidade contribuem para aumentar a confiança do cidadão no Estado, valor esse tão imprescindível para a maximização dos seus resultados.

2.3 Advocacia Pública e Processo Administrativo: eficiência e desjudicialização de controvérsias

Como já referido, as reformas do aparelho estatal brasileiro operadas na década de noventa tiveram como resultado, a par de outros diplomas legislativos, a criação da Lei nº 9.784/99, a qual teve como objetivo disciplinar o processo administrativo no âmbito federal. Conforme relata Bresser Pereira (2008), o principal objetivo da lei era dar uniformidade ao processo administrativo federal, sob a premissa de que “uma gestão eficiente não pode deixar de contar com procedimentos regulares e previsíveis, que dificultem casuísmos e a corrupção no aparelho estatal”.

Com efeito, a lei em comento foi um marco no que se refere à disciplina do processo administrativo, visto que estabeleceu um mínimo de formalismo e padronização para os processos no âmbito dos órgãos e Poderes da União, que antes adotavam procedimentos próprios e demasiadamente díspares. Não por outra razão, essa lei, aplicável apenas no âmbito da União, tem sido de maneira geral reproduzida no âmbito dos estados federados³⁶.

Além disso, e talvez aqui seja o ponto mais relevante, a Lei nº 9.784/99 preocupou-se também com a celeridade, estabelecendo prazos

35 RE 410715 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03/02/2006.

36 Por exemplo, vejam-se os seguintes diplomas: Lei Estadual nº 10.177/98 (São Paulo), Lei nº 2.794/03 (Amazonas), Lei nº 5.427/09 (Rio de Janeiro).

para decidir³⁷, a par de limitar a tramitação de recursos a três instâncias administrativas (art. 57). Nesse ponto, destaque-se que a EC nº 45/04 também estabeleceu para o âmbito administrativo “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (CRFB, art. 5º, LXXVIII).

Entretanto, embora no plano legislativo se tenha avançado bastante, muitos desafios ainda restam para que a eficiência seja concretizada no âmbito do processo administrativo. A esse respeito, impõe-se considerar que aqui se está tomando o termo “processo administrativo” como uma espécie do gênero “procedimento administrativo”, significando não só uma sucessão ordenada de atos e fatos jurídicos, mas um procedimento marcado pela participação de interessados em contraditório (CHICÓSKI, 2004).

Em outras palavras, pode-se dizer que o processo administrativo é a arena onde se decide a respeito de direitos subjetivos titularizados por pessoas distintas, estando um ente estatal no mínimo em um dos pólos, razão pela qual a participação da Advocacia Pública é fundamental. Isso porque, de fato, todo processo administrativo é um processo judicial em potencial, visto que a esfera administrativa não vincula³⁸ nem elide a possibilidade de apreciação judicial da mesma questão (CRFB/88, art. 5º, XXXV).

Neste ponto, é altamente relevante a atuação do advogado público no que respeita à orientação das autoridades administrativas, de modo a tornar o processo administrativo não só célere³⁹ e objetivo, mas também eficaz do ponto de vista jurídico. Não basta, nesse ponto, que a Advocacia Pública se limite a opinar tão somente nos processos que lhe sejam remetidos, mas intervir junto à forma geral como todos os processos são conduzidos. O foco, nesse aspecto, é o de contemplar um procedimento adequado com a garantia dos direitos dos administrados e do ente público, evitando que se gerem nulidades que possam posteriormente ensejar a sua invalidação pelo Judiciário.

Observe-se que, não raro, os problemas do processo administrativo só são vislumbrados pelo advogado público no momento de fazer a defesa judicial das questões, não sendo incomum que por vezes pouco

37 Veja-se o prazo de 30 dias para decidir (Art. 49) e para julgar de recurso (art. 59, § 1º).

38 O que se tem, em casos excepcionalíssimos, é a necessidade de esgotamento da via administrativa como condição da procedibilidade, como, por exemplo, no caso da justiça desportiva (art. 217, § 1º).

39 Vale aqui também o que se disse a respeito da priorização na atuação judicial, ou seja, no processo administrativo também é impositivo dar-se prioridade aos feitos mais relevantes, especialmente considerando a urgência de determinadas matérias (saúde, previdência) ou condições especiais das partes, como a idade ou deficiência física (v. art. 69-A da Lei nº 9.784/99).

se tenha a dizer, ante uma expressa nulidade. Vê-se que muitos órgãos, por vezes, conduzem o processo administrativo de forma equivocada, complicando procedimentos que deveriam ser simples, e deixando de ultimar atos indispensáveis, tais como a prévia intimação de interessados, por exemplo. Nesse caso, a decisão administrativa poderá ser no mérito acertada e até bem fundamentada, mas o processo todo estará fadado à invalidade por conta de vícios formais no procedimento.

Em verdade, o advogado público deve não só auxiliar, mas também cobrar das instâncias administrativas que realizem um processo administrativo eficiente e adequado aos seus fins (art. 2º, XVIII e IX, da Lei nº 9.784/99). Nessa senda, impõe-se exigir que as decisões sejam suficientemente fundamentadas e – especialmente – que os atos que apreciem questões fáticas sejam acompanhados das provas necessárias e validamente produzidas⁴⁰.

Contudo, não se quer aqui defender que a busca pela eficiência no processo administrativo possa justificar qualquer restrição às garantias constitucionais dos administrados, especialmente o contraditório e a ampla defesa. Pelo contrário, como bem explicita Davi Chicóski (2004),

a eficiência não só deixa de opor-se ao princípio do devido processo legal, como passa a fazer parte dele, na medida em que proporciona um melhor conhecimento dos fatos que ensejam a decisão administrativa, tornando esta melhor e, sobretudo, mais justa.

Disso ressaí o fato de que, em sendo conduzido de forma eficiente, o processo administrativo é o primeiro passo para que se evite um futuro litígio no Judiciário. Contudo, ainda que judicialmente se rediscuta a questão, certamente a existência de elementos bem elaborados na fase administrativa contribuirá em muito para a manutenção do que ali se decidiu. O processo administrativo, nesse sentido, é um instrumento de enorme valia para garantir a presunção de veracidade dos atos da Administração, primado tão castigado atualmente nas instâncias judiciais.

Destaque-se, sobre essa triste realidade, o elevado grau de judicialização a que se chegou nas questões previdenciárias envolvendo o INSS, âmbito em que o processo administrativo, em muitos casos, é completamente desconsiderado. Embora haja quem atribua tal fenômeno a um excessivo protecionismo dos segurados frente ao Estado, perpetrado por alguns magistrados, não se pode negar que

⁴⁰ Veja-se, por exemplo, recente decisão do STJ, na qual foi invalidado o depoimento de testemunha em processo administrativo disciplinar, por conta de não ter sido prestado compromisso de dizer a verdade (MS 14233/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 3ª Seção, julgado em 23/06/2010, DJe 30/06/2010)

muito há que se avançar na seara do processo administrativo, de forma a, tornando-o mais eficiente, fomentar-se sua credibilidade e segurança jurídica.

Outra questão em que é primordial a atuação da Advocacia Pública diz respeito a processos administrativos envolvendo entes públicos ou órgãos, numa relação Administração-Administração. Considerada a complexidade do Estado brasileiro contemporâneo, que conta com uma infinidade de órgãos e pessoas jurídicas descentralizadas, não é incomum que ocorram conflitos entre tais unidades administrativas. Embora todos tenham como fim último o interesse público, pode haver sérias controvérsias a respeito da forma de concretizar tal interesse.

Diante disso, surge a conciliação como um novo papel do advogado público, que, com base no ordenamento jurídico vigente, poderá aprofundar as questões controvertidas e buscar uma solução consensual entre os diversos agentes públicos envolvidos. Tal medida, mais do que evitar a judicialização do funcionamento da máquina administrativa, traduz-se em eficiência da atuação estatal, visto que se resolvem as questões de forma célere e objetiva, fomentando a segurança jurídica e a continuidade do serviço público.

Observe-se, como exemplo do âmbito federal, a exitosa experiência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, composta por advogados públicos da AGU⁴¹. Através dela, já se resolveram diversas controvérsias⁴² havidas entre autarquias federais (p. ex. INCRA e INSS) ou entre estas e a União (p. ex. DNIT x União), demonstrando a efetividade da atuação da advocacia pública no que concerne ao seu papel conciliatório.

No entanto, ainda resta muito a se desenvolver em relação à conciliação de interesses na esfera pública. De uma parte, sobeja uma tendência à judicialização na praxe dos advogados públicos, tão habituados à discussão de questões junto ao Judiciário. De outra, ainda se vê no meio administrativo o mito de que o princípio da legalidade só permite uma determinada forma de agir, impedindo a conciliação. Diante disso, só resta à Advocacia Pública trabalhar ainda mais arduamente para mudar essa cultura, promovendo a conciliação e a arbitragem como um relevante instrumento de consecução da eficiência no Estado.

41 Criada pela Portaria AGU nº 1.099, de 28 de julho de 2008, com base no art. 11 da MP nº 2.180-35/01.

42 V. relação completa das conciliações realizadas em <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/ListarAtos.aspx?TIPO_FILTRO=Internet&TIPO_ATO=482>. Acesso em: 20/09/2010.

2.4 Informatização da Atividade Judicial e Administrativa: necessária participação da Advocacia Pública

Os avanços tecnológicos na área da informática têm sido paulatinamente introduzidos na atividade estatal, sendo considerados fortes instrumentos de aumento de eficiência. De uma parte, verifica-se que eles proporcionam substancial economia de recursos humanos e materiais; de outra, há um ganho expressivo em facilidade de acesso e celeridade. No entanto, esse processo impõe grandes mudanças de paradigma, nem sempre de fácil assimilação, seja para a Administração, seja para a sociedade. Nesse contexto, impõe-se que a Advocacia Pública não se restrinja a figurar como mera expectadora, mas seja ativa participante desse fenômeno, especialmente no tocante aos processos judiciais e administrativos.

No que diz respeito ao processo judicial, verifica-se nos últimos anos uma forte tendência à utilização de meios de comunicação digital, sendo o marco mais expressivo em nível nacional a publicação da lei nº 11.419/06, a qual traçou as linhas gerais para a informatização processual. Num primeiro passo, abriu-se a possibilidade de enviar petições e documentos por meio digital, para serem posteriormente juntadas aos feitos⁴³. Mais recentemente⁴⁴, a tendência tem sido não só garantir o envio eletrônico, mas criar sistemas de processamento inteiramente eletrônico dos feitos, eliminando por inteiro o papel⁴⁵.

Tais medidas têm sido implementadas como formas de melhoria e racionalização da prestação jurisdicional, serviço público essencial a um Estado Democrático de Direito. Nesse particular, há que se consignar que os atos relativos à digitalização dos procedimentos judiciais não têm conteúdo jurisdicional, mas podem ser considerados como atos administrativos típicos, atinentes a tal serviço público. Por isso, verifica-se que a atuação do advogado público se dá de forma dupla: por um lado, ele o faz na sua atribuição de velar pela efetividade da atividade administrativa; por outro, a sua participação é impositiva por ser sua atividade essencial à Justiça, uma vez que as modificações de procedimento impactam diretamente a sua realização.

43 Implantando tal sistema, vejam-se: Resolução STJ nº 2/07 (e-PET); Resolução STF nº 34407 (e-STF); IN TST nº 30/07 (e-DOC). Consigne-se, ainda, que a possibilidade de enviar petições por meio de aparelho de fac-símile remonta à Lei nº 9.800/99.

44 Ressalvadas algumas iniciativas pioneiras, como a implantação do processo eletrônico nos Juizados Especiais Federais da 4ª Região, em 2004 (Resolução TRF4 nº. 13/04).

45 No âmbito da Justiça Federal: Resolução do TRF da 4ª Região nº 17/10 ("e-proc" para o rito ordinário e para os feitos criminais) e as Resoluções da Presidência do TRF da 1ª Região nº 600-25/09 e nº 600-26/09.

A respeito disso, vê-se que é imperiosa a participação da Advocacia Pública na elaboração e concepção dos sistemas de informática, de modo a aliar o saber técnico nessa área a parâmetros jurídicos seguros. Em outras palavras, só uma ampla participação dos sujeitos implicados na realização da Justiça poderá proporcionar a criação de sistemas simples e acessíveis, que conjuguem eficiência e garantia de direitos, sem prejuízo de rígidos mecanismos de segurança.

Além disso, é altamente relevante que tais sistemas atendam de forma adequada às peculiaridades do exercício da Advocacia Pública, de modo a não comprometer a efetividade de sua atuação. Isso porque esses sistemas são, via de regra, elaborados por técnicos da área de informática contratados ou pertencentes ao Poder Judiciário, formulando-os com foco tão somente na atividade dos juízes e da advocacia privada. Isso acarreta, por vezes, que os sistemas não se mostrem adequados para o advogado público, que não raro lida com processos de massa, necessitando, dentre outras ferramentas, de meios de acesso especiais para estagiários e servidores⁴⁶.

Outro aspecto que impacta a atuação judicial do advogado público, na seara do processo digital, é a possibilidade de utilização de novos meios de prova com base em novas tecnologias. Se antes, no processo em papel, o máximo que se podia era proceder à juntada de eventuais fitas de vídeo, ou CDs, de difícil manuseio, hoje é possível a inserção no processo de arquivos diversos que podem ser abertos com um *click*. Dessa forma, a informatização dos processos vem paulatinamente permitindo a juntada de uma infinidade de arquivos contendo fotografias digitais, gravações em áudio ou em vídeo, planilhas, apresentações, dentre outros, facilitando o esclarecimento de fatos e argumentos. Além disso, essa possibilidade permite a documentação de atos judiciais por meios digitais de áudio e vídeo, sendo mais um instrumento de economia e eficiência.

Em relação ao processo administrativo, observa-se a mesma tendência de informatização, embora igualmente incipiente. No âmbito federal, as primeiras iniciativas mais substanciais nesse sentido foram a criação do pregão eletrônico e do processo administrativo fiscal⁴⁷. Mais recentemente, alguns Tribunais trabalhistas e eleitorais têm implementado sistemas de processo

46 De modo a que se possam delegar tarefas administrativas de digitação, carregamento de documentos, cadastramentos eletrônicos, dentre outras.

47 V. Decreto nº 5.450/05 e Lei nº 11.196/05, respectivamente. Essa lei, em seu art. 113, alterou o Decreto nº 70.235/72, o qual tem status de Lei Ordinária por Delegação do Decreto-lei nº 822/69.

administrativo eletrônico⁴⁸, havendo também iniciativas semelhantes no âmbito dos estados federados⁴⁹.

Assim como no caso do processo judicial, certamente a informatização dos processos administrativos trará substanciais ganhos em relação à celeridade e à economia, visto que serão eliminados custos com papel, transporte, arquivamento físico e tantos outros. Observe-se que o tempo de tramitação dos processos administrativos em papel, não raro, é consumido na sua maior parte pelo seu trâmite físico, envolvendo expedição, recebimento ou cadastramento, por exemplo, medidas que serão suprimidas. Ademais, haverá um ganho para os administrados, no momento em que poderão atuar no processo sem precisar locomover-se aos órgãos públicos, podendo acessar os feitos de forma mais ágil e simples.

Na implementação de tais mudanças do processo administrativo, é igualmente imprescindível a participação da Advocacia Pública, de modo a que possa aferir e intervir nos sistemas que servirão de base dos novos meios eletrônicos. Nessa senda, poderão ser assentados os requisitos mínimos de segurança jurídica, de garantia de direitos e de confiabilidade do sistema. Além disso, poder-se-á eliminar dos trâmites medidas que não tenham substancial relevância jurídica, tornando-os mais céleres e menos burocratizados.

A par disso, a informatização ressalta outro papel fundamental do advogado público, no que concerne à necessidade de aparelhamento da Administração, especialmente em se tratando da aquisição de equipamentos de computação. Em que pese não fazer parte da matéria relativa ao Direito, o conhecimento mínimo de questões técnicas em relação às novas tecnologias passa a ter particular relevância na atuação do advogado público. Isso porque os contratos envolvendo informática abordarão temas como implantação de redes, servidores, *softwares*, quase sempre com valores expressivos.

Frente a essa realidade, impõe-se não só aferir se há compatibilidade entre os valores apresentados e os equipamentos a serem adquiridos, mas fundamentalmente se há proporcionalidade entre suas configurações e o uso que deles se fará. Exemplificando com situações concretas, não há sentido na aquisição de computador com sofisticado processador para ser utilizado por servidores que apenas utilizem editores de texto. Igualmente, não se afigura razoável adquirir caro servidor com capacidade para uma rede de 200 terminais se ele será

48 Por exemplo: TST (Ato n° 186, de 04/03/2008), TRT da 13ª Região (Ato n° 96, de 30/04/2009), TRT da 8ª Região (a partir de 07/01/2010), TRE/RN (a partir de 06/09/2009) e TRE/RS (a partir de 01/09/2010).

49 Vejam-se os Estados de Goiás (Lei N° 17.039/10) e São Paulo (Lei n° 13.457/09, apenas para o processo administrativo fiscal).

utilizado em repartição que conta apenas como uma dúzia deles. Além disso, é possível que uma desarrazoada exigência técnica implique em velado direcionamento do objeto da licitação, restringindo o número de participantes e majorando os custos para o Erário⁵⁰.

Veja-se, ademais, que não são raros os casos em que empresas se valem dessa “zona gris” gerada pela complexidade técnica para fraudar licitações⁵¹, situação que deve ser arduamente combatida, como se verá no tópico a seguir.

2.5 Combate à Corrupção: o advogado público como articulador de redes de atuação em prol do cidadão e da integridade do patrimônio público

A corrupção é um mal endêmico na realidade brasileira, propiciando situações que vão desde o desvio de recursos públicos e impunidade até a violação de direitos fundamentais. Como resultado, tem-se um grave prejuízo à efetividade das políticas públicas do Estado, comprometendo seu desenvolvimento econômico e social. Embora seja um problema que assola toda a comunidade internacional, o fato é que os níveis de corrupção verificados no Brasil são preocupantes⁵², impondo-se uma atuação incisiva no seu combate⁵³.

Quanto às causas desse fenômeno, percebe-se que elas são remotas e variadas, perpassando elementos culturais e históricos, cuja análise refoge ao objetivo do presente estudo. No entanto, como ressalta Emerson Garcia (2003), é possível notar que o seu crescimento está intrinsecamente ligado à ineficiência estatal, seja na esfera legislativa, administrativa ou jurisdicional. Além disso, tem

50 O TCU já considerou desarrazoada a simples exigência de padrão determinado de placas-mãe, situação que por si só quase dobrava o custo unitário de cada equipamento (Decisão monocrática no TC-001.187/2010-4, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 03/02/2010). Igualmente, tem considerado incabível a determinação de exclusividade da compra de *toners* da mesma marca da impressora (Decisão monocrática no TC-027.182/2009-4, rel. Min. Benjamin Zymler, 03/02/2010).

51 Apenas como exemplo, veja-se recente investigação da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e da Polícia Federal, onde foram constatados indícios de fraude e de formação de cartel entre empresas de informática que respondiam por quase 80% das licitações do governo federal, na chamada Operação “Mainframe” (notícia de 19/03/2009, disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJC39E3B8EITEMIDD03EB002D8814C77B8DF56E7B994044FPTBRIE.htm>>. Acesso em: 27/09/2010).

52 Basta referir que o Brasil, em 2009, foi classificado em 75º lugar no *ranking* da ONG Transparência Internacional, conforme notícia publicada em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u653429.shtml>>. Acesso em: 28/09/2010.

53 O Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 348/05 e promulgada pelo Decreto nº 5.687/06.

também sido considerada como uma de suas principais causas “a falta de cooperação entre os órgãos e instituições responsáveis por combatê-la” (SOUZA, A., 2010). Nesse particular, a Advocacia Pública ganha especial destaque, no momento em que, a par de sua atuação direta, sobressai seu papel de constituir um elo de ligação entre agentes e órgãos estatais, de modo a tornar mais abrangentes e articuladas as ações de fiscalização e repressão.

Isso se dá porque o combate à corrupção envolve, além da esfera criminal, as esferas cível e administrativa, aqui compreendidas as sanções por improbidade, as quais são independentes entre si, como já assente na Jurisprudência⁵⁴. Essa multiplicidade acarreta, por vezes, uma compartimentarização na atividade dos agentes públicos que atuam nessa seara, prejudicando uma ação conjunta mais estruturada. Por isso, considerando que a Advocacia Pública tem ampla gama de atuação em todos esses planos, poderá ela contribuir para melhor integrá-los.

De fato, só haverá eficiência no combate à corrupção se atuarem conjuntamente Advocacia Pública, Ministério Público, Defensoria Pública, órgãos policiais, órgãos de controle e Poderes Públicos, especialmente através de órgãos especializados⁵⁵. Ressalte-se, a esse respeito, que não basta uma repressão penal eficiente; é também necessário que se tomem medidas efetivas de ressarcimento ao Erário e de aplicação de sanções administrativas. Da mesma forma, teria pouca efetividade a mera aplicação de pena administrativa, deixando impune o agente na esfera criminal.

2.5.1 Atuação da Advocacia Pública na Esfera Criminal

Embora, como visto, o titular da ação penal pública seja o Ministério Público⁵⁶, é altamente relevante a atuação da Advocacia Pública na esfera criminal. Isso porque é comum que os entes públicos tenham outros interesses jurídicos na demanda, além da punição criminal (p. ex. ressarcimento e demissão de servidor), o que lhes outorga legitimidade para integrar a lide como assistentes da acusação, como defende Eugenio Pacelli de Oliveira (2008, p. 388). Some-se a isso

54 Apenas como exemplo, v. MS 8.780/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, 3ª Seção, julgado em 08/10/2003, DJ 28/10/2003 p. 188.

55 Veja-se, no âmbito federal, o Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, órgão colegiado e consultivo vinculado à Controladoria-Geral da União, criado pelo Decreto nº 4.923/03.

56 A ação penal é em regra pública e incondicionada nos casos de crimes contra a Administração ou praticados contra o patrimônio e interesse de entes federativos (art. 24, § 2º, do CPP).

o fato de que em certos casos a própria lei determina expressamente tal assistência⁵⁷.

Ademais, a atuação da Advocacia Pública ao lado do MP pode até mesmo suprir eventual omissão no oferecimento de denúncia, ante a possibilidade de ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública⁵⁸. Além disso, tem peculiar importância a atuação no que concerne ao requerimento e concretização de medidas assecuratórias, tão cruciais para garantir a efetividade do ressarcimento ao Erário. Verifica-se, quanto a isso, que o ente estatal apresentado pelo advogado público tem plena legitimidade para requerer medidas como o arresto de bens e a hipoteca legal, na qualidade de ofendido⁵⁹. Sobre este ponto, cabe fazer uma releitura do art. 142 do CPP, o qual dispõe que caberá ao MP requerer tais medidas “se houver interesse da Fazenda Pública”. Ora, como visto, a atribuição ordinária de zelar pelo interesse patrimonial dos entes estatais, no plano judicial, é da Advocacia Pública, não se podendo entender que a norma referida lhe subtraia tal prerrogativa. Em realidade, deve-se entender que o MP também poderá requerer tais medidas, sem prejuízo da atuação do advogado público nessa seara.

2.5.2 Apuração e Repressão de Ilícitos na Esfera Civil-Administrativa

Na esfera civil-administrativa, abre-se igualmente um grande leque na atuação do advogado público, podendo ser ajuizadas ações civis públicas para o ressarcimento do erário e para a aplicação das sanções previstas na Lei 8.429/92⁶⁰. Um desdobramento dessa tendência tem sido a criação, em diversos órgãos de Advocacia Pública, de setores especializados em atuação pró-ativa⁶¹.

Aqui, tem também grande importância uma atuação eficiente no que concerne às medidas cautelares de indisponibilidade de bens, de modo a garantir a efetividade de uma futura condenação, especialmente se considerado o tempo de duração dos processos e a possibilidade

57 Nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, há previsão legal de assistência da CVM ou do BACEN (Lei nº 7.492/86, art. 26, parágrafo único).

58 Art. 29 do CPP e art. 5º, LIX, da CRFB/88.

59 V. arts. 134 e 137 do CPP. Endossando esse entendimento, v. REsp 846.025/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª T., julgado em 30/05/2008, DJe 04/08/2008.

60 Art. 17 dessa Lei, combinado com o art. 5º da Lei nº 7.347/85.

61 No âmbito da AGU, foi criado o Departamento de Patrimônio Público e Probidade Administrativa (Ato Regimental nº 7/07), o qual tem coordenado uma rede de atuação em nível nacional, com expressivos resultados.

de dilapidação dolosa de patrimônio dos responsáveis. Para tanto, a Jurisprudência tem considerado que não há necessidade de demonstração inequívoca de tal dilapidação, sendo o *periculum in mora* presumido, desde que se demonstrem fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade⁶², entendimento também aplicável ao processo penal⁶³. Igualmente, as medidas cautelares podem ser propostas antes mesmo do recebimento da ação de improbidade – ou na fase do inquérito policial, no caso da ação criminal⁶⁴–, o que aumenta as suas chances de sucesso.

Além disso, ainda que as demandas em questão não sejam ajuizadas originariamente pela Advocacia Pública, é plenamente viável a sua participação, ante a possibilidade de litisconsórcio ulterior no pólo ativo da lide (art. 17, § 3º, da Lei nº 8.429/92). Isso ganha especial relevância no momento em que a Jurisprudência tem reconhecido que a legitimidade para pleitear medidas meramente ressarcitórias do Erário é do ente lesado, não sendo do Ministério Público, como já referido antes. Assim, caso ajuizada ação de improbidade, em não havendo a participação do ente público lesado na demanda, poderá ser prejudicado eventual pedido de ressarcimento ao erário, comprometendo-lhe a efetividade.

A par disso, tem-se que o advogado público pode, na fase pré-processual, requisitar informações e até mesmo proceder a diligências de cunho investigativo. Observe-se que, na esfera penal, o STF tem reconhecido que o Ministério Público pode realizar atividades investigativas, fundado na teoria dos “poderes implícitos”⁶⁵. Por isso, *mutatis mutandis*, se à Advocacia Pública é atribuída não só a defesa judicial de entes públicos, mas a proposição de ações de cunho pró-ativo, nada obsta a que, com base nessa mesma teoria, possa ela ultimar atos instrutórios com foco em sua atuação cível e administrativa.

Assim, poderão ser instaurados inquéritos civis, procedimentos de coleta de informações ou instrumentos congêneres, de modo a reunir subsídios e preparar uma futura instrução processual. Da mesma forma, poderá ser realizada a produção direta de provas que se fizerem oportunas, vedados para tanto os meios que forem ilícitos ou pertinentes apenas ao processo penal⁶⁶. Pode-se, por exemplo, colher o depoimento

62 REsp 1115452-MA, Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 06/04/2010, 2ª T., Dje 20/04/2010.

63 TRF4, AC nº: 200470000152488/PR, 7ª Turma, Rel. Des. Federal Néfi Cordeiro, publ. em 16/06/2006.

64 STJ – REsp 882400/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., julgado em 22/11/2007, DJ 10/12/2007 p. 460.

65 V. RE 468523, Relatora Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe-030 18/02/2010, publ. em 19/02/2010.

66 Não haveria, por exemplo, a possibilidade de requerer judicialmente medidas como quebra de sigilo telefônico e bancário (v. Lei nº 9.296/96 e LC nº 105).

de pessoas, produzir fotos, vídeos ou gravações em áudio (respeitando-se as limitações constitucionais), inspecionar pessoalmente determinados lugares e mesmo obter informações públicas da internet.

Em suma, o que se defende é que a efetividade da atuação da Advocacia Pública e dos demais responsáveis pelo combate à corrupção se dê de forma integrada, ressaltando-se a importância do intercâmbio de informações entre eles. Para tanto, impõe-se fomentar uma cultura de troca de elementos probatórios, cópias de inquéritos, processos administrativos, autos judiciais, provas. Assim, da mesma forma como o advogado público pode se valer de eventual prova emprestada de processos criminais, a lhe ser encaminhada pelo Ministério Público ou pela Polícia, poderá ele igualmente remeter a esses órgãos elementos que sirvam para instruir inquéritos policiais ou ações penais. No mesmo sentido, é imprescindível estabelecer uma ligação com os órgãos de controle de atividades financeiras⁶⁷, Tribunais de Contas, órgãos responsáveis pela arrecadação de tributos, escritórios registrários, órgãos militares, dentre outros, os quais têm plenas condições de fornecer subsídios de alta qualidade para a atuação judicial e administrativa do advogado público.

Mais do que isso, é crucial que haja também cooperação e intercâmbio entre os próprios órgãos de Advocacia do Estado, aqui incluindo todas as esferas federativas. Nesse particular, não raro se vêem várias execuções fiscais propostas contra um mesmo sujeito passivo, por entes das três esferas federativas. Por certo, o intercâmbio de informações a respeito de pesquisas patrimoniais, dados do devedor, fraudes à execução poderia tornar mais efetiva e econômica a cobrança realizada⁶⁸. Ademais, é preciso reforçar essas medidas também no âmbito interno dos órgãos de Advocacia Pública, evitando que, de um lado, esteja-se movendo execução contra um determinado particular e, de outro, esse mesmo particular, em outra demanda, receba integralmente valores por meio de precatório, sem qualquer compensação⁶⁹.

2.5.3 Prerrogativas Funcionais do Advogado Público?

Como se vê, há muitos pontos de convergência entre as atividades da Advocacia Pública e do Ministério Público, especialmente em se

67 Como exemplo, no âmbito federal, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF (art. 14 da Lei nº 9.613/98).

68 V. a previsão de cooperação federativa nessa área prevista no art. 199 do CTN.

69 A efetividade da nova norma do art. 100, § 9º, da CRFB/88 (incluída pela EC nº 62/09), dependerá especialmente da integração dos membros da Advocacia Pública.

tratando de combate à corrupção, como visto. No entanto, a Constituição não estendeu expressamente ao advogado público as mesmas garantias de autonomia funcional e administrativa, vitaliciedade e inamovibilidade. Tal distinção, em se tratando da tutela do interesse público, não tem razão de ser, visto que tais prerrogativas são altamente relevantes para garantir uma atuação incisiva e independente de ingerências políticas. Isso se torna mais evidente quando se considera que, embora a Advocacia Pública via de regra esteja inserida administrativamente no Poder Executivo, por vezes há necessidade de atuar contra agentes públicos integrantes desse próprio Poder ou insurgir-se ante eventuais atos administrativos ilegais por eles praticados.

Em realidade, como acentua Moreira Neto (1992, p. 93), a atuação do advogado público deve ser pautada única e exclusivamente por sua consciência e orientação científica, não se podendo admitir a sujeição das Procuraturas Constitucionais a qualquer outro Poder do Estado. Some-se a isso o fato de que “se essenciais são todas as funções previstas na Constituição como tal, por óbvio, devem contar com as mesmas garantias” (CARPES, 2007, p. 31).

Pode-se dizer, no entanto, que, em sendo advogado, conta o membro da Advocacia Pública com as prerrogativas inerentes a tal condição, sendo que o vínculo funcional com a Administração não lhe “retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia” (Lei nº 8.906/94, art. 18). Entretanto, se essa prerrogativa não é acompanhada de garantias, especialmente a inamovibilidade e a independência funcional e administrativa, não parece que ela tenha condições de valer efetivamente.

Ocorre que, infelizmente, o STF tem considerado que a Advocacia Pública encontra-se subordinada hierarquicamente ao Chefe do Poder Executivo, tendo julgado inconstitucionais as disposições de algumas Constituições Estaduais que buscaram atribuir garantias a Procuradores do Estado⁷⁰. Isso não significa, contudo, que não se deva seguir a luta pela implementação de tais garantias, tanto no âmbito legal⁷¹ quanto no constitucional⁷², visto que elas são essenciais à efetividade da atuação do advogado público e ao próprio desenvolvimento do Estado. Mais do

70 V. ADI 291, Relator Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2010, DJe-168 (09/09/2010), publicada em (10/09/2010) e ADI 1246-MC, Relator Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 06/09/1995, DJ 06/10/1995, p. 33.127.

71 Tal questão tem sido objeto de debates em relação ao anteprojeto da nova lei orgânica da Advocacia-Geral da União, especialmente no que toca às prerrogativas funcionais e de foro especial.

72 Ver a esse respeito, a PEC nº 452/2009, a qual prevê a inclusão no texto constitucional de prerrogativas semelhantes às do Ministério Público.

que isso, impõe-se reafirmar dia-a-dia o verdadeiro papel da Advocacia Pública, com coragem e firmeza, mostrando que outra leitura da Constituição é possível.

3 CONCLUSÃO

As demandas do Estado social brasileiro, neste início de Século XXI, impõem-lhe intensificar a eficiência nas suas ações, de modo a que se realizem em concreto as finalidades previstas na Constituição. Tal eficiência, mais do que ligada a uma mera equação econômica de custo-benefício, deve estar pautada sobretudo pela promoção da dignidade da pessoa humana, a qual está intimamente ligada à efetividade das políticas públicas estatais.

Nesse contexto, abrem-se novos horizontes para a atuação da Advocacia Pública, cabendo-lhe desempenhar um papel ativo e fundamental para o desenvolvimento do Estado. Embora muitos sejam os matizes dessa mudança, buscou-se destacar aqueles que se mostram mais relevantes, podendo-se consolidar as seguintes conclusões:

1. A atuação judicial do advogado público deve ser pautada pela efetividade do processo, com foco nos seus resultados. Para tanto, mostram-se como valiosos meios a utilização de pedidos subsidiários e uma atuação prioritária nos feitos que mais impactam os direitos da sociedade e do Estado.
2. A Advocacia Pública deve assumir seu papel de coautora de políticas públicas, atuando desde a elaboração até a sua implementação concreta. Nessa seara, a atividade consultiva deve ter uma postura orientadora, garantindo a juridicidade da atividade estatal.
3. No que toca ao processo administrativo, relevante instrumento de desjudicialização de controvérsias, a Advocacia Pública deve orientar e exigir das autoridades administrativas um procedimento pautado pela simplicidade e pela garantia dos direitos do cidadão e do Estado. A par disso, tem ela fundamental papel na conciliação entre entes e órgãos da Administração.
4. A informatização da atividade judicial e administrativa não pode prescindir da participação da Advocacia Pública, que

deve zelar pela implementação de sistemas eficientes, seguros e adequados a sua atuação.

5. O combate à corrupção deve-se dar de forma coordenada e abrangente, tendo a Advocacia Pública papel fundamental na formação de redes de atuação dos agentes que atuam nessa seara. Além disso, é altamente relevante sua atividade na esfera criminal e na defesa pró-ativa do interesse público, incluindo-se a realização de atos investigativos, dentro dos limites expostos. Não obstante não conte com garantias funcionais expressas para tal múnus, o advogado público deve seguir lutando com coragem e firmeza no desempenho de seu papel constitucional.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa*, Belo Horizonte, n. 1, ano 1, 2003. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=12511>>. Acesso em: 9/08/2010.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 23. ed. Porto Alegre: Globo, 1984.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Decisões referidas e notícias. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 30/09/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisões referidas disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30/09/2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Decisões referidas. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 30/09/2010.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995. Biblioteca Digital *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56087>>. Acesso em: 9 agosto 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *O Conceito de Política Pública em Direito, in Políticas Públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*, São Paulo: Saraiva, 2006.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- CARPES, Marcus Ronald. Advocacia da União e Estado de Justiça. Debates em Direito Público. *Revista de Direito dos Advogados da União*, Brasília: ANAUNI, n° 6, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CHICÓSKI, Davi. O Princípio da Eficiência e o Procedimento Administrativo. *Biblioteca Digital Revista de Direito Administrativo e Constitucional - RDAC*, Belo Horizonte, ano 4, n. 18, out. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30493>>. Acesso em: 07/09/2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. A função do advogado na administração da justiça. *Revista dos Tribunais*, n° 694, ago./1993.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parecer sobre a exclusividade das atribuições da carreira de Advogado da União. Debates em Direito Público – *Revista de Direito dos Advogados da União*, n° 7, Brasília, 2008.
- DIDIER JR., Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In FUX, Luiz et alii. *Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 5. ed. Malheiros: São Paulo, 2005.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GARCIA, Emerson. A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica. *Biblioteca Digital Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 3, n. 30, ago. 2003. Disponível em:<<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=3820>>. Acesso em: 28/09/2010.
- GRAU, Eros. *A Ordem Econômica da Constituição de 1988*. 10. ed. Malheiros, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KIRSCH, César do Vale. *Advocacia-Geral da União e Poder Executivo Federal: parceria indispensável para o sucesso das políticas públicas*. 2003. Disponível em: <http://www.unafe.org.br/centro_estudos/p_artigos_juridicos.asp?categoriaId=32>. Acesso em: 24/09/2010.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inocêncio. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: IDP, 2002.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=343>>. Acesso em: 07/09/2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Advocacia Pública e o Princípio da Eficiência*. Belo Horizonte, n. 4, ano 1 out./1999. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=51775>>. Acesso em: 9/08/2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 29, n. 116, out./dez. 1992.

MOREIRA, Egon Bockmann. A Lei de Improbidade, o Ministério Público e a Advocacia Pública (Considerações acerca da “Defesa Pública” nas Ações de Improbidade). *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, nº 7, out./dez. 2004.

- MOREIRA, Egon Bockmann. *O Princípio da Eficiência e a Lei 9.784/99*. *Revista da Procuradoria Geral do INSS*, v. 7, nº 3, out-dez/2000
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.). *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SESTA, Mário Bernardo. Advocacia de Estado: posição institucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº 117, 1993.
- SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de Processo Civil*. 7. ed. v. I, Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- SOUZA, André Luís Rodrigues de. *A cooperação entre as instituições e órgãos de controle interno e externo do poder público na efetividade do combate à corrupção*. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=82323&id_site=1400>. Acesso em: 18/08/2010.
- SOUZA, Luciane Moessa de. O papel da advocacia pública no Estado Democrático de Direito: da necessidade de sua contribuição para o acesso à justiça e o desenvolvimento institucional. *A & C: revista de direito administrativo e constitucional*, Belo Horizonte, v. 8, n. 34, out./dez. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28018>>. Acesso em: 26 mar. 2010.
- VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge. A 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 Advocacia-Geral da União*, nº 19, ano VIII, p. 9, jan./mar. 2009.

A ADVOCACIA PUBLICA FEDERAL E A CIDADANIA: A COMPLEMENTARIDADE ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO DESENVOLVIMENTO DO PAPEL DO ESTADO

Helena Dias Leão Costa
Procuradora Federal, Coordenadora/Conciliadora
da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal
CCAF/CGU/AGU

Mariana Barbosa Cirne
Procuradora Federal, Cjefe de Gabinete da Subchefia
para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República
Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos da Presidência da República

SUMÁRIO: Introdução; 1 A Advocacia-Geral da União - AGU; 2 A Relação entre o Público e o Privado no Desenvolvimento do Estado; 3 A Advocacia-Geral da União na Relação Pública e Privada; 3.1 O Consultivo e a Atividade Preventiva; 3.1.1 A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF; 3.2 O Contencioso e a aproximação com a Sociedade; 3.2.1 Os Juizados Especiais Federais Itinerantes; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: A presente dissertação pretende realizar uma pesquisa de direito constitucional e administrativo sobre a Advocacia-Geral da União e a sua relação com o Estado, em uma perspectiva de seu desenvolvimento na dicotomia entre o público e o privado. Por meio da pesquisa dogmática e instrumental, e da técnica bibliográfica, pretende-se analisar os contornos da Advocacia-Geral da União, quanto à sua criação, seus objetivos e na execução do papel de defensora do interesse público e da viabilização das políticas públicas. Em seguida, almeja-se adentrar nos contornos do Estado, para reconstruir a noção sobre a instituição dentro de uma tensão entre o público e o privado, desde a Grécia, até os dias de hoje. No intuito de apresentar de maneira mais holística a relação entre o Estado e a AGU, intenta-se em seguida mostrar a sua atuação nas esferas consultiva e contenciosa, demonstrando-se que a prática de tal instituição já trabalha com a complementaridade entre o público e o privado. Para essa tarefa, será dada especial atenção à atuação da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (consultivo) e os Juizados Especiais Federais Itinerantes (contencioso) na perspectiva de um Estado e de sua representação. Ao se verificar a existência de uma relação entre a AGU, Estado e sociedade espera-se poder propor uma reflexão sob o desenvolvimento do Estado, e o papel da AGU nessa pretensão, no intuito de transformar a política pública possível sem prejuízo das garantias dos cidadãos.

PALAVRAS-CHAVE: Advocacia-Geral da União. Estado. Público. Privado. Cidadania.

INTRODUÇÃO

O acompanhamento de 3,5 milhões de ações em defesa da política pública só em 2009¹. A recuperação, em 2009, de aproximadamente 14 bilhões de reais devidos à Fazenda Pública Federal². Em apenas um juizado especial federal itinerante, 3.514 audiências realizadas em apenas 10 dias de mutirão no interior de Tocantins³. Acompanhamento diário de 6.948 ações judicial e procedimentos administrativos que impugnam as obras do PAC – Programa de Aceleração do Crescimento, sem qualquer liminar contrária à Administração vigente⁴. Cerca de 8.000⁵ advogados públicos trabalhando diariamente no consultivo e contencioso da Administração Pública.

Essas são algumas das atividades desenvolvidas por uma instituição que tem pouco mais de 20 anos: a Advocacia-Geral da União – AGU.

Apesar de sua pouca idade e do tamanho das tarefas que tem em sua atribuição, muitos são as realizações da AGU desde a sua criação. No entanto, ainda maiores são as suas possibilidades, quanto à relação sociedade, Estado e AGU.

Diante dessa perspectiva, qual pode ser o papel da Advocacia-Geral da União no desenvolvimento do Estado?

Essa é exatamente a pergunta que desafia o presente estudo.

Para tal intento, espera-se começar o trabalho com uma noção sobre a Advocacia-Geral da União, passando por sua criação, com a Constituição de 1988, sua composição e seus objetivos almejados - a defesa do interesse público e a viabilização das políticas públicas – construídos na experiência desses anos de atuação. Ta medida se mostra imperiosa,

1 GRIPP, Patrícia. Procuradores federais atuaram em mais de três milhões de ações em 2009 na defesa de políticas públicas. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 29.01.2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=123862&id_site=3>. Acesso em: 20.09.2010.

2 _____. *Balanco Geral da União*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/divia-ativa-da-união/dados-estatisticos>>. Acesso em: 6. set. 2010.

3 GRIPP, Patrícia. Do total de processo analisados, 74,8% resultaram em acordo, improcedência ou extinção. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 08.09.2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=149138&id_site=1116>. Acesso em: 23.09.2010.

4 GRIPP, Patrícia. Consultor-Geral aponta desafios na preparação da Copa e das Olimpíadas, durante II CBCJE. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 12.07.2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=123862&id_site=3>. Acesso em 20.09.2010 e 23.09.2010.

5 _____. Advogado-Geral faz defesa da conciliação. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 30.09.2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateMidiaTextoThumb.aspx?idConteudo=150065&id_site=3> Acesso em: 04 out. 2010.

para não só melhor se conhecer qual é o trabalho de tal instituição⁶, mas também para se aprender em que pontos são viáveis melhoras.

Como segundo passo, espera-se adentrar na discussão sobre o Estado e as formas hábeis a garantir o seu desenvolvimento. Para esse intento, esta monografia volta seus olhos para o paradoxo existente dentro da noção de Estado, entre o público e o privado. A proposta, então, será reconstruir a idéia de Estado – dentro da perspectiva pública e privada –, desde a Grécia até os dias de hoje, para se buscar compreender o que se pode aferir dessa experiência e quais podem ser os seus reflexos na representação judicial e extrajudicial. Em suma, a questão posta que desafia esta monografia é a seguinte: o que a tensão entre o público e privado – que caracteriza o Estado Moderno – pode fornecer a quem busca o desenvolvimento do Estado? Qual é, ou pode ser, o papel da AGU nessa perspectiva?

Ainda nesse percurso, o passo seguinte será pesquisar qual o papel da Advocacia-Geral da União – AGU dentro dessa relação pública e privada como elemento catalisador do amadurecimento e desenvolvimento do Estado brasileiro. Para não estancar essa tarefa na teoria, o capítulo três adentrará em exemplos práticos de como essa relação entre AGU, como representante do Estado, e a sociedade civil pode ter efeitos gratificantes na construção da cidadania e do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Trilhado o caminho proposto, ao se aceitar dar os passos aqui sugeridos, almeja-se que o destino final deste percurso possa desvendar novas perspectivas para o papel da AGU na sociedade. Isso, como se pretende demonstrar, parece a esta monografia possível não só pelo trabalho hoje desenvolvido pela instituição – ao qual se espera trazer luz –, mas acima disso pelas novas reflexões sobre a ideia de Estado que a relação entre público e privado pode conceder à possível parceria entre a Advocacia-Geral da União e a sociedade.

Traçados os principais pontos a serem desenvolvidos, convida-se o leitor para trilhar esse itinerário.

1 A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO - AGU

Advocacia-Geral da União - AGU é uma instituição criada pela Constituição Federal de 1988. Isso mesmo. Trata-se de uma criação

6 Estudos como o presente podem evitar enganos sobre a atuação da AGU como a formulada pelo candidato à Presidência da República, José Serra, ao afirmar que há “politização” e indicação partidária na AGU. Para esclarecimentos sobre o equívoco de tais afirmações: _____. Advocacia-Geral rebate críticas de José Serra contra a instituição. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=150057&id_site=3>. Acesso em 03 out. 2010.

recente, de pouco mais do que 20 anos⁷, mas que já passou por grandes transformações.

Antes do surgimento da AGU⁸, a atribuição de defesa da sociedade, juntamente com a dos interesses do Estado, era cumulada em grande parte por uma única carreira: o Ministério Público Federal⁹ - MPF. Parece inacreditável, mas durante muito tempo¹⁰, o MPF assumiu uma função híbrida de fiscal da lei e advogado da União, posições flagrantemente inconciliáveis¹¹. Para acabar com tal problema, houve a criação da carreira da Advocacia-Geral da União em 1988, o que exigiu dos membros do Ministério Público Federal a opção dentre as duas carreiras. Ou seriam fiscais da lei, ou seriam defensores dos interesses do Estado¹².

7 Prova disso são trabalhos sobre a sua história, como por exemplo: GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano; COSTA, A. B. ; SILVA, A. M.; SILVA, B. C. ; ROCHA, Eduardo G. ; MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de; TEMPERANI, P. B. *Nos Limites da história: a construção da Advocacia-Geral da União*. Brasília: Unip - Unafe, 2009.

8 Melhor detalhando esse contexto, Juan Pablo Couto explica como era dividida antes essa competência: “Antes da promulgação da Constituição da República de 5 de outubro de 1988 a representação judicial da União (Administração Direta) estava a cargo do Ministério Público da União e as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo estavam confiadas à Advocacia Consultiva da União, que tinha como instância máxima a Consultoria- Geral da República e era composta pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (no Ministério da Fazenda), pelas Consultorias Jurídicas (nos demais Ministérios, Estado-Maior das Forças Armadas e Secretarias da Presidência da República), pelos órgãos jurídicos dos Gabinetes Militar e Civil da Presidência da República, pelas Procuradorias-Gerais e departamentos jurídicos das autarquias e das fundações federais, e pelos órgãos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União. Exercia parcialmente a representação extrajudicial da União a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN, como órgão do Ministério da Fazenda.” Cf. CARVALHO, Juan Pablo Couto de. 15 anos da Advocacia-Geral da União: Breve retrato do maior escritório de advocacia do país. In. *Revista da ESMARN*. Disponível em: <http://www.esmarn.org.br/revistas/index.php/revista_teste/article/viewFile/122/134>. Acesso em 04 out. 2010.

9 Sobre o tema, João Carlos Souto explica que “O resgate do sentido do Ministério Público, como instituição permanente e voltada para a ‘defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis’, assegurando-lhe inclusive ampla independência funcional e administrativa, foi inegavelmente, uma medida sensata e de amplo alcance social tomada pela Assembléia Nacional Constituinte”. Cf. SOUTO, João Carlos. *A União Federal em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 33/34.

10 Segundo explicação de Fernando Luiz Albuquerque Faria, tal atribuição híbrida do Ministério Público Federal, e em alguns casos do Ministério Público Estadual, ocorre desde a Constituição Federal de 1946. Cf. FARIA, Fernando Luiz Albuquerque. A Procuradoria-Geral da União, os Interesses Primários e Secundários do Estado e a Atuação Proativa em Defesa do Estado Democrático de Direito e da Probidade Administrativa. In *Revista da AGU*, ano VII, n. 17, Brasília-DF, out/dez. 2008. p. 11.

11 SOUTO, João Carlos. *A União Federal em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 34.

12 Nesse sentido: LC nº 73/1973, art. 61: “A opção, facultada pelo § 2º do art. 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, aos Procuradores da República, deve ser manifestada, ao Advogado-Geral da União, no prazo improrrogável de quinze dias, contado da publicação da lei prevista no parágrafo único do art. 26 desta lei complementar.”

A divisão de competências entre o MPF e a AGU, como já alertado, adveio da Constituição Federal de 1988. Dentro do Título IV – que trata sobre a organização dos poderes – foi criado um capítulo (o de número IV) especialmente para tratar sobre “as funções essenciais à justiça”. Aqui se abriu um espaço na Seção II para criar uma nova instituição, que atuaria em defesa do Estado. A Advocacia-Geral da União:

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.

Da simples leitura do *caput* do dispositivo constitucional parece certo concluir que é atribuição da Advocacia-Geral da União a representação judicial ou extrajudicial da União, nas atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo¹³. Conforme expressamente mencionado no *caput*, a representação poderia ocorrer diretamente ou por meio de órgão vinculado¹⁴.

13 Conforme Fernando Luiz Albuquerque explica, a atuação da AGU também detém caráter de controle estatal e proativo. Antecipando-se aos problemas. Um dos exemplos de competência estranha à Lei Complementar nº 73/1993 é a intervenção da União nas causas de grande reflexo patrimonial em que sejam autoras, ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais (art. 5º, da Lei 9.469/1997). Cf. FARIA, Fernando Luiz Albuquerque. A Procuradoria-Geral da União, os Interesses Primários e Secundários do Estado e a Atuação Proativa em Defesa do Estado Democrático de Direito e da Probidade Administrativa. In *Revista da AGU*, ano VII, n. 17, Brasília-DF, out/dez. 2008. p. 19.

14 Note-se que os órgãos vinculados referidos são as autarquias e fundações públicas, que possuem representação jurídica própria, mas se encontram subordinadas à orientação do Advogado-Geral da União. Cf. SOUTO, João Carlos. *A União Federal em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 35. Conforme

O dispositivo constitucional foi regulamentado¹⁵ pela Lei Complementar nº 73, de 1993 (Lei orgânica da Advocacia-Geral da União) que definiu quais seriam os órgãos da AGU¹⁶ e deu especial atenção à função do Advogado-Geral da União¹⁷, como de livre nomeação do Presidente da República, para o assessoramento do Poder Executivo, nos termos já expressos na Constituição Federal de 1988.

No entanto, a divisão entre os órgãos da AGU¹⁸ e as entidades vinculadas mostrou-se na prática problemática, pela falta de coordenação quanto à atuação e em função da irracionalidade de seu modelo, ao tornar inviável a orientação normativa e a supervisão técnica do Advogado-Geral da União quanto a todos os órgãos¹⁹. Então, no intuito de sanar tais deficiências, foi criada a carreira única de procurador federal²⁰, pela medida provisória nº 2.048-26, de 29 de junho de 2000,

expresso no artigo 2º, IV, § 3º, Da LC 73/1993: “As Procuradorias e Departamentos Jurídicos das autarquias e fundações públicas são órgãos vinculados à Advocacia-Geral da União.”

- 15 Note-se que apesar de expressa previsão constitucional no artigo 29 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias de que o projeto de lei complementar sobre a Advocacia-Geral da União deveria ser encaminhado ao Congresso Nacional no prazo de 120 dias da Promulgação da Constituição Federal, diante de contratempos no envio pelo Ministro da Justiça, Saulo Ramos, e reformulações como a de Célio Silva, Consultor-Geral da República, a referida lei complementar, e a própria AGU só se materializaram 5 anos depois, no governo do Presidente Itamar Franco. Cf SOUTO, João Carlos. *A União Federal em juízo*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 52.
- 16 Nos termos do artigo 2º, I, da LC nº 73/1993, são órgãos de direção superior da AGU: a) o Advogado-Geral da União; b) a Procuradoria-Geral da União e a da Fazenda Nacional; c) Consultoria-Geral da União; d) o Conselho Superior da Advocacia-Geral da União; e e) a Corregedoria-Geral da Advocacia da União.
- 17 Art. 3º, da LC nº 73/93: 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.
“§ 1º - O Advogado-Geral da União é o mais elevado órgão de assessoramento jurídico do Poder Executivo, submetido à direta, pessoal e imediata supervisão do Presidente da República.”
- 18 Aldemario Castro critica até mesmo a separação de competência definida pela LC nº 73/1993, dentre dois órgãos da AGU, quais sejam, entre a atuação da Procuradoria-Geral da União e a Procuradoria da Fazenda Nacional. Explica: “A experiência da atual AGU, com dois órgãos de representação judicial da União, apesar de razoavelmente definidas as suas competências, confirma amplamente a inconveniência e a inadequação da dualidade. A superposição de esforços, em inúmeros casos, a dispersão de energias, em outros tantos, o aumento de despesas e os vários conflitos internos gerados (velados e explícitos) são os subprodutos mais visíveis da dualidade hoje posta.” CASTRO, Aldemario Araujo. Uma proposta de reestruturação da Advocacia-Geral da União. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=308>>. Acesso em: 06 out. 2010
- 19 FREITAS, Marcelo Siqueira. A Procuradoria-Geral Federal e a Defesa das Políticas e do Interesse Público a Cargo da Administração Indireta. In *Revista da AGU*, ano VII, n. 17, Brasília-DF, jul/set. 2008, p. 11.
- 20 Reeditada inúmeras vezes, até a Medida Provisória nº 2.229-43, de 06 de setembro de 2001.

com a atribuição de assumir quase²¹ todas as atividades jurídicas das autarquias e fundações públicas federais²². Nasce assim a Procuradoria-Geral Federal – PGF, como órgão vinculado à AGU.

Apesar de suas diferenças materiais, as atribuições dos órgãos da AGU e de suas entidades vinculadas²³ podem ser divididas em duas grandes esferas de atuação: a) o consultivo e b) o contencioso²⁴. Na primeira de tais esferas, a atribuição da AGU é preventiva. A missão institucional da AGU é “exercer o controle de legalidade administrativa, colaborando para que sejam expungidos da Administração Pública Federal comportamentos que destoam dos comandos normativos”.²⁵

-
- 21 Explica-se que não se encontra na atuação da PGF a defesa do Banco Central do Brasil. Para tanto, há a Procuradoria-Geral do Banco Central, com vinculação à AGU. “Há uma peculiaridade específica no caso de Banco Central do Brasil. Embora seja uma autarquia, as funções de representação e assessoramento jurídico são cometidas à Procuradoria-Geral do Banco Central – PGBC e não à Procuradoria-Geral Federal. Em tese há vinculação da Procuradoria-Geral do Banco Central à Advocacia-Geral da União, entretanto, o órgão está atrelado à estrutura administrativa do Banco Central do Brasil, subordinado diretamente ao seu Presidente”. Cf. RAMOS, William Junqueira. A missão institucional da Advocacia-Geral da União no Estado brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2026, 17 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12207>>. Acesso em: 04 out. 2010. Sobre o mesmo tema, Leonardo Cunha adverte que “O Banco Central do Brasil, diante da legislação própria, ficou de fora dessa regra, mantendo quadro próprio de procuradores autárquicos, não se confundindo nem pertencendo à categoria dos procuradores federais.” CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*, 5. ed. São Paulo: dialética, 2007. p 28.
- 22 Cf. art. 10, da Lei 10.480, de 2 de julho de 2002. Marcelo Siqueira explica que a PGF decorreu da unificação de quase duzentos órgãos jurídicos isolados e que até então integravam a estrutura de tais entes federais. Registra ainda, que há a exceção do Banco Central do Brasil. Cf. FREITAS, Marcelo Siqueira. A Procuradoria-Geral Federal e a Defesa das Políticas e do Interesse Público a Cargo da Administração Indireta. In *Revista da AGU*, ano VII, n. 17, Brasília-DF, jul/set. 2008, p. 13.
- 23 Nesse sentido, a LC nº 73/93: “Art. 17 - Aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas compete: I - a sua representação judicial e extrajudicial; II - as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos; III - a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.” E ainda complementa: “Art. 18. No desempenho das atividades de consultoria e assessoramento aos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações públicas aplica-se, no que couber, o disposto no art. 11 desta lei complementar. A Lei. 10.480/2002, por sua vez, define a atribuição assim: Art. 10. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.
- 24 Também adota essa divisão, quanto à atuação da AGU: FARIA, Fernando Luiz Albuquerque. A Procuradoria-Geral da União, os Interesses Primários e Secundários do Estado e a Atuação Proativa em Defesa do Estado Democrático de Direito e da Probidade Administrativa. In *Revista da AGU*, ano VII, n. 17, Brasília-DF, out/dez. 2008. p. 13.
- 25 MACIEL, Omar Serva. A Advocacia-Geral da União como fomentadora de política pública ambiental: um enfoque na APA da Mantiqueira (uma APA de “papel”?). In *Revista da AGU*, ano VII, n. 16, Brasília-DF, abr/jun. 2008. p. 253.

Já no âmbito do contencioso, a atribuição institucional é a defesa da União e de sua Administração indireta, nos mais diversos âmbitos do litígio judicial²⁶. Exemplo de atuação híbrida – que pode ocorrer tanto no âmbito judicial, como no consultivo – é o da Câmara de Conciliação da AGU²⁷.

Por hora, nos limitaremos ao acima dito sobre as atividades de consultoria e contencioso, pois tais missões serão ainda oportunamente trabalhadas.

Socorrendo-se, porém, de divisão diversa, mas com a mesma pretensão, Ronaldo Vieira explica que a AGU detém uma tripla missão constitucional: a) a representação judicial da União, incluídos aí os três Poderes da República; b) a representação extrajudicial da União, da mesma forma, abarcando os três Poderes; e c) a consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.²⁸ O autor faz uma divisão tríplice, para inserir a representação extrajudicial como categoria autônoma, mas mantém, em essência, as atribuições gerais da AGU.

Note-se que, independente da divisão de atribuições da AGU que se faça, parece certo que o seu objetivo final será sempre a defesa do interesse público²⁹. Mais ainda, como defende Marcelo Siqueira, a missão institucional da AGU é defender as políticas e os interesses públicos a cargo da Administração³⁰.

Muitas podem ser as razões para se defender que a intenção da AGU é a defesa do interesse público. Uma delas é o fato de que as carreiras que integram a AGU têm como mecanismo de acesso a

26 Sobre a capilaridade necessária à defesa empreendida pela AGU, Marcelo Siqueira explica que a criação da PGF, por exemplo, representa a presença hoje unificada da instituição em mais de 200 cidades. Cf. FREITAS, Marcelo Siqueira. A Procuradoria-Geral Federal e a Defesa das Políticas e do Interesse Público a Cargo da Administração Indireta. In *Revista da AGU*, ano VII, n. 17, Brasília-DF, jul/set. 2008. p. 17.

27 Cf. Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007.

28 VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. A advocacia pública consultiva federal e a sustentabilidade jurídico- constitucional das políticas públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. In *Revista da AGU*. ano VIII, n. 19, jan/mar, 2009., p. 9

29 Para tratar sobre o interesse público, defendido pela AGU, Fernando Faria se utiliza da sua divisão entre o primário – pertinente à coletividade como um todo, e secundários – decorrentes do Estado como sujeito de direitos. Cf. FARIA, Fernando Luiz Albuquerque. A Procuradoria-Geral da União, os Interesses Primários e Secundários do Estado e a Atuação Proativa em Defesa do Estado Democrático de Direito e da Probidade Administrativa, para defender a defesa do primeiro como atribuição institucional. In *Revista da AGU*, ano VII, n. 17, Brasília-DF, out/dez. 2008, p. 20. No entanto, para os fins do presente estudo, não se pretende utilizar tal divisão, e nem a prevalência do primário sobre o secundário, por se entender que o interesse público em discussão é aquele consagrado nas leis e na Constituição Federal de 1988, não se admitindo tal divisão.

30 FREITAS, Marcelo Siqueira. A Procuradoria-Geral Federal e a Defesa das Políticas e do Interesse Público a Cargo da Administração Indireta. In *Revista da AGU*, ano VII, n. 17, Brasília-DF, jul/set. 2008, p. 14.

nomeação em concurso público de provas e títulos³¹. Isso é essencial, pois garante o cumprimento do princípio da impessoalidade e impede a ingerência de interesses políticos³² na atuação do advogado público. Além disso, para a confirmação no cargo são exigidos, “a observância dos respectivos deveres, proibições e impedimentos, a eficiência, a disciplina e a assiduidade”³³.

A Advocacia-Geral da União tem relevante papel quanto ao desenvolvimento do Estado, exatamente porque se trata de advocacia de Estado. Não de Governo. Para compreender bem essa dicotomia, parece a este estudo essencial explicar a distinção entre Estado e Governo: “enquanto o primeiro é a sociedade política global – o todo – o governo é um dos elementos do Estado, ou seja, o elemento diretor ou o conjunto de órgãos que detêm o poder na sociedade política”³⁴.

A distinção pode ser assim resumida: “O Estado é dotado de caráter permanente, representando a unidade social; já o governo é temporário, na medida em que exprime a opinião político-partidária dominante num certo período”³⁵. A Advocacia-Geral da União tem um compromisso com o primeiro – com o Estado permanente – e por isso tem forte influência sobre as noções que tal instituição pode assumir.

Segundo Moreira Neto,

[...] faz-me mister superar não apenas a *desinformação*, como infelizmente, a *ignorância*, o *descaso*, e até o *preconceito* que ainda cercam a instituição da Advocacia de Estado, o que pode ser

31 Cf. Art. 21, da LC 73/93: O ingresso nas carreiras da Advocacia-Geral da União ocorre nas categorias iniciais, mediante nomeação, em caráter efetivo, de candidatos habilitados em concursos públicos, de provas e títulos, obedecida a ordem de classificação.

32 Eis aqui um dos fundamentos pelos quais se rejeita a existência e defesa de interesses públicos secundários.

33 Cf. art. 22, § único, da LC nº 73/1993. Os direitos, deveres, proibições e impedimentos dos membros das carreiras da AGU são inicialmente os mesmos previstos para os servidores públicos federais na Lei nº 8.112/90. Contudo, ainda são acrescidas as seguintes proibições: “I - exercer advocacia fora das atribuições institucionais; II - contrariar súmula, parecer normativo ou orientação técnica adotada pelo Advogado-Geral da União; III - manifestar-se, por qualquer meio de divulgação, sobre assunto pertinente às suas funções, salvo ordem, ou autorização expressa do Advogado-Geral da União. Além disso, o artigo 29 determina que: “É defeso aos membros efetivos da Advocacia-Geral da União exercer suas funções em processo judicial ou administrativo: I - em que sejam parte; II - em que hajam atuado como advogado de qualquer das partes; III - em que seja interessado parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até segundo grau, bem como cônjuge ou companheiro; IV - nas hipóteses da legislação processual.” Há, portanto, uma ampla preocupação quanto ao exercício da tarefa do advogado público.

34 SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha, *A crise da democracia no Brasil: aspectos políticos*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 81

35 MACEDO, Rommel, *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p. 129

inconfessadamente alimentado pelos que recebem uma atuação mais efetiva dos instrumentos democráticos de controle da Administração³⁶.

Desmistificar o preconceito que ainda paira sob a ideia da Advocacia de Estado – e em especial sob a AGU – era o objetivo primordial desse capítulo. Firmadas tais premissas, é hora de avançar para as noções inerentes ao Estado, o que se fará no capítulo seguinte.

2 A RELAÇÃO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO NO DESENVOLVIMENTO DO ESTADO

Como já referido, o presente estudo parte da premissa de que o papel da Advocacia-Geral da União é a defesa do interesse público e a viabilização de políticas públicas. Apesar disso, a relação entre a instituição (AGU) e o Estado que se pretende explorar aqui não passará pela discussão sobre o conceito de interesse público. Não. A opção eleita – que parece a este estudo a mais vantajosa – para desenvolver tal relação é olhar para o Estado, para a sua construção e reconstrução na história.

Isso porque acontece uma constante mutação sobre a noção de Estado, e de seus interesses como estritamente públicos em virtude das novas reflexões no direito administrativo³⁷ e no direito constitucional³⁸. E como se trata aqui da AGU, que é uma advocacia de Estado, tais mudanças inexoravelmente têm claro reflexo na representação judicial e extrajudicial da União e da Administração indireta e no desempenho do seu papel perante a sociedade. A AGU faz parte dessas mudanças.

Nesse sentido, Cristiano Paixão anuncia que há uma interconexão e, ao mesmo tempo tensão, entre o público e o privado, que influi significativamente na discussão acerca do papel desempenhado pelo

36 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado democrático de Direito. In: *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça*: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Jefferson Carús Guedes; Luciane Moessa de Souza (coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2009.

37 Nesse sentido, eis alguns exemplos: Cf. PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (coord). O Novo direito Administrativo Brasileiro: o público e o privado em debate. Belo Horizonte: Fórum, 2010 e BINEMBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=228>. Acesso em 4.10.2010.

38 Cf. CARVALHO NETTO, Menelick de. "A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição". In: *Fórum administrativo*. ano I. n. 1. Belo Horizonte: Fórum, março de 2001.

Estado na consolidação do direito e da sociedade modernos³⁹. E para garantir respaldo a essa afirmação, o autor faz um resgate de tal história – parcial e sem pretensões de síntese global – iniciando-a na antiguidade.

A primeira parada nessa arqueologia do público/privado foi na Grécia, diante de seu papel quanto à separação entre política, governo e religião, o que pode ser evidenciado pela dispensa do critério de revelação divina⁴⁰. Segundo o autor, a novidade aqui é “a abertura de um espaço de discussão e deliberação acerca dos destinos da *polis*”⁴¹. Surge nesta conjuntura o governo democrático⁴². Nesse contexto, o privado é a dimensão da sobrevivência, da luta diante da escassez, representado pelo lugar da casa. Por outro lado, o público é o exercício das potencialidades do homem como cidadão, representado pela Ágora (local das discussões). Há aqui uma clara e demarcada delimitação entre o público (ágora) e o privado (casa).

Diferentemente, o mundo romano não conheceu a experiência democrática⁴³ mas contribuiu com a aproximação entre o público e privado em razão de sua universalidade, marcada pela possibilidade de construir um Império, apesar das disparidades culturais dos povos conquistados⁴⁴. No entanto, um de seus principais fatores, a influenciar tal noção universal do império, advém do cristianismo. Tal elemento é crucial na mentalidade típica da civilização medieval⁴⁵: “a idéia de que a vida humana (e a conseqüente posição dos homens na sociedade)

39 PAIXÃO, Cristiano. “Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: OLIVEIRA PEREIRA, *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p 1.

40 GINZBURG, Carlo. Sinais: raízes de um paradigma indiciário. In: *Mitos, emblemas, sinais – morfologia e história*. Trad. Federico Carotti. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 155.

41 PAIXÃO, Cristiano. “Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p 3.

42 Registre-se que aqui a democracia ainda ocorria sob o pálio de uma desigualdade no plano vertical, marcada pela diferenciação de estratos. Em Atenas, os cidadãos são apenas os homens adultos, nascidos em Atenas, filhos de homens livres oriundos de famílias locais.

43 Diante de sua incompatibilidade com o Império (centralização do poder político e a ausência de responsabilidade do Imperador).

44 PAIXÃO, op. cit., p 7.

45 O mesmo autor explica que na sociedade medieval, pode-se encontrar as três ordens: os *laboratores* (servos), os *oratores* (clérigos) e os *bellatores* (cavaleiros)²⁶. Trata-se, então, de uma sociedade trifuncional.

constitui uma representação de uma divisão que tinha origem celeste⁴⁶. Aqui, então, prevaleceu a idéia de submissão à ordem⁴⁷.

Ocorre que, esse quadro medieval foi profundamente modificado com as reformas religiosas, com a revolução científica⁴⁸ e pelo advento do Renascimento. Surge aqui um deslocamento da doutrina cristã, para uma fundamentação do Estado em um direito natural⁴⁹, pautado na razão⁵⁰. Nos séculos XVI, XVII e XVIII surgem numerosas orientações metodológicas e diversas inspirações antropológico-filosóficas, que concentrarão no indivíduo o centro de suas investigações.⁵¹ Nesse contexto:

A própria distinção público-privado perde sua importância teórica e conceitual. Assim, o que se torna visível, nesse cenário de pluralidade de ordenamentos, fontes e instituições

que geram e aplicam o direito, é a inexistência de uma esfera pública apta a propiciar uma mínima separação entre a experiência política (numa perspectiva ampliada) e as diversas constelações de interesses – de natureza privada – protegidos por sofisticadas construções teóricas como a idéia de sociedade trifuncional e constituição mista,

46 PAIXÃO, op. cit., p. 8.

47 Cf. HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do Homem*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

48 Para compreender melhor o sentido dessa revolução científica, Cristiano Paixão fala sobre a nova representação do cosmo que surge com Nicolau Copérnico (a Terra não é o centro do sistema solar), e depois e mais desenvolvida por Kepler (na sua primeira lei, mais importante, pregou que “*Todos os planetas se movem segundo uma elipse e que o sol é um dos focos dessa elipse*”) e acrescida do elemento tempo por Galileu (o primeiro cientista a usar o telescópio e aquele que revolucionou a lei do movimento dos corpos, ao utilizar o tempo como variável independente). Para saber mais sobre a revolução científica: PINTO, Cristiano Araújo Paixão. *Modernidade, Tempo e Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 19-32

49 Quando trata sobre os contratualistas – Hobbes, Locke e Rousseau – que congregam a corrente de pensamento jusnaturalista. Bobbio explica que o tema central de suas obras “é quase exclusivamente o direito público, o problema do fundamento e da natureza do Estado.” Além disso, o mesmo autor identifica em todos esses pensadores o traço do método racional. Cf. BOBBIO, Norberto. BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. 4. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1996. p. 14.

50 Segundo Rogério Soares, em seu estudo pautado na dicotomia constituição formal e material, com a passagem da Idade Média (que trabalhava com o conceito de constituição material), para a Idade Moderna (com o surgimento do Estado – idéia abstrata, coesa e eficaz) nasce a opinião equivocada de que seria possível separar o aspecto material do formal, em uma constituição. Com a modernidade, surge e se desenvolve uma crença de que é possível desenvolver um Estado eternamente perfeito, participante de uma racionalidade universal. Cf. SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de constituição. In: *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, ano 119, n. 3743, 01 jun. 1986, e n 3744, 01 jul. 1986. p. 37/38)

51 PAIXÃO, Cristiano. “Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 9.

típicas da teoria política medieval, que mantêm sua força persuasiva mesmo nos séculos iniciais da Era Moderna.⁵²

De todas essas transformações, o século XVIII é substancialmente marcado por dois importantes eixos: a diferenciação funcional⁵³ e o surgimento das constituições escritas⁵⁴.

Para desenvolver tais eixos, o trabalho abordará a noção de Estado na modernidade⁵⁵ a ser compreendido sob a perspectiva de três importantes paradigmas⁵⁶: o Liberal, o Social e o Democrático de Direito⁵⁷.

O primeiro deles, na experiência moderna, é o do Estado Liberal, que aparece marcado pelo constitucionalismo clássico, e se volta contra a intolerância política e religiosa⁵⁸. A concepção liberal é tratada na forma da uma constituição que limita a atuação do Estado, por meio da garantia dos direitos fundamentais e organiza a divisão de poderes e o poder político⁵⁹. Nesse primeiro momento, o Estado é caracterizado pela divisão entre sociedade civil e em sociedade política, representados, respectivamente, pela esfera privada, ou seja, vida individual, família e

52 PAIXÃO, op. cit., p 13.

53 Cf. PAIXÃO, Cristiano e BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: Editora UnB: Finatec, 2008. p. 165.

54 Cf. CORSI, Giancarlo. "Sociologia da Constituição". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Trad. Juliana Neuenschwander Magalhães. Nº 39. Belo Horizonte: Janeiro-Junho de 2001 e LUHMANN, Niklas. "A Constituição como aquisição evolutiva". Trad. de Menelick de Carvalho Netto (para fins acadêmicos). In: ZAGREBELSKY, Gustavo, PORTINARO, Pier Paolo, LUTHER, Jörg (Orgs.). *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

55 Sobre a complexidade da modernidade, e sua importância para a teoria de Niklas Luhmann, Cf. PINTO, Cristiano Paixão Araujo. *Modernidade, tempo e direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p-214-238.

56 Segundo Canotilho, paradigma é "consenso científico enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo." CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 6. Para aprofundar os estudos sobre a noção de paradigma, Cf. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1996.

57 Para um mais aprofundado desenvolvimento sobre os paradigmas da modernidade, recomenda-se a leitura do capítulo IX do Livro: "*Direito e Democracia: entre facticidade e validade*". Cf. HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. II. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003. Sobre o mesmo tema, Cf CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. SAMPAIO, José Adécio Leite (Org.). *In Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

58 PAIXÃO, Cristiano. "Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito". In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p 17.

59 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 12.

mercado e pela esfera pública, cidadania política, representação política e negócios do Estado⁶⁰.

Para a tensão objeto do presente estudo:

É nesse panorama que se pode perceber uma nítida assimetria na relação público-privado. O domínio do privado, nesse cenário em que prevalece o liberalismo (político e econômico), é superdimensionado.

Como uma decorrência natural da luta contra o Absolutismo – e também para uma justificação operativa acerca da posição de certas camadas superiores da sociedade –, o público, inteiramente associado ao Estado (observe-se que o século XIX é o período de afirmação da maioria dos Estados-Nação na Europa) é visto com desconfiança, ou mesmo reserva⁶¹.

De tais tensões, entre o público e o privado, e a sobreposição do último, eclodem as revoluções americana e francesa⁶². O reflexo de tais insurgências é o descontentamento com a prevalência de uma esfera meramente privada, buscando-se restaurar a relação da sociedade com o público. Tais revoluções causaram “o nascimento de uma esfera pública independente, marcada pela crescente possibilidade de criação de novas esferas públicas de deliberação (como os salões, os cafés e demais lugares de sociabilidade da cidade moderna)⁶³”.

Em seguida, surge o novo paradigma, como reação do Estado a revoltas e conflitos sociais: o Estado Social. Não mais uma sociedade de indivíduos-proprietários privados, mas uma sociedade conflituosa,

60 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 55.

61 PAIXÃO, Cristiano. “Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 18.

62 Para pesquisar sobre a importância de tais revoluções para a modernidade: HUNT, Lynn. “Eles deram um grande exemplo”: declarando os direitos. In: _____. *A invenção dos direitos humanos – uma história*. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009 e DIPPEL, Horst. Os direitos humanos na América, 1776-1849: redescobrimdo o contributo dos Estados. In: _____. *História do constitucionalismo moderno – novas perspectivas*. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

63 PAIXÃO, op. cit. p. 19.

dividida em vários grupos, coletividades, classes, partidos e facções⁶⁴ em disputas⁶⁵.

Então, para lidar com essa pluralidade “A tônica do Estado Social é a idéia de compensação devida a uma grande camada de indivíduos diante da concentração de riqueza e poder em alguns setores da sociedade. É possível antever, nessa perspectiva, a modificação que será notada na relação entre público e privado. Haverá, no paradigma do Estado Social, a hipertrofia do público, que passa a ser identificado ao Estado”⁶⁶.

Entretanto, é fundamental assinalar que a crise do Estado Social não é exclusivamente fiscal ou administrativa. Na verdade, ela é, antes de tudo, uma crise de déficit de cidadania e de democracia⁶⁷. Como explica o professor Menelick de Carvalho, o grande desafio que se propõe ao Estado Social será “transformar aquela massa de desvalidos, antes vista como sociedade civil, em cidadãos”⁶⁸. Então, o grande desafio que se impõe ao Estado não é mais partir de uma ideia de interesses privados preponderantes (desonerando-o de suas obrigatórias intervenções na sociedade) ou de natureza pública (fundada em um Estado que a tudo provém, sem a participação do cidadão). Não. O que se busca ver reconstruída é a cidadania⁶⁹ dessas pessoas:

64 Madison já se preocupava com as facções. Veja-se o seguinte trecho: “É da maior importância em uma república não apenas defender a sociedade contra a opressão de seus governantes, mas também evitar que uma parte exerça opressão contra a outra. Sempre existirão interesses diferenciados entre classes diferentes de cidadãos. Se uma maioria se constituir em torno de um interesse comum, os direitos da minoria correrão perigo”. MADISON, James. Federalista nº 10 e nº 51. In: _____. HAMILTON, Alexander; JAY, John. *O federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

65 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 59.

66 PAIXÃO, op. cit. p. 21.

67 PAIXÃO, Cristiano. “Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 23.

68 CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. SAMPAIO, José Adécio Leite (Org.). In *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 149.

69 Apesar de trabalhar com outras doutrinas, Gustavo Binembojm desconstrói algumas das premissas do direito administrativo brasileiro, como a supremacia do interesse público sobre o privado, para partir da premissa de uma disciplina do Estado pautado na Constituição e na participação da sociedade. Nesse sentido, explica: “Por sua importância no contexto democrático e de implementação dos direitos fundamentais, tem-se dado ênfase à *participação* e à *eficiência* como mecanismos de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública.” CF. BINEMBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=228>. Acesso em: 4.10.2010.

A crise de cidadania decorre da carência, gradativamente percebida, de participação efetiva do público nos processos de deliberação da sociedade política.

A identificação do público com o estatal acabou por limitar a participação política ao voto. A isso se aduziu uma estrutura burocrática centralizada e distanciada da dinâmica vital da sociedade. A associação entre público e estatal acarretou a construção de uma relação entre indivíduo e Estado que pode ser equiparada à relação travada entre uma instituição prestadora de serviços (e bens) e seus clientes.

Ademais, o que se pretende de um Estado não é uma prestação de serviço. O Estado social se apresenta capaz de no máximo produzir clientela, e nunca cidadãos, como prometera⁷⁰. A participação social é um elemento irrenunciável para a construção de um Estado que consiga lidar, com maturidade, com a tensão constante e permanente entre o público e o privado.

Então, com a crise do Estado Social é que se viabiliza a construção – ainda em pleno andamento – de um novo paradigma: o Estado Democrático de Direito⁷¹. Nesse novo contexto:

Observa-se, pois, que as esferas do público e privado, tratadas, tanto no paradigma do Estado Liberal quanto no do Estado Social como opostas (modificando-se apenas a direção da “seta valorativa”), passam, num cenário de construção do paradigma do Estado Democrático de Direito, a ser vistas como complementares, equíprimordiais.⁷²

As esferas pública e privada passam a ser complementares. E reconhecer essa relação centra-se exatamente no reconhecimento dos indivíduos como sujeitos de direito. Isso porque “somente reconhecendo os outros como iguais, como pessoas iguais a mim, posso reconhecer a

70 CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. SAMPAIO, José Adécio Leite (Org.). *In Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 149.

71 CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. SAMPAIO, José Adécio Leite (Org.). *In Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003. p. 150.

72 PAIXÃO, Cristiano. “Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito”. *In: OLIVEIRA PEREIRA, Claudia Fernanda (org.). O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p 26.

mim mesmo como sujeito de um processo de vida individual que só se dá na interação complexa da vida coletiva e aprender com esse processo, tornando-me sujeito portador de uma identidade própria.”⁷³ Em suma, ao mesmo tempo em que eu reconheço o outro como sujeito, eu também construo a minha própria identidade⁷⁴.

O que se pretende desenvolver neste estudo é que a emancipação de uma esfera pública independente dos comandos estatais e que viabilize a redefinição da relação entre a dimensão privada da existência e o aspecto público da organização social constitui o maior desafio a ser enfrentado por sociedades que se pretendam democráticas⁷⁵. Esse é o desafio da sociedade moderna, no Estado Democrático de Direito, muito bem retratado por Fernando Aith, quando diz que “Outro consenso básico é que, para tais fins, é preciso não só que o aparato do Estado se torne realmente público, mas também que o espaço do público não se esgote no estatal.”

E nessa função de complementaridade entre o público e o privado que o Estado deve assumir, uma das maneiras de tornar essa proposta efetiva é por meio da Advocacia-Geral da União, que tem como premissa a defesa de um Estado constitucional, “assente numa Constituição reguladora tanto de toda a sua organização como da relação com os cidadãos, e tendente à limitação de poder”.⁷⁶ Segundo também Fernando Aith:

Este modelo estatal pressupõe um governo representativo, que dissocia a titularidade do poder (que pertence ao povo) e o exercício do poder (que é realizado por governantes eleitos e representativos da sociedade). Essa distorção torna-se possível através do Estado de Direito, em que, para a garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece uma relação jurídica do poder, fundamentada no respeito à legalidade (formal e material). A legalidade torna-se, no Estado de Direito, o critério de ação dos governantes.

[...]

73 CARVALHO NETTO, op. cit., p. 155.

74 ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

75 PAIXÃO, op. cit., p. 27.

76 MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra t.I, 1997. p. 86.

O Estado nada mais é, portanto, do que a organização dada pela sociedade política nacional para que os direitos sejam promovidos e protegidos.

[...]

E que direitos são esses? Basicamente, todos aqueles direitos que forem reconhecidos num dado ordenamento jurídico legal, já que o Estado de Direito baseia-se na legalidade como pressuposto de ação. Quanto mais evoluído for o ordenamento jurídico de um dado Estado, maior será a proteção dada aos direitos humanos.⁷⁷

Como, então, haverá a interdisciplinaridade entre o Estado, a AGU e a sociedade como forma de possibilitar a complementaridade do público e do privado?

Um possível caminho seria por meio do conhecimento público acerca dos fundamentos e bases que sustentam o Estado – estes construídos independentemente dos agentes políticos escolhidos, mas decorrentes de um processo histórico e evolutivo, como trabalhado ao longo desse artigo –, sendo garantida a concretização do interesse público por meio da atuação administrativa e de políticas públicas juridicamente sustentáveis, posto que em estrita observância à legalidade. Também deve ser oportunizada à participação direta da sociedade na atividade estatal, especialmente na elaboração e implementação da política pública, o que legitima e torna mais eficiente o seu exercício.

Verifica-se, portanto, nessa ideia que a AGU possui papel essencial e de protagonista na construção dessa nova e inclusiva noção de Estado.

3 A ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO NA RELAÇÃO PÚBLICA E PRIVADA

A ideia central desse trabalho é a de que a Advocacia Pública existe para concretizar a missão do Estado na promoção e efetivação das políticas públicas⁷⁸, essencial para a compreensão do artigo 131 da Constituição Federal de 1988.

77 AIITH, Fernando. Políticas Públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In. *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Maria Paula Dallari Bucci (org.). São Paulo: Saraiva, 2006.

78 Conforme o capítulo 1 do presente trabalho monográfico.

Como função essencial à justiça, é exigível, portanto, de todo advogado público o dever geral⁷⁹ de conferir sustentação ao Estado Democrático de Direito, e o dever específico⁸⁰ de provocar os órgãos decisórios do Estado com o propósito de promover a justa aplicação do direito, conferindo ao mesmo tempo participação social nestes contextos.

E esses deveres devem estar presentes nas fundamentais funções constitucionais outorgadas aos advogados públicos, quais sejam, a de consultoria e assessoramento jurídico e a de representação⁸¹, sendo entendidos como deveres precípuos e que se sobrepõem a qualquer outro dever institucional.

Ademais, a Advocacia-Geral da União é uma instituição destinada a, dentro do Estado, servir à sociedade e por isso deve ter sempre a capacidade de interagir com esses sujeitos de direito, além de prestar-lhe conta do trabalho executado.

Quando trabalha sob o prisma dessa relação entre a atuação da AGU e o Estado Democrático de Direito, Fernando Faria aborda a importância do desempenho da missão institucional da AGU:

É que, quando não se combate e se tolera ilegalidades, abusos e desvios contra o interesse público ,quebra-se a confiança dos eleitores nos eleitos, dos administrados nos administradores, dos destinatários de decisões e ações governamentais nos gestores públicos, e, por conseguinte, rui-se os próprios alicerces que dão sustentação ao Estado[...]⁸²

Rememoradas tais premissas, passa-se a analisar as funções institucionais acima referidas (divididas aqui, por questões metodológicas, em consultoria e contencioso), procurando destacar como tais atividades têm contribuído decisivamente para o desenvolvimento do Estado, sem esquecer, contudo, que ainda há muito por fazer para se despertar uma

79 Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado democrático de Direito. In. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Jefferson Carús Guedes; Luciane Moessa de Souza (coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 39.

80 MOREIRA NETO, op. cit.

81 Vide art. 131 da Constituição Federal de 1988.

82 FARIA, Fernando Luiz Albuquerque. A Procuradoria-Geral da União, os Interesses Primários e Secundários do Estado e a Atuação Proativa em Defesa do Estado Democrático de Direito e da Probidade Administrativa. In *Revista da AGU*, ano VII, n. 17, p. 26, Brasília-DF, out/dez. 2008. .

maior confiabilidade das pessoas⁸³ nas instituições oficiais, e promover um clima de segurança jurídica e de sociedade civil em sentido amplo e pleno.

3.1 O consultivo e a Atividade Preventiva

Como já dito, a Advocacia-Geral da União possui tripla missão constitucional, sendo elas: a representação judicial da União, incluído aí os três Poderes da República; a representação extrajudicial da União, também abarcando os três Poderes; e a consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo⁸⁴.

Ainda é necessário ser memorado que em 2002, por meio da Lei nº 10.480, foi criada a Procuradoria-Geral Federal, órgão vinculado à AGU nos termos do art. 131 da Carta Magna, e a quem compete à representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, além das respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial⁸⁵.

Pois bem. No âmbito do Poder Executivo, além do assessoramento jurídico direto ao Presidente da República, por meio da produção de pareceres, notas e na prestação de informações solicitadas em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIN, Mandado de Segurança - MS e Mandado de Injunção - MI, também há consultorias jurídicas em todos os Ministérios, auxiliando os Ministros de Estado, bem como Núcleos de Assessoramento Jurídico nas Capitais dos Estados com o objetivo de prestar assessoria jurídica aos órgãos descentralizados que integram a administração federal direta com sede nos Estados⁸⁶.

83 SOUZA, Luciane Moessa de. Consultoria Jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Jefferson Carús Guedes; Luciane Moessa de Souza (coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 167.

84 VIEIRA, Ronaldo Jorge Aratújo. A Advocacia Pública Consultiva Federal e a Sustentabilidade Jurídico-Constitucional das Políticas Públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. In. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes; Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 39.

85 Cf. art. 10 da Lei 10.480/2002.

86 VIEIRA, Ronaldo Jorge Aratújo. A Advocacia Pública Consultiva Federal e a Sustentabilidade Jurídico-Constitucional das Políticas Públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. In. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça:*

Verifica-se, portanto, que, além do exercício da Advocacia Pública consultiva no âmbito do Poder Executivo, também a AGU, por meio da PGF, desenvolve a consultoria e assessoramento jurídico das autarquias e fundações públicas federais, entidades da Administração Indireta, criadas por lei.

E a função da advocacia consultiva no âmbito da Administração direta, assim como no âmbito da Administração indireta, tem como finalidade essencial a de conferir suporte jurídico a toda atividade da Administração, já que é imprescindível para a concretização do interesse público que os atos estatais estejam em conformidade com a lei nos seus mais diversos planos, como o da competência, da finalidade, da forma, entre outros⁸⁷.

Nessa primeira atribuição, destaque-se que a advocacia consultiva analisa anteprojetos de lei, medidas provisórias, acordos, tratados e convênios internacionais e outros atos normativos, além de verificar a correta aplicação das leis e observância dos pareceres, notas e demais orientações da Advocacia-Geral da União.⁸⁸ Nesse ponto, registre-se que cabe ao advogado público aconselhar, persuadir e induzir⁸⁹ os agentes políticos a adotarem todas as providências, normativas ou concretas, que se destinem à afirmação dos valores jurídicos e democráticos, seja dentro ou fora do processo administrativo sob seus cuidados.

Ademais, e também considerada atividade essencial, é por meio da consultoria que se viabiliza uma política pública, já que o serviço jurídico prestado é imprescindível para a sua adequação com a ordem legal e constitucional.

Dessa forma, a AGU participa diretamente da formulação, implementação e avaliação das políticas promovidas pela União e suas autarquias e fundações públicas, sendo a atividade de consultoria e assessoramento a responsável em fornecer sustentabilidade jurídica à política elaborada pela Administração. E não só isso, afinal, as políticas públicas não só dependem das ações da Administração Pública. “Nesses casos, como em tantos outros, a adesão da sociedade, quando

estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Coordenação de Jefferson Carús Guedes; Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009

87 MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.

88 VIEIRA, op. cit.

89 Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado democrático de Direito. In. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Jefferson Carús Guedes; Luciane Moessa de Souza (coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 65.

não a atuação ativa desta, é fundamental para a eficiência da atuação administrativa”⁹⁰.

Para o Consultor-Geral da União, Ronaldo Vieira⁹¹, as políticas públicas se definem como o conjunto de políticas, programas, projetos e atividades desenvolvidas pelo Estado brasileiro, por intermédio dos seus órgãos e entidades, destinado a ofertar bens e serviços públicos à população de modo a tornar efetivos os direitos individuais, econômicos, sociais e ambientais, previstos no texto constitucional e no ordenamento infraconstitucional⁹².

Como consequência ainda dessa atividade consultiva, não há dúvidas de que o controle prévio da legalidade dos atos da Administração é a primeira e mais eficaz forma de defender a política pública, já que a atividade aqui se torna preventiva e evita-se a judicialização da política por suposta agressão à ordem jurídica – e que poderia ter sido oportunamente sanada por meio de uma análise jurídica prévia. Também a política se implementa de maneira mais rápida e eficaz⁹³, e sem as delongas de um processo judicial.

A consultoria tem também a capacidade de vislumbrar a possibilidade real de conflitos entre órgãos da Administração Direta e Indireta e com isso tentar resolver o problema, ainda no seu próprio âmbito, promovendo grupos de trabalho ou reuniões técnicas, ou utilizando-se da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal - CCAF, instrumento que será mais tarde pormenorizadamente analisado.

90 PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: *Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico*. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). São Paulo: Saraiva, 2006. p. 167.

91 VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. A 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*, ano VIII, n. 19, p. 21, jan/mar, 2009. .

92 Sobre as políticas públicas, Maria Paula Dallari explica-as como um processo complexo em que se desenvolve de maneira regulada, o que demonstra o papel do advogado público nesse conjunto. Note-se: “Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: *Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico*. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

93 Sobre o tempo, Maria Paula Dallari pondera que “Como tipo ideal, a política pública deve visar à realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados.” BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de política pública em direito*. In: *Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico*. BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39

Ainda no âmbito da consultoria, as audiências públicas são um excelente mecanismo de acesso à participação social, anteriores à deliberação final sobre determinada política, o que tem possibilitado um debate amplo com a comunidade/população diretamente interessada, que de forma democrática e participativa contribui para a política que lhe beneficiará diretamente. Nesses casos, o Estado também se aperfeiçoa na atividade de prestação de serviços, já que consegue fornecer o que mais se aproxima do desejo da população beneficiada com a política pública desenvolvida.

Também tem sido constante a realização de audiências públicas promovidas pelo Poder Judiciário, Congresso Nacional, e Tribunal de Contas da União, sendo a participação do advogado público essencial para a exposição da política pública e os contornos jurídicos que envolvem a sua discussão.

Por fim, a atividade de consultoria tem desempenhado seu papel com constante troca de informações com a área técnica do órgão para o qual presta assessoria, bem como desenvolvido uma atuação articulada com vários órgãos da AGU e PGF, coordenado pelo Advogado-Geral da União.

Os resultados obtidos com essa atuação articulada têm alcançado excelentes frutos já que tem havido constante troca de experiências e entendimentos, além de se padronizado procedimentos administrativos⁹⁴, e consolidadas e disseminadas as orientações do TCU aos órgãos da Administração Federal.

Também a consultoria tem tentado aprimorar seu diálogo com o contencioso⁹⁵, o que só traz benefício para o Estado e a sociedade, já que, com cooperação, o consultivo tem condições de avaliar e aprimorar a política que elaborou – especialmente diante dos questionamentos judiciais – e o contencioso tem condições de entender e se aprofundar no planejamento traçado por meio daquela política, para melhor defender, prestar informações e até convencer o Judiciário e os eventuais opositores daquela política.

Em suma, com a intenção de evitar o cometimento de ilegalidades, irregularidades ou equívocos pelo Poder Público é indiscutível a

94 Um bom exemplo é a padronização de editais de licitação. Cf. RIBEIRO, Leane. Atuação do NAI/SP na padronização de editais sobre licitações e contratos públicos é reconhecida pelo MPOG. *Notícias da AGU*, Brasília-DF. Publicada em 02.12.2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=112254&id_site=3>. Acesso em 06 set. 2010.

95 Sobre a experiência da PGF – Procuradoria-Geral Federal, quanto à relação entre o consultivo e o contencioso: FREITAS, Marcelo Siqueira. A Procuradoria-Geral Federal e a Defesa das Políticas e do Interesse Público a Cargo da Administração Indireta. In *Revista da AGU*, Ano VII, n. 17, Brasília-DF, jul/set. 2008.

relevância das atribuições da consultoria jurídica no âmbito da Advocacia-Geral da União.

É verdade que é preciso ainda avançar em diversos pontos da atuação consultiva, até porque a intenção é a de melhor contribuir com a missão de um Estado que se pretende Democrático e de Direito. Além disso, o aumento na segurança jurídica dos atos expedidos pela Administração assistida diminuirá o número de demandas na atividade contenciosa, legitimará o ente público no cumprimento de seus deveres legais e promoverá a satisfação social quanto às condutas do ente estatal. Vale, então, a pena, o esforço de aprimoramento dessa atividade estatal.

3.1.1 A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF

Um excelente exemplo de instrumento de resolução de conflitos, extrajudicial, é a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF, que foi criada com a intenção de diminuir o número de litígios judiciais que envolvia a União, suas autarquias, fundações e empresas públicas federais, na figura de demandante ou demandado, bem como envolviam conflitos de interesses entre a Administração Pública direta e a Administração indireta⁹⁶.

No âmbito normativo, a CCAF foi instituída pelo Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007, da Advocacia-Geral da União, sendo órgão da Consultoria-Geral da União.

A importância da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal foi tanta que o seu objetivo inicial de resolver administrativamente os litígios entre os órgãos da União e as entidades da Administração Federal indireta foi posteriormente ampliado⁹⁷ para abranger as controvérsias de natureza jurídica entre a Administração Pública Federal e a Administração Pública dos Estados ou do Distrito Federal.

Sua forma de atuação está regulamentada pela Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007. De forma resumida, pode-se dizer que assim funciona a CCAF: os órgãos, entidades públicas e entes políticos

96 Nesse sentido: Ato Regimental nº 5, de 27/09/2007: “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”.

97 Decorrente da edição do Ato Regimental nº 2, de 9/4/2009, que alterou a redação dos incisos I e III do art. 17 e acrescentou o parágrafo único ao art. 18, do Ato Regimental nº 5, de 27/09/2007

interessados encaminham manifestações escritas sobre a controvérsia, acompanhadas da documentação pertinente e dos nomes dos respectivos representantes e após são realizadas reuniões conciliatórias, onde se procura preservar o interesse público e a pacificação daquela contenda. Caso haja acordo, este surtirá seus efeitos após a homologação do Advogado-Geral da União, devendo as partes com eficiência cumprir o que foi acordado, já que o litígio resultou da atuação e vontade conjunta de todos os diretamente envolvidos no conflito.

Os casos eventualmente não conciliados são, conforme a natureza da demanda, solucionados por meio de pareceres da Consultoria-Geral da União e aprovados pelo Advogado-Geral da União. Aqui, a conciliação dá lugar à arbitragem, e por isso, nem sempre haverá a elaboração do parecer já que o critério norteador da CCAF repousa no próprio interesse da conciliação.⁹⁸ Ademais, nos conflitos envolvendo os Estados ou o Distrito Federal não podem ser solucionados pela via do parecer em virtude do princípio da autonomia dos entes federativos, que proíbe a ingerência impositiva de um ente político sobre outro.

Muitas são as vantagens desse novo instrumento de resolução de conflitos, já que, diante dos inúmeros órgãos que já se dispuseram a conciliar⁹⁹, tem se aperfeiçoado a técnica da conciliação, sendo fácil observar hoje que os processos em trâmite na CCFA são solucionados de forma muito mais célere e eficiente do que seriam se estivessem no âmbito do Judiciário.

Além do mais, reconhecido um conflito entre órgãos da Administração e levado o caso à CCAF tem se evitado a judicialização de questões que podem¹⁰⁰ – e devem – ser resolvidas no seu próprio âmbito

98 Vide Cartilha da CCAF. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=80350&id-site=1104>>. Acesso em: 24.09.2010.

99 Segundo o Consultor-Geral da União, até 2009, foram resolvidos 75 casos e estão em fase conciliatória outros 105. O valor de tais casos representa R\$ 3,6 bilhões. Em análise inicial, estão 84 questões. Só em 2009, a CCAF já promoveu 138 reuniões com conciliadores e representantes dos órgãos envolvidos. Cf. GRIPP, Patrícia. Justiça se apóia em conciliação da AGU e nega liminar contra construção de ponte no Rio Negro. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 18.12.2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagem/Texto.aspx?idConteudo=116451&id_site=3>. Acesso em: 04 out. 2010.

100 São exemplos de processos judiciais extintos pela atuação da CCFA: TERMO DE CONCILIAÇÃO N° CCAF-CGU-AGU- ARM 002/2009 que resolveu controvérsia em sede de ação judicial, já em Recurso Especial no STJ, na qual INCRA e INSS discutiam a respeito do valor e da possibilidade de desapropriação de imóvel rural da autarquia previdenciária; TERMO DE CONCILIAÇÃO N° CCAF-CGU-AGU 004/2010-APAS que resolveu controvérsia em sede de ação judicial, já em grau recursal perante o TRF da 5ª Região, na qual PGFN e INSS discutiam a possibilidade de cobrança de taxa de ocupação relativa a imóveis pertencentes à Autarquia Federal, localizados em Terreno de Marinha. GRIPP, Patrícia; RIBEIRO, Leane. Câmara da AGU consolida acordo entre INSS e ECT para pagamento

– já que ganha cada vez mais força a idéia de que a Administração deve solucionar suas próprias pendências – com cooperação, diálogo e troca de experiências entre os órgãos envolvidos. Eis aqui um claro exemplo do público e do privado, agindo concomitantemente.

E note-se que a resolução de conflitos na CCAF não ocorre apenas dentro da administração direta, mas também entre a administração direta e indireta¹⁰¹.

Nesse sentido, impõe-se dizer que o próprio Poder Judiciário tem reconhecido e valorizado a criação da CCAF, suspendendo ações judiciais¹⁰² em curso, para que seja promovida a tentativa de conciliação por parte da Câmara. Também há notícia de ações judiciais extintas por ter sido formulado acordo no âmbito da CCAF¹⁰³.

É inegável, portanto, a importância da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal para a concretização de forma racional do interesse público e da desburocratização do funcionamento da máquina administrativa. A atuação das Câmaras tenta a todo custo evitar a litigância desnecessária sendo pautada pela busca de resultados práticos.

Ante o exposto, a cultura da conciliação instituída por meio da CCAF tem mudado o comportamento da Administração Pública como um todo, estimando-se para o futuro uma CCAF capaz de solucionar conflitos de diversas ordens, com a participação dos sujeitos de direito,

de débitos previdenciários. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 18.12.2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=113870&id_site=3>. Acesso em: 04 out. 2010.

101 GRIPP, Patrícia; RIBEIRO, Leane. Câmara da AGU consolida acordo entre INSS e ECT para pagamento de débitos previdenciários. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 18.12.2009. Disponível em: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=113870&id_site=3. Acesso em: 04 out. 2010.

102 Cf. GRIPP, Patrícia. Justiça se apóia em conciliação da AGU e nega liminar contra construção de ponte no Rio Negro. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 18.12.2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagem.aspx?idConteudo=116451&id_site=3>. Acesso em: 04 out. 2010.

103 Destaca-se o seguinte excerto: “Ao analisar o pedido de liminar do MPF, o juiz destacou que “o estado do Amazonas apresentou proposta junto ao MPF bem como no âmbito da Câmara de Conciliação instaurada entre os órgãos federais envolvidos na demanda, no qual se compromete a realizar levantamento de todas as comunidades indígenas da região, efetuar a legalização fundiária se assentadas em terras do estado e inseri-las no Programa Amazonas Indígena”.

Para a Justiça, tais considerações não podem ser ignoradas, pois ao contrário do que entende o MPF, “a conciliação entre as pessoas jurídicas que integram o feito é salutar e até necessária, porquanto as diretrizes estabelecidas em conjunto certamente implicam numa solução eficaz e rápida para questão”. O pedido de liminar do MPF foi negado, mantendo a continuidade da construção da ponte. GRIPP, Patrícia. Justiça se apóia em conciliação da AGU e nega liminar contra construção de ponte no Rio Negro. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 18.12.2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=116451&id_site=3>. Acesso em: 04 out. 2010.

inclusive envolvendo servidores públicos federais e, até mesmo, particulares.

O Advogado-Geral da União em recente oportunidade defendeu ainda a possibilidade da prática de conciliação como forma de solucionar conflitos de execução fiscal envolvendo cobrança de impostos, pois existem 7,5 milhões de processo sobre a matéria ¹⁰⁴.

Por todo o exposto, o momento é de ousadia, o que já foi inclusive reconhecido com a premiação da AGU no V Prêmio Innovare¹⁰⁵, promovido pelo Instituto Innovare, Ministério da Justiça, Ordem dos Advogados do Brasil, Vale e Associações dos Magistrados Brasileiros, dos Membros do Ministério Público, dos Defensores Públicos e dos Juízes Federais do Brasil e que tem por objetivo identificar e disseminar práticas jurídicas pioneiras e bem sucedidas na Justiça brasileira.

O desenvolvimento do Estado necessariamente será possível se for dada credibilidade e estrutura à CCAF, já que as conciliações têm sido cada vez mais frequentes, se firmando a Câmara como uma forma de solução eficiente de litígios.

3.2. O Contencioso e a Aproximação com a Sociedade

A atividade contenciosa desenvolvida pela Advocacia-Geral da União se traduzir na defesa judicial dos interesses do Estado, aqui entendido, da Administração Direta e Indireta no âmbito federal, bem como na execução da dívida ativa de natureza tributária cujo credor também é algum órgão da Administração Federal¹⁰⁶.

O advogado público além dos deveres éticos de todo advogado, carrega o dever funcional de zelar pelos interesses da sociedade¹⁰⁷ que foram confiados à pessoa jurídica de direito público a que se vinculam, e por essa importante missão é imperioso se afirmar que deve haver compatibilidade entre o interesse do Estado com o da sociedade.

104 _____. Advogado-Geral faz defesa da conciliação. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 30.09.2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateMidiaTextoThumb.aspx?idConteudo=150065&id_site=3>. Acesso em: 04 out. 2010.

105 A AGU venceu nas práticas homenageadas, na categoria advocacia, representada pela Consultora da União, Dra. Hélia Maria de Oliveira Bettero, da Advocacia-Geral da União, pela prática da Conciliação na Administração Pública Federal. Cf. _____. Prêmio Inovare 2008. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/consumidor/data/Pages/MJA5672F84ITEMID8E3FB43A289F4AF692C5821E2803C956PTBRIE.htm>>. Acesso em 02. out. 2010.

106 Cf. art. 131 da Constituição Federal, art. 1 e 17, da Lei Complementar n. 73/1993 e Lei 10.480/2002.

107 FREITAS, Marcelo Siqueira. A Procuradoria-Geral Federal e a Defesa das Políticas e do Interesse Público a Cargo da Administração Indireta. *Revista da AGU*, ano VII, n. 17, Brasília-DF, jul/set. 2008.

Aqui é necessário apontar o entendimento doutrinário¹⁰⁸ italiano, amplamente adotado no Brasil – com o qual este trabalho não concorda – de que existe o interesse público primário, compreendido como o interesse da coletividade, do bem geral ou da observância da ordem jurídica, e o interesse secundário, que é aquele do Estado enquanto administração, e comparado ao interesse que qualquer particular tem individualmente¹⁰⁹. O que se pretende chamar atenção é que essa separação entre o interesse público primário e secundário não detém qualquer vantagem prática ou metodológica, motivo pelo qual se defende no presente estudo que o interesse público é uno, e a AGU tem como missão sempre o representar. O compromisso da Advocacia pública é com o interesse público:

[...] a advocacia assume, no Estado Democrático de Direito, mais do que uma função jurídica de defesa dos interesses patrimoniais da fazenda Pública, mais até mesmo do que a defesa do princípio da legalidade, porque lhe incumbe igualmente, e veementemente, a defesa da moralidade pública, que se tornou um valor autônomo constitucionalmente garantido. [...] Seu compromisso institucional e funcional é com a defesa do princípio da legalidade e, especialmente, do princípio da constitucionalidade, que significa que no Estado Democrático de Direito é a Constituição que dirige a marcha da sociedade e vincula, positiva e negativamente, os atos do poder público.¹¹⁰

Sobre o referido interesse público, Maria Silvia di Pietro explica que “a Administração Pública não é titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí a *indisponibilidade* do interesse público”¹¹¹. Logo, a atuação do

108 São exemplos de autores que adotam a dicotomia interesse público primário e secundário: Ewerton Oliveira Góis, “ao apresentar a União, judicial e extrajudicialmente, a AGU não defende exclusivamente os interesses da Fazenda Pública, do Erário, no que lhe tange às obrigações patrimoniais, mas sim o interesse do Estado como síntese dos interesses das coletividades [...] pelo que a Carta da República reservou incontáveis tarefas à União nesta seara, possibilitando, dessa forma, uma atuação na defesa do interesse público primário, e não apenas na defesa dos interesses da Administração, velando pela afirmação de um Estado Democrático de Direito, um verdadeiro Estado de Justiça”. Cf. GÓIS Ewerton Oliveira. O papel da Advocacia-Geral da União. In. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Jefferson Carús Guedes; Luciane Moessa de Souza (coord.) Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 98/99.

109 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 57-58.

110 DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 491.

111 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 160.

advogado público não se pauta por interesses políticos. A sua missão é essencialmente zelar pelo interesse público.

Como já dito, as carreiras que compõem a Advocacia-Geral da União, cada uma com funções específicas e estruturas distintas, atuam tanto na área do contencioso como do consultivo¹¹².

Quanto ao contencioso, a AGU possui a representação judicial e extrajudicial do Estado, se incluindo nesse conceito o Executivo, o Legislativo, o Judiciário, o Tribunal de Contas da União e o Ministério Público da União, além da União¹¹³, de forma mais específica, e suas autarquias e fundações públicas federais¹¹⁴. Tal atuação é por demais ampla e se dá em todas as esferas do Poder Judiciário, nos termos das regulamentações pertinentes¹¹⁵. Mesmo diante de sua complexidade, essa atividade tem sido pensada de maneira a garantir uma atuação proativa e centralizada¹¹⁶, no intuito de tornar ainda mais eficiente o trabalho da AGU.

112 Faz-se aqui este destaque, pois, da mesma maneira que se exige uma relação direta – e contínua – entre o público e o privado, este estudo consagra a pretensão de diálogo permanente entre o consultivo e o contencioso. Prova disso é a opinião do Consultor-Geral da União. Veja-se: Segundo Ronaldo, o estreitamento da relação entre os órgãos jurídicos e os técnicos do Executivo é fundamental. Para ele, é essencial que os debates se inaugurem desde a formulação das políticas públicas “não é preciso esperar a implementação dessas políticas. Precisamos antecipar o momento do diálogo”, garantiu. Cf. GRIPP, Patrícia. Consultor-Geral aponta desafios na preparação da Copa e das Olimpíadas, durante II CBCJE. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 12.07.2010. Disponível em: <Disponível em: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=123862&id_site=3. Acesso em: 20.09.2010>. Acesso em: 23.09.2010.

113 Lei Complementar n.º 73/1999, Art. 1.º - A Advocacia-Geral da União é a instituição que representa a União judicial e extrajudicialmente. Parágrafo único. À Advocacia-Geral da União cabem as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos ao Poder Executivo, nos termos desta Lei Complementar.

114 Cf. art. 10, da Lei. 10.480/2002: Art. 10. À Procuradoria-Geral Federal compete a representação judicial e extrajudicial das autarquias e fundações públicas federais, as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, a apuração da liquidez e certeza dos créditos, de qualquer natureza, inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

115 Quanto à multiplicidade das representações das carreiras da AGU, verificar: advogados da união e procuradores da fazenda nacional – Decreto-Lei n.º 147/1967, Lei Complementar n.º 73/1993; Ato Regimental n.º 5/2002, Decreto n.º 6467/2009; no caso dos procuradores federais – Lei n.º 10.480/2002; procuradores do Banco Central - Lei 4.595/1964 e Medida Provisória n.º 2.229-43/2001 e Portaria n.º 267/1996

116 Sobre a experiência da centralização na PGF, Marcelo Siqueira aduz: “A centralização da representação judicial das autarquias e fundações permitiu uma atuação coordenada e exitosa, por exemplo, nas ações que trataram do PAC. Da mesma forma, iniciamos efetivamente a cobrança judicial das multas aplicadas por diversas entidades no exercício de seu poder de polícia, o que garante que a ação fiscalizadora desses entes tenha consequências práticas na repressão à violação da legislação federal em áreas como aviação civil, combustíveis, meio ambiente, metrologia, telecomunicações e outras.” Cf. GRIPP, Patrícia. Procuradores federais atuaram em mais de três milhões de ações em 2009 na defesa de políticas públicas. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 29.01.2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=123862&id_site=3>. Acesso em: 20.09.2010.

Devido aos limites do presente trabalho, deter-se-á nas atuações específicas dessa atividade contenciosa, que deve objetivar sempre a defesa das políticas públicas questionadas perante o Poder Judiciário e a defesa do patrimônio público, especialmente no combate à corrupção¹¹⁷.

Em primeiro lugar, é imperioso ressaltar que a Advocacia-Geral da União tem assumido o compromisso de contribuir para o desenvolvimento sustentável do Estado, o que pode ser visto por meio da atuação compartilhada¹¹⁸ das carreiras quanto ao acompanhamento do Programa de Aceleração do Crescimento - PAC¹¹⁹, bem como no acompanhamento das obras da Copa de 2014, importantes políticas públicas do atual Governo Federal.

Em ambos os casos, a AGU instituiu grupos de trabalho - Grupo Executivo de Acompanhamento do PAC - GEPAC e o Grupo Executivo de acompanhamento das ações relativas à Preparação e à Realização da Copa do Mundo FIFA 2014 - GECOPA¹²⁰ -, com o objetivo de dar suporte jurídico a estas políticas públicas, no intuito de

117 Só em 2009, a PGF, que é órgão vinculado da AGU, ajuizou 98 ações de improbidade administrativa para cobrar R\$ 32,6 milhões de agentes públicos, particulares e empresas e propôs 489 execuções de acórdãos do Tribunal de Contas da União, na intenção de obter R\$ 293,7 milhões para os cofres da União. Cf. GRIPP, Patrícia. Procuradores federais atuaram em mais de três milhões de ações em 2009 na defesa de políticas públicas. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 29.01.2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=123862&id_site=3>. Acesso em: 20.09.2010.

118 O trabalho do grupo GPAC conta com a participação de advogados da União, procuradores federais e da Fazenda Nacional, carreiras da AGU. Essa atuação coordenada permitiu, por exemplo, a realização do leilão que garantiu tarifas mais baixas de pedágio em rodovias federais da Bahia e o leilão de energia elétrica da hidrelétrica de Belo Monte, no Pará. Cf. GRIPP, Patrícia. AGU atua em quase sete mil ações do programa e garante execução das obras. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 04.12.2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=113051&id_site=3>. Acesso em: 20.09.2010.

119 Para que se tenha dimensão da atuação da AGU, quanto ao PAC: "A Advocacia-Geral da União (AGU) acompanha atualmente 6.948 ações judiciais e procedimentos administrativos referentes ao Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) do Governo Federal. Não há nenhuma obra parada de acordo com o 9º Relatório do Grupo de Acompanhamento do (Gepac/AGU), que traz a quantidade de processos/procedimentos registrados no Sistema Integrado de Controle das Ações da União até outubro deste ano." Cf. GRIPP, Patrícia. AGU atua em quase sete mil ações do programa e garante execução das obras. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 04.12.2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=113051&id_site=3>. Acesso em: 20.09.2010.

120 No dia 01.06.2010, a Advocacia-Geral da União e o Ministério dos Esportes lançaram o Grupo Executivo de acompanhamento das ações relativas à Preparação e à Realização da Copa do Mundo FIFA 2014. A criação do Gecopa decorre da necessidade de uniformização de teses e procedimentos, visando garantir a segurança jurídica na implementação do Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo FIFA 2014 e Copa das Confederações. Cf. GRIPP, Patrícia. AGU e Ministério dos Esportes lançam Gecopa para garantir realização das obras da Copa do Mundo de

evitar a judicialização das obras indispensáveis ao desenvolvimento do Estado e, caso levadas ao judiciário, atuar nos processos de maneira que prejudique o menos possível o desenvolvimento do Estado e se preserve ao mesmo tempo o direito dos cidadãos.

O resultado prático da atuação contenciosa mais racional e também efetiva demonstra o quanto o papel da AGU tem assumido importância na construção da esfera pública, e também privada, do Estado. Para demonstrar um claro exemplo de como a AGU pode – e efetivamente faz – parte da construção de uma cidadania frente ao Estado, no próximo tópico se trabalhará com a experiência dos Juizados Especiais Federais Itinerantes.

3.2.1. Os Juizados Especiais Federais Itinerantes

Os Juizados Especiais Federais foram criados para atender a determinação contida na Constituição Federal:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

§ 1º Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal. (Renumerado pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Dando-se cumprimento à missão constitucional, foi expedida a lei nº 10.259/2001, responsável em dispor sobre a instituição dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. Os JEFs se destinam ao processamento, conciliação e julgamento de pequenas causas propostas em face da União, das autarquias e empresas públicas federais.

A idéia inicial de criação dos Juizados foi inspirada pelos princípios da efetividade e da facilitação do acesso à justiça, o que se

verifica cada vez mais já que os juizados vêm causando a eliminação da chamada litigiosidade contida¹²¹, ou seja, um número cada vez mais crescente de pessoas tem procurado o reconhecimento judicial de seus direitos, pessoas que nunca tinham se socorrido anteriormente do poder judiciário. E para garantir esse acesso, a inovação é a sua mobilidade, para acolher os locais de difícil acesso ao aparelho judicial. Eis aqui a ideia dos JEFs Itinerantes.

E nota-se que aqui ocorre uma esfera privada que não se limita à prestação de um serviço, pelo Estado, a um particular. Não. Na perspectiva dos juizados especiais federais itinerantes, dá-se a chance do Estado e de seus cidadãos discutirem e quem sabe chegarem a uma conciliação, sem se subtrair qualquer direito de quem se socorre ao Poder Judiciário. Tais audiências são um claro exemplo do público (advogado público) e do privado (litigante) em que se abre para o diálogo e se constrói o Estado Democrático do Direito. O público e o privado se completam.

Nessa perspectiva, os Juizados têm sido instalados nas mais diversas regiões do país e muitas localidades que não dispõem de Vara Federal têm sido atendidas com a realização de juizados itinerantes¹²². Não se cria aqui uma prestação ao particular, mas sim se concede acesso a esse cidadão de buscar seus direitos. E no papel desses juizados especiais itinerantes destaca-se atuação do advogado público¹²³, ao assumir a empreitada de ir aos mais diversos locais do Brasil, no intuito

121 Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídicas. *Diagnóstico da estrutura e funcionamento dos Juizados Especiais Federais*. Brasília: CJF, 2003.

122 É o caso de Humaitá, onde se realizou o JEFi: "A atuação da Procuradoria Seccional da PFE/INSS em Manaus/AM no Juizado Especial Federal Itinerante - JEFi, ocorrido entre os dias 07 e 13 de dezembro de 2009 no município de Humaitá/AM, em parceria com a Seção Judiciária Federal do Amazonas e com a Gerência-Executiva do INSS de Manaus/AM, permitiu a realização e conclusão de mais de 1.091 audiências de instrução e julgamento, com a resolução consensual da grande maioria das demandas judiciais analisadas." Cf. _____, Seccional da PFE/INSS em Manaus/AM participa de 1.091 audiências de conciliação em JEFi realizado no interior do Amazonas. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 22.02.2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=126654&id_site=1116>. Acesso em: 23.09.2010.

123 Exemplos: A Procuradoria Regional da PFE/INSS da 1ª Região e a Procuradoria Federal da PGF em Tocantins (PF/PGF/TO) realizaram, em conjunto com a Justiça Federal de Tocantins e sob a supervisão da Coordenação de Gerenciamento dos JEF's da PFE/INSS, mais um Juizados Especial Federal Itinerante (JEFi) para analisar em audiências processos de benefícios previdenciários e assistenciais. O evento aconteceu no período de 16 a 27 de agosto nas cidades de Augustinópolis e Araguatins/TO e viabilizou a apreciação de 3.514 processos. Foram, portanto, 3.514 audiências realizadas em 10 dias de mutirão. Cf. GRIPP, Patrícia. Do total de processo analisados, 74,8% resultaram em acordo, improcedência ou extinção. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 08.09.2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=149138&id_site=1116>. Acesso em: 23.09.2010.

de efetivar o acesso à justiça. Somente com a parceria entre o Poder Judiciário, os advogados públicos¹²⁴ e a sociedade, essa realidade seria – e é – possível.

4 CONCLUSÃO

Essa monografia não buscou chegar a conclusões e verdades absolutas sobre qualquer dos institutos abordados aqui. Não se espera comprovar a infalibilidade da atuação, judicial ou consultiva, da Advocacia-Geral da União. E da mesma forma, não se almejou trazer o Estado como instituição já consolidada e com condições de garantir que todos os direitos fundamentais estão sendo efetivamente realizados. Não.

Esse estudo tem pretensões mais modestas, mas não menos importantes.

O que se espera ter apresentado aqui é uma Advocacia-Geral da União que pode – e que quer – estar próxima do cidadão. Uma instituição que é pouco conhecida, quanto as suas finalidades, e menos ainda quanto às suas conquistas. Mas, que trabalha cotidianamente para se aperfeiçoar, e assim ajudar a construir um novo e atual modelo de Estado. O Estado Democrático de Direito. Um Estado que não se socorre apenas do público, para tratar seus cidadãos como clientes e de outra parte não se desonera de intervir, quando a situação exigir. O Estado Democrático de Direito que constrói – ao mesmo tempo – as suas duas esferas, a público e a privada, afinal, são faces de uma mesma moeda. Complementam-se.

Nesse contexto, o trabalho da CCFA – Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, no âmbito consultivo, e o dos Juizados Especiais Federais Itinerantes, parecem ser bons exemplos da aproximação entre a sociedade e a AGU, e por via reflexa, da sociedade com o Estado.

Essa é a perspectiva de desenvolvimento do Estado que se busca: aproximar a sociedade e fazê-la ser não expectadora, mas sim

124 No exemplo do Juizado itinerante no interior de Tocantins, já citado, para atender ao grande demanda de audiências (3.514), o JEFi contou com a participação de vinte e cinco procuradores federais e oito servidores administrativos da PF/PGF/TO e da PFE/INSS, que acompanharam de perto o trabalho das 7 bancas de instrução e julgamento instaladas pela Justiça Federal e presididas por Juízes Federais. Foram realizadas cerca de 350 audiências por dia, 50 por banca de instrução e julgamento. Cf. GRIPP, Patrícia. Do total de processo analisados, 74,8% resultaram em acordo, improcedência ou extinção. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 08.09.2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=149138&id_site=1116>. Acesso em: 23.09.2010.

protagonista. E a AGU parece ser um excelente canal para viabilizar esse diálogo.

Não se pretende dizer que o objetivo já foi conquistado ou que essa aproximação já é suficiente. Não. A proposta é inaugurar – e constantemente reinaugurar esse desafio –, pois ainda há muito o que fazer. E se fará. Caso esse trabalho tenha dado ensejo a essa reflexão, já valeu a pena.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Políticas Públicas de Estado e de Governo: instrumentos de consolidação do Estado Democrático de Direito e de promoção e proteção dos direitos humanos. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. Organização de Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006.

BINEMBOJM, Gustavo. *Da Supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo*. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=228>. Acesso em: 4.10.2010.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. *Sociedade e Estado na filosofia política moderna*. 4. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1996.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: *Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico*. Organização de Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHO NETTO, Menelick de. “A contribuição do Direito Administrativo enfocado da ótica do administrado para uma reflexão acerca dos fundamentos do controle de constitucionalidade das leis no Brasil: um pequeno exercício de Teoria da Constituição”. In: *Fórum administrativo*, ano I, n. 1, Belo Horizonte: Forum, mar./2001.

_____. A Hermenêutica constitucional e os desafios postos aos Direitos Constitucionais. In: *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Organização de José Adécio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey. 2003.

CARVALHO, Juan Pablo Couto de. 15 anos da Advocacia-Geral da União: breve retrato do maior escritório de advocacia do país. *Revista da*

ESMARN. Disponível em: <http://www.esmarn.org.br/revistas/index.php/revista_teste/article/viewFile/122/134>. Acesso em: 04 out. 2010.

CASTRO, Aldemario Araujo. Uma proposta de reestruturação da Advocacia-Geral da União. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=308>>. Acesso em: 06 out. 2010

Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Secretaria de Pesquisa e Informação Jurídicas. *Diagnóstico da estrutura e funcionamento dos Juizados Especiais Federais*. Brasília: CJF, 2003.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Trad. Juliana Neuenschwander Magalhães. n° 39. Belo Horizonte: Jan./jun. 2001.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. *A Fazenda Pública em juízo*, 5. ed. São Paulo: dialética, 2007.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 491.

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

DIPPEL, Horst. Os Direitos Humanos na América, 1776-1849: redescobrimo o contributo dos Estados. In: _____. *História do constitucionalismo moderno – novas perspectivas*. Tradução de António Manuel Hespanha e Cristina Nogueira da Silva. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

FARIA, Fernando Luiz Albuquerque. A Procuradoria-Geral da União, os Interesses Primários e Secundários do Estado e a Atuação Proativa em Defesa do Estado Democrático de Direito e da Proibidade Administrativa. *Revista da AGU*, Brasília,DF, ano VII, n. 17, out./dez. 2008.

FREITAS, Marcelo Siqueira. A Procuradoria-Geral Federal e a Defesa das Políticas e do Interesse Público a Cargo da Administração Indireta. *Revista da AGU*, Brasília,DF, ano VII, n. 17, jul/set. 2008.

GINZBURG, Carlo. Sinais: raízes de um paradigma indiciário. In: *Mitos, emblemas, sinais – morfologia e história*. Tradução de Federico Carotti. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GÓIS Ewerton Oliveira. O papel da Advocacia-Geral da União. In. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes; Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRIPP, Patrícia. AGU atua em quase sete mil ações do programa e garante execução das obras. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 04.12.2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=113051&id_site=3>. Acesso em: 20.09.2010.

_____. AGU e Ministério dos Esportes lançam Gecopa para garantir realização das obras da Copa do Mundo de 2014. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 31.05.2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=113051&id_site=3>. Acesso em: 23. set.2010.

_____. Consultor-Geral aponta desafios na preparação da Copa e das Olimpíadas, durante II CBCJE. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 12.07.2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=123862&id_site=3>. Acesso em: 23. set. 2010.

_____. Do total de processo analisados, 74,8% resultaram em acordo, improcedência ou extinção. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 08.09.2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=149138&id_site=1116>. Acesso em: 23.09.2010.

_____. Justiça se apóia em conciliação da AGU e nega liminar contra construção de ponte no Rio Negro. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 18.12.2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=116451&id_site=3>. Acesso em: 04 10. 2010.

_____. Procuradores federais atuaram em mais de três milhões de ações em 2009 na defesa de políticas públicas. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 29.01.2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=123862&id_site=3>. Acesso em: 20.09.2010.

GUEDES, Jefferson Carús; HAUSCHILD, Mauro Luciano ; COSTA, A. B.; SILVA, A. M. ; SILVA, B. C. ; ROCHA, Eduardo G. ; MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de ; TEMPERANI, P. B. *Nos Limites da história: a construção da Advocacia-Geral da União*. Brasília: Unip - Unafe, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. vol. II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

_____. *Era das Transições*. Tradução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do Homem*. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1974.

HUNT, Lynn. “Eles deram um grande exemplo”: declarando os direitos. *In: _____ . A invenção dos direitos humanos – uma história*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1996.

LUHMANN, Niklas. “A Constituição como aquisição evolutiva”. Tradução de Menelick de Carvalho Netto (para fins acadêmicos). *In: ZAGREBELSKY, Gustavo, PORTINARO, Píer Paolo, LUTHER, Jörg (Orgs.). Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996.

MACEDO, Rommel, *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.

MACIEL, Omar Serva. A Advocacia-Geral da União como fomentadora de política pública ambiental: um enfoque na APA da Mantiqueira (uma APA de “papel”?). *Revista da AGU*, Brasília, DF, ano VII, n. 16, abr/jun. 2008.

MADISON, James. Federalista nº 10 e nº 51. *In: _____*.

HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6 ed. Coimbra: Coimbra t.I, 1997, p. 86

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado democrático de Direito. In: *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes; Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PAIXÃO, Cristiano; BIGLIAZZI, Renato. *História constitucional inglesa e norte-americana: do surgimento à estabilização da forma constitucional*. Brasília: UnB, Finatec, 2008.

PAIXÃO, Cristiano. “Arqueologia de uma distinção – o público e o privado na experiência histórica do direito”. In: PEREIRA, Claudia Fernanda Oliveira (org.). *O novo direito administrativo brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2003.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira (coord). *O Novo direito Administrativo Brasileiro: o público e o privado em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas. In: *Políticas Públicas Reflexões sobre o conceito jurídico*. Organização de Maria Paula Dallari Bucci. São Paulo: Saraiva, 2006.

PINTO, Cristiano Araújo Paixão. *Modernidade, Tempo e Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RAMOS, William Junqueira. A missão institucional da Advocacia-Geral da União no Estado brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 2026, 17 jan. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12207>>. Acesso em: 04 out. 2010.

RIBEIRO, Leane. Atuação do NAI/SP na padronização de editais sobre licitações e contratos públicos é reconhecida pelo MPOG. *Notícias da AGU*,

Brasília-DF. Publicada em 02.12.2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=112254&id_site=3>. Acesso em: 06 set. 2010.

RIBEIRO, Leane; GRIPP, Patrícia. Câmara da AGU consolida acordo entre INSS e ECT para pagamento de débitos previdenciários. *Notícias da AGU*. Brasília-DF. Publicado em: 18.12.2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=113870&id_site=3>. Acesso em: 04 out. 2010.

ROSENFELD, Michel. *A Identidade do Sujeito Constitucional*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SOARES, Rogério Ehrhardt. O conceito ocidental de constituição. *Revista de legislação e jurisprudência*, Coimbra, ano 119, n° 3743, 01 jun. 1986, e n 3744, 01 jul. 1986.

SOUTO, João Carlos. *A União Federal em júízo*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SOUZA JÚNIOR, Cezar Saldanha, *A crise da democracia no Brasil: aspectos políticos*. Rio de Janeiro: Forense.

SOUZA, Luciane Moessa de. Consultoria Jurídica no exercício da advocacia pública: a prevenção como melhor instrumento para a concretização dos objetivos do Estado brasileiro. In. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes; Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. A 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*, ano VIII, n. 19, jan/mar, 2009.

VIEIRA, Ronaldo Jorge Araújo. A Advocacia Pública Consultiva Federal e a Sustentabilidade Jurídico-Constitucional das Políticas Públicas: dimensões, obstáculos e oportunidades na atuação da Advocacia-Geral da União. In. *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*. Coordenação de Jefferson Carús Guedes; Luciane Moessa de Souza. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Advogado-Geral faz defesa da conciliação. Notícias da AGU. Brasília-DF. Publicado em: 30.09.2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateMidiaTextoThumb.aspx?idConteudo=150065&id_site=3>. Acesso em: 04 out. 2010.

_____. Advocacia-Geral rebate críticas de José Serra contra a instituição. Notícias da AGU. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=150057&id_site=3>. Acesso em: 03 out. 2010.

_____. Balanço Geral da União. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/divia-ativa-da-união/dados-estatisticos>>. Acesso em: 6 Set. 2010.

_____. *Prêmio Inovare 2008*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/consumidor/data/Pages/MJA5672F84ITEMID8E3FB43A289F4AF692C5821E2803C956PTBRIE.htm>>. Acesso em: 02. out. 2010.

_____. Seccional da PFE/INSS em Manaus/AM participa de 1.091 audiências de conciliação em JEFi realizado no interior do Amazonas. Notícias da AGU. Brasília-DF. Publicado em: 22.02.2010. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=126654&id_site=1116>. Acesso em 23. set.2010.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional
SIG, Quadra 6, Lote 800
70610-460, Brasília – DF
Tiragem: 4.000 exemplares