

CONTROLE DE LEGALIDADE: QUAL O ESPAÇO PARA SOLUÇÕES CONSENSUAIS?¹

Grace Maria Fernandes Mendonça*

Sumário: 1. Introdução; 2. A Administração Consensual no Século XXI; 3. Reflexos do consensualismo sobre o novo perfil da Advocacia Pública; 4. Experiências bem-sucedidas no âmbito federal; 5. Considerações finais; Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A ampliação de espaços para a construção de soluções consensuais tem sido uma preocupação no contexto mundial. No BRASIL, o elevado grau de judicialização tem impulsionado o legislador a investir na construção de soluções inovadoras, capazes de trazer a pacificação dos conflitos por intermédio do diálogo e do consenso.

Não obstante esse verdadeiro estímulo do legislador, é corrente entre os profissionais do direito, em especial daqueles que litigam em nome do Estado, o justo receio de, no futuro, serem responsabilizados pelo uso de ferramentas ligadas à solução consensual de controvérsias. O fortalecimento desse ambiente consensual passa, assim, pela necessidade de construção de pilares precisos, que tragam maior clareza quando o assunto é o controle.

O presente artigo busca discorrer sobre a seara conferida pelo legislador para a construção de soluções consensuais no contexto do controle de legalidade inerente à Administração Pública.

Nessa perspectiva, serão apresentadas algumas reflexões acerca de elementos ligados ao modelo de Administração Consensual do Século XXI, assim como considerações em torno da atuação da Advocacia Pública nessa esfera de consenso. Também serão mencionadas iniciativas de sucesso no âmbito da Advocacia-Geral da União quando se propôs a criar mecanismos de solução pacífica de conflitos, mesmo diante das incontáveis adversidades próprias dessa temática.

Todo o esforço institucional vem sendo no sentido de elidir a vertente de atuação meramente adversarial ou protelatória para que sejam firmados novos eixos capazes de dar corpo a uma Advocacia Pública cooperativa. E essa será a linha de conclusão do presente trabalho.

¹ Palestra proferida no Painel “Consensualismo e Administração Pública” do Congresso “Advocacia e Administração Pública”, ocorrido em março de 2017.

* Advogada-Geral da União. Especialista em Direito Processual Civil e mestranda em Direito Constitucional. Professora da Universidade Católica de Brasília (2002-2015) nas disciplinas de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Processual Civil. Foi Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União (2003-2016), Adjunta do Advogado-Geral da União (2002-2003) e Coordenadora-Geral do Gabinete do Advogado-Geral da União (2001-2002).

2. A Administração Consensual no Século XXI

O dinamismo do Direito Administrativo pátrio, em especial diante do contínuo processo de modernização da Administração Pública, tem permitido a construção de novos pilares, muitos deles inovadores e indispensáveis ao atendimento das exigências da própria sociedade.

Uma percepção diferenciada acerca do princípio da legalidade estrita aplicável à Administração Pública², assim como uma maior clareza em torno do alcance da supremacia do interesse público e de princípios como o da razoabilidade, da proporcionalidade, da boa-fé e da proteção à confiança, tem sido determinante para a construção de um direito administrativo mais moderno, apto a atender às novas vertentes de atuação da Administração Pública.

A compreensão desses princípios, à luz dos direitos fundamentais, vem permitindo a configuração de uma nova forma de gestão administrativa, voltada à construção de um ambiente muito mais favorável ao consenso entre administração e administrado e menos pautado pela unilateralidade. Ou seja, a unilateralidade vem cedendo espaço para o diálogo e a cooperação, e o Direito Administrativo, como não poderia deixar de ser, tem buscado as conformações necessárias para essa nova realidade.

É nesse contexto que deve ser lido o disposto no art. 2º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.784/99, segundo o qual o processo administrativo deve seguir critérios de atuação conforme a lei e o Direito. A ação do Poder Público deve buscar o alinhamento ao Direito. Logo, o Direito Administrativo deve prestar reverência aos princípios e normas constitucionais, avançando a necessária correspondência e abandonando a vinculação estrita à lei³.

Justamente por força dessa nova concepção é que se fala em passagem da legalidade estrita à juridicidade, mediante um novo olhar acerca do princípio da supremacia do interesse público, mais atento aos direitos fundamentais e ao princípio da proporcionalidade.

Diante desse novo conceito de Administração Pública, mais aberta à participação do administrado, mais voltada ao diálogo e à gestão negocial e, em decorrência, menos intransigente e imperativa, é que se posiciona o Direito Administrativo contemporâneo. Esse novo perfil administrativo, que acaba por mitigar o padrão autoritário, rígido, isolado e unilateral da Administração Pública, numa atuação fundada em bases atuais, favorece a construção de novos eixos de solução de conflitos, a exemplo da denominada administração consensual, que encerra em si um renovado modelo de boa governança.

² “A juridicidade administrativa traduz uma legalidade mais exigente, revelando que o Poder Público não está sujeito apenas limitado do Direito que cria, encontrando-se também condicionado por normas e princípios cuja existência e força vinculativa não se encontram na disponibilidade desse mesmo poder. Neste sentido, a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação ao Direito, registrando-se aqui o abandono de uma posição positivista-legalista (...)”. OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*. Coimbra: Almedina. 2. reimp. 2011, p. 16.

³ OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*. Coimbra: Almedina. 2. reimp. 2011.

Aliás, a visão de uma boa gestão administrativa tem amparo no próprio princípio da eficiência enquanto direito fundamental, ou seja, o cidadão tem o direito fundamental a uma boa administração, conforme preconiza o artigo 41 da Carta de Direitos Fundamentais da UNIÃO EUROPEIA⁴.

O princípio da eficiência consubstancia o direito fundamental à boa administração, que tem como pressuposto um agir administrativo mais racional, mais célere, voltado à simplificação de procedimentos e à economicidade. Eis o destaque da doutrina acerca do alcance desse direito fundamental:

(...) trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade de princípios constitucionais e correspondentes prioridades⁵.

Essa visão do princípio da eficiência como direito fundamental tem a grande virtude de reduzir distâncias entre administrado e administração, numa atuação administrativa que guarda relação de correspondência direta com o que o cidadão espera da Administração Pública e não com o que a Administração Pública quer que o cidadão dela espere.

Em outras palavras, a tomada de decisão do administrador público deve retratar uma escolha transparente, pautada pela ética e firmada a partir do diálogo estabelecido com o administrado – daí a importância das denominadas audiências públicas no processo de escolha da Administração. A boa administração deve estar sustentada na *legalidade temperada*, superando-se a legalidade estrita, por meio de uma administração pública *preventiva, precavida e eficaz*, cujos resultados observem os indicadores de qualidade de vida⁶.

⁴ Termo utilizado pela primeira vez pelo art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000 (Carta de Nice), que assim dispõe: “Art. 41: Direito a uma boa administração. 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: - o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente, - o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; - a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. (...)”. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>.

⁵ FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 35.1, jan./jun. 2015, p. 198.

⁶ FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC, v. 35.1, jan./jun. 2015, p. 198-199.

A concepção moderna de uma Administração Pública consensual e mais flexível tem reflexo direto na atuação da Advocacia Pública, conferindo-lhe uma nova feição, conforme será analisado na sequência.

3. Reflexos do consensualismo sobre o novo perfil da Advocacia Pública

A Administração Pública consensual, que se expande para permitir a cooperação, a colaboração, os acordos e um maior espaço para a prática de atos bilaterais, tem repercussão direta e imediata na atuação da Advocacia Pública.

Antes, porém, de adentrar nas acomodações que devem ser realizadas na esfera de atuação do advogado público, é importante registrar que os desdobramentos dessa dinâmica em *mutação*, para fazer referência às indispensáveis lições do Professor DIOGO DE FIGUEIREDO, revela-se em três esferas da atuação administrativa⁷.

Em um primeiro momento, essa nova visão de boa governança contagia a *tomada de decisão* do administrador público. Ou seja, antes das escolhas administrativas, a participação do administrado passa a ter valor, tal como se observa nas audiências públicas ou mesmo nos plebiscitos e referendos. Atualmente a Administração Pública busca ouvir antes de decidir, medida que, em um passado recente e numa visão de Administração Pública distante e isolada, não seria sequer concebida, porquanto bastava a Administração Pública determinar o que deveria ser cumprido pelo administrado.

Hoje, o que se observa é uma verdadeira ampliação das hipóteses de realização de audiências públicas. A Administração passou a constatar que o destinatário de sua atuação deve ser ouvido para que uma boa gestão se concretize. É o que se tem observado, por exemplo, nas audiências públicas desencadeadas para discutir tomadas de decisão nos setores elétrico e ambiental, numa verdadeira comprovação de que a melhor decisão é aquela tomada a partir da compreensão de todas as vertentes da questão e da oitiva de todos os atores envolvidos, em especial dos destinatários da ação administrativa.

Todavia, essa boa governança não é revelada apenas na mudança de comportamento na fase preliminar à ação do administrador. Em um segundo momento, na esfera da *função administrativa* ou executiva em sentido estrito, esse também deve ser o norte a ser seguido. Nessa segunda etapa, há figuras contratuais de convergência típicas e reveladoras da importância dessa gestão mais participativa e negocial, tal como ocorre nas parcerias, inclusive envolvendo o setor privado, assim como nos convênios e nos consórcios. Atualmente há uma riqueza de mecanismos concretos de aproximação da Administração Pública dos diversos setores da sociedade na execução das políticas públicas fixadas pelo gestor.

Em uma terceira frente, a merecer atenção diferenciada, encontra-se a denominada *resolução de conflitos*. É conhecida a ampliação exacerbada da

⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. **RDA**. Vol. 231. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2003, p. 147-155.

judicialização em nosso país. Ações de toda a natureza são diariamente submetidas ao Poder Judiciário nacional. Essa nova visão de uma Administração Pública mais moderna, mais próxima e mais consensual deve permear também a atuação do advogado público, encarregado de representar em juízo e fora dele os interesses da Administração Pública. Daí a importância de trabalhar diretamente com o manejo de mecanismos consensuais tanto no âmbito da advocacia denominada preventiva como na contenciosa, buscando sempre a composição de litígios.

Se por um lado o advogado público sabe que deve pautar sua atuação pelo princípio da indisponibilidade do interesse público, por outro também é conhecedor do alcance dos princípios da legalidade e da eficiência – agora compreendida como direito fundamental do cidadão –, circunstância que lhe dá suporte para o exercício da avaliação e a ponderação acerca do melhor interesse público nos casos concretos.

Nesse contexto, a missão conferida à Advocacia Pública em todos os níveis da federação abrange o controle acerca da prática de atos administrativos em geral, mediante atuação consultiva e assessoramento jurídico dos mais diversos órgãos inseridos na estrutura administrativa do ente federativo. Tal atuação, aliás, não se restringe a apontar para o gestor a inviabilidade da prática, procurando também indicar os caminhos e as soluções juridicamente sustentáveis para o alcance do objetivo perseguido pela Administração, numa advocacia genuinamente propositiva.

Além dessa frente, também é reservada à Advocacia Pública a missão de promover a melhor defesa do ente em juízo, não somente por intermédio da formulação de teses como também através de uma nova forma de encarar o conflito, em um contencioso cooperativo ou colaborativo.

Importante registrar que uma autêntica Advocacia de Estado se constrói mediante eficiente atuação consultiva, capaz de realizar um efetivo filtro primário, no âmbito do qual são identificados problemas de juridicidade, de legalidade, de moralidade, tudo isso voltado a garantir o valor inestimável que é a segurança jurídica na atuação administrativa. Uma eficaz advocacia preventiva elide conflito, previne a litigiosidade e aumenta a segurança jurídica, ao mesmo tempo em que viabiliza a implementação de políticas públicas, por meio do agir administrativo juridicamente sustentável e eticamente correto.

No âmbito dessa atuação consultiva, é de fundamental importância o desenvolvimento de uma Advocacia de Estado capaz de uniformizar entendimentos, trazendo balizas seguras que permitam estender soluções adotadas em determinados casos para situações semelhantes. Referida medida, ao mesmo tempo em que confere celeridade e segurança jurídica na atuação, ainda tem a virtude de trazer para o administrado a previsibilidade acerca da atuação administrativa em situação concreta de seu interesse. Essa uniformização de entendimentos promovida pela Advocacia consultiva atende diretamente ao princípio da impessoalidade, já que traz eixos precisos e linhas de solução balizadoras que poderão ser consideradas em casos análogos.

Portanto, quando o assunto é a *resolução de conflitos*, à luz de elementos consensuais próprios dessa nova visão da Administração Pública, o trabalho do advogado público na seara consultiva é fundamental tanto na orientação dada ao gestor público, mediante análise prévia acerca da juridicidade do ato, quanto na

consolidação de entendimentos, capaz de trazer uniformização de posicionamentos, os quais serão aplicados em situações similares.

Em acréscimo a esse controle prévio e à uniformização de entendimentos – estes no aspecto de prevenção –, integram também a atuação administrativa quando o assunto é a *resolução de conflitos*, e estes já estão instalados, elementos consensuais ou meios alternativos de solução, situados no âmbito da composição de litígios.

Assim, em outra vertente de atuação da advocacia pública, figura a representação judicial própria de um contencioso cooperativo. É dizer, quando se apresenta em juízo, deve também – e especialmente – o Poder Público fazer uso de técnicas de solução consensual de conflitos, a exemplo da negociação, da mediação e da conciliação, ou mesmo, no âmbito extrajudicial, da arbitragem.

Tais ferramentas passam a ter, no contexto atual, valor diferenciado, mormente considerando que o jurisdicionado, ao apresentar seu conflito ao Poder Judiciário, espera uma prestação jurisdicional célere, capaz de promover uma rápida pacificação social – expectativa, a propósito, cada dia mais frustrada pela crescente sobrecarga de processos imposta aos Tribunais pátrios.

O congestionamento dos Tribunais torna o funcionamento do sistema de justiça menos eficiente, gerando impactos financeiros negativos para o Estado brasileiro como um todo.

Não por outra razão, o BRASIL figura entre os países detentores dos mais elevados custos para a tramitação de um processo judicial e para a manutenção da máquina judiciária. De acordo com estudos recentes que consideram a relação de tais despesas em face do Produto Interno Bruto (PIB), as despesas do Poder Judiciário no BRASIL equivalem a 1,3% do PIB. Somados a esse percentual o orçamento do Ministério Público, de 0,32% do PIB, e mais 0,2% do custo das Defensorias Públicas e da Advocacia Pública, o gasto total com o Sistema de Justiça no país chega a 1,8% do PIB, ou R\$ 121 bilhões. Apenas a título comparativo, cabe mencionar que esse sistema consome 0,2% do PIB na França, 0,3% do PIB na Itália, 0,35% do PIB na Alemanha e 0,37% do PIB em Portugal⁸.

Esses dados revelam que se mostra bastante dispendioso manter um sistema judicial sobrecarregado como o brasileiro. Considerando que o Poder Público é um dos maiores demandados em juízo, a Advocacia Pública passa a ter um papel relevante nesse processo, sendo salutar que se adotem novas práticas, sempre dentro dos marcos da legalidade, a fim de minimizar essa situação.

Nessa linha, merece também registro um dos objetivos da Agenda das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável – Agenda ONU 2030, qual seja o de número 16: “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”⁹.

Daí a necessidade de desdobramentos concretos de caráter processual que fixem novas balizas para a efetivação da justiça, mediante a garantia de procedimentos de tutela adequada, célere e efetiva, assim como de solução

⁸ DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. The Observatory of Social and Political Elites of Brazil. V. 2, N. 9, Curitiba: UFPR, julho-2015, p. 7-8.

⁹ Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>.

alternativa de conflitos¹⁰. Fundamental a criação de um ambiente que favoreça não apenas um acesso formal ao sistema de justiça, como também à ordem jurídica justa, de modo a se implementar uma prestação jurisdicional eficaz e satisfatória.

A doutrina, aliás, de longa data vem chamando a atenção para o quadro de descontentamento dos cidadãos com a falta de efetividade do Poder Judiciário na rápida pacificação dos conflitos sociais¹¹. A sobrecarga de demandas e a incapacidade institucional de resposta por meio do modelo de “cultura de sentenças”, termina, em última análise, a infirmar a própria legitimidade do Estado em sua função jurisdicional.

Atenta a essa realidade, a conjuntura do direito processual contemporâneo então passou a consagrar diretrizes voltadas ao modelo consensual e à consequente diminuição da litigiosidade.

A preocupação acerca da formatação de um novo modelo de solução de conflitos vem estampada logo no início da Lei Federal nº 13.105/2015 (Novo CPC, art. 2º, §3º), ao prescrever que, não obstante o princípio da inafastabilidade da jurisdição: “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

Pois bem, tal panorama, ao lado dos benefícios decorrentes do próprio sistema de precedentes, é complementado por previsões relevantes para o modelo negocial, em, pelo menos, quatro pontos da legislação processual civil: a) capítulo exclusivo para a mediação e a conciliação (arts. 165 a 175); b) audiência prévia ao oferecimento da defesa do réu (arts. 334 e 695); c) homologação judicial de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III) e; d) possibilidade de inclusão, na autocomposição judicial, de matéria e sujeitos além do objeto litigioso (art. 515, §2º).

Alinha-se a esse contexto a Lei Federal nº 13.140/2015, dispondo sobre a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública – que está na iminência de ser regulamentada pelo Presidente da República.

Reforça-se, pois, o emblemático marco normativo no paradigma do tribunal multiportas¹² que vinha sendo protagonizado pela Resolução nº 125/2010, do

¹⁰ “O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa ‘terceira onda’ de reforma inclui a advocacia, judicial e extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”. CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. Acesso à Justiça. Porto Alegre: SAFE, 2002, p. 25.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 138-141; 343-347.

¹² Conceito desenvolvido pelo professor de direito da Universidade de Harvard Frank Sander que, em síntese, busca examinar as diferentes formas de encaminhamento e resolução de conflitos (ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tânia; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução. Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 30-32).

Conselho Nacional de Justiça, ao dispor sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário¹³.

Nesse cenário, qual o espaço para atuação dos membros da Advocacia Pública? Como ingressar, com segurança, nesse ambiente de consensualidade representando interesses indisponíveis?

Enquanto Função Essencial à Justiça, o compromisso da Advocacia Pública é com a tutela do interesse público mediante a defesa do Estado, do Erário e das políticas públicas formuladas pelos agentes políticos democraticamente eleitos – imprescindíveis para a efetivação de direitos fundamentais de toda ordem.

Naturalmente, como decorrência da magnitude das funções desempenhadas, o número de litígios envolvendo os órgãos públicos da Administração direta e indireta – aqui incluídas as empresas estatais – ainda é elevado, conforme demonstram os dados estatísticos do Conselho Nacional de Justiça¹⁴. E o Poder Público é parte em cerca de 51% dos processos judiciais.

Na qualidade de principais usuários e maiores demandados, os entes públicos podem colaborar concretamente para o estabelecimento de um sistema judicial mais refinado, capaz de entregar uma rápida solução para o conflito estabelecido e de paulatinamente ir construindo um novo modelo de efetivo acesso à justiça. Nesse sentido, a própria legislação de regência incentiva a solução consensual de conflitos, inclusive por parte dos entes públicos, contribuindo para a diminuição da litigiosidade e amenizando a sobrecarga imposta ao sistema judicial.

Essa vertente colaborativa da Advocacia Pública no contexto de uma Administração Consensual é concreta, na medida em que há uma série de mecanismos inerentes à atuação dos Advogados Públicos aptos a minimizar o excesso de controvérsias levadas a juízo. E cabe frisar a plena possibilidade de a Administração Pública fazer uso desses meios consensuais de resolução de litígios. Tal conclusão foi incorporada no Enunciado nº 60, aprovado pela recente I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, promovida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

As vias adequadas de solução de conflitos previstas em lei, como a conciliação, a arbitragem e a mediação, são plenamente aplicáveis à Administração Pública e não se incompatibilizam com a indisponibilidade do interesse público, diante do Novo Código de Processo Civil e das autorizações legislativas pertinentes aos entes públicos.

¹³ No âmbito da justiça federal, após o advento no Novo CPC e da Lei de Mediação, o Conselho da Justiça Federal editou a Resolução nº 398/2016, regulamentando a “Política Judiciária de solução consensual dos conflitos de interesses no âmbito da Justiça Federal”.

¹⁴ A Justiça Federal, por exemplo, finalizou o ano de 2015 com aproximadamente 9,1 milhões de processos em tramitação (BRASIL. Justiça em números 2016. Brasília: CNJ, 2016, p. 222).

Mesmo diante desse espaço legítimo de solução consensual, surpreendem os dados segundo os quais, no âmbito da Justiça Federal, o índice de conciliação aferido pelo CNJ em 2016 foi de apenas 3,4% em média¹⁵.

A consolidação do aludido novo modelo de solução de controvérsias tende a modificar esse quadro, com a elevação desse índice e com a fixação de balizas seguras. Não por outra razão, o Enunciado nº 74, também aprovado pela jornada referida acima, consignou que:

Havendo autorização legal para a utilização de métodos adequados de solução de controvérsias envolvendo órgãos, entidades ou pessoas jurídicas da Administração Pública, o agente público deverá: (i) analisar a admissibilidade de eventual pedido de resolução consensual do conflito; e (ii) justificar por escrito, com base em critérios objetivos, a decisão de rejeitar a proposta de acordo.

Pois bem, quais são os parâmetros e os pressupostos para uma atuação segura em tal seara? É sabido que, além da reverência à *juridicidade*, conforme acima mencionado, o Advogado Público deve também estar atento a critérios de *economicidade* – em outras palavras, deve fundamentar-se detidamente nas vantagens da transação como contrapartida para a Administração – e, de regra, a observância do sistema de pagamentos por *precatórios*.

Nessa linha assentou o paradigmático Acórdão nº 1234/2004 (TC 011.105/2004-3), do Tribunal de Contas da União, segundo o qual a ordem cronológica prevista no artigo 100 da Constituição da República não pode ser afastada:

(...) Outro ponto a ser salientado é a questão de que o instituto da transação não pode ser utilizado para burlar o estabelecido no art. 100 da Constituição Federal, ou seja, o respeito à ordem de pagamento de precatórios.

O esclarecimento quanto ao *an debeatur* e ao *quantum debeatur*, objeto da transação, não significa o pronto pagamento de um eventual crédito ao particular. Conforme expresso nos Acórdãos nºs 52/2001 – Plenário e 47/2002 – Plenário, ainda que haja acordo entre as partes, os pagamentos oriundos de ações judiciais somente podem ser efetuados por meio de precatório. Por conseguinte, não se pode usar da faculdade conferida (...) para burlar o estabelecido no art. 100 da Constituição Federal.

¹⁵ Idem, p. 266.

Segundo a Corte de Contas, portanto, não há que se falar em impossibilidade de transação pelo Poder Público. A indisponibilidade do interesse público guarda relação de compatibilidade também com a solução consensual de controvérsias, nos limites expressos na legislação de regência.

Todavia, conforme preconizou o TCU, na efetivação de tais consensos, o advogado público deve observar se a transação traz algum proveito, sendo vedadas transações desvantajosas à Administração Pública e que violem os princípios constitucionais norteadores do agir administrativo: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. De fato, “(...) o instituto importado do Direito Civil não deve ser usado para promover interesses escusos, favorecimento de particulares ou dano ao erário, devendo o gestor público acautelar-se e justificar meticulosamente o acordo”. (Acórdão nº 1.234/2004).

Por fim, o mesmo deve ser dito quanto à observância das regras de competência e anuência conforme os valores de alçada fixados em regulamento para a realização de transações, nos termos da Lei Federal nº 13.140/2015, que alterou a Lei Federal nº 9.469/1997.

Pois bem. Traçadas essas linhas gerais sobre o novo perfil da Advocacia Pública, a seguir serão abordadas algumas experiências de sucesso implementadas na Advocacia-Geral da União, tendo como norte o novo modelo de Administração consensual.

4. Experiências bem-sucedidas no âmbito federal

A Advocacia-Geral da União, particularmente, há muito vem se dedicando aos métodos de solução consensual de conflitos, como forma de contribuir para a redução da litigiosidade e para a atenuação da sobrecarga do sistema judicial.

Em 2007, diante de levantamento que demonstrou haver um elevado número de feitos judiciais em tramitação envolvendo entes da Administração Pública federal em ambos os polos, verificou-se a necessidade de que tais questões fossem resolvidas no próprio âmbito da União, sem a necessidade de submissão ao sistema judicial.

De fato, litígios envolvendo órgãos e entes federais como requerentes e requeridos acabavam passando à sociedade a impressão de uma desorganização interna do Poder Público federal que, por não obter êxito em administrar internamente os diversos interesses tutelados, acabava por sobrecarregar o Poder Judiciário com esse tipo de demanda.

Considerando que a Advocacia-Geral da União possui a missão constitucional de representar judicial e extrajudicialmente a União, incluídos os três Poderes da República¹⁶, seria, portanto, a Instituição competente para buscar a solução para esses impasses. Assim, e tendo como parâmetro a busca por uma

¹⁶ Constituição Republicana de 1988: “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”.

Administração Pública eficiente e eficaz, em 2007 foi criada, no âmbito da Consultoria-Geral da União – órgão da AGU –, a *Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal* – CCAF¹⁷.

De início, a CCAF possuía competência para buscar solucionar, por meio de conciliação ou arbitramento, apenas as controvérsias jurídicas que envolviam a União, suas autarquias e fundações, as sociedades de economia mista e as empresas públicas federais. Ou seja, a atuação do órgão se concentrava no âmbito federal. Nesse sentido, as controvérsias envolvendo os órgãos e entidades da Administração Pública federal, antes de serem submetidas ao sistema judicial, eram discutidas na seara da CCAF e, apenas quando não obtida a solução consensual, o conflito era dirigido ao Poder Judiciário. Essa dinâmica também passou a ser aplicada, num primeiro momento, aos casos já em tramitação judicial.

Mais adiante, sedimentou-se, no âmbito da AGU, entendimento no sentido de que, como regra geral, a primeira via para a resolução de conflitos envolvendo a União, suas autarquias e fundações seria a consensual. Há inclusive regra interna de órgão da AGU¹⁸ determinando que, para o ajuizamento de ação judicial nesses casos, é necessária autorização expressa.

Tal concepção foi, inclusive, incorporada recentemente pela já mencionada Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), numa perspectiva mais ampla, ao estabelecer o seguinte: “A propositura de ação judicial em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União” (art. 39).

Diante do bom êxito dos trabalhos que estavam sendo desenvolvidos pela CCAF, a AGU passou a receber demandas dos Estados no sentido de que também eles teriam interesse na solução consensual de suas controvérsias com a União. Em decorrência, no ano de 2008, a competência da CCAF foi ampliada para resolver igualmente controvérsias entre entes federais e a Administração Pública dos Estados e do Distrito Federal, mas somente pela via da conciliação¹⁹. Em seguida, essa possibilidade de conciliação foi estendida aos Municípios que fossem capital de Estado e àqueles que possuíssem mais de duzentos mil habitantes²⁰.

Mais recentemente, com a edição do Decreto nº 7.392/2010 – que aprova a Estrutura Regimental da AGU –, foi mantida a possibilidade de conciliação entre entes e órgãos da Administração Pública Federal, bem como entre esses e a Administração Pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, agora sem o limite relativo ao número de habitantes.

¹⁷ A Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF foi criada pelo Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007 e instituída pela Portaria AGU nº 1.281, de 27 de setembro de 2007, cujo art. 1º previu o seguinte: “O deslinde, em sede administrativa, de controvérsias de natureza jurídica entre órgãos e entidades da Administração Federal, por meio de conciliação ou arbitramento, no âmbito da Advocacia-Geral da União, far-se-á nos termos desta Portaria”.

¹⁸ Portaria do Procurador-Geral Federal nº 530, de 13 de julho de 2007: “Art. 9º Estabelecida controvérsia de natureza jurídica entre entidades da Administração indireta, ou entre tais entes e a União, a adoção de qualquer providência em juízo deve ser precedida de consulta à Procuradoria-Geral Federal”.

¹⁹ Portaria AGU nº 1.099, de 28 de julho de 2008.

²⁰ Portaria AGU nº 481, de 06 de abril de 2009.

Sobre o ponto, cabe mencionar a recomendação de uma postura colaborativa entre as Procuradorias dos entes federados nos moldes do entendimento fixado no Enunciado nº 31 da mencionada I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios” promovida pelo STJ:

É recomendável a existência de uma advocacia pública colaborativa entre os entes da federação e seus respectivos órgãos públicos, nos casos em que haja interesses públicos conflitantes/divergentes. Nessas hipóteses, União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão celebrar pacto de não propositura de demanda judicial e de solicitação de suspensão das que estiverem propostas com estes, integrando o polo passivo da demanda, para que sejam submetidos à oportunidade de diálogo produtivo e consenso sem interferência jurisdicional.

Como próximo passo, a AGU vem se preparando para o adequado tratamento interno a ser conferido aos conflitos envolvendo particulares e União, conforme previsto na Lei de Mediação, após sua indispensável regulamentação por meio de decreto presidencial²¹. Será necessária a definição de premissas claras que possam subsidiar e conferir segurança jurídica para disciplinar essa situação que engloba os particulares e o Poder Público.

O êxito do trabalho desenvolvido pela CCAF já vem sendo reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Ao receber uma ação cível originária em que estejam em polos opostos a União e os Estados-membros, alguns Ministros da Corte têm submetido o feito à Câmara de Conciliação da AGU para que seja avaliada a possibilidade de solução consensual.

Além da CCAF, há que se mencionar ainda a iniciativa das *Centrais de Negociação*, conduzidas pela Procuradoria-Geral da União (PGU) da AGU e que, inclusive, receberam o “Prêmio Inovare” de 2015 na categoria especial, superando outros 63 inscritos²².

Por meio dessas centrais, somente no ano de 2016, foram celebrados mais de 17 mil acordos com 17,8 mil servidores públicos da União. Fato que gerou economia direta de R\$ 20 milhões, estimando-se que aproximadamente R\$ 126 milhões deixaram de ser gastos pelo Poder Público.

As centrais funcionam por meio de duas etapas: na primeira, os Advogados Públicos identificam, no âmbito dos Juizados Especiais Federais e Tribunais de todo o país, demandas envolvendo servidores públicos que já disponham de jurisprudência desfavorável à União. Na segunda, com a ajuda do próprio Poder Judiciário, são organizados mutirões com os interessados em acelerar a conclusão dos processos. Em contrapartida, a AGU consegue negociar uma redução de juros e

²¹ Em conformidade com os artigos 32 e 43 da Lei Federal nº 13.140/2015.

²² Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/proposta/centrais-de-negociacao-cnpgu/print>>.

de eventuais multas. Prestigia-se, a um só tempo, a efetividade e a duração razoável dos processos.

No mesmo sentido, é de se salientar também o *Programa de Redução de Litígios* da PGU. A iniciativa figurou entre as vencedoras do 19º concurso Inovação na Gestão Pública Federal. O objetivo principal do Programa é a redução da litigiosidade, por meio da desistência ou da não interposição de recursos, ou mesmo pelo reconhecimento jurídico do pedido, em feitos nos quais não se vislumbra perspectiva de êxito em virtude da jurisprudência pacificada de modo desfavorável aos interesses defendidos pela AGU, de acordo com o previsto em súmulas, pareceres e instruções normativas editados pela Instituição²³.

Com isso, possibilita-se uma atuação mais estratégica do advogado público, que passa a dedicar-se aos feitos mais relevantes, nos quais há chances reais de obtenção de decisão favorável.

Nessa linha de atuação, o esforço da AGU já vem produzindo impactos positivos no âmbito do Poder Judiciário. No período de 2004 a 2014, segundo apuração do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a União deixou de figurar na primeira colocação entre as entidades mais demandadas no Tribunal e passou a ocupar a quarta posição²⁴. Uma comprovação de que a política interna de redução de litigiosidade está no caminho certo.

Outro projeto premiado recentemente, no âmbito da 7ª edição do Prêmio “Conciliar é Legal” do CNJ, divulgada no início de fevereiro de 2017, foi a criação da Equipe de Trabalho Remoto – Benefício por incapacidade (ETR-BI) da Procuradoria-Geral Federal (PGF), em parceria com o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)²⁵.

Com o fim de reduzir a litigiosidade em feitos previdenciários, uma equipe de Advogados Públicos analisa processos em que os segurados pleiteiam a concessão ou o restabelecimento de benefícios por incapacidade (auxílio-doença e aposentadoria por invalidez) e celebra, com a ajuda de sistema eletrônico do TRF4, acordos nos casos em que o autor da ação efetivamente esteja incapacitado e preencha os requisitos para receber o pagamento. Em apenas dois meses de funcionamento, já ocorreram 1,4 mil conciliações. Ao longo do ano de 2017, o projeto vem sendo expandido para os demais Tribunais Regionais Federais.

Por meio desses acordos, os segurados obtêm o benefício de forma mais célere ao mesmo tempo em que a Administração Pública economiza com juros e custos processuais que seriam pagos caso o processo continuasse tramitando. Além disso, a iniciativa assegura que somente os segurados que preencham os requisitos fixados na legislação e regência recebam os benefícios, evitando pagamentos indevidos. Outra vantagem, no caso dos auxílios-doença, é que os acordos já preveem por quanto tempo o benefício será pago, de acordo com a estimativa de recuperação médica do segurado.

Merece registro, igualmente, o empenho institucional tanto para participação em mutirões, como para dinamizar os procedimentos a serem adotados na hipótese

²³ Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/269348>.

²⁴ Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/269348>.

²⁵ “Iniciativa da AGU para reduzir litigiosidade na Previdência ganha prêmio do CNJ”. 17 jan. 2017. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/494793>.

de consolidação de jurisprudência contrária à União, como forma de contribuir efetivamente para a redução do número de processos em curso perante o Poder Judiciário brasileiro. Nesse contexto, com o escopo de tornar viável o reconhecimento jurídico do pedido, a não apresentação de contestação e a não interposição ou desistência de recurso, têm sido editadas súmulas, portarias, orientações normativas e pareceres referenciais²⁶.

Hoje a Instituição conta com 81 súmulas da AGU, que retratam a jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores e reconhecem, portanto, o direito do administrado. As diversas portarias e orientações normativas editadas pelos órgãos da AGU autorizam, em casos específicos, a não interposição de recursos, a dispensa de contestação ou mesmo o reconhecimento jurídico do pedido.

Registre-se, ainda, a edição de Manifestações Jurídicas Referenciais²⁷, que visam a conferir segurança jurídica e celeridade na atuação consultiva. Esses pareceres referenciais podem ser utilizados em processos nos quais – após a análise de todas as questões jurídicas – é constatada a similitude de matéria. Com isso, fica dispensada a análise individualizada pelos órgãos consultivos, desde que a área técnica ateste, de forma expressa, que o caso concreto se amolda aos termos da citada manifestação e a atividade jurídica exercida se restringir à verificação do atendimento das exigências legais a partir da simples conferência de documentos.

Esse arcabouço normativo, portanto, confere segurança jurídica ao trabalho desempenhado pelo Advogado Público, que passa a contar com o respaldo institucional para essa nova perspectiva de solução consensual de conflito, numa efetiva demonstração de respeito ao cidadão, beneficiário principal da atuação da UNIÃO e, em decorrência, de seu órgão de representação, a Advocacia-Geral da UNIÃO.

5. Considerações finais

Em conclusão, é possível afirmar que, diante dessa nova mentalidade, a cultura de uma atuação processual meramente adversarial ou protelatória não tem mais lugar na Advocacia Pública e será desestimulada com a possibilidade de adoção de novas medidas para a solução de conflitos.

Nesse quadro, é de fundamental importância que todos os ramos da Advocacia Pública invistam na capacitação contínua e na especialização. No âmbito da AGU, a título de ilustração, a Escola da AGU firmou uma parceria com a Escola Nacional de Mediação (ENAM) para promover capacitação específica em matéria de solução pacífica de conflitos, com retorno bastante positivo por parte dos membros envolvidos.

Desse modo, na qualidade de Função Essencial à Justiça, como instrumental usuária do sistema de justiça, é possível que a Advocacia Pública atue como agente transformador e colabore fortemente para a solução consensual, mediante a intensificação dos meios alternativos tanto para prevenção como para a resolução de litígios.

²⁶ Por exemplo, Portarias AGU nº 487 e nº 488, de 28 de julho de 2016.

²⁷ Editados com fundamento na Orientação Normativa AGU nº 55/2014.

Para finalizar, reafirma-se que a gestão da Advocacia-Geral da União está aberta ao diálogo, a parcerias, a sugestões de todos os segmentos sociais, sempre na convicção de ajudar ao destinatário final de toda essa complexa estrutura do Estado, que é o cidadão brasileiro.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Rafael Alves; ALMEIDA, Tânia; CRESPO, Mariana Hernandez (Org.). *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução*. Rio de Janeiro: FGV, 2012.

BRASIL. *Justiça em números 2016*. Brasília: CNJ, 2016.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: SAFe, 2002.

DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. *The Observatory of Social and Political Elites of Brazil*. V. 2, n. 9, Curitiba: UFPR, julho-2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FREITAS, Juarez. As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, v. 35.1, jan./jun. 2015, p. 195-217.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos Institutos Consensuais da Ação Administrativa. *RDA*. Vol. 231. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2003, p. 147-155.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública*. Coimbra: Almedina. 2. reimp. 2011.